

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>

HUKUKBİLİMİN POLİTİKASI

HUKUK FELSEFESİNE
ELEŞTİREL BİR GİRİŞ



ROGER COTTERRELL

ÇEVİREN
SAİM ÜYE

İN HAN

Roger Cotterrell



***Hukukbilimin Politikası
Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş***

Roger Cotterrell, LLD, MSc (Soc): Londra Üniversitesi, Queen Mary ve Westfield College'da Hukuk Teorisi profesörüdür; daha önce Leicester Üniversitesi'nde ders vermiştir. Hukuk teorisi ve hukuk sosyolojisi alanlarında çok sayıda yayını vardır. Diğer eserleri arasında *The Sociology of Law: An Introduction*; *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective* ve *Emile Durkheim: Law in a Moral Domain* başlıklı kitapları bulunmaktadır. Amerika'da, Hong Kong'da ve birçok Avrupa ülkesinde misafir öğretim üyesi olarak bulunmuş ve *Law and Society Association*'da (ABD) mütevelli olarak görev üstlenmiştir.

Saim Üye: 1966 Ankara doğumludur. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Halen aynı Fakülte'nin Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı'nda öğretim üyesi olarak görev yapmakta ve Hukuk Sosyolojisi derslerine girmektedir.

PİNHAN YAYINCILIK
Litros Yolu, Fatih San. Sitesi No: 12/214-215
Topkapı/Zeytinburnu İstanbul
Tel: (0212) 259 27 60 Faks: (0212) 565 16 74
www.pinhanyayincilik.com
info@pinhanyayincilik.com
Sertifika No: 40676

Kaynak metin: *The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Roger Cotterrell, Second Edition, Oxford University Press, 2005.

© Pinhan Yayıncılık, 2018
Türkçe çeviri ©, Saim Üye, 2018

Birinci Basım: Mart 2018
Üçüncü Basım: Aralık 2022

Genel Yayın Yönetmeni: Mahmut Sever
Çeviri Editörü: Kasım Akbaş
Kapak Tasarımı: Mahmut Sever
Dizgi: Özlem Sümbül

Teknik Hazırlık, Baskı ve Cilt:
Yaylacık Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
Litros Yolu Fatih San. Sitesi No: 12/197-203
Topkapı-İstanbul Tel: (0212) 567 80 03
Sertifika No: 44865

Pinhan Yayıncılık: 167 Hukuk Dizisi: 3

ISBN: 978-605-9460-50-7

Bu kitabın tüm yayın hakları saklıdır. Tanıtım amacıyla, kaynak göstermek şartıyla yapılacak kısa alıntılar dışında gerek metnin, gerek görsel malzemenin yayınevinden izin alınmadan herhangi bir yolla çoğaltılması, yayımlanması ve dağıtılması 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun hükümlerine aykırıdır ve hak sahiplerinin maddi ve manevi haklarının çiğnenmesi anlamına geldiği için suç oluşturur.

Ücretsiz PDF Kitap Arsivi - <https://rantey.org>

Hukukbilimin Politikası

Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş

Roger Cotterrell

Çeviri: Saim Üye



İçindekiler

Önsöz	9
İlk Basımın Önsözünden Alıntılar	11
1. Bölüm: Bağlamsal Hukuk Felsefesi	17
Hukukbilim, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi	18
Hukuk Felsefesi ve Hukuk Uygulaması.....	21
Normatif Hukuk Teorisini Gerekçelendirmek	24
Hukukta Birlik ve Sistem	28
Profesyonelleşme ve Politika.....	32
Sosyal ve Politik Bağlamda Hukuk Felsefesi	35
Hukuk Felsefesi Nasıl Bağlamsal Olarak Yorumlanmalıdır?..	39
2. Bölüm: Common Law Teorisi	45
Common Law Düşüncesinin Niteliği	47
Common Law Yargııcı.....	50
Common Law Düşüncesi Hukuki Gelişmeyi Açıklayabilir mi?	52
Common Law ve Yasama	58
Politik ve Sosyal Ortam	61
Hukuki Bilgi ve Topluluk.....	61
Common Law Düşüncesi ve Siyasi Otorite	65
Savigny: Bir Common Law Teorisi mi?.....	67
Maine'in Tarihçi Hukukbilimi	73
Maine'de Politika ve Toplum	77
Tarihçi Hukukbilim ve Hukuk Mesleği.....	80
Maine'in Yeni Biliminin Yazgısı	83
3. Bölüm: Egemen ve Teba: Bentham ve Austin	87
Karanlık İmparatorluğu ve Aydınlik Bölge	89
Pozitif Hukuk ve Pozitif Ahlâk	94

Hukuk Kuralının Cebri Yapısı.....	97
İdare Olarak Hukuk	99
Yaptırımlar	101
Yaptırımlar ve Yetki-Veren Kurallar	103
Egemenlik	108
Austin'in Egemeninin Bazı Nitelikleri	111
Egemen Hukukun Sınırlanamaz Olmak Zorunda mıdır?	115
Egemenin Vekili Olarak Yargıç	118
Austin'in Merkezi Devlet Teorisi	121
Austin ve Hukuk Mesleği	125
 4. Bölüm: Analitik Hukukbilim ve Liberal Demokrasi:	
Hart ve Kelsen	131
Empirizizm ve Kavramsalcılık	134
Hart'ın Linguistik Empirizizmi	137
Kuralların Niteliği	144
Sosyolojik Temayül	147
Hukuk Sisteminin Yapısı.....	150
Hukuk Sisteminin Varlığı	155
Hart'ın Hermenötiği.....	156
Yargı Kararları ve Kuralların “Açık Yapısı”	159
Kelsen'in Kavramsalcılığı.....	163
'Makina Şimdi Kendi Kendine Çalışıyor'	167
Demokrasi ve <i>Hukukun Üstünlüğü</i>	172
Sonuç	178
 5. Bölüm: Tabii Hukukun Cazibesi	181
Hukuki Pozitivizm ve Tabii Hukuk	182
Tabii Hukuk ve Klasik Common Law Düşüncesi.....	185
Tabii Hukuk Öldü mü?	187
Tabii Hukuk ve Hukuki Otorite.....	190
Tabii Hukukun “Yeniden Doğuşu”	193
Nazi Döneminden Anglo-Amerikan Dersleri	196
Hukukilik İdeali ve Hukukun Varlığı.....	201
Amaca Yönelik Bir Hukuk Görüşü.....	206
Fuller ve <i>Common Law</i> Geleneği	210
Politika ve Mesleki Sorumluluk	215
Tabii Hukuk Ehlileşti mi?.....	219

6. Bölüm: Yaratıcı Yargıç Sorunu: Pound ve Dworkin	227
Pound'un Kurallar Modelini Reddi	231
Sosyolojik Hukukbilim Yaklaşımı	235
Menfaatler Teorisi	240
Değerler İçin Bir Ölçü Arayışı	244
Pound'un Hukukbiliminin Daha Geniş Bağlamı	248
Dworkin ve Pound	250
İlkeler ve Siyasalar	254
Hukuki Yorumun Kapalı Dünyası	260
Yorum Olarak Hukuk	261
Hukuki Topluluk	264
Politika, Profesyonellik ve Yorum Toplulukları	266
 7. Bölüm: Şüphencilik ve Gerçekçilik	 273
Pragmatizm ve Gerçekçilik	277
Gerçekçilik ve Normatif Hukuk Teorisi	282
Realizmin Üç Türü	289
Llewellyn'in Kurucu Doktrinel Realizmi	291
Dönem-Tarzı	296
Büyük Tarz'ın Geri Dönüşü	300
Amerikan Hukuki Realizminin Politik Bağlamı	302
Post-Realist Siyasa-Bilim	309
McDougal ve Lasswell	309
Hukuk ve Toplum	310
Hukukun Ekonomik Analizi	311
Post-Realist Radikal Şüphencilik	313
Yargısal Davranışçılık	314
Eleştirel Hukuk Çalışmaları	314
Hukuk Profesyonelliği ve Realizmin Mirası	318
 8. Bölüm: Farklılık Hukukbilimi: Sınıf, Toplumsal Cinsiyet ve Irk	 321
Marx'ın Hayaleti	325
Eşitlik, Farklılık ve Liberal Feminizm	330
Hukukta Farklı Ahlâki Sesler	334
İhtimam Etiği ve Adalet Etiği	336
Radikal Feminizm ve Hukukun Cinsiyeti	340
Postmodern Feminizm	346
Eleştirel Irk Teorisi	351
Politika, Profesyonellik, Farklılık	358

9. Bölüm: Hukukun Dekonstrüksiyonu ve_Yeniden inşası....	363
Postmodernizm ve Dekonstrüksiyon.....	365
Minör Hukuk Yaklaşımlarını Diriltmek	369
Temelleri Olmayan Hukuk	374
Derrida, Adalet, <i>Autopoiesis</i>	378
Derrida ve Adalet.....	378
Autopoietik Hukuk	381
Hukukun Boş Kalıbı.....	383
Pragmatizm.....	386
Hukuk Teorisine Yeni Bir Yön Vermek	389
Hukuk Topluluklarını Teorileştirmek.....	394
Ulus Devlet Ötesinde Hukuk Teorisi	400
Hukuk Teorisi ve Hukuk Meslekleri	403
Notlar ve Okuma Önerileri	409
Referanslar	453

Önsöz

Bu kitap ilk basımdakinden çok daha fazla sayıda kaynağı kapsıyor ama aynı amaçları gözetiyor; Anglo-Amerikan hukuk felsefesinde genel anlamda hukukun mahiyetini açıklamaya çalışan temel yazılara eleştirel bir giriş sunmak. Önceden olduğu gibi, bu kitabın eleştirel yaklaşımı da incelenen her bir teorik katkıyla ilişkili olarak ısrarla iki araştırma sorusu üzerinde durmaktadır. Sorular şunlardır: (i) söz konusu teorinin, ortaya çıkmış olduğu sosyal bağlamları yansıtan politik hususlarla nasıl bir ilgisi vardır ve (ii) Anglo-Amerikan hukuk teorisinin amaçlarının ve fikriyatının profesyonel bir grup olarak hukukçuların değişen koşullarıyla nasıl bir irtibatı söz konusudur?

Belli bir bakış açısından yazılmış bir giriş olarak kitap kapsayıcı olma çabası içinde değildir. Kaynaklar, hukuk teorisine yönelik genel yaklaşımları göstermek ve bu teorisinin profesyonel ve politik olarak ne şekilde kullanıldığını ortaya koymak üzere bir seçime tabi tutulmuştur. Kitap, çalışma alanına dair özet bir eleştirel yorum katkısı olarak planlandı. Yine de, büyük oranda, bir ders kitabı olarak da kullanıldı ve bu nedenle, bu yeni basımda kitabın yaklaşımını orijinal yayınından bu yana öne çıkmış en önemli teori alanlarını konu edinecek biçimde genişletmeye çalıştım.

Tamamen yeni iki bölüm, Anglo-Amerikan hukuk felsefesine yönelik son on yıl içinde filizlenmiş oldukça farklı eleştirel yaklaşımları ele alıyor. İlk basımdaki normatif hukuk teorisi eleştirisi, bu teorik geleneğin kalbinde yeni yaklaşımlarla doldurulması gereken bir boşluk olduğuna işaret etmişti. Yakın dönemdeki eleştirel teoriler de genel olarak normatif hukuk teorisinin fikri yapısını desteklemeye

niyetlenmediler -hatta sıklıkla tersi oldu. Ancak onların ortaya çıkışı, hukuk felsefesini bu kitabın ilk basımının yapıldığı zamanda görünenden çok daha zengin bir alan haline getirdi. İlk basımı sonuca bağlarken vurgulamış olduğum üzere, normatif hukuk teorisinin yetersizlikleri -aynı zamanda vaatleri de- bu daha yeni yaklaşımlar için bir alan yarattı ve onları teşvik etti; yeni yaklaşımların hepsi de bence hukuk araştırmasında özgürleştirici etkiler olarak memnuniyetle karşılanmalıdırlar.

Kitabı gözden geçirirken ilk basımı değerlendirenlerin getirdikleri birçok yapıcı yorumdan hayli yararlandım. Daha açık hale getirmek, referansları güncellemek ve bazı hataları düzeltmek üzere metni baştan sona uyarlama fırsatı doğdu. Bu değişiklikler kitabın argümanlarını değiştirmede, ama özellikle 8. ve 9. Bölümlerde yer alan oldukça yeni kaynaklar, bana o argümanları daha fazla denetleme, irdeleme ve yeni yollarla örnekleme fırsatı sağladı. Kitabın ilk ortaya çıkışından bu yana geçen yıllar içinde hukuk teorisi literatürü gelişti ve ben de alan boyunca yakın dönemde çıkmış en önemli yazılar için görece tam bir rehber oluşturmaya çalıştım. Sonuç olarak, notlar ve okuma önerileri kısmı genişletildi ve bu basım için neredeyse tamamen yeniden yazıldı.

Roger Cotterrell

Queen Mary ve Westfield College, Londra Üniversitesi

Ocak 2003

İlk Basımın Önsözünden Alıntılar

Bu kitapta modern Anglo-Amerikan hukuk felsefesi alanına yapılmış temel teorik katkılarının taranması ve bu katkılarının teşvikiyle ortaya çıkan, hukukun mahiyetine dair tartışmaların ana hatlarıyla ortaya konması amaçlanıyor. Bu anlamda, kitabın modern hukuk teorisinin merkezi alanlarına genel bir giriş olması hedefleniyor. Ancak bu türden çoğu genel giriş kitabına nazaran daha fazla bir şeye de çaba gösteriliyor. Literatürdeki tartışmalar, giriş metinlerinde genelde sunulduklarından daha geniş bir bağlama yerleştirilmeye çalışılıyor. Hedefinde sadece alandaki merkezi konulara dair bir tarama değil, daha özelde, bazı baskın biçimleri içinde Anglo-Amerikan hukuk felsefesinin ne olduğuna ve *ne için* olageldiğine dair bir tartışmayı ortaya koymak da bulunuyor.

Bu, Britanya'daki ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hukuk felsefesi yaklaşımlarının, bu yaklaşımların her iki ülkedeki modern hukuk profesyonelleşmesinin başlangıcından bu yana ortaya çıktıkları koşullar ışığında incelenmesini içerir. Bu sayfalarda, 19. yüzyıldan bu yana Anglo-Amerikan hukuk felsefesinde baskın olan yaklaşımların (bugün modern hukukbilimin [*jurisprudence*] çoğunu oluşturan yaklaşımların) birbiri ardınca ortaya çıkışlarının, büyük ölçüde belli politik koşullara ve aynı zamanda, özellikle hukuk meslek pratiğinin koşullarına tepkiler olarak anlaşılabileceklerini savunuyorum. Dolayısıyla, kitapta hukukun mahiyetine dair görüşlerin hukuk mesleğinin belli zamanlardaki statüsü ve hedefleri için önemli görünmüş olduğu, hukuk felsefesi literatürünün de bu görüşlerin pekişmesine katkı sunmuş olduğu ileri sürülüyor. Yine, bu

hukuk felsefesi daha geniş politik düşünce akımlarını teşvik ettiği, pekiştirdiği veya yansıttığı ölçüde, politik bir öneme de sahip olmuştur. Sıklıkla ezoterik bir hukuki düşünce ve literatür alanı olarak görülen disiplinin profesyonel ve politik işlevi abartılmamalıdır. Ancak bu işlevi aydınlığa çıkarmak da önemlidir.

Bu perspektif, zaman-ötesi gibi tasvir edilme eğiliminde olan ve sıklıkla bitmez tükenmez ve sonuca ulaşamaz görünen hukukbilim tartışmalarının, belli zamanlarda ve mekânlarda ortaya çıkan baskılara, gelişmelere ve koşullara karşı hukuk felsefesinde doğan özgül tepkileri yansıtır şekilde anlaşılmasının daha iyi olduğunu göstermenin bir yolunu temin edebilir.

Bu perspektifle bakıldığında, modern egemenlik teorileri etrafında yürüyen tartışmalar, çeşitli biçimleri içinde hukuki pozitivizmin süregelen (ama problematik) cazibesi, tabii hukuk teorisinin gelgitleri ve hukuk felsefesindeki belli şüpheli teori türlerinin niteliği gibi meseleler, standart ders kitaplarında genelde bulunandan oldukça farklı biçimde görünürler. Bu kitapta, modern Anglo-Amerikan hukukbiliminde bulunan, hukukun mahiyetine dair felsefi görüşlerin oluşturduğu parçalı yapının, sosyal ve politik değişime bir tepki olarak anlaşılabilirliği iddia ediliyor: Ama ciddi ölçüde hukuk pratiğindeki profesyonelleşmeden kaynaklandığı anlaşılan sorunlarca şekillendirilmiş bir tepki olarak.

Böyle bir yorum, burada, konuya ilişkin ana teorik yönelimlere giriş için düzenleyici bir çerçeve olarak kullanılıyor. Peki, söz konusu materyale deneme kabilinden göz atma girişiminden daha fazlası olamayacak böyle bir çerçeveyi ileri sürmek makul kabul edilebilir mi? Bence evet. İlk, bu yaklaşım başka türlü kolayca açığa çıkmayacak olan, geniş ve hantal modern hukuk literatürü yığınının çoğunda mevcut bir yapıyı ya da birliği ortaya koyabilir. İkinci olarak, bu yaklaşım söz konusu literatürü daha canlı ve hukukun toplumdaki pratik işleyişiyle daha ilgili bi-

çimde sunabilir, bazen görüldüğünden, hatta sıklıkla kendini öyle sunmuş olmasından daha fazla. Modern hukuk felsefesinin gelişimi, en azından kısmen, Batı toplumlarında hukukun değişen koşullarına dair bir tür sürekli yorum faaliyeti olageldi. Hukuk felsefesini “bağlama” yerleştirmek için ufak bir çaba gösterilirse -özellikle onda hukukun sosyal, politik ve profesyonel ortamına dair yerleşik varsayımlar aydınlığa kavuşturularak hukuk felsefesindeki bazı merkezi konuların ve tartışmaların (hem hukukçular hem de sıradan vatandaşlar için) sıklıkla varsayıldığından daha büyük bir öneme sahip olduklarını teslim etmek mümkün olabilir. Son olarak, bu alanda neyin “merkezi” olduğu ve olageldiği meselesi burada benimsenen yaklaşım sayesinde açık kılınabilir ve hatta yeniden şekillendirilebilir. Esasında, bu sayfalarda incelenen çoğu büyük yazar söz konusu olduğunda, “bağlamsal” yaklaşım güncel ortodoksiyi temsil edenden bir biçimde farklı bir değerlendirmeyi teşvik ediyor.

Burada kapsayıcılık çabası bulunmuyor, kitabın konusunu oluşturacak şekilde altı çizilen hususlarda bile. Kitapta hukukun modern profesyonelleşmesi döneminde Anglo-Amerikan *common law*^[1] dünyasının hukuk felsefesinde etkili olmuş teorik katkılar inceleniyor. Bu katkıların her birinin, özellikle profesyonel ve politik bağlantıları ışığında, genel yönelimleri teşhis edilmeye çalışılıyor. Detaylı değerlendirmelere ancak kitabın ilgi alanındaki merkezi

^[1] *Common law* bir hukuk sisteminin adıdır. Yaklaşık olarak 11. yüzyıldan itibaren, bugünün İngilteresi’nde tedricen gelişen bu hukuk sisteminde ana omurgayı yargıçların kararları anlamında içtihatlar oluşturur. İlk ortaya çıktığı dönemde, merkezi bir yasa koyucu yerine, gezici yargıçların verdikleri kararlarla ülkenin tamamında ortak bir hukuk uygulaması yaratmayı hedeflediğinden ülkenin genelinde uygulanan ortak hukuk anlamında *common* [ortak veya genel] olarak nitelenmiştir. Türkçe’de kullanılabilecek gerek *ortak hukuk* gerekse *genel hukuk* tabirleri, bu özgün hukuk sistemine ve onun doğurduğu geleneğe refere edilemeyecek kadar geniş ifadeler oldukları içinde, çeviri boyunca *common law* terimi korunmuştur –ç.n.

konulara ışık tuttukları ölçüde giriliyor. Tartışılan çoğu teori Britanya'ya veya ABD'ye özgüdür, ama başka yerlerden gelen kayda değer etkiler de, Anglo-Amerikan gelişmelerini anlamak için onlara dair bir bilginin gerekli görünmesi ölçüsünde konuya dâhil ediliyor. Her bir katkı bir *hukuk teorisi* ortaya koyduğu ölçüde, yani hukukun, hukuk kurallarının veya kurumlarının genel olarak mahiyetini teorik biçimde açıklamaya çalıştığı ölçüde tartışılıyor. Bu vurgu, dağınık modern hukukbilim literatürünün çoğunu birleştirdiğini düşündüğüm husus üzerinde tutarlı biçimde odaklanmayı mümkün kılıyor (ancak çalışmaları bu sayfalarda tartışılan teorisyenlere atfedilebilecek geniş entelektüel hedef çeşitliliğini hiçbir biçimde yadsımıyor).

Bu haliyle kitabın, taradığı teori alanları için yararlı bir başlangıç olacağını ve aynı zamanda onlara dair özgün bir görüş ortaya koyacağını umuyorum. Yine umarım ki, kitaptaki tartışmalar bu teorinin neden kendi profesyonel ve politik uzantılarının ışığında incelenmesi gerektiğini gösterir ve böyle bağlamsal bir yaklaşımın -incelediklerini indirgemeci bir tarzda zayıflatmaktan veya "savuşturmaktan" kaçınarak- konuya dair çoğu geleneksel yaklaşımın yapabileceğinden daha açık biçimde, söz konusu materyalin süregiden değerini hakikaten gösterebileceğine işaret eder. Hukukun kendisi gibi hukuk felsefesi de kendi önemini sadece sosyal ve politik bağlam içinde incelenmekle açığa çıkarır.

Taslak metnin birkaç kısmını okuduğu ve yorumladığı için, yine hukuk teorisi sorunlarına dair birçok verimli sohbetin sağladığı teşvik için, özellikle dostum ve meslektaşım Dr. David Nelken'e müteşekkirim. Bu kitabın bazı kısımlarını 1989 bahar dönemi boyunca Texas Üniversitesi'nde misafir profesör ve Jay J. Brown'ın yüzüncü yılı anısına tevdi edilen Hukuk Öğretim Üyesi sıfatıyla bulunurken kaleme aldım. Oradaki araştırma olanaklarından ve o ortamda hukukbilim dersleri verme deneyiminden çokça yararlandım; bunların her ikisi de bu kitaba önemli ölçüde

katkı sağladı. Proje araştırmasının erken aşamalarında bir dönem ücretli izin için *Queen Mary College*'a; taslak metnin bazı kısımlarını okuyup yorumladıkları için *Queen Mary College*'dan Dr. M. W. Bryan'a ve Texas Üniversitesi Hukuk Okulu'ndan Profesör W. C. Powers'a da ayrıca teşekkür ederim. 6. Bölümün bir kısmı *American Bar Foundation (ABF) Research Journal*'ın 1987 tarihli cildinde daha önce yayınlamış olduğum bir makaleden alındı (s. 509-524). ABF'nin bu yazının bazı pasajlarının yeniden yayınına izin vermesi takdire şayandır.

Nihayet, ailenin kitap yazan üyeleri yüzünden yaşadıkları zorluğa şikâyet etmeden katlanan çocuklarıma, tüm araştırma ve kitap yazma süreci boyunca hiç bitmeyen desteği ve teşviki için eşim Ann Cotterrell'e teşekkür borçluyum.

Roger Cotterrell
Hukuk Fakültesi
Queen Mary College Londra
Haziran 1989

1. Bölüm

Bağlamsal Hukuk Felsefesi

Birçok hukukçu için “hukuk”un açıkça teşhis edilebilir bir alan olarak tanınması pek zor değildir. Konuya dair derin bir tefekküre pek ihtiyaç duyulmaz. Hukuk eğer bir avukatın pratik faaliyeti veya bir hukukçuluk mesleğinin özel uzmanlık alanı olarak anlaşılırsa, gayet anlaşılır türdeş özelliklere sahip, özgün bir bilgi ve pratik alanı gibi görünür.

Mesleki pratiğin olağan koşulları altında genel olarak hukukun niteliği üzerine sistematik olarak düşünmeye veya hukuk kurumlarının mahiyeti hakkında geniş sorular sormaya ihtiyaç olmayabilir. Bir avukatın hâlihazırdaki sorunlarla ilgilenecek uzmanlığa sahip olması, bu sorunlara çözüm bulmak için gerekli hukuk doktrininin -hukuk kurallarının, ilkelerinin ve kavramlarının-^[1] özgül alanlarını bulup yorumlayabilmesi, devletin hukuk kaynaklarını müvekkilin lehine seferber edebilmesi, bunun için uygun usulleri ve etki kanallarını tanıyabilmesini ve kullanabilmesini sağlayacak teknik bilgi sahibi olması, pekâlâ yeterli sayılabilir.

Mevzuatın karmaşıklığı ortada olduğuna göre bu anlaşılış tarzında hukuk, bir hukuk uzmanına danışıp öğrenilebilecek bir şeyden ibarettir. Pratikte önem taşıyan husus, tekil, özgül ve elverişli olan ne ise odur.

[1] Cotterrell “hukuk doktrini” terimini hukuk kurallarından, ilkelerinden ve kavramlarından oluşan bütünü ifade etmek üzere kullanıyor. Metin boyunca terimin bu anlama geldiği akılda tutulmalıdır –ç.n.

Hukukbilim, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi

Ancak hukuk alanına mesleki pratiğin gerektirdiklerinin ötesine geçerek bakmak da mümkündür. Hukukun sosyal bakımdan önemli olduğu kabul edilir; ancak bu önemin mahiyeti ve onu ne tür çalışmaların en iyi biçimde açığa çıkarabileceği her zaman tartışmalı konulardır. Uzun süredir hukukun, doğrudan araçsal değeriyle veya mesleki yönüyle bağlantılı olan, fakat onun ötesine geçecek biçimde, içkin felsefi veya sosyal ilgisi ve önemi bakımından çalışılmaya değer olduğu düşünülüyor. Bu anlamda hukuk “büyük bir antropolojik doküman”dır (Holmes 1899: 444).

Anglo-Amerikan dünyasında hukukun bu daha geniş önemiyle ilgilenen her türlü araştırma alanına gönderme yapmak üzere en sık kullanılmış olan terim *hukukbilimdir* [jurisprudence]. Hukukbilim belirli yöntemler veya perspektifler bakımından birliğini bütünlüğünü sağlamış değildir. Çeşitli sosyal ve insani bilimlere, felsefe türlerine ve başka entelektüel disiplinlere dair değişik perspektiflerde temellenmiş çalışmaları kapsar.

Hukukbilim, herhalde en iyi biçimde ne olmadığına bakılarak tanımlanabilir, yani hukuk hakkında yapılan ve sadece doktrin yorumlarıyla veya teknik yönergelerle sınırlı olmayan her tür genel entelektüel sorgulamayı kapsayacak biçimde düşünülebilir. “Genel” nitelemesi önemlidir. Eğer hukukbilim bir şekilde birliğini sağlamış sayılacaksa, bu teorik genelleştirme sayesinde sağlanır, yoksa çoğu mesleki hukuk pratiğini niteleyen tekil ve derhal gerekli olan hususlar sayesinde değil. Bu yüzden, bir disiplin olarak hukukun teorik kısmı olarak betimlenmiştir (Twining 1984). Ancak böyle bir görüş, hukukbilimi hukuka dair bir tür kapsayıcı disiplin birliğini ifade edecek biçimde görmeye yeltenirse tartışmalı hale gelir. Zira hukukbilime konu teşkil edebilecek hukuk ve hukuki faaliyet türleri çok sayıdadır, kaynaklar ve araştırma türleri de oldukça çeşitlidir; bu yüzden söz konusu disiplin birliği,

varsayılacak bir postula olmaktan ziyade incelenecek bir hipotez olabilir (Cotterrell 1995: 3. Bl.).

Hantal hukukbilim sınıflandırması kullanışlı hale getirilmek üzere daha özgül araştırma alanlarına bölünebilir. Örneğin, *hukuk felsefesi* [legal philosophy] hukukla ilgili konulardaki (empirik temelli sosyal bilim teorisinden farklı olarak) her türlü felsefi spekülasyonu kapsar. Dolayısıyla, hukukun yukarıda tanımlanmış biçimiyle hukukbilimin bir parçası olabilecek empirik sosyal teorilerini (hukuk sosyolojisi ile bağlantılı olanlar gibi) dışarıda bırakır.

Felsefe, insani tecrübenin yorumlandığı kavramsal aygıtları inceliyorsa, hukuk felsefesinin temel odağı belli fikirlerin veya muhakeme yapılarının açıklığa kavuşturulması veya analiz edilmesidir; bu fikirler ve muhakeme yapıları hukuk doktrininde içerimlenmiş, onun tarafından varsayılmış veya onun aracılığıyla geliştirilmiş olabilirler; bunlar hukuki süreçlerin meşrulaştırıldığı ve açıklandığı düşünce ve inanç ortamlarını kuruyor da olabilirler. Hukuk felsefesi, hukukun sosyal etkileri hakkındaki ve sosyolojik hukuk çalışmalarında konu edilen hukuki davranış hakkındaki empirik araştırmalarla ilgilenmez. Ancak, hukuk felsefesi araştırması hukuk sosyolojisinin ilgilendiği türden kavramsal araştırmalardan net biçimde de ayrılmaz. Farklılık öncelikle vurgu farklılığıdır. Genel olarak hukuk felsefesinde kavramsal açıklık önemsenir; bunu hukuk kurumlarının¹ kendi tarihsel bağlamlarındaki ve sosyal ortamlarındaki sistematik empirik analizinden çok daha önemli -kimi zaman ondan bağımsız- sayma eğilimi söz konusudur. Tersine, hukuk sosyolojisinde, hukukun kav-

¹ "Hukuki kurum" ile kastettiğim, resmi davranış örüntüleri ve eylem beklentileridir; öyle ki bunlar hukuk düzeninin çalışır durumda tutulması veya hukuk kurallarının yaratılması, uygulanması ve icrası etrafında organize edilmişlerdir. Bu kitapta geçen "kurum" kavramı, daha genelde, sosyal kurumlar anlamındadır; sosyal kabul görmüş rolleri yerine getiren bireylerin davranışlarına dair örüntülenmiş beklentiler sistemine işaret eder.

ramsal yapılarının analizi daima yalnızca bu empirik analizle bağlantılı olarak yürütülür.

Bu kitap hukuk felsefesiyle ilgileniyor; ancak bu devasa alanın bütünüyle değil. İzleyen bölümler, onun *hukuk teorisine* katkı sunan kısmıyla ilgileniyor. Hukukbilim ve hukuk felsefesi terimleri gibi, bu terim de tüm yazarlar tarafından tek biçimli olarak kullanılmaz. Burada ise hukuk teorisini, genel olarak hukukun, hukuk kurallarının ve hukuk kurumlarının teorik analizini ifade eder biçimde anlamak mümkündür.

Kitap, öncelikle hukuk doktriniyle ilgili olan ya da orada ifade bulan belirli amaçların veya siyasaaların [policy] ahlâken *gereçeklendirilmesi* ile ilgilenen hukuk felsefesi kısımlarını dışarıda bırakıyor. Hukuk teorisi, örneğin genel bir kavram olarak adaletin niteliğiyle, ahlâken tartışmalı (kürtaj gibi) konularla bağlantılı belli hukuki veya idari siyasaaların felsefi gerekçeleriyle veya bu türden ahlâki ilkelere icrasının ne ölçüde çağdaş ceza hukukunun uygun bir görevi olduğuna dair genel soruyla doğrudan ilgilenmez. Hukuk teorisi bir sosyal olgu olarak hukukun mahiyetini sistematik biçimde anlamayı hedefler. Her ne kadar hukukun belli amaçlarının veya görevlerinin felsefi meşrulaştırılması bu konu ile ilgisiz değilse de (ve belli hukuk teorisi türlerinde, örneğin tabii hukuk teorisinde doğrudan izi sürülebilse de) onun merkezinde bulunmaz.

Hukuk teorisinin bu tanımından ortaya çıkıyor ki, hem hukuk felsefesi hem de hukuk sosyolojisi ona katkı sunmaktadır; hukuk sosyolojisi bunu, bu kitabın kapsamının dışında kalan yollarla yapar (karş. Cotterrell 1992). Kolaylık için, hukuk felsefesinin hukuk teorisine katkılarını *normatif hukuk teorisi* [normative legal theory] ve hukuk sosyolojisinin hukuk teorisine katkılarını da *empirik hukuk teorisi* [empirical legal theory] olarak adlandırıyorum. Nasıl ki, hukuk felsefesinin ve hukuk sosyolojisinin kavramsal araştırmaları arasındaki fark sıklıkla katı bir ayırımdan ziyade bir vurgu meselesi ise, aynı husus bu iki tür hukuk teorisi

için de doğrudur. İzleyen bölümler hukuk felsefesi literatürünün sadece hukuk teorisine katkı sunmaya çalışmış olan, böylelikle de modern Anglo-Amerikan hukukbiliminin şeklini ve bakış açısını güçlü biçimde etkilemiş olan kısımlarını konu edinecek. Demek ki, bu kitabın odağı, bu belirli bağlam içerisinde normatif hukuk teorisinin gelişimi üzerinedir.

Hukuk Felsefesi ve Hukuk Uygulaması

1960'lardan bu yana Anglo-Amerikan hukuk felsefesi akademik felsefe ile olan bağlarını çeşitli yollarla güçlendirdi. Birincisi, bu bağ büyük oranda, kendilerini ilkin akademik felsefeye yönelik disiplin sadakati yahut salt hukuktan ziyade hukuka ve felsefeye ikili bir sadakat borcu altında gören akademisyenler tarafından geliştirildi. İkinci olarak, hukuk felsefesindeki araştırma sorunları ve usulleri, hukuk pratiğinin meselelerinden ziyade felsefenin daha geniş disipliner meselelerinden giderek daha fazla etkilendi. Ancak bu gelişmelere rağmen, modern zamanların Anglo-Amerikan bağlamında, hukuk felsefesi hep hukukçular tarafından, bugünün mesleki felsefe eğitiminden ne anlıyorsak onunla pek de ilgisi olmamış hukukçular tarafından izi sürülen bir alan oldu. Aslında, onları genel olarak hukuk felsefecileri değil de hukukçular olarak, felsefi bir öğretinin bir branşının üyeleri değil de spekülatif ilgilere sahip hukuk akademisyenleri olarak adlandırmak daha uygun olabilir.

Bu vaziyette kafa karıştırıcı bir şey var. Çalışmaları modern hukukbilimin büyük bölümünü ortaya çıkaran bu spekülasyonla meşgul hukukçular, neyi kendi rolleri olarak kabul ettiler? Hukuk felsefesinin işlevi neydi? Entelektüel bir alan olarak, diğer alanlara ve hukukçunun mesleki hukuk bilgisine nazaran onun statüsü nedir?

Bu sorulara dair açık cevaplar hukukbilim veya hukuk felsefesi literatüründeki ihtilafların mahiyetini ve önemini

anlamaya yardımcı olurdu. Ancak hukukbilime dair genel metinlerde ikna edici cevaplar çok nadiren verilmiştir. Bu kitapta, modern hukukbilim literatüründe başat olan bazı hukuk felsefesi alanları dikkate alınırken, hukuk felsefesinin daha geniş hukuki ve siyasi faaliyetler dünyasına bilhassa 19. yüzyıl ortalarından itibaren, bu kitapta tartışılan teorik katkıların çoğunun yapıldığı dönem boyunca gelişmiş haliyle mesleki hukuk pratiği de dâhil- katkılarını değerlendirmeye çalışmak gerekli olacaktır.

Cevapları aramaya nereden başlayabiliriz? Hukuk felsefesindeki kavramsal araştırmalar ile mesleki hukuk pratiğinin meseleleri arasında bazı bağlantıların bulunduğu açıktır. Hukukçuların kullandıkları gündelik kavramlar; adalet, sorumluluk, borç, haklar ve görevler, illiyet, geçerlilik, mülkiyet, zilyetlik, kişilik gibi kavramlardır. Bunların her biri felsefi karmaşa ve geniş sosyal ehemmiyetle doludur. Hukuk felsefesi, dikkatini hukukçuların bir işlev üstlenmek zorunda oldukları ortamlarla ilgili olan bu tür kavramlara yoğunlaştırıyorsa, hukukçuların günlük pratikte hukuk doktrinini yorumlarken yapıyor olduklarının daha genel bir versiyonundan ibaret gibi görünür.

Dahası, hukukbilimdeki kavramsal araştırmaların profesyonel hukuk pratiğiyle irtibatlarının teşhisi, bazı yazarların hukukbilimi (akademik) felsefeye mesafeli kılma çabalarına temel oluşturabilir. Bu yüzden *Julius Stone* hukukbilimin problemlerinin çoğunun felsefeninkilerden farklı olduğunu yazar; Ona göre, hukukbilimin tasnifleri, konuların hukuk öğrencilerine tanıtılmasına ve hukukçular tarafından düzenli bir biçimde tartışılmasına olanak sağladıkları ölçüde kabul edilebilir. (Stone 1964: 8, 16, 17). Bu görüşte, hukukbilimin muhatapları yalnızca açık bir şekilde hukuk mesleğinden olanlardır.

Diğer yandan, hukuk mesleğinden olan bu muhataplar hukukbilimsel teşebbüsün, eğer tümüne değilse, birçok veçhesine uzun süre güven duymadılar (karş. Cohen 1933: 327). Hatta hukuk felsefesindeki kavramsal açıklık bile hu-

kuk pratiğiyle ilgilenenlerce çok değerli görünmeyebilir ve bu tavrın savunulması için makul sebepler inşa edilebilir.

Birincisi, çoğu durumda hukuk uygulaması, hukukçular ı felsefenin çıkmazlarına yönlendirebilecek kadar derin doktrinel yorumlar içermez. Hukuk felsefesinin kavramsal açmazları, acil pratik önemi haiz hususlarla ilgili oldukları ölçüde, büro avukatları veya duruşma yargıçları için değil, genellikle temyiz mahkemeleri için önem taşır. Günlük pratiğe dair hususlar, genelde, kavramsaldan ziyade stratejik veya taktiksel; yaratıcı olmaktan ziyade rutin; hukuki olmaktan ziyade fiilidir; ve doktrinel yenilikten ziyade ihtimam ve yetkinlik meselesidir. Ancak yine de bu her zaman böyle değildir ve hukuk pratiğinin bazı biçimleri kuşkusuz yüksek seviyeli kavramsal yaratıcılık ve teorik tahayl gerektirir.

İkinci olarak daha temel bir hususa işaret edilebilir. Gerçekten de, ağdaş Batı hukuku, niteliği itibarıyla, kendisini geniş kavramsal genellemelere yaslıyor değil midir? Çağdaş Batı hukuku, kesinlikle geniş bir ilkenin veya felsefi bakımdan tutarlı kavramların bütünsel hale getirdiği teknik ayrıntılar yığını gibi görünmektedir.

Kuşkusuz, hukukçular hukuk doktrinde rasyonelite ve sistem ararlar. Hatta onların doktrini yorumlama ve davanın sonucunu yahut hukuki belgelerin ve işlemlerin etkilerini tahmin etme yetileri buna bağlıdır. Fakat ağdaş hukukun rasyonelliği kısmi bir rasyonelliktir. Hukuk doktrininin tam da o uğrağın ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek kadar organize edilmesi, sistematikleştirilmesi ve genelleştirilmesi gereklidir. Kavramlar pragmatik olarak kullanılırlar, büyük çaplı bir anlam tutarlılığı kaygısı şart değildir. Hukuk doktrininin hızla değiştiği karmaşık ağdaş hukuk sistemlerinde doktrin sistemi ve düzeni mümkün olduğu ölçüde pratik mesleki ihtiyaçları karşılamak üzere sürekli olarak yaratılır ve yeniden yaratılır. Kavramsal açıklık (eğer üretiliyorsa) sadece -yasamadan, yargı kararlarından veya idari düzenleyici işlemlerden gelecek ye-

ni bir girdiye kadar geçerli olmak üzere- geçici olmasını sağlayabilecek bilgiyle üretilir.

Çağdaş düzenlemenin karmaşıklığı ve ölçeği oldukça artmış olsa da, hukuk pratiğinin bu koşulları yeni değildir. Bunlar elbette ikircikli durumlar yaratırlar; hukuk felsefesinin profesyonel hukuk dünyası için önem taşıdığıнын düşünülmesi gereği buradan doğar. Hukuk felsefesinin yerine getirmiş olduğu işlevler için, eğer hukuki faaliyetlerin daha geniş dünyasında hiçbir işlev üstlenmediği sonucuna varmayacaksak, en azından onun hukuk teorisine olan katkılarını anlamak için başka bir yere bakmak zorunlu görünüyor.

Eğer hiçbir işlev üstlenmeseydi, bu kitapta konu edini-len türden geniş modern literatürün neden var olduğunun ve onun bir kısmının hukuki ve politik elitlerin fikirleri ve aralarındaki tartışma üzerinde neden büyük bir etki yaratmış olduğunun izahı gerekirdi. Keza, hukuk felsefesinin modern hukuk teorisine olan katkılarının neden esas olarak hukukçulara hitap eden hukukçular tarafından yapılabildiğinin de izahı gerekecekti. Hukukbilimin bilinen geniş ve açık bakış açısına rağmen, burada ele alınacak kısmı büyük oranda hukukçuların uğraşı olageldi. Onun bütün entelektüel organizasyonu, hukuk pratiğiyle ilgilenenlerin ve hukuk teorisyenlerinin birlikte üyesi oldukları tek bir cemaati varsaydı.

Normatif Hukuk Teorisini Gerekçelendirmek

Anglo-Amerikan hukukçular normatif hukuk teorisi ile iştigallerini gerekçelendirmek üzere sıklıkla onun hukukun geliştirilmesindeki pratik rolünü vurguladılar. İngiliz hukuk reformcusu Jeremy Bentham'a göre bu tür bir teori, rasyonel reform için emniyetli bir temel sağlayacak bir hukuk bilimi [*science of law*] için merkezi konumda idi. Bentham'ın daha az radikal izleyicisi olan Austin, sonraki birçok yazar gibi, hukuk teorisinin sistemleştirme görevine -

hukuk kaynaklarının kaotik karmaşasından bir anlam çıkarma- ve onun bir "hukuk haritası" -teknik hukuk ayrıntılarının düzene kavuşabileceği bir çerçeve- sağlamaktaki eğitsel değerine daha fazla vurgu yaptı (Austin 1985: 1082).

Amerikan teorisyenler Roscoe Pound ve Oliver Wendell Holmes için hukuk teorisi daha da açık biçimde araçsal bakımdan gerekçelendirilebilir idi. Pound hukuk teorisinin modern görevinin hukuk aracılığıyla sosyal mühendisliği kolaylaştırmak olduğunu söyler; bunu hakkaniyetli ve etkin idari ve yargısal karar üretiminde uzman rolü üstlenmiş hukukçu kadrosu ile birlikte yapacaktır (bkz. Bl. 6). Holmes için mühendislik analojisi mimari bir benzetmenin yolunu açar. "Bir evin inşasında yer alan en önemli kişinin mimar oluşu gibi, hukuk dogmasının en önemli parçası da teoridir" (Holmes 1897: 1008). Teori, "hep daha doğrusunu bulmanın peşinde" olan bilimsel zihniyetli hukukçunun müttefikidir ve "muntazaman ölçülmüş sosyal talepler üzerinden" hukuk ilkelerinin saptanması ile iştigal eder (Holmes 1899: 452, 455).

En etkili çağdaş hukuk felsefecilerinden biri olan Ronald Dworkin hukuk teorisinin hukuku gerekçelendirdiği ve böylece yargıçları hukuki yorum görevinde yönlendirdiği ve desteklediği kanısındadır: "Eğer bir hukuk teorisi yargısal görev için bir temel sağlayacaksa, ortaya koyduğu ilkelerin yerleşik kuralları *gerekçelendirmeye* çalışması gerekir; bunu teori hangi hukukçuya aitse o hukukçunun kuralları fiilen desteklediğini düşündüğü cemaatin politik ve ahlâki kaygılarını ve göreneklerini teşhis etmek suretiyle yapar" (Dworkin 1977: 67, vurgu orijinal).

Başka teorisyenler pratikle olan irtibatı saptamada daha muğläktırlar; onu daha geniş entelektüel gerekçeler içerisine dâhil ederler. Hem İngiliz hukukçu H.L.A. Hart hem de Avusturyalı -ABD'de uzun süre çalışmış ve modern Anglo-Amerikan hukukbilimini ciddi ölçüde etkilemiş olan - Hans Kelsen için, hukuk teorisinin gerekçesi, onun

kavramsal sorgulamalarının hukukun sosyal bir olgu olarak mahiyetini açığa vurmaya yardımcı oluşunda bulunur.

Bu yüzden Hart (1961: vi) hukuki fikirlerin mahiyetlerinin açıklığa kavuşturulmasının, onların kullanılmakta oldukları sosyal bağlama ışık tutabileceğini ileri sürer. Kelsen hukuku “özgül bir sosyal teknik” olarak betimler ve kendi görevini, kısmen, hukuki bilginin ve muhakemenin mahiyetini incelemek yoluyla, hukukun özgüllüğünün nerede yattığını göstermek olarak görür. Her iki durumda da “sosyal olana” referans, okuyucuyu önerilen teorinin sosyolojik yönelimli olduğunu düşünme yanlışlığına itmeme-lidir. Bu referans, tüm normatif hukuk teorileri gibi, hukuki davranışın yahut hukukun içinde bulunduğu sosyal ve tarihsel bağlamların empirik incelenmesinden ziyade, soyut felsefi spekülasyonda temellenir. Bununla birlikte, hukuk felsefesinde ne zaman hukukun kavramsal çerçevesinin daha geniş kültürel karşılığını anlamaya yönelik ciddi bir teşebbüs yürütölse, hukukun sosyolojik boyutuna alışılmadık ölçüde bir duyarlılık ortaya çıkabilir.

Son olarak, başka bazı yazarların hukuk teorisine biçtikleri en uygun rol “put kırıcılık” veya gizeminden arındırmak -hukukun kavramsal yapısını rasyonalize etme, meşrulaştırma, açıklığa kavuşturma veya geliştirme değil de, onu teşhir etme veya asıl yüzünü ortaya çıkarmaktır. Hukuk felsefesindeki bazı “şüpheci” eğilimler en radikal tezahürlerinde hukukun soyut kavramsal yapılarına övgüler düzmek yerine, onları toprağa gömmekle ilgileniyor gibidirler. Bu yaklaşımlara yönelik bilinen gerekçe, genellikle ortaya “gerçekçilik” koyuyor oluşlarına bağlanır; onlar hukuka dair, ortodoks hukuk düşüncesinde ve başka hukuk teorilerinde karanlıkta bırakılmış bazı gerçeklikleri açıklarlar. Hukuk teorisinin ötesindeki politik konumlara, bireysel ve sosyal menfaatlere yahut doktrinin gizleyebileceği kişisel (örneğin yargıçların veya diğer hukuki karar vericilerin) değer yargılarına bakarlar. Bu yaklaşımlardaki radikalizmin ne kadar derinlere gittiği, onların bu bölüm-

de özetlenmiş olan normatif hukuk teorisinin daha genel karakteristiklerini (tamamlamak yerine) ciddi biçimde reddediyor gibi görülmelerinin gerekip gerekmediği, bu kitapta daha sonra incelenecek meselelerdir. Bu şüpheli hukuk teorilerinin örnekleri yedinci bölümde tartışılıyor. Yakın geçmişte bunlar, hukuki fikirlerin ve pratiklerin hukukun içinde bulunduğu politik, sosyal ve kültürel koşullar ortamını yansıtmalarına, onları daim kılmalarına ve kurmalarına aracılık eden belli mekanizmalarla ilgilenen belirli feminist ve postmodern teorilere varan analizlerin yolunu açtılar.

Anglo-Amerikan hukuk felsefesinin hukuk teorisine olan katkılarını vurgulayan örtük veya açık amaçların bu kadar farklılık içerdiği görüldüğüne göre, genelleştirme tehlikeli hale gelmektedir. İzleyen bölümlerde ileri sürüleceği üzere, belirli teoriler ile onların içinde geliştikleri politik ve hukuki meslek çevresi arasındaki ilişki farklılık gösterir.

Hukukbilim ve hukuk felsefesi, farklı zamanlarda farklı maksatlara hizmet etmeye yönelmiş literatür birikiminden oluşur. Dahası, tekil teorisyenlerin motivasyonları her ne olursa olsun, onların çalışmalarının mesleki yahut politik hayat üzerinde yapmış oldukları etki aynı şekilde değişkenlik gösterebilir. Hukuk eğitiminde bu materyalin verilen hukukbilim derslerinin bir parçası olarak- bir araya getirilmesi, sıklıkla “hukuku zamanın ruhuna” (Laski 1967: 577) bağlamak veya hukuk eğitiminde hukukun başka bilgi alanlarıyla olan “‘dışsal ilişkilerine’ dair muntazam bir görüş” (Stone 1966: 30) sağlamak gibi arzularla ifade bulan türden başka bazı mülahazaları yansıtır.

Tüm bu hususlar genel olarak hukuk felsefesinin ve özel olarak normatif hukuk teorisinin mahiyetinin incele- nişinde önem taşır. Normatif hukuk teorisi, tipik olarak, “hukuku teorileştirme” gibi tek bir kaygıya odaklanmış birikimsel bir bilgi külliyatı olarak görülür. Hatta bu, tanım gereği, normatif hukuk teorisinin ta kendisidir. Bu saf ta-

nımsal birliğin ortaya koyduğundan daha fazla bir amaç ve sonuç uyumluluğu varsaymak gerçeği görememek olurdu.

Hukukta Birlik ve Sistem

O halde bilmece varlığını sürdürüyor. Pratik işlerin dünyası içerisinde, hukuk felsefesinin hukuk teorisine katkılarının önemine dair, genel anlamda, eğer bir şey söylenebiliyorsa, ne söylenebilir? Hepsinin ortaklaşa sahip olduğu şey, bir biçimde, hukukun mahiyetine dair genel bir perspektif ortaya koyma girişiminde bulunmalarıdır.

Bu, sık sık, hukukta bir tür *birlik* göstermeye çalışmayı içerir. Ancak birlik arayışı çok değişik yollarla yürütülebilir. Örneğin, hukuki düzenlemenin, hukuk kurallarını geçerli kılan ve onlara ahlâki anlam ve sosyal otorite kazandıran tutarlı ahlâki ve kültürel temelini teşhis etmeye çalışılabilir. Hukuki mevzuat bütünüünün nasıl tek bir rasyonel yapının bir parçası olarak görülebileceğini veya hukuki muhakemenin nasıl tutarlı yöntemleri ve epistemolojik kabulleri gerektirdiği gösterilmeye çalışılabilir; yahut belli bir yargı alanında (örneğin İngiltere ve Galler’de veya ABD’de) uygulanabilir farklı hukuk doktrini unsurlarının bütünleşik bir bütün içerisinde organize edilmiş unsurlardan müteşekkil bir sistem olarak anlaşılabilen bir şeye vücut vermek üzere nasıl bağlantılı hale geldiklerini göstermek hedeflenebilir. Hukuka dair amaçsal bir birliği aramakla ilgilenilebilir; öyle ki, hukukun tüm unsurları hizmet ettikleri düşünülen bazı temel amaçlar (örneğin sosyal, ahlâki, ekonomik veya politik) bakımından yorumlanabilsinler ve değerlendirilebilsinler. Birlik bazen yasaların ortak otorite kaynaklarında veya hukukun birleştirici karakteristiği gibi görünen, hukuki muhakemenin tutarlı örüntülerinde aranır.

Birlik evrensel bir anlamda aranabilir, öyle ki hukuk tüm zamanlarda ve mekânlarda ortak bir temele sahip ola-

rak görülür. Modern Anglo-Amerikan hukuk felsefesinde bu yaklaşım nadirdir, ancak Amerikalı hukukçu Lon Fuller'in görüşleri örnek verilebilir; onun iddiasına göre, idarenin hukuki mekanizması olarak kuralların asli mahiyeti, *herhangi bir* sosyal bağlamda gelişimlerine ve tatbiklerine ilişkin belli evrensel ahlâki ölçütleri önceden varsaymış olmayı gerektirir (bkz. 5. Bölüm). Ancak, daha tipik olarak, modern hukuk teorisi *belirli* bir ulusun, devletin veya yargı çevresinin hukukunun nasıl bir sistem olarak düşünülebileceğini açıklamaya çalışır; öyle ki, onun çeşitlilik içindeki mevzuatının tümü bir biçimde rasyonel veya amaçsal olarak karşılıklı bağlantılanmış, ama yine de başka hukuk sistemlerinin bileşenlerinden açıkça ayrılmış durumdadır.

Bu tür araştırmalar hayli soyut görünebilir, ancak pratik hukuki muhakeme ve problem çözümü ile yakından ilgilidirler. O pratik faaliyetlerle ilgili arkaplan varsayımların incelenmesini ihtiva ettikleri için bu böyledir.

Örneğin hukukçular bir hukuk sisteminde (örneğin İngiliz veya Amerikan) hangi kuralların hukuk kuralı olarak *geçerli* olduklarını veya hangi kararların hukuki güce sahip olduklarını belirleyen tek-biçimli genel bir testi kabul ettiklerinde, sistemin bir bütün olarak ayrık bir kimliğe sahip olduğunu; hukuki olanı olmayandan ayırmaya ve hukuk doktrininin sınırlarını belirlemeye yarayan kesin sonuç üretici araçlar bulunduğunu önceden kabul etmiş olurlar. Aynı şekilde, hukuki olmayan veya yargılama konusu olamayan meselelerden farklı olarak, neyin hukuki bir argüman veya yargılama konusu olabilir bir mesele sayılabileceğine dair genel bir kavrayış gerektiğinde, "hukuki-olanın" ayrıklığına dair benzer bazı ön-kabuller ortaya çıkar.² Son olarak, hukuki muhakeme, kuralları birbirine bağlar ve aralarındaki hukuki ilişkinin kesin sonuç üretir biçimde belirlenebileceğini önceden varsayar. Hukuki muhakeme, örneğin şu tür sorularla ilgilenir: Kurallar ça-

² Bkz. *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Cultural Service* [1985] AC 374.

tıstığında ne olacak? Bunların hangisi yetkilidir? Bir kural hangi durumlarda bir diğzerinin geçerliliğini belirleyebilir? Bu muhakeme, böyle yapmakla, hukuk sistemine dair içsel bir yapının varlığını ve onun unsurları arasındaki ilişkiye dair bir teoriyi önceden kabul etmiş olur.

Bundan şu ortaya çıkıyor ki, pratik bir mesele olarak birlik için iki şeye ihtiyaç vardır. Hukuk sistemindeki unsurlar (kurallar, ilkeler, kavramlar, kararlar vs.) arasındaki *dâhili* ilişkilerin öngörülebilir biçimde tutarlı olması gereklidir. Aynı şekilde, hukuki olanın olmayandan (örneğin hukuk kurallarının ahlâk kurallarından, yargı kararlarının siyasi kararlardan) ayrı olarak güvenilir biçimde saptanabilmesini sağlamak üzere, sistem ile sistem dışında bulunanlar arasındaki *harici* ilişkilerin de öngörülebilir biçimde tutarlı olması gereklidir.

Neyin “dâhili” ve neyin “harici” olduğunu belirleme ihtiyacı, şimdi sözü edilmiş olanlardan başka birçok yolla da kendini gösterir. Dâhili-harici dikotomisi karmaşık ve çok yönlüdür, ancak hukukun birliğini ve hukuki düşüncenin yahut muhakemenin ayrıklığını gösterme sorunuyla yakından bağlantılıdır. Hatta dâhili-harici ilişki meselesi normatif hukuk teorisini istila eder.

Bu yüzden H L A Hart (1961; 1994) hukuki (ve diğzer) kurallara dair dâhili ve harici bakış diye adlandırdığı şeyler arasında ayrım yapar. Dâhili bakış, düşünüşlerini eylem için rehber kabul ettikleri hukuk kuralları doğrultusunda yönlendiren hukuken “içeridekilere” ait bakıştır - kurallar bunlar tarafından tasdik görmüş olsun veya olmasın. Ancak Hart için, dâhili bakış sadece hukukçularla sınırlı olmak zorunda değildir. Onu öyle geniş yorumlar ki, vatandaşların hukuka yönelik birçok farklı bakış türlerini de kapsayabilir. Harici bakış ise hiçbir biçimde kurallarla muhakeme yürütemeyenlerle veya kendi amaçları için bunu yapmaya gerek duymayanlarla sınırlı görünüyor (bkz. 4. Bölüm).

Dâhili-harici dikotomisine farklı bir bakış biçimi Ronald

Dworkin'in yazılarında da görülür. Dworkin hukuki sorunları öz itibarıyla yorum sorunları olarak görür. Bir kişi, belirli bir çevre içinde neyin hukuk olduğunu, ancak onun yorumuna bir katılımcı olarak müdahil olmak yoluyla anlayabilir. Yargıçlar ve avukatlar elbette bu şekilde müdahildirler ve -Dworkin'e göre- hukuk felsefecileri de böyledir. Tersine, "dışarıda" hukukun içeriğini ve anlamını belirleyen bu yorumcu tartışmalara dâhil olmayı reddeden veya bundan imtina eden kişiler bulunur. Öyleyse Dworkin meseleleri Hart'tan çok farklı biçimde ortaya koyuyor. Bunun öncelikli nedeni, Dworkin için, hukuku gerçekten belirleyenin içeridekiler -yorum faaliyetinin katılımcıları- olmasıdır; hukukun bilgisi esas itibarıyla bu katılımcılarla sınırlıdır. Dworkin'in açıkça belirttiği üzere (1977: 214-5), bunlar sıradan vatandaşları da içlerinde bulundurabilirler ve bunu fiilen yaparlar, ancak vatandaşın hukuk kurallarının anlamı konusundaki yorumcu tartışmada profesyonel avukatlar ve yargıçlar topluluğu ile genellikle etkin biçimde rekabet edebileceğini düşünmek zordur. Sonuç olarak, Dworkin'in dâhili-harici dikotomisi görüşü, bizi hukuk mesleğinden olan içeridekiler ile diğer dışarıdakiler arasındaki koşturuk ayırma daha yakın bir yere taşır gibi görünüyor (bkz. 6. Bölüm).

Sonraki bölümlerde ele alınacak olan teori alanlarına ilişkin bu kısa açıklamalar, en azından, dâhili-harici dikotomisini oluşturan birçok farklı sınır çizimine işaret edilebileceğini gösteriyor. "Hukuki" olgunun veya onun niteliklerinin "hukuki-olmayan" ayrıklığına birçok bağlamda -örneğin kurallarla, doktrin sistemleriyle, muhakeme türleriyle, kurumlarla veya kararlarla ilgili olarak- odaklanılabiliyor. Ayrıca, diğer bilgi alanlarından ayrılabilen farklı bir hukuki bilgi veya anlayış fikrine, tutarlı bir biçimde dışarıdakilerden ayrılabilen bir hukuken "içeridekiler" fikrine yahut hukukçuları başka meslek gruplarından veya sıradan vatandaşlardan ayrı bir yere koyarak, ayrık bir hukuk meslek pratiği fikrine yoğunlaşılabilir.

Profesyonelleşme ve Politika

Dolayısıyla, normatif hukuk teorisinin birlikle, sistemle ve dâhili-harici ayrımıyla ilgilenişi, sadece bir hukuk sisteminde hukuku yorumlamaya dair pratik problemlerle değil, aynı zamanda hukukun *profesyonel* organizasyonunun nitelikleriyle veya koşullarıyla da bağlantılı kılınabilir.

Bir hukuk mesleğini ve onun üyelerinin pratiklerini gözlemleyen bir sosyolog, mesleğe sürekli müstakil bir hukuki statü kazandıran merkezi hususun, meslektekilerin özel profesyonel hünernlere ve bilgilere sahip olmaya dair ortak iddiaları olduğunu vurgulayabilir (ör. Larson 1977: 231). Neyin hukuki bilgi, hukuki muhakeme ve hukuki mesele sayıldığının belirgin bir şekilde ortaya konuşunun özerk bir profesyonel alanın, özel bir hukuk uzmanlığı alanının teşhisi bakımından düşünülmesi mümkündür; öyle ki bu özel uzmanlığa yönelik inanç hukukçunun profesyonel statüsünün temellenmesine ve sürdürülmesine yarar.

Kuşkusuz, müstakil bir hukuk alanının, belirgin terimlerle, bilinçli biçimde teşhisi, hukukçuların normalde ilgilenme ihtiyacı duydukları bir şey değildir. Bu fikir sıklıkla bir veri olarak kabul edilegelmiştir; tıpkı özelleşmiş bir hukuk branşında yoğunlaşmış güvenilir, ayrık ve özerk bir profesyonel bilginin ve uzmanlığın varlığına dair fikir gibi... Diğer yandan, özerk bir hukuk alanının varlığına dair bu fikrin hukuk pratiğinin tüm biçimleri için veya tüm zamanların ve mekânların profesyonel pratiği için önem taşıması gerekmez. Statüyü güvenceye almak ve sürdürmek için, özel ve ayrık bir uzmanlığa ve bilgiye sahiplik iddiasının kabulünden daha önemli koşullar mevcut olabilir. Yine de, söz konusu iddia, bazı bağlamlarda önemli olageldi ve halen önemini sürdürebiliyor.

İzleyen bölümlerde hukukun birliğine ve sistematikliğine ilişkin olarak, dönem dönem farklı hukuk felsefesi yaklaşımlarının güçlü oldukları gösterilmeye çalışılacak.

Anglo-Amerikan hukukunun gelişimindeki belli koşullarda ve belli zamanlarda, bunlar hukukçuların profesyonel statü iddialarını destekleyen özel bilgi ve uzmanlık fikrinin pekiştirilmesine yardımcı oldular.

Aynı şekilde, hukukun birliğini, müstakilliğini ve sistematik karakterini açıklamaya çalışan hukuk felsefesi girişimleri, daha geniş çaplı bir *politik* öneme de sahip olabilirler. Bunlar, örneğin, hukukun politikadan ne ölçüde ayrı düşünülebileceğini ortaya koyabilirler. Açık ki, eğer bu husus gündeme getirilecekse, “politik olana” dair geçici bir kavrayışa ihtiyaç vardır. Buradan hareketle, söz konusu amaçla sınırlı olmak kaydıyla, politikayı, özellikle yerleşik kurumlar ve resmi süreçler aracılığıyla, doğrudan şiddete başvurmadan iktidarın edinilmesi ve kullanılması için yürütülen mücadeleyi ifade eder biçimde alabiliriz (karş. Weber 1948: 78). Bu tür bir yaklaşımda, en geniş biçimde görülebilir olan ve ziyadesiyle organize olmuş politika, hükümet ve devlet olarak yoğunlaşır.

Hukuk politika ile açıkça ilgilidir. Fakat bu ilişki nasıldır? Hukuki muhakeme ve yargısal kararlar siyasa argümanlarından ve politik kararlardan ne ölçüde farklı ve ayrıktırlar? Hukuki kurumlar işlevleri, nitelikleri ve denetleyici değerleri itibarıyla, hükümetle, idareyle ve devletin değişik faaliyetleriyle ilişkili (diğer) politik kurumlara nazaran özel ya da uzmanlaşmışlar mıdır? Eğer hukuki muhakeme, kararlar ve kurumlar onları ayırık kılan ortak özelliklere sahipseler, hukuk politikanın yahut yönetimin özgün bir *veçhesi* olarak mı düşünülmelidir, yoksa “hukuki olan” “politik olana” *karşıtlık* içinde mi alınmalıdır? Hukuki kurumlar politik kurumlardan ne ölçüde “bağımsız” durumdadırlar?

Bir hukuk sisteminin, onun yasalarının ve kurumlarının meşruiyeti yahut otoritesi hakkında sorular gündeme getirildiğinde, bu hususlar önemsiz değildir. Onlar hukukun toplumdaki yerinin ve hukukun sahip olduğu düşünülebilen özerklik derecesinin tanımlanmasına yardımcı olurlar.

Dolayısıyla, normatif hukuk teorisinin birlik, sistem, ayrıklık ve dâhili-harici dikotomisi anlamında ileri sürdüğü biçimde hukuk alanının sınırlarının tespiti, hukuki ve politik faaliyetlerin ve meselelerin kapsamlarına, sınırlarına ve karşılıklı ilişkilerine dair görüşler üzerindeki etkisi bakımından hiç de önemsiz olmayabilir.

Bir yanda normatif hukuk teorisinin hukuktaki birliğe ve sisteme yönelik ilgisi ile diğer yanda hukukta profesyonelleşme ve politika arasında önemli bir ilişki bulunduğu iddiası, ilerdeki bölümlerde ele alınacak bazı etkili Anglo-Amerikan hukuk felsefesi akımlarının incelenmesi için bir çerçeve oluşturuyor.

Bu çerçeve bu materyale alışlagelenden daha az soyut biçimde bakmayı ve bazı somut soruları akılda tutmayı mümkün kılıyor:

1. Normatif hukuk teorisinin hukukun profesyonel ve politik alanlarıyla nasıl bir pratik irtibatı bulunmaktadır?
2. Belirli teoriler hukuki ve politik pratik için ne tür kavrayışlar sağlıyor?
3. Bu literatürdeki tartışmaların önemini en iyi biçimde nasıl anlayabiliriz?
4. Bunlar belli tarihsel koşullarla, literatürün geliştiği dönem boyunca Anglo-Amerikan hukukunun bizzat kendisinde ortaya çıkmış değişimlerle ve profesyonel pratik konumlarındaki değişimlerle eğer bir biçimde irtibatlı iseler, bu nasıl bir irtibattır?
5. Hukukun mahiyetini açıklığa kavuşturmayı hedefleyen bu yazılarda, toplumların mahiyetlerine dair hangi varsayımlar kabul edilmektedir?

Bu şekilde, sıklıkla çok soyut ve tarih dışı görünen bir literatür, onu şekillendirmiş olan özgün tarihsel koşullarla yüzleştirilebilir.

Sosyal ve Politik Bağlamda Hukuk Felsefesi

Normatif hukuk teorisini bu şekilde yorumlamaya dair bu tür vurgulara itirazlar geliştirilebilir. Bu teori kendi başına hiç mi entelektüel bir öneme sahip değildir? Normalde sıklıkla genel felsefi merakla veya hukuku günlük hukuk pratiğinde olana nazaran daha iyi anlama yahut daha geniş anlamda yorumlamaya yönelik ilgileri ortada iken, neden sadece mesleki ve politik yansımaları vurgulanıyor?

Buna normatif hukuk teorisinin, onu ciddi biçimde kendi özgün tarihsel bağlamına yerleştirmeye girişmeksizin yapılan değerlendirmesinin ortaya çıkardığı iyi bilinen bazı zorlukları belirterek cevap vermeye girişilebilir. Bu zorlukların ilki hukukbilim lisans öğrencileri tarafından sıklıkla akut biçimde hissedilir. Genellikle soyut argümanlar savaşında kimsenin kazanmadığına ve dahası birinin zaferinin bir biçimde tanınmasını sağlayacak güvenilir hiçbir ölçüt bulunmadığına dair bir hissiyat vardır. Tartışmalar zaman ötesi, meseleler ise hiç çözülmemiş görünür. Bu durumda felsefe hiçbir yere götürmez.

Hukukçu Tony Honoré bu türden temel bir teorik tartışma hakkında şunları yazmıştı: “Pozitivistler ve tabii hukukçular, her on yılda bir, Dünya Kupası finalinde karşı karşıya gelirler... Üstünlük bir o yana geçer, bir bu yana; ama oyuncuların ve keza izleyicilerin şevki, kaybeden tarafın ileride rövanşı alabileceğini gösterir’ (Honoré 1973: 1-2; karşı. Honoré 1987: 32-3). Belki de (izleyen bölümlerde gün yüzüne çıkacak olan) bu sonu gelmez tartışma, anlamaya hiçbir zaman ulaşılamayacak ölçüde güç ve önemli meseleleri yansıtmaktadır. Ama eğer böyleyse, tartışma devam etmeli midir? Yoksa belirli bağlamlarla, zamanlarla ve mekânlarla irtibatlı unsurlarıyla yeniden mi inşa edilmelidir ve acaba merkeze soyut savaşların kendileri yerine ihtilafın *nedenleri* ve *koşulları* mı yerleştirilmelidir? Aksi halde, hukuk felsefesinin kupa finalinde muhtemelen “hukuk teorisini sadece tezahüratta bulunabilecek yahut

muhalifini bir ahlâk yoksunu veya samimiyetsiz bir romantik olarak etiketleyerek onunla alay edebilecektir” (Honore 1987: 33).

İkinci olarak, normatif hukuk teorisindeki birçok tartışmanın zaman dışılığının sadece soyut meselelerin dik başlılığından kaynaklanmadığını ileri sürmek için iyi nedenler var gibi görünüyor. Açıkçası hukuk felsefesi hukuki tecrübe olarak gördüğü şeyle -yani avukatların, yargıçların ve (daha az ölçüde) vatandaşların hukuk doktriniyle ve hukuki süreçlerle karşılaşmalarıyla, onları anlamalarıyla ve kullanmalarıyla- birçok noktada irtibat kurmak zorundadır. Hukuk felsefesinin iddiaları, kaçınılmaz biçimde bu deneyim karşısında makullük testine tabi tutulur. Yine de, bu konuda halen az bir gelişme sağlanmış gibi görünüyor. Belki de “test etme” işleminin kendisi hakkında veya hukuki tecrübenin yorumlanma tarzı hakkında kuşku doğuran bir şeyler vardır.

Hukuki gelişmenin değişen sosyal bağlamıyla ilgili entelektüel modalar bazı teorilerin değerlendirilmelerini etkileyebilir; tıpkı akademik hukukçu William Buckland’ın John Austin’e ait 19. yüzyıl ortalarındaki İngiliz hukukbilimini tartışırken ileri sürmüş olduğu gibi... Buckland, 85 yaşında iken, kendisinin 19. yüzyıl sonlarındaki gençlik döneminden bu yana hukuk dünyasının Austin’e yönelik tavrının nasıl değişmiş olduğunu kayda geçirmişti: “O bir dindi; bugün ise daha ziyade bir hastalık gibi görülüyor” (Buckland 1949: 2). Saf entelektüel argümanlar, tavırlardaki bu tür bir devrimin sebebi olabilir mi? Üzerinde tartışılan konular her zaman aynı mı kalır? Bazen, tıpkı Austin’in durumunda olduğu gibi, yazarın teorik işinin belirli -ve kendisinin en önemlisi diye görmüş olmasının gerekmediği- bir parçası, sonraki yorumların çoğunda sanki onun teorik katkısının tamamıymış gibi alınır.³ Bu hususlar açıklama gerektirir, bir hukukçunun görüşlerinin sü-

³ Bu konu hk. bkz. Moles 1987; Sugarman 1986: 43.

rekli biçimde yanlış temsil edilmesi ve bu yanlış temsilin efsane düzeyine ulaşacak denli yaygın olmasındaki gibi... Nitekim, Austin'in bu türden bir yanlış temsilin mağduru olduğu ileri sürülmüştür (Morison 1982: 170-177).

Bu tür sorunlar sadece normatif hukuk teorisine özgü değildir. Ancak bunlar, eğer hukuk felsefesinin nasıl geliştiğini, onun tartışmalarının ve ihtilaflarının nasıl biçimlenmiş ve yürütülmüş olduğunu anlamaya çalışacaksak, cevapların tamamen felsefi argüman mantığı içinde bulunamayacağını ortaya koyar. Bunlar, en azından kısmen, teorilerin geliştirildiği ve değerlendirildiği daha geniş fikirler ve etkinlikler bağlamında yerleşiktirler. Bu bağlamın kısmen profesyonel ve politik olarak görülmesinin nedenleri bu bölümde ileri sürülmüş bulunuyor. Hukuk felsefesini anlamak üzere bu kitapta benimsenmiş olan yaklaşım, dolayısıyla, hukukun mahiyetine dair hukuk felsefesi tartışmalarının maddi içeriğinin önemini hiçbir biçimde reddetmiyor. Ancak bu içeriğin zaman ötesi olarak değil de, Batı hukukunun gelişiminin belli tarihi uğraklarında mevcut olan koşullara ve sorunlara bir tepki olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürüyor.

Normatif hukuk teorisi, niteliği gereği, hukukun sosyal bağlamının sistematik incelenişini dışlama eğilimi gösterir. Bunu iki yolla yapar. İlkin, sosyolojik hukuk çalışmalarının asli bir ilgi alanı olan empirik hukuk teorisinin aksine, bu bölümde tanımlanmış biçimiyle normatif hukuk teorisi, hukukun mahiyetini neredeyse münhasıran, hukuk doktrininde içerilmiş veya onun tarafından varsayılmış değerlerin, kavramların, ilkelerin, kuralların ve muhakeme tarzlarının felsefi analizi ve açıklığa kavuşturulması yoluyla açıklamaya çalışır. Empirik hukuk teorisi ise tersine, hukuk kurumlarının sosyal çevrelerindeki ve tarihsel bağlamlarındaki sistematik empirik analizine güçlü biçimde bağlıdır. Bu davranışsal ve bağlamsal sorgulamalar normatif hukuk teorisinde büyük ölçüde eksiktir.

İkinci olarak, görölmüş olduğu üzere, normatif hukuk teorisinin hukukun mahiyetini açıklama çabaları, hukuki olanı olmayandan ayıran katı bir dâhili-harici dikotomisi yaratma eğilimi gösterir. Yapılmaya çalışılan şey, sıklıkla, hukuk (veya hukuk kuralları) kavramının titiz biçimde belirlenmesidir; eğer kavram, hukuki olanın bileşenlerinin hukuki olmayan ölçütlere başvurulmaksızın nasıl açıklanabileceğini ve yorumlanabileceğini göstermek üzere analiz edilmiş ise, bu amaca en iyi biçimde ulaşılmış sayılır: Hukuk böylece bağlamından analitik olarak ayrılmış olur. Hemen söylenmelidir ki, çoğu normatif hukuk teorisinde buna *tamamen* ulaşılabileceği iddia edilmez. Eğer ulaşılabilir olsaydı, sonuç hukuki olanın kendi kendine yeten bir bilgi alanı olarak tamamen “içe kapanması” olurdu.

Hukuk teorisi, hukuku analitik olarak kapatmak yerine, onu sürekli genişleyen perspektifler içinde yorumlamalıdır. Hukuku bir sosyal olgu olarak anlama girişimi olan hukuk teorisi, hukuk sürecindeki farklı türden katılımcıların -örneğin avukatların, yargıçların, yasakoyucuların, idarecilerin, değişik vatandaş kategorilerinin- sahip oldukları sınırlı görüşlerin, bu parçalı görüşleri eklemleyebilen ve aşabilen, böylelikle hukukun mahiyetinin ele alınışını genişletebilen daha geniş teorik perspektiflerle yüz yüze getirilmelerini talep *etmelidir*. Fakat normatif hukuk teorisi genellikle çok özgül türden hukuki katılımcıların -özellikle hukukçuların- perspektiflerinden üretilegelmiştir. Dolayısıyla, sıklıkla ve sistematik olarak, onların yaklaşımını (sorgulamak değil) ifade etmek üzere kullanılmıştır; onların hukuki bilginin düzene sokulması ve yorumlanmasıyla ilgili özel pratik ihtiyaçlarının etkisi altında kalarak, yine onların hukukun mahiyetine dair görüşlerini onaylamak ve pekiştirmek üzere hizmet görmüştür.

Normatif hukuk teorisinin genellikle “Hukuk nedir?” sorusunun cevaplanmasıyla ilgili olduğu söylenir. Ama bu gerçekten böyle olsaydı, hukuka birçok farklı gözlemci veya katılımcı perspektiflerden bakabilirdi: Sadece birlik, sis-

tem, dâhili-harici dikotomisi bakımından değil, aynı zamanda hukukun sosyal kökenleri ve etkileri bakımından da, sadece felsefi olarak değil sosyolojik olarak da, sadece kavramlar olarak değil davranış olarak da (karş. 7. Bölüm), sadece mantıksal yapılar ve doktrinin rasyonel temelleri anlamında değil hukuk kurumlarının hassas bir şekilde tarihsel kavranışı yoluyla da bakabilirdi. Mümkün olan en geniş hukuk alanlarında ve ortamlarında, mümkün olan en geniş kapsamlı hukuk deneyimi çeşitliliğini kapsamına almaya ve anlamaya çalışırdı.⁴ Dolayısıyla, denebilir ki, genel olarak normatif hukuk teorisi “Hukuk nedir?” sorusunu ciddi biçimde dikkate almadı. Daha tipik olarak, hukuki düzenlemeye eşlik eden çeşitli doktrin kaynaklarını ve hukuksal düşünüş tarzlarını, entelektüel bakımdan tatmin edici bir biçimde organize etmenin nasıl mümkün olduğunu sordu. Fakat bu soruyu cevaplamaya çalışırken, sıklıkla, hukukun toplum içindeki mahiyeti hakkında çok şeyi de *ima etmiş* oldu.

Bu kitap, demek ki, normatif hukuk teorisine dair bir tartışmadır; elverişli bir hukuk teorisi için neyin gerekli olduğuyla ilgili olarak, normatif hukuk teorisinin kendisinin bile genellikle varsaydığından daha geniş bir görüşü benimsemeye çalışmaktadır. Bu geniş görüşe sadık kalmak üzere, tartışma daima normatif hukuk teorisini “bağlam içerisinde” okumaya, ilgili bir kısım literatürün daha geniş içerimlerini ve onu teşvik eden veya ona ilham veren şeyleri ortaya koymaya yöneliktir; ayrıca hukuk hakkındaki asli iddialarını ve argümanlarını tartışmayı da içerir.

Hukuk Felsefesi Nasıl Bağlamsal Olarak Yorumlanmalıdır?

Burada geliştirilen yöntem birçok başka entelektüel

⁴ Normatif hukuk teorisini bu daha geniş sorgulamaları kapsamaya zorlayan, yakın zamanlarda başlamış çabalar aşağıda 8. ve 9. Bölümlerde tartışılıyor.

alandanda şimdi yaygınca benimsenmiş olanlar ile bağlantılıdır. Bu yöntem, bir sosyal teori yazarının “teorinin teorik olmayan ‘varlık koşulları’” diye adlandırdığı şeyi öne çıkarır; “harici ve dahili tarihi” üzerine çalışmanın, yani sadece teorinin entelektüel gelişimini değil aynı zamanda bu gelişim için ortam ve itki sağlamış olan olayları ve koşulları da çalışmanın önemini vurgular (Elliott 1987: 8, 9). Aynı şekilde, eğer “hukuki” terimi “politik” terimi yerine geçirilirse, Quentin Skinner’in siyaset teorisiyle ilgili etki yaratan tefsirci yaklaşımı, normatif hukuk teorisinin anlaşılışıyla yakından ilgilidir: “[Hukuki] hayat belli meseleler dizisinin problematik görünmesine ve müteakabil bir sorular dizisinin tartışmanın öncü konuları haline gelmesine neden olur; böylece de [hukuk] teorisini için ana problemleri ortaya koyar” Bu görüş teorik fikirlerin “kendi sosyal temellerinin doğrudan bir sonucu” olarak görölmelerini gerektirmez, ancak onlar kesinlikle kendi daha geniş entelektüel bağlamlarında okunmalıdır (Skinner 1978: xi).

Ancak, burada fikirlerin sosyal ve entelektüel bağlam içinde okunuşundan daha fazlası bulunur (karş. Stone 1964: 5). Onlar aynı zamanda, mümkün olduğunca, kökenleri ve etkileri bakımından da incelenmelidirler. Bu muhtemelen hayli karmaşık ancak teorilerin gelişimlerinin ve karşılıklı ilişkilerinin anlaşılmasıyla bütünleşik bir meseledir. Örneğin, bir büyük teorik yaklaşımın yenilenmesi ve sonuçta yerini bir başkasına bırakması, giderek artan aydınlanmanın zaferle ilerleyişi gibi kendi yolunu çizen doğrusal bir entelektüel gelişim hattının varlığını gösteremez. Daha önce öne sürölmüş olduğu gibi, fikirler ve teorik yönelimler, basitçe entelektüel üstünlük ve zayıflık bakımından açıklanamayan yollarla benimsenmiş ve gözden düşmüşlerdir.

Anglo-Amerikan normatif hukuk teorisinin büyük figürleri, süregelen bir entelektüel uğraş içerisinde, yerlerini aldıklarının çalışmaları üzerine özenle inşa eden yazarlar

arası bir veraset içinde görünmek zorunda değiller.⁵ Bazen tekerlek yeniden icat edilir. Bunun gibi, daha önceki yazarların temel ilgi alanları sonrakiler tarafından kolayca ıskartaya çıkarılabilir veya yadsınabilir. İzlenim hiç de bir sürekliliğe işaret etmiyor. Birkaç büyük teorisyenin katkılarını tarihsel bir gelişim içerisinde bağlantılandırmaya çalışmak, bir dağın zirvesinden diğer dağın zirvesine giden yolu, dağlar arasındaki vadiye bir bakış atmaksızın görmeye çalışmak gibidir; aslında vadide yolcunun bıraktığı izler dolambaçlıdır. Bu, öncü teorisyenlerin kendi fikirlerini kendilerinden öncekilere ait saydıkları fikirlere açıkça bağladıklarını yadsımak anlamına gelmez. Bu sadece, bu ilişkilerin genellikle görünür kılınandan çok daha karmaşık olduklarını ileri sürmekten ibarettir.

Sosyolog Karl Mannheim “fikirlerin dâhili akışı yanıl-saması” diye adlandırdığı şeyi yazarken, bu problemin bazı veçhelerini gayet iyi ifade etmişti:

“Geçmiş çalışmalar akademisyene bir galerideki resimler gibi görünür -farklı varlıkların bir dizisi. Bu diziyi organik ve daimi bir büyüme gibi yorumlama eğilimi, ilgilerini yaratıcı ifadenin tarihi kayıtlarına hasredenler için hemen hemen karşı konulmazdır. Bu tahayyülde görmezden gelinen ise, insanların sosyal varlıklar olarak eylemde bulundukları ve tepki gösterdikleri, kesintiye neden olan ara alanların varlığıdır” (Mannheim 1956: 30).

Dolayısıyla, fikirler entelektüel kökenlere sahip olsalar ve entelektüel etki uygulayabilirlerse de, bu ilişkiler ve gelişim hatları *sosyal* faktörler -insanların sosyal varlıklar olarak eylemleri- tarafından dolayımlanır. Hukuki fikirlerle ilgili olarak, bu faktörler -daha önce belirtildiği gibi- mesleki ve politik mülahazalarla ilgili olabilir.

⁵ Karş. Collini, Winch ve Burrow 1983: 4 (şimdi siyaset bilimi diye görülmekte olan alandaki gelişmelerin yorumunda da koşut sorunların olduğu belirtiliyor).

Ancak bu, entelektüel tarihle değil, çağdaş Anglo-Amerikan hukukbiliminin büyük bileşenleri veya ona asli özelliklerini kazandırmış olan teorilerle ilgili bir kitaptır. Dolayısıyla, bağlama dair ilgi, sadece bu teorilerin mahiyetinin daha tatmin edici biçimde anlaşılmasına olan katkısından kaynaklanıyor. O halde, kendi başlarına fikirler üzerine bir ilgi ile onları sonuçları ve kökenleri itibarıyla yorumlamaya yönelik bir ilgiyi uzlaştırmak nasıl mümkün olabilir?

Normatif hukuk teorisinin, genellikle, hukuki olan ile hukuka dışsal olan arasında keskin bir dikotomi bulunduğunu ileri sürdüğüne daha önce değinilmişti. Münhasıran hukuki olan alanın açıkça belirlenmesi, bu literatürün çoğunda karakteristik bir meseledir. Şurası kesin ki, belli bir bakış açısından -özellikle hangi mevzuat unsurlarının *hukuk* olarak geçerli olduklarını bilme kaygısı taşıyan hukukçuların bakış açısından- hukuku, tamamen farklı bir alan olarak teşhis edilebilirmiş gibi görmenin bir mantığı vardır.

Ancak, izleyen bölümlerde normatif hukuk teorisinin hukukun müstakillliğini göstermede (ve onun birliğine ve sistematik niteliğine dair kimi iddiaları ortaya koymada) sadece kısmi bir başarı sergilemiş olduğunu ileri süreceğiz. Müstakil bir özgün hukuki bilgi alanını betimlemeye çalıştığı durumlarda, bu bilginin sosyolojik, politik veya ahlâki koşullardan yahut fikirlerden özerk olduğunu göstermede sıklıkla başarısız kalmıştır. Esasında, kısmen, “hukuki olanın” normatif hukuk teorisinin genellikle hukuka dışsal diye gördüğü bu türden hususlardan hiçbir zaman tamamen ayrılamaması nedeniyle, teorisinin bizzat kendisi tam da ilgi alanından açıkça dışlamak istediği sosyal bağlamlar hakkında sıklıkla ilginç düşünceler ima etmiştir.

Normatif hukuk teorisinin üzerine kurulu olduğu temel varsayımları ortaya koyması nedeniyle, ilerdeki bölümlerde bu fikirleri gün ışığına çıkarmak önemli olacaktır. Keza, hukuk teorisi etrafındaki en önemli güncel tartışmaların (8. ve 9. Bölümler) hukukun sosyal bağlamının bu temel varsayımlar üzerinde dramatik, bozucu etkiler doğuran kar-

maşıklığını şimdilerde güçlü biçimde vurguladıklarını göreceğiz.

Her hukuk incelemesi kendi çalışma nesnesini muvakkaten tespit etmelidir. Ancak bu tespit normatif hukuk teorisinin savunmuş olduğu dışlayıcı türden bir hukuk tanımını gerekli kılmaz. Hukuku incelerken katı bir dâhili-harici zıtlığını kabul etmek zor ise, onun yaratıcı bir ikamesi, *hem* hukuk bilgisinin özerk alanını savunan ısrarlı girişimleri *hem de* bu girişimlere eşit biçimde ilham veren ve onları ıskartaya çıkarır gibi görünen koşulları anlamaya çalışan bir yaklaşım ile olur. Dolayısıyla, normatif hukuk teorisinin bizzat kendisine “içeriden” ve “dışarıdan” bakılması gerekir, zira bu bakış türlerinin her biri diğeri olmadan olmaz. Teorinin kendi başına *ve* kendi bağlamında incelenmesi gereklidir.

Normatif hukuk teorisine yapılan her katkının, vurgulamayı seçtiği hukuki gerçeklikle ilgili olarak getirdiği açıklamanın ikna ediciliğiyle değerlendirilmesi gerekir. Diğer yandan, bu katkı, bir düşünce iklimini yansıtır biçimde, bir pratik veya deneyim alanı olarak hukuki gelişime etkili ve aydınlatıcı tepkiler geliştirmiş olması ölçüsünde, hukuka dair sosyolojik bakımdan ilginç olan belli bir bakış açısını yansıtır ve ifade eder biçimde görülmelidir. Normatif hukuk teorisini bağlamda görmek demek, onun hukuki gerçekliğe dair perspektiflerini “daha büyük” sosyal gerçekliğe dair perspektiflerin içine yerleştirmeye çalışmak demektir; ki orada hem hukuk hakkında felsefe yapma etkinliği hem de hakkında felsefe yapılan belirli hukuk deneyimi sadece kısmi bir varlığa sahiptir.

İzleyen bölümlerde, genel olarak hukukun mahiyetine dair Anglo-Amerikan fikriyatını güçlü biçimde etkilemiş olan, teoriye yönelik belli katkılar tartışılıyor. Zannederim, ele alınış sıraları, normatif hukuk teorisinin, değişen koşullar altında, özellikle Anglo-Amerikan dünyada bulunan türden modern hukukun birliğini, yapısını ve özerkliğini göstermeye çalışırken yüz yüze geldiği zorlukların tedricen açığa çıkışı ile kabaca müteakibtir.

2. Bölüm

Common Law Teorisi

Anglo-Amerikan hukukunu çevrelemiş olan baskın fikriyatı anlamaya yönelik her ciddi girişim, “*common law*” teriminde özetlenen büyük düşünce ve pratik geleneğiyle yüzleşerek işe başlamalıdır. Ünlü bir Fransız hukukçusuna göre, bunların salt dile getirilmiş olması bile “iyi İngiliz hukukçuların hepsinin gönül teline dokunur” (Levy-Ullmann 1935: 3). Ne olursa olsun, *common law* geleneği İngiliz tarihinin yüzyıllarında kök salmıştır. Bu gelenek, hukukun tedrici gelişiminde yargıcın merkeziliğini vurgular; hukukun, hukuk doktrininin mahkeme kararları aracılığıyla artırılması ve sürekli yeniden ifade edilmesi yoluyla bulunduğu fikrini öne çıkarır.

Elbette modern hukuk kaynak itibarıyla ağırlıklı olarak *yasamaya* dayanıyor. Hukuk doktrininin yargıçlar tarafından zamanın süzgecinden geçmiş *common law* yaklaşımlarına göre üretilmesi ve ihyası, hukuk üretmenin veya vazetmenin diğer yollarına -örneğin yasa hükümleri, yasama yetkisinin devredilmiş biçimleri, idari düzenlemeler, direktifler, uygulama yönergeleri ve kodları yollarına- nazaran giderek artan ölçüde ikincil hale geldi. Yine de, bir hukuki kavramsallaştırma ve muhakeme usulü olarak *common law* düşüncesi, tarihsel mirasının varisi olmuş yargı çevrelerinde önemli bir etki icra etmeyi halen sürdürüyor. Karşılaştırmalı hukukçular hâlâ hukuk sistemlerinin oluşturduğu bir *common law* “ailesine” referans yapıyorlar. İngiliz hukuk eğitiminde ve akademisinde, “*common law*’un fikri çerçevesi, hukuk öğretme, hukuk üzerine yazma ve dü-

şünme biçimlerimizin üzerinde bir gölge gibi durmaya devam ediyor. Birinci sınıf hukuk öğrencilerinin çoğu hâlâ, büyük oranda onun kategorileri ve varsayımları ile besleniyor; hukuk ders ve içtihat kitapları hâlâ bunlara göre düzenleniyor” (Sugarman 1986: 26).

Bu bölümün amacı, *common law* geleneğini biçimlendiren haliyle, hukukun mahiyeti ve toplumdaki konumu hakkındaki genel teorik fikriyatı ortaya koymaktır. Böylelikle, modern Anglo-Amerikan hukuk felsefesinin kendi hukuk imgesi üzerine inşa ettiği en eski, bir anlamda en temel normatif hukuk teorilerinin bazılarını teşhis etmek mümkün olur. Modern hukuk felsefesinde, *common law* düşüncesinin ortaya koyduğu teorik problemlerle yüzleşmek zorunludur ve bu kitabın sonraki bölümlerinde ileri sürüleceği gibi, bu problemler modern hukukun yakasını bırakmış değildir. Hukuki ve politik düzende yargıcın yeri, hukukun temeli olarak topluluk değerlerinin ve politik gücün göreceli önemi, hukukun yorumlanması ve yasama faaliyeti arasındaki ilişki; bunlar *common law* teorisinin ortaya koyduğu ve cevaplamaya çalıştığı temel problemlerden bazılarıdır.

Her ne kadar bu kitap hukuk teorisinin hukukun toplumdaki konumu ile irtibatını bugünkü haliyle dikkate alıyorsa da, *common law* düşüncesi uzun tarihsel sürece bir bakış atmaksızın anlaşılamaz. Mahiyeti İngiliz hukuk pratiğinde yüzyıllar boyunca şekillendirilmiştir. Sonuç olarak, bu bölümde sunulan haliyle *common law*’un teorik bakışının resmi, zamanda ve mekânda geniş biçimde dağılmış fikriyattan ve olaylardan parça parça bir araya getirilmek zorundadır. Elbette klâsik *common law* düşüncesi modern hukuk felsefesinde geliştirilmiş açık, sistematik teorilerle karşılaştırılabilir türden bir hukuk teorisi sunmaz. Fakat görüleceği üzere, çok sonraki hukuk teorileri için kavramsal yapı taşlarını sağlamıştır.

Common Law Düşüncesinin Niteliği

Common law nedir? Sınırlı fakat doğrudan tarihsel bir cevap, onun, İngiliz kraliyet mahkemelerinin yargıçları tarafından kararlarının temeli olarak tedricen geliştirilmiş ve bu birikimsel doktrinin otoritesini tanıyan değişik yargı çevrelerinden yargıçlar tarafından zaman içinde eklemeler yapılmış, kurallardan ve diğer doktrinden oluştuğu olabilir. Henri Levy-Ullmann *la Commune lay* ifadesinin 13. yüzyılın sonundan itibaren *Yıllıklar* [Year Books] olarak bilinen kadim hukuki argüman raporlarında “Kralın yargıçlarının normalde kararlarını temellendirdiklerinden başka kaynaklardan türetilmiş hukuk kurallarına işaret eden terimlerle zıtlık içinde” kullanılmış olduğunu yazar (Levy-Ullmann 1935: 4; karşı. Blackstone 1809 I: 68). Öyleyse, ortak [*common*] yargı çevresinin hukuku olarak bu mahkemelerce uygulanmış *common law*, çeşitli türden özel veya yerel hukuklardan ayrılmış idi. Çok daha sonraları, terim sıklıkla yasamaya karşıt biçimde, yargıç-yapımı veya yargıç-beyanı hukuka gönderme yapmaya başladı.

Fakat bu *common law*, kurallar ile ne kadar ilişkilidir? Klasik *common law* düşüncesi hakkındaki başka birçok araştırmada olduğu gibi, burada da, tamamen farklı teorik öncüllerden türetilmiş hukuk görüşlerini yansıtan modern yorumları (özellikle 3. ve 4. Bölümlerde tartışılacak olanları) *common law* geleneğine dayatmaktan kaçınmak önemlidir. *Common law*’dan bir kurallar sistemi olarak bahsetmek (karşı. Neumann 1986: 244-245) böylesine yabancı bir kavrayışı ona dayatmaktır. Bir yazar, yargısal kararların yüzeyindeki “kaosa” işaret eder, ama yine de bunların temelinde “içsel olarak tutarlı ve birleşik bir kurallar bütünü” bulunduğunu da ekler. Ancak bu kuralların ardında hukuk “ilkelerinin” bulunduğunu ve *common law* düşüncesinde bunların kurallardan daha önemli olduğunu kaydederek devam eder (Sugarman 1986: 26). Esasında *common law* geleneğinin özünde hiç de kuralların bulunmadığını düşün-

mek herhalde daha doğru olur. “Onu sistematik bir kurallar bütününü olarak temsil etmek onu tahrif etmektir; esasında dinamik ve sürekli değişim halinde olanı statik olarak temsil etmektir” (Postema 1986: 10). Hukuk *ilkeleri* olarak *common law* fikri, bu değişken, dinamik karakteri yakalamak için daha uygun görünüyor. Zira ilkeler, kontrol edici kuralların aksine, hukuki karar için esnek kılavuzlar sağlar.

Tüm bunların arkasında terminolojik bir kelime oyunundan çok daha fazlası var. Brian Simpson’un kaydettiği gibi, eğer *common law*’un varlığı bir kurallar dizisi anlamında düşünülürse “*common law*’un ne olduğunun söylememesi gibi bir durum var demektir” (Simpson 1973: 16). Zira, *common law*’a tekabül eden böyle bir kurallar dizisini kesin sonuç üretir biçimde ayırt etmek imkansızdır. Kimi kıta Avrupası yazarları, *common law*’u “tamamlanmış, kapalı ve mantıksal bakımdan tutarlı” bir sistem (Neumann 1986: 245) olarak değerlendirmiş olsalar da, Simpson “bir hukuki düşünce sistemi olarak *common law* ... içsel olarak tamamlanmamış, muğlâk ve akışkandır” (1973: 17) derken daha sağlam bir zeminde gibi görünüyor. Bu yüzden, hukukun net bir kurallar meselesi olması gerektiğinde ısrar eden büyük İngiliz hukuk reformcusu Jeremy Bentham için, *common law* “sahte hukuktan”, “yapmacık hukuktan”, “sözde hukuktan” daha fazlası değildi. “İktidarın her yerdeki keyfiliğinin” temsili hukukun yargısal gelişimi idi (Simson 1973: 16’da alıntı). Hukukun açıklığı ve tamamlanmışlığı meseleleri de bu yüzden gündeme gelmektedir.

Common law kurallardan ziyade yargısal kararlarda bulunur. Ancak kararların ardında, onları meşrulaştıran, yönlendiren ve onlara hukuk olarak otorite veren bir şey bulunur. *Common law*’un birliği “hukukun bir avuç genel ilkede temellenişine ve mantıksal olarak onlardan türeyişine” bağlanmıştır; “sözleşme ve haksız fiil gibi tüm alanlar konunun sınırlarını sabitleyen bazı ortak ilkeler veya

unsurlar aracılığıyla birbirlerinden ayrılırlar. Hukuk eğitimi ve akademisi [*common law* çevresinde], büyük oranda, bu genel ilkelerin ortaya çıkarılması ve sistematikleştirilmesi ile ilgilidir; onları bulmak ve uygulamak için gerekli teknik ve onların temel oluşturdukları kurallarla ilgilidir” (Sugarman 1986: 26). Esasında, hayli eskiye dayalı bir düşünce geleneği, *common law*’un klasik özünü, yargısal karar içerikleriyle ilgili olduğu kadar söz konusu yargı kararlarına nasıl ulaşılacağıyla da ilgili olan, geniş hukuk ilkelelerinde bulur. Buna göre *common law*, bütünleşmiş ve tanımlanabilir bir doktrin bütünü olmaktan ziyade, ihtilaflarda karar vermeye ve “tekil davalara kullanışlı, âdil ve esnek çözümler” (Lobban 1991: 15) sağlamaya yönelik “bir hukuki düşünüş yöntemi” (Cohen 1933: 333) olarak anlaşılır. 19. yüzyılın sonunda A. V. Dicey, ünlü 18. yüzyıl hukukçusu William Blackstone’unkilere benzer terimler kullanarak (karş. Blackstone 1809 I: 67) *common law*’u bir ‘gelenek, görenek ve yargıç yapımı maksimler kitlesi’ olarak adlandırmıştı (Dicey 1959: 23-24).

Common law maksimleri tekil kararlara temel oluşturduğu ve onları esnekçe yönlendirdiği düşünülen büyük ilkeleri sembolize ediyordu. *Common law*’un gelişiminin 17. yüzyılın ilk yarısındaki önemli dönemini inceleyen bir yazar, maksimlerden “İngiliz hayatının dokusuna asla kayıtsız kalınamayacak denli yakın, *common law*’un esas özüydü” diye bahseder. Bunlar “hukukun üst düzey genel ilkeleri veya esasları” olarak, geçmişteki yargısal kararlar yorumlanırken -yeni davalarda emsal olarak kullanılmak üzere önemleri değerlendirilirken- kullanılırlardı (Somerville 1999: 89-90). Hatta maksimler emsallerin kendilerinden bile daha çok önemliydi. Modern zamanlarda, hukuk doktrini daha ayrıntılı ve karmaşık hale geldikçe, bu maksimler güçlerini kaybettiler ve şimdi pek az bir pratik öneme sahiptirler. Ancak onlar, *common law*’un merkezinde onlardan arıtılmış kararların veya kuralların değil, birleştirilmesi veya sistematikleştirilmesi zor olsa da bir bi-

çimde “hayatın dokusuna işlemiş” geniş nosyonun bulunduğunu söyleyen, o baki görüşe işaret ederler.

Bu nosyon büyük oranda dar bir anlamda ifade edilemediğinden, *common law*’un birleştirici unsuru sıklıkla mistik görünür. Bu unsur, klasik *common law* düşüncesinde bazen muğlâk bir tarihsel alın yazısı, hukukun belirsiz ama içsel mantığının tarihsel işleyişi veya *common law* yargıçlarının yüzyıllar almış kolektif çalışmalarında yansıyan ama tek bir kişinin sahip çıkabilmesinin imkânsız olduğu insanüstü bir tür bilgelik olarak tasvir edilir. Bu yüzden, Blackstone için hukuk “çağlar boyu birikmiş bilgelikle doludur” (Postema 1986: 63’de alıntı). Başyargıç Coke 17. yüzyıl başlarında şunları yazmıştı:

“Ömrümüz kısa ... yeryüzündeki günlerimiz eski kadim günlere ve geçmiş zamanlara nazaran aslında bir gölgeden ibaret; hukuk, çağlar aktıkça, uzun ve sürekli bir tecrübe yoluyla ... en mükemmel insanların bilgelikleriyle tekemmül etti; dünyadaki tüm insanlara ait bilgeliği kafasında taşısa da, herhangi bir çağda bir kişinin (kısa ömrü nedeniyle) tek başına asla etkileyemeyeceği yahut erişemeyeceği bir bilgeliktir bu. Bu yüzden tek başına hiçbir insan hukuktan daha bilge görülmemelidir”.¹

Common Law Yargıcı

Bu tür ifadeler, çok eski tarihlerden kalmış olsalar da, *common law* yargıcına dair klasik anlayışın temelini oluşturan kabulleri dürüstçe ve doğrudan ortaya koyuyorlar. İzhari *common law* doktrinine göre yargıçlar hukuk yapmazlar.² Onlar, Blackstone’ın sözleriyle “hukukun emanetçisidirler, tüm şüphe durumlarında karar vermesi gereken yaşayan kâhinlerdir” (Blackstone 1809 I: 69). Hukukun otoritesi geleneksel bir otorite olarak görülür.

Yargıçlar, hukuka dair, henüz onlar karar vermezden

¹ *Calvin’s Case* (1608) 7 Co. Rep. 1, 3.

² Bkz. ör. Lord Esher MR in *Willis v. Baddeley* [1892] 2 QB 324, 326.

evvel var olduğu kabul edilen bütünsel ve içkin bilgeliğin bir kısmını ortaya çıkarırlar. Yargıç “topluluğun çağlar boyunca edindiğı deneyimin birikimi” (Postema 1986: 32) olan hukukun içinde çalışır. Bu yüzden, bir *common law* mahkemesi tarafından daha önce hiç karşılaşılmamış bir hukuki sorunda karara varabilse de, bunu yeni hukuk fikriyatının özgün yaratıcısı olarak değil, kendi bilgeliğinden daha büyük bir kolektif bilgeliğin bir temsilcisi olarak yapar. Hukuku yorumlar ve uygular, ama onu yaratmaz; çünkü hukukun bireysel yaratıcıları olmaz. O, kendi tarihi olan bir topluluğun ürünüdür. 17. yüzyılda yazan Matthew Hale’e göre, yargısal kararlar hukuk yaratmazlar, zira “sadece kral ve parlamento yapabilir”, ama bu kararlar, hukukun varlığının *delilidirler*; “bu kararlar hukuktan daha az bir şey olsalar da özel şahıslardan, kim olursa olsun, herhangi birinin aynı tür kanaatlerinden daha fazla, hukukun *delilidirler*” (Levy-Ullmann 1935: 156’da alıntı). Demek ki yargıç, topluluğun hukukunun, bilhassa otorite sahibi, sözcüsüdür.

Bu tür bir bakış açısı radikal sonuçlara götürebilir. Yargıç hukuku yanlış anlayabilir (Postema 1986: 9-11). Blackstone (1809 I: 70) şöyle yazıyor: “O halde hukuk doktrini şudur: Emsallere ve kurallara açıkça saçma ve adaletsiz olmadıkları sürece uyulmalıdır” Fakat (herhangi bir bireyden daha akıllı olan) hukuk aklın mükemmelleşmesidir, demek ki adaletsiz veya saçma bir karar hukukun ifadesi olamaz. O kötü bir hukuk değildir; Blackstone’un görüşüne göre, aslında hiç hukuk olmamıştır. Öyle anlaşıyor ki, içtihat doktrini -yargıçlar daha üst mahkemelerde veya belki eşit statüdeki mahkemelerde daha önce görülmüş benzer davalarda benimsenmiş olan, kararın asli hukuki dayanaklarını kendisi için bağlayıcı saymak zorundadır diyen doktrin- klasik *common law* düşüncesinde karmaşıktır. Hatta genellikle söylendiğinden çok daha esnektir de (Lobban 1991: 82-89).

Yargıç, sadece pratik ve politik (hukuk doktrininde ye-

terince kesinlik sağlamak ve yasama işlevini gasp etmekten kaçınmak için) değil, aynı zamanda teorik nedenlerle, önceki kararlara büyük önem vermelidir. O kararlar, genel olarak, *common law*'un kolektif bilgeliğinin ulaşılabilir en iyi delilini sağlarlar. Yargıçlar kendi bireysel muhakemelerini ve değerlerini hukukta yerleşik olanların altında görmelidirler. Diğer yandan, hukukun muhakemesi ve değerleri sadece hâlâ karar vermekte olan yargıcinkilerinden değil, aynı zamanda geçmişin içtihat yaratan yargıçlarının herhangi birine ait olanlardan da daha üstündür.

Dolayısıyla *common law* teorisi içtihadı körü körüne bağlılığı dikte etmez. Önceki yargı kararlarının *common law*'u doğru biçimde ifade ettiği düşünülürken bile, sonraki bir yargıç o kararlarla değil, onlarda açıkça veya zımnıen mevcut ilkelerle bağlıdır (Postema 1986: 194-195). Dahası, klasik *common law* düşüncesi yargıçların yasakoyucular kadar yaratıcı olduklarını reddetse de, onlar yalnızca pasif birer hukuk kâşifi de değildirler (Levy-Ullmann 1935: 54). Yargıçlar topluluğun ayrıcalıklı temsilcisidirler; topluluğun kolektif hukuki bilgeliği onlara emanet edilmiştir ve mahkeme önüne gelen yeni meselelere çözümler bulmak üzere bu bilgelige kurucu biçimde başvurma yetkisi yine onlara bahşedilmiştir.

***Common Law* Düşüncesi Hukuki Gelişmeyi Açıklayabilir mi?**

Klasik *common law* düşüncesinin özünde bir paradoks yatıyor. Kadim bilgeliğin vücut bulmuş hali olarak *common law*, yargıçlar tarafından açığa çıkarılır, onlar tarafından yaratılmaz. O halde o zaten daima mevcut durumdadır. Yine de, belli ki, içtihadın birikimiyle, yeniden yorumlanmasıyla, yeniden ifade edilmesiyle ve mahkeme önüne getirilen davaların hiç bitmeyen ardışıklığında ortaya çıkan yeni koşullara hukuk doktrininin uyarlanmasıyla gelişir (karş. Pocock 1957: 36-37). Bu kavrayışa göre, hukukun ev-

rimi nasıl açıklanır? Yargıçların, onları (İngiliz tarihi bağlamında) bir parlamento veya bir monark gibi kabul görmüş yasakoyuculara kıyasla açıkça ikincil kılacak biçimde katı sınırlar içinde bile olsa, *hukuk yaptıklarını* açıkça söylemek neden mümkün değil?

Bu son soruya yönelik şekli cevap, hukukun, bazı *common law* anlayışlarına göre zaman dışı, bazılarına göre de kolektif deneyimle sürekli evrilen bir şey olarak düşünülen eski bir bilgeliği vücuda getiriyor olmasıdır. Her bir hükümlerinde yargıçlar sadece bu bilgeliği yansıtabilirler; onu değiştiremezler. Bazı klasik *common law* yaklaşımlarında zaman dışılık iddiası fantastik boyutlara taşınır. Edward Coke gibi etkileyici 17. yüzyıl hukukçuları “çürük delillere dayanarak, en ayrıntılı usul hükümleri dâhil, *common law*’un kadim zamanlardan kaldığını ileri sürdüler”: Öyle ki, *Magna Carta*’nın bile aslında, uzun süredir var olan hakları teyit edip, icra edilebilir kılmak suretiyle kadim hukukun ifadesi olduğu düşünüldü (Sommerville 1999: 85, 94). Coke, hukukun ve anayasanın, esasları itibarıyla, *Saxon* döneminden, hatta daha öncesinden beri değişmeden kaldığını ileri sürdü (Postema 1986: 19). Bu tuhaf görüşler her zaman tartışmalıdır; fakat bunların *common law*’un otoritesinin ciddi biçimde itirazla karşılaştığı zamanlarda (erken 17. yüzyılda olduğu gibi) ileri sürülmüş olmalarının nedenini görmek zor değil. Bu otorite, niteliği itibarıyla gelenekseldi. Köklerinin uzak, hatta mistik bir geçmişe uzatılması, herhangi bir monarkın veya başka bir politik otoritenin mevcut iktidarından türememiş olduğunu vurguluyordu.

Büyük itibara sahip bir hukuk düzeni olarak *common law*’un otoritesinin veya meşruiyetinin, politik sistemde değil toplulukta yerleşik olduğu düşünülüyordu. Eğer bir yargıç hukuk *yapsa* idi, bu ancak politik iktidarın bir uygulaması olarak görülebilirdi. Bilinçli yasakoyma politik bir eylem olurdu. Ama *common law* teorisine göre, yargıçların otoritesi politik karar vericiler olmalarından, yani kralın

veya parlamentonun vekilleri olmalarından değil, toplumun temsilcileri olmalarından kaynaklanır. Bu yüzden, politik yöneticilermiş veya bu yöneticilerin hizmetlileriymiş gibi, topluluğa hukuk dayatma yetkisine değil, sadece topluluğun hukukunu *ifade etme* yetkisine sahiptirler. Burada topluluk, geçmiş ve geleceği birleştiren, bilinemeyen geçmiş kuşaklara doğru geri uzanan ama aynı zamanda güncel olanı da kucaklayan bir şey olarak düşünülmelidir.

Açıkçası, bu bağlamda “topluluk” terimi titiz biçimde tanımlanacak olsaydı, bu toplulukta kimin bulunduğunu ve onun mahiyetinin ne olduğunu sormak gerekecekti. Aynı zamanda hukukun bu toplulukçu kavranışının, burada referans yapılan yargıçların *kraliyet* mahkemelerinin yargıçları, kralların teşvikiyle merkezileşmiş bir adaletin araçları olmaları gerçeğiyle uyumluluğunun da hesaba katılması gerekecekti. Ancak bu hususlar klasik *common law* düşüncesinde tipik olarak yoktur. Bu yüzden, Coke için *common law* “bu alanda tebanın sahip olduğu en kadim ve en iyi miras” olmaktan ibaret idi (Sommerville 1999: 99’dan alıntı).

Klasik tabii hukuk görüşünde, görünüşte değişmeyen bu mirası kavramsallaştırmanın olağan yolu ona *gelenek* demektir. Brian Simpson’un işaret ettiği gibi, şimdilerde hukuku böyle düşünmek abestir, çünkü hukukçular bu hukukun yargıçlar tarafından ortaya konmuş olduğunu düşünmeye alışık. Aslında bu, yabancı modern teorik anlayışları *common law*’a dayatma eğiliminin bir başka örneğidir (Simpson 1973: 18). Tıpkı klasik anlayışta *common law*’un katı biçimde ne kurallar olarak ne de kararlar olarak düşünülememesi gibi. Onu “değişmez geleneğin bir tortusu” (Sugarman 1986: 40) diye adlandırmak daha doğrudur, ama bu da *common law* düşüncesinin geçmiş pratikleri açıklayan ve meşrulaştıran (onları gelenek olarak belirtmekle yetinmeyen), gelecekteki davranış için de kılavuz sağlayan karmaşık nosyonları içeriyor olduğu gerçeğiyle yüzleşmez. Aynı şekilde, *common law* düşüncesi yeni dokt-

rinlerin ve fikirlerin gelişimine olanak sağlar, yani geleneğin yoksun olabildiği bir dinamizme sahiptir. Bu nitelikler nedeniyle Simpson (1973: 20) *common law*'u gelenek yerine gelenek hukuku diye adlandırmayı tercih eder. Fakat bu da onun gelişimine dair teorik problemi çözmez. Gelenek hukuku yine, geleceği yönlendirmek yerine geçmişe bakan geleneğin niteliğine sahiptir. Hukuk doktrinini değişen zamanlara uymak üzere geliştirmekten ziyade yerleşik pratiği öne çıkarır.

Problem geleneğin değişmez olması değil: Onun zaman içinde değiştiğini düşünmemek için bir neden yok, demek ki geleneğin bir ifadesi olan hukuk da değişebilir. Problem, *common law* düşüncesinin kendisinin bu değişimi gerçekten muhatap alamaması veya onu *hukuki* bir süreç olarak açıklayamamasıdır. Değişim mekanizmaları toplumun (veya topluluğun) içindedir. Hukuk sadece geleneğin değiştiği gizemli süreç boyunca değişir. Klasik *common law* düşüncesinin, hukuksal değişim sürecini açıklamak, hatta onun farkına varmak için, bir tür sosyolojik görüşe ihtiyacı vardır. Ama *common law*'cuların sosyolog olmaları zordu. *Common law* düşüncesi herhangi bir modern sosyal bilimden daha eski tarihlidir ve her durumda onun hukukun gelişimine dair pratik içtihadilik yaklaşımı, sosyal veya kültürel değişime ilişkin herhangi bir genel teoride kendine pek yer bulamaz. Dolayısıyla, klasik *common law* düşüncesi (özgün bir hukuki değerlendirme ölçütü bulamayacağı) değişim yerine (hukuken emsaller ve ilkeler bakımından yorumlayabileceği) sürekliliği vurguladı.

Tarihsel olarak, değişmez olup yine de sürekli değişen hukuk muammasından, kültürel koşulların mümkün kıldığı aygıtlarla kaçınıldı. *Common law*'un yazıya dökülmemiş olduğu düşünüldü. Hale'den sonra Blackstone (1809 I: 67) "*common law*'u ya da kraliyetin *lex non scripta*'sını [yazılı olmayan hukukunu]" Parlamento'nun yazılı yasalarından ayırdı. Bu yazısız hukuk sonuçta yazılı biçimde kaydedilmiş idiyse de, hukukun kendisinin yine de yazısız di-

ye düşünölmüş olması tahminen bireysel buluşların, onları değışmez bir kolektif hukuki bilgi imajının içinde soğurarak, unutulmasına yol açtı. Antropolog Jack Goody'nin yazıdan yoksun toplumlarla ilgili olarak belirttiğı gibi, mesele onlarda yaratıcı bir unsurun yokluğu veya "yazısız kültürlerde bireylerin yaptıklarının [aslında] kolektif bilinçle yakın temasta olan gizemli bir kolektif yaratıcılığın yaptıkları oluşu" değildir. "Mesele aslında kuşaklar arası aktarım sürecinde bireysel imzanın sürekli siliniyor oluşudur" (Goody 1977: 27). *Common law*'un yazısız karakteri, elbette, onun bir gücü olarak kabul edildi; bu "İngiliz halkının bizzatihi kendisiyle birlikte gelişmiş olan esnek bir sistemi" mümkün kılan bir güçtü (Sommerville 1999: 86).

Common law'un erken çağlarında yazıya dökölmemişlik, yararlı bir unutkanlığa yol açtı. Blackstone 19. yüzyılda "hukukumuzda bir geleneğın fazileti, onun hatırlanmayan zamanlarda kullanılıyor oluşuna bağılıdır; hukuki kalıplarımızın ciddiyetiyle söylersek, insan hafızasında o zamanlar durumun böyle olmadığını söyleyen bir iz yoktur. Bu ona önemini ve otoritesini veren şeydir" diye yazmıştı (Blackstone 1809 I: 67). *Common law*'un geleneksel otoritesi kendi geleneğının antikitede mumyalanmasına ihtiyaç duymuştu. Ama Orta Çağlarda bir *common law* ilkesini hatırlanmaz kılmak için iki veya üç ömür yeterli olacaktı (Pocock 1957: 37); "yirmi veya otuz yılda, bir gelenek uzun süreli olurdu; kırk yılda ise 'bir çağ kadar eski'" (Gough 1955: 14). Sonraları hafızanın esnekliğı daha az tatmin edici hale geldi. 17. yüzyılda Coke gibi hukukçular, *common law*'un geleneksel otoritesinin krala karşı mümkün olan en büyük güçle ileri sürölmesini zorunlu buldular; "hatırlanamazlık fikri ... mutlak bir renge büründü Faydalı bir kurgu olmaktan uzaklaştı ve ateşli biçimde hakiki bir tarihsel gerçeklik olarak savunuldu" (Pocock 1957: 37).

Dolayısıyla, *common law* düşüncesinin sonuçta kendi kendisini bir köşeye ittiğı kolayca görölebiliyor. İlkin, *common law* kayda geçirildikçe -kamusal kayıtlarda, hukuk

raporlarında ve “saygıdeğer hukuk bilgelerinin yetkin yazılarında” (Maine 1861: 8; karşı. Blackstone 1809 I: 73) korundukça, açıklandıkça ve yazılı biçimde derlendikçe- hukukun yazısız olduğu fikri bir kurgudan ibaret hale geldi. İkinci olarak, hukukun yalnızca geleneksel olan otoritesi sonuçta eski zamanlardan beri hiç kesintiye uğramamış bir sürekliliğe sahipmiş gibi pek gerçekçi olmayan bir iddiada bulunuldu. Son olarak, hukuk teorisinde bilinçli yargısal icatların varlığına dair bir dolu delil söz konusuyken dahi, *common law* yargıcına ilişkin beyancı teori sürdürülmek zorunda kalındı (karşı. Levy-Ullmann 1935: 53).

Bu duruma yönelik muhtemel üç tepki söz konusuydu. Birincisi, *common law*’un, kendisini daha ileri taşıyabilecek bir otoriteye sahip olmadığını söylemekti. Hukuki yenilik sadece Parlamento faaliyeti veya diğer yasama işlemleri aracılığıyla yapılabilirdi. Bir yargıcın meseleyi “kanaatimce şimdi yeni bir *common law* doktrini yaratmamız imkânsız” diyerek ortaya koyuşu bu yüzdendi.³

İkinci bir tepki, yargıçların bazen hukuk yaptıkları fikrini açıkça benimsemek, tüm kurguları terk etmek ve bunu *nasıl* ve hangi koşullar altında yapmaları gerektiği üzerine ciddi sorular sormaya yönelmekti. Ancak bu pragmatik yaklaşım, *common law*’un otoritesine ve meşruiyetine payanda olan tüm standart varsayımları ıskartaya çıkarmayı da içeriyordu. Geleneksel otoritenin yerini -belki akıllı tekil yargıçların karizmatik otoriteleri, devredilmiş politik iktidar anlayışı (bkz. 3. Bölüm) veya ABD’de olduğu gibi, hukuk ve yargı sistemlerinin nihai dayanaklarını sağlayan özgün bir anayasal belgenin otoritesi gibi- başka bir şeyin alması gerekecekti (Cotterrell 1992: 229-230). Her durumda, yargısal otoriteye dair bu türden yeni bir temel, eğer bulunabilirse, klasik *common law* düşüncesinde varsayılmış olandan farklı bir şey olacaktı.

³ Per Farwell L.J. in *Baylis v. Bishop of London* [1913] 1 Ch 127, 137. Karşı. *Mirehouse v. Rennell* (1833) 1 Cl & F 527, 546 (Parke J.)

Üçüncü bir çözüm, gelenek olarak *common law* nosyonunu ve değişmez bir kadim hukukun varlığına dair şekli görüşü bırakmak; bunun yerine yargıcı topluluğun sözcüsü -ne hukukun bireysel yaratıcısı ne de kadim doğruları yeniden ifade eden biri, fakat evrilmekte olan bir kolektif hukuki bilincin temsilcisi- olarak gören bütüncül anlayışı ön plana çıkarmaktı.⁴ Daha sonra ortaya çıkacağı üzere, *common law*'da nelerin asli unsurlar sayılabileceğini ortaya koyan fakat geleneğe başvuruındaki *çıkma*zdan kaçınan bu görüş, modern hukuk felsefesinde çeşitli biçimlerde yansıma buldu. Bu görüş, bu bölümün ilerleyen kısımlarında tartışılacak olan tarihçi hukukbilimde yeniden ifade edildi ve 6. Bölümde ele alınan Roscoe Pound ve Ronald Dworkin gibi belli modern yazarların yazılarında çeşitli biçimlerde yeniden ele alındı.

Common Law ve Yasama

Buraya kadarki tartışmada yasama -Parlamento gibi resmi bir yasakoyucu organ tarafından yeni hukukun bilinçli olarak yaratılması- pek bahis konusu olmadı. Ancak klasik *common law* düşüncesinde yasama ile hukukun mahkemelerde bulunuşu arasındaki ilişkinin, sadece pratik ve politik değil, aynı zamanda teorik bir mesele olarak da halledilmesi gerekmişti. *Common law* teorisinin durduğu yerden yasama nasıl görülmeliydi? Şimdilerde İngiliz hukukçuları, yasa ile yargıç tarafından belirlenmiş hukuk arasında bir ihtilaf durumunda birincinin ikinciye nazaran öncelik taşıdığından genel olarak kuşku duymazlar. Yasa üstün hukuki otoriteyi haizdir. Aynı şekilde, çoğu hukukçu (ve muhtemelen hukukçu olmayanların çoğu), klasik *common law* teorisi ne derse desin, yüksek mahkemelerdeki yargıçların sıklıkla kararları aracılığıyla hukuk yarattıklarından kuşku duymaz. Ancak yargıçların bunu yaparken

⁴ Karş. *common law*'un evrimine dair Hale'in yorumunun tartışıldığı Postema 1986: 19-27.

ne ölçüde meşruiyet sahibi oldukları konusunda tereddütler vardır. Klasik *common law* düşüncesinin sunduğu yargısal otorite açıklamasını değerlendirdik. Öyleyse, yasama ve *common law* arasındaki ilişki nasıl açıklanır?

İngiliz tarihinde yasalar *common law*'dan açıkça farklı bir şey olarak ancak tedricen ortaya çıktı. Ortaçağdaki hukuk fikrinde yasalar "daha açık ve genel bir yolla, yargıyla aynı işi" (Postema 1986: 15) –yani geleneksel *common law*'u dile getirmek- yapıyor olarak düşünülmüştü. Erken dönemlerde yasa *common law*'un bir parçası olarak düşünülebiliyordu (Postema 1986: 24). Hatırı sayılır bir çalışmada Charles McIlwain Ortaçağ İngiliz Parlamentosunu, yasalarının *common law*'un doğrulanmasından başka bir şey olmadığı bir mahkeme olarak tasvir etmişti (McIlwain 1910: Bl. 3; Levy-Ullmann 1935: 232-233). McIlwain'in bazı iddiaları abartılı olabilir (Gough 1955: Bl. 1) ancak yasa ile *common law*'un tarihsel olarak yavaş yavaş ayrılışına ve resmi bir organ tarafından bilinçli hukuk yaratımı fikrinin tedricen ortaya çıkışına dair genel manzara açık görünüyor.

Buradaki meselemiz tarihsel olaylar değil, onlarla irtibatlı teorik aşamalardır. Böylece yasamaya dair bir *common law* teorisinin ortaya çıkışını görmek mümkündür. 17. yüzyılda, kraliyet ile parlamento iktidarları arasındaki, İngiliz İç Savaşına, Devrim'e ve onun sonuçlarına giden yolu açmış olan büyük mücadelede *common law*'cular "Parlamento'yu neredeyse egemen konumuna yükseltirken, aynı zamanda yazısız geleneğin yasalarda ifade bulan hukuka üstün olduğunda ısrar ediyorlardı" (Sommerville 1999: 90-91).

Parlamento'nun hukuk yaratımındaki üstünlüğü kabul görünce, *common law* düşüncesi, yasa çıkarma otoritesinin bizzat kendisini *common law*'da temellenmiş olarak aldı. Artık Parlamento, ahlâki olmak zorunda olmayan hukuki iktidarla, *common law*'un belli ilkelerini veya onlara dayalı kararları geçersiz sayabilirdi; ancak *common law*'un bütünü, kendisini de iptal etmeksizin, iptal edemezdi (Som-

merville 1999: 91). Bir Parlamento yasası her ne kadar “bu krallığın yeryüzünde tanıdığı en yüksek otoritenin icrası” (Blackstone, Manchester 1980: 91’de alıntı) idiye de, *common law*’un otoritesi, bir anlamda, Parlamento otoritesini “gölgede bırakıyordu” Parlamantonun *common law*’a üstünlüğünün *common law tarafından* verilmiş olduğu söylendi. Yasama, *common law* denizindeki bir ada veya takımadada olarak düşünülebilirdi (Postema 1986: 18).

Bu, *common law* düşüncesinin nasıl olup da, modern zamanlara kadar, giderek artan yasama işlemi yoğunluğuna rağmen yasamayı bir biçimde *common law*’a nazaran periferik görmesinin mümkün kaldığını açıklıyor. Keza, bu görüş yasamaya dair sınırlayıcı bir yaklaşımı da meşrulaştırdı. Öyle ki, yasa, en azından yasanın anlamındaki muğlaklığın ve belirsizliğin buna olanak tanıdığı hallerde, *common law*’a entegre edilebilecek biçimde yorumlanmalıydı (Postema 1986: 17).

Yasamaya dair bu görüş modern zamanlarda pek tatmin edici olamazdı ve daima bir çelişki kaynağı oldu. Bu yaklaşım, hiçbir şekilde yargıçların Parlamento’ya üstün olduklarını kastetmemiştii (Blackstone 1809 I: 91; Levy-Ullmann 1935: 236-237). Örneğin Coke döneminde, yargıçlara yönelik kraliyet baskısı, bu türden bir doktrini, tebanın özgürlüklerinin savunulması anlamına gelen hukuk imgesi için bir tehdit haline getirirdi (Sommerville 1999: 92). Her hâlükârda, *common law* düşüncesi Parlamento yasalarında ifade bulan “yeni hukukun”, yönetmeliklerin, hükümlerin, bildirilerin *common law*’u “mağlup ettiğini” en başından itibaren kabul etmek durumunda kaldı (Gough 1955: 14-15).

Öyle görünüyor ki, *common law* yaklaşımı modern yasama ile gerçekçi bir biçimde uyum sağlayamadı. *Common law*, yargıçların yargı yetkilerinin bağımsızlığına dair güçlü bir savunma ileri sürerken, aynı zamanda tümüyle Parlamento’nun üstünlüğünü de kabul ediyordu. Yine, yargıçların yasaları yorumlama rollerini, politik bir yasakoyu-

cunun hizmetlileri olmalarıyla değil, topluluk hukukunun söyleyicileri olma konumlarıyla açıkladı. Ancak yasama için dayanak oluşturan politik otoriteye dair kullanışlı bir teori geliştiremedi. Modern yasama devletinden önceki tarihlerde var olmuş sosyal dünyaya kök salmış olarak kaldı. Diğer taraftan, izleyen bölümlerde ortaya çıkacağı üzere, *common law* düşüncesine itiraz eden ve devletin hukuk yapımını meşrulaştıran teoriler, yargısal otoritenin kaynaklarına dair açıklamalarında sıklıkla muğlâk veya yetersiz kaldılar. Toplumda köklenmiş yargısal otorite fikri herhalde *common law* düşüncesinin en güçlü, en canlı katkısı olmayı sürdürüyor. Hukukun yasama yoluyla politik biçimde üretilmesine dair açıklamaları ise herhalde onun en zayıf, en dayanaksız unsurları olarak kalmaya devam ediyor.

Politik ve Sosyal Ortam

Common law düşüncesi, bu noktaya kadar, hukukun özelliklerine dair soyut bir kavrayış dizisinden ibaretmiş gibi sunuldu. Peki, *common law* düşüncesi hukukun politik ve sosyal ortamını nasıl görüyor? Hukukçuların toplumdaki konumunun veya hukukla politika arasındaki ilişkinin tanımlanmasında nasıl yardımcı olabilir? *Common law* düşüncesinin bu anlamdaki tarihinin herhangi bir kesitini sunmak gibi bir çabamız olmadığından klasik *common law* teorisinin burada taslağı çizilmiş haliyle daha ileri boyutlarını ortaya koymak üzere birkaç genel bağlamsal mülahazaya değinmek yeterli olacaktır.

Hukuki Bilgi ve Topluluk

Common law düşüncesi hukukun sosyal ortamının mahiyetine dair inceliklerle geliştirilmiş bir anlayışa sahip değildir. “Topluluk” terimi *common law* düşüncesinde kabul edilmiş bu sosyal ortamın mahiyeti hakkındaki muğlâk varsayımları en iyi biçimde yakalar. Hukukun bu ortamda derin biçimde köklendiği ve asli anlamını oradan aldığı

varsayılmış olsa da, ortamın mahiyeti büyük oranda irdelenmemiş olmayı sürdürüyor. Gerald Postema *common law* düşüncesindeki topluluk imajının, *common law* kararlarıyla teyit edilen ve sürdürülen, fakat onlar tarafından yaratılmamış “geniş bir konsensüs ve halihazırda kurulu bir sosyal birlik” gerektirdiğini düşünür (Postema 1986: 19). Ancak *common law* bakımından sosyal hayata dair kesin olarak söylenebilecek hemen hemen tek şey, hukukun sosyal hayatın bir *veçhesi* olduğu ve onun diğer *veçhelerinden* ayrılamaz bulunduğuudur.

Amerikalı hukukçu James Carter bunu muhtemelen en açık şekilde şöyle ifade eder:

“Hukuk, Gelenek, Davranış, Hayat -aşağı yukarı aynı şeyin farklı adları; aynı şeyin farklı *veçhelerinin* asıl adları- öylesine birbirlerine kaynaşmışlardır ki, biri olmadan diğeri düşünülemez bile. Birini geliştirmeden diğesinde bir gelişim sağlanamaz ve birinde mütakabil bir gerileme olmadan diğesinde bir düşüş ortaya çıkmaz” (Carter 1907: 320; karış. Postema 1986: 73’de Hale’den alıntı).

Common law’cular toplumu hukuk merceğinden gördüler. Toplum, bir anlamda, hukuki bilgide ifade bulan ilişkilerin, geleneklerin, taleplerin ve yükümlülüklerin bir yapısı idi.

Fakat hukuk ne tür bir bilgidir? Klasik anlayışta *common law*, her şeyden evvel rasyoneldir, rasyonalitede diğer tüm beşeri yasaları gölgede bırakır (Sommerville 1999: 84, 88-91). Ama burada iş başında olan en az iki rasyonalite söz konusudur. *Common law*, davalar arasında bağlantı kurmayı ve emsalleri karşılaştırmayı mümkün kılan bir tür özgün analogik muhakemeyi gerektiriyordu (Postema 1986: 31); öyle ki, fikirlerin veya davaların tekil analogik bağlarından ortaya çıkan büyük mantıksızlıkları tolere edebilsin. Ancak diğer taraftan, Blackstone için, *common law* “genel ve kapsamlı ilkelerin” “rasyonel bir bilimidir” (Blacks-

tone 1809 I: 2, II: 425). Dolayısıyla bu tür bir görüş, geniş ilkenin bütünsel çerçevesi içerisinde bazı mantıksız ayrıntıların varlığına da izin verebilir.⁵ Sonuç olarak, akıl, hukuk düşüncesinde, ayrıntılı tekillikleri veya büyük temayülleri birleştirirken zıt roller üstlenebilir.

Demek ki, *common law*'un varsayımlı rasyonalitesinin kilidini açmaya yarayan basit bir anahtar bulunmuyor. Aslında eğitim almamış birinin kullanabileceği herhangi bir anahtar da söz konusu değildir. Hukuk topluluğa ait olmakla birlikte, topluluğun çoğu üyesi için en azından ayrıntı düzeyinde erişilebilir değildir. *Common law* düşüncesine göre, hukuk tabii akıl değil, Coke'un sözleriyle "kişinin onun idrakine varabilmesinden evvel uzun çalışma ve tecrübe gerektiren" işlenmiş veya *yapay* bir akıldır.⁶ Hukuk akıl olsa bile, akıl tek başına ona üstünlük kazandırmaz. Hukuk pratiğinin (*common law* yargıcının sahip olduğu türden) tecrübesi de asli bir gerekliliktir (Postema 1986: 33'te Hale'i yorumluyor) ve bunu elde etmenin en doğru yolu çıraklıktır. Demek oluyor ki, hukukun aktüel bilgisi açıkça geniş topluluktan uzak tutulmuş. Bu bilgi zorunlu olarak -niteliği gereği- hukuku dile getirmedi, yorumlamada ve uygulamada mutlak ve kaçınılmaz biçimde topluluğun temsilcileri olarak görünen hukukçuların tekelindedir.

Mesele *common law*'un linguistik tarihinin veçheleri ile kuvvetlendirildi. "Hukuki fikirler büyük oranda sözlü olarak aktarılıyordu; hatta 17. yüzyıl kadar geç bir dönemde erişilebilir yazılı kaynaklar bile hususi ve kısmen özel bir dille yazılmaktaydı" (Simpson 1973: 21). Norman istilasından sonra İngiliz *common law* mahkemelerinin dili Norman Fransızcası oldu; sonra da, dili yasayla İngilizceye dön-dürme gayretlerine rağmen, hukukçular tarafından belge-

⁵ Karş. *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] AC 465, 516'da yer alan Lord Devlin'in ifadeleri.

⁶ *Prohibitions del Roy* (1608) 12 Co. Rep. 63, 65. Karş. Sommerville 1999: 84, 89.

lerde uzun süre muhafaza edilen özgün bir “Franko-İngiliz jargonuna” dönüştü (Levy-Ullmann 1935: 123-124). Ancak 1731’de, Latince veya Fransızca yerine İngilizceyi mahkeme işleyişlerinin münhasır dili yapan, kayıtların belirsiz “mahkeme eli” yerine okunaklı yazıyla tutulmasını isteyen ve kelime kısaltmalarını yasaklayan, nihai bir düzenleme yapıldı.⁷

O halde, bir yanda içinde hukuk bilgisinin var olduğu tümüyle ezoterik bir biçim, diğer yanda klasik *common law* düşüncesinin hukuku “İngiliz halkının bizzat kendisiyle birlikte gelişmiş” (Sommerville 1999: 86) veya “insanların hayatlarının bir parçası” (Holmes 1897: 1005) olarak anlama şekli arasında belirgin bir derin uyumsuzluk bulunuyordu. *Common law* düşüncesinde, hukuk ve topluluk arasında olduğu kabul edilen bağ, modern hukuktaki herhangi bir katılım veya halk adaleti nosyonundan tamamen farklı olarak, esasen *sembolik* bir öneme sahipti.

Common law bilgisini “profesyonel bilgi” diye nitelemek yanlış olur; zira hukuktaki “yapay akıl” herhangi bir modern anlamıyla örgütlü bir hukuk mesleğinin ortaya çıkışını önceler. Yine de klasik *common law*’un hukuk anlayışı kuşkusuz, hukukçuların bir grup olarak kolektif statüye kavuşmalarının teşviki için hayli elverişliydi. Bir yanda hukukun topluluğun derinlerindeki zımni kökleri, hukuk bilgisinin, toplumun kolektif bilgeliliğinin esaslı bir parçası olduğunu akla getiriyordu. Bu yüzden, bu bilgi büyük bir sosyal önemi haizdi ve ona sahip olan, belli bir otorite ile konuşurdu. Diğer yanda, tarihçi Maitland’ın hukuk için söylediği şekliyle “gizli bilim” (Maitland 1893: 483) niteliği, hukuk pratisyenleri dışında hiç kimsenin erişemeyeceği bir hukuk algısı doğuruyordu. *Common law*’un topluluk içerisindeki kökleri ve ondaki aklın kaçınılmaz yapaylığı hakkındaki tüm bu iddialar çeşitli zamanlarda itiraz edilebilir (ve edilmiş) idiyse de, onların güçlü savunusu bir

⁷ Stat 4 Geo II, c 26.

grup olarak *common law*'cuların menfaatlerine gayet güzel bir şekilde hizmet etti.

Common Law Düşüncesi ve Siyasi Otorite

Klasik *common law* düşüncesinde hukuk ile politika arasındaki ilişki, doğrudan, yukarıda tartışılmış olan hukuk ile topluluk arasındaki muğlâk ilişkiden türer. Yine, *common law* düşüncesinin politik öneminin bazı yönlerini örneklemek için, çok karmaşık bir tarihten birkaç konuyu çekip almak yeterli olacaktır.

Common law teorisi politik alanı nasıl görür? Esasında, modern herhangi anlamıyla böyle bir alanın varlığını saptamakta büyük güçlük çeker. İngiliz *common law*'u hâlâ belirgin ve ayrıntılı bir devlet kavramına sahip değildir (Maitland 1901; karşı. Buckland 1949: Bl. 7). Bunun yerine Taç'a gönderme yapar. Politik otoritenin monarka veya onun altındakilere ait bir dizi özel mülkiyet hakları şeklinde kavramsallaştırılabildiği bir sosyal düzenden doğan (Cohen 1933: 41 vd.) *common law* düşüncesi, kraliyet otoritesini, sonradan da parlamento otoritesini, onun *common law* tarafından veya ona dayanak sağlayan bazı temel ilkelere tarafından verilmiş olduğu fikriyle tanıdı. Ortada sürekli ve soyut bir politik otoriteye dair tutarlı ve genel bir anlayış bulunmadığı için, Maitland kral öldüğünde "Devletin tüm tekerlerinin durduğunu ve hatta ters yöne gittiğini görürüz" (örneğin davalar durmuştur ve yeniden başlatılması gerekir; askeri komisyonların yenilenmesi gerekir) diyerek mübalağa etmişti (Maitland 1901: 253; karşı. Stoljar 1958: 27-30). Bu tür problemler bugün sadece tarihsel bir ilginin konusudur. *Common law* anlayışının elverişsizliği, hukuk ve politikaya dair başka teorik görüşleri yansıtan hukuki çözümler veya salt pragmatik hukuki gelişmeler aracılığıyla, uzun süre önce marjinalize edildi. Ancak, yine, *common law* düşüncesinin, kesişen ve kendini yenileyen otoritelerin karmaşık ağına sahip modern yasa koyucu ve idari devlet kavramı ile kolayca uzlaşmadığı gerçeğini görünür kılıyorlar.

Klasik *common law* düşüncesi, ortaya hukuk ve politika ilişkisine dair gerçek bir teori koymadı. Coke gibi *common law*'cuların *common law*'un otoritesini monarkın ve parlamentonun iddialarına karşı korumaya çalıştıkları 17. yüzyıldaki büyük politik mücadelelerde, temel teorik çaba *common law*'un otorite iddialarının irdelenmesi ve genişletilmesi olmuş gibi görünüyor. Dolayısıyla, eğer onun otoritesinin kökleri aklın ve geleneğin iç içe geçmişliğinde ise, bu unsurların her ikisi de, onların herhangi bir *common law* teorisi için merkeziliklerini ve politik otoriteden tamamen bağımsızlıklarını vurgulayan yollarla yükseltildi veya abartıldı.

Common law'un aklının Tanrı'nın aklından türediği sıklıkla iddia edildi (Sommerville 1999: 87-88). Kesinlikle, daha önce belirtildiği gibi, ne kadar zeki olurlarsa olsunlar kişilerin akıllarını aştığı düşünülürdü. Böylece, *common law*'a bilgi sağlamak üzere temel bir *aklın tabii hukuku* işlendi, bu da 17. yüzyıldaki birkaç ünlü davada "bir Parlamento Yasası, müşterek hakka ve akla aykırı veya muhalif ise veya onun icrası mümkün değilse, onu *common law* denetleyecek ve bu tür bir yasanın geçersizliğine hükmedecektir"⁸ gibi oldukça tartışmalı iddiaların ileri sürülmesine olanak sağladı.

Diğer yandan aynı dönemde, geleneksel otoriteye başvuru, kadim Anayasa doktrininde, İngiliz *common law*'unun tüm malum *politik* otoritelerden daha önceki bir zamandan bu yana esasen değişmeden kaldığına, bu yüzden de politik otoriteden etkilenmeyen aşkın bir otoriteye sahip olduğuna dair efsanevi fikre dönüştü. Bazı *common law*'cular, 1066'da hukuki kesintiye yol açmış bir askeri istila yaşanmış olduğunu bile reddettiler. "İstilanın kabulü demek İngiliz anayasasının üzerinde silinemez bir ege-

⁸ *Dr. Bonham's Case* (1610) 8 Co Rep, 114, 118 (per Coke JC). Ayr. bkz. *Calvin's Case* (1608) 7 Co Rep 1; *Day v. Savadge* (1615) Hob 85; *City of London v. Wood* (1701) 12 Mod 669. Ayr. bkz. a.ş.a. Bl. 5.

menlik lekesinin varlığını kabul etmek demektir" (Pocock 1957; 53).

Böylece *common law*'cular *common law*'un bağımsız gücünü sürdürmek adına, aşkın tabii aklın otoritesine dair şimdi tuhaf görünen iddialar ve *common law*'un tarihteki kaynaklarına dair efsanelerin önemi aracılığıyla, tam da onun teorik olarak idrak edemeyeceği politik kaynaklarda köklenmiş yeni otorite türlerine yol vermeye hazırlanıyor olduğu bir zamanda mücadele ettiler.

Savigny: Bir Common Law Teorisi mi?

Buraya kadarki tartışma, klasik *common law* düşüncesi mirasının, kendi içinde, ikna edici bir hukuk teorisi ortaya koymak için ciddi biçimde elverişsiz olduğunu ortaya koymuş olmalı. Özellikle, hukukun niteliği toplumun niteliği içinde köklenmiş görülse de, *common law* düşüncesinde açık bir toplum ve sosyal değişim kavrayışı mevcut değildir. Bunun ilk sonucu, hukukun geleneksel olduğu düşünlüğü sürece, *common law*'da hukuki gelişim süreçlerini açıklamanın hatta açıkça teşhis etmenin oldukça zor oluşudur. İkinci olarak, izhari hukuk ile yasama -modern Batı toplumlarında hukukun en bilinen kaynağı- arasındaki ilişkinin belirsiz kalmasıdır. Üçüncüsü, hukukun otoritesinin kaynaklarının, tarih hakkındaki efsanelerde veya tabii akıl hakkındaki titiz argümanlarla desteklenmeyen iddialarda temellenmiş olarak, mistik olarak görülmesidir.

19. yüzyılda, modern devletteki hukukun koşullarını, yani *common law* düşüncesinin muntazaman kapsayamayacağı koşulları ciddi şekilde irdeleyen bir hukuk teorisi içerisinde konu edinmeye çalışan çeşitli hukuk felsefesi türleri gelişti. Bu yeni teorilerin bazıları uzunca süredir tedavülde olan fikriyatı yansıttı, ancak hepsi de hukukun ve hukuk kurumlarının niteliğindeki gözle görülen değişimleri -özellikle bir hukuk kaynağı olarak yasamanın giderek artan baskınlığını- hesaba katmak zorunda kaldı.

Bu bölümün kalanında, bu dönemin, klasik *common law* düşüncesinde ortaya konmuş anlayışa önemli oranda benzer hukuk anlayışlarını savunan ve irdeleyen çeşitli teoriler ele alınacaktır. Toplum veya onun hukuki geleneklerini yeniden biçimlendirmeyi hedefleyen politik otoriteler tarafından yaygın ve bilinçli olarak hukuk yapıldığı bir çağda, *tarihçi hukukbilim* [historical jurisprudence] diye bilinegelen hukuk felsefesinin, *common law* yöntemlerinin teorik bakımdan savunulması ihtiyacını kısmen giderdiği görülebilir. Hatta izleyen tartışmada ileri sürülecek ki, bugün Anglo-Amerikan bağlamında tarihçi hukukbilimi normatif hukuk teorisiyle ilişkili olarak yorumlamanın en tatminkâr yolu buradan geçer. Ancak, görüleceği üzere, tarihçi hukukbilimin zengin ve karmaşık literatürünün kapsamı Anglo-Amerikan *common law*'unun çok ötesine taşar.

Tarihçi hukukbilimin başat özgün etkisi genellikle Prusyalı hukukçu ve devlet adamı Friedrich Carl von Savigny'ye izafe edilir. 19. yüzyıl başında yazan Savigny, dönemin, Alman devletlerinin hukukunun kodifikasyonu için baskı yapan politik hareketine muhalefet etti. Kodifikasyona taraftar olanların çoğu onu Alman politik birliğini teşvik edecek bir araç olarak görüyordu. Ancak, hukukun temel ilkelerini sistematik bir düzenlemede tam olarak ifade etme girişimi olarak modern kodifikasyon fikri, hukuki gelişimin son noktasına ulaştığını varsayar; öyle ki, bu gelişimin sonucu mükemmel hale getirilmiş ve rasyonel olarak ayrıntılandırılmış hukuki formlarda ve yapılarda somutlaştırılabilir durumdadır.

Savigny için bu fikir, hukukun bir halkın (*Volk*) kültürüyle, yani tüm yaşam tarzıyla birlikte kendiliğinden ve sürekli evrilme özelliğini görmezden gelir. Hukukun kodifikasyonu için optimum zaman, kültürel gelişimin zirvesi olacaktır, ancak eğer hukuk ve kültür canlı ve dinamik işler, hukukun böyle nihai biçimde sabitlenişi gereksiz olur. Kodifikasyon sadece “kış için erzak stoklayışımızda olduğu gibi, bir sonraki daha az talihli çağın” yararına olacaktır

ve böyle bir ileri görüşlülük nadirdir (Savigny 1831: 43). Demek ki, Savigny'ye göre, *kodlar* genellikle yanlış tarihsel uğraklarda yapılırlar: Ya hukuki gelişimin canlı olduğu ama bu değişken hukuktan geniş kavramları ve ilkeleri damıtmak için gerekli teknik hünerin muhtemelen eksik olduğu kültürel gelişimin erken aşamalarında ya da 6. yüzyılda İmparator Justinyen'in büyük Roma hukuku kodifikasyonu gibi bir kültürel gerileme zamanında. Savigny bu dönemdeki girişimlere ilişkin olarak, "bütün entelektüel hayatın öldüğü, günün taleplerini karşılamak için daha iyi zamanların enkazlarının toplandığı" bir dönemin çabaları diye kayıt düşer (1831: 51).

Bu değerlendirmeler, doğrudan doğruya, değişimin kaçınılmazlığını vurgulayan ve hukuki gelişimi kültürel evrime sıkıca bağlayan bir hukuk görüşü ortaya koyar. Savigny farklı bir bağlamda yazıyor olsa da, tüm bunların ardında klasik *common law* düşüncesinin temelindekilere yakın fikirler bulunur. Hukuk diğer sosyal olgulardan farklı bir şey olarak değil, sosyal hayatın bir veçhesi olarak görülür. Savigny için, hukuk "kendinden menkul bir varlığa sahip değildir onun özü" belli bir bakış açısından görülen "insan hayatının ta kendisidir" (1831: 46). *Common law*'a dayanak oluşturan ve onu yönlendiren, ihtimal o ki efsanevi bir geçmişte köklenmiş olan kadim bilgeliğin yerine, Savigny "hukukun tahtı" olarak "halkın ortak bilincini" (*Volksgeist*) koyar (1831: 28). Buna ilişkin betimlemeleri, klasik *common law* düşüncesinde kabul edildiği üzere, yüzyılları kapsayan, aklın ve otoritenin topluluğun derin köklerine dek uzanan tarifi zor fikirlerle neredeyse tam olarak paralellik teşkil eder. "Onları bir bütüne bağlayan şey halkın ortak kanaatidir, tesadüfi ve keyfi köken nosyonunu tümünden dışlayan, içsel bir ihtiyacın getirdiği akrabalık bilincidir" (1831: 24).

Savigny kültürü açıkça evrimsel anlamda betimlemekte tereddüt duymadığı için, onun hukuk imgesi de sürekli evrimi tasvir eder. Nasıl dil denetimsiz komünal süreçler-

de kendiliğinden geliyorsa, hukuk da 'bir yasakoyucunun keyfi iradesi ile değil sessizce işleyen içsel güçlerle' gelişir' (1831: 30). Klasik *common law* düşüncesinde olduğu gibi, hukuki fikirlerin bireysel bir yaratıcısının olmadığı kabul edilir. Onlar tamamen kolektif ürünlerdir. Bilinçli hukuk yapımı olarak yasama, ortak bilincin talepleri karşısında ikincil görülür.

Bu teoride, *common law*'cunun hukukun kökenine dair mistik anlayışı yoğun bir şekilde varlığını sürdürse de, kültürel değişimin aşamaları hakkında çok daha açık ifadeler, onunla birlikte de yasamanın ve devletin kendiliğinden işlemekte olan hukuki gelişim sürecine yardımcı olma rolü üzerine daha belirgin bir görüş ortaya konur. Savigny yasamanın özgül bir uğraş haline geleceği yeni bir çağın başlangıcında yazmıştır. Her ne kadar *common law*'cular gibi hukukun birincil formunu gelenek olarak görse de, aynı zamanda modern hukukun salt bu anlamda düşünülemediğini de kabul eder.

En azından sosyal gelişimle ilgili bazı basit sosyolojik tasavvurları fark eder. Toplumlar belirli bir karmaşıklık düzeyine ulaştıklarında sosyal sınıflar ortaya çıkar ve toplum farklı menfaat gruplarına bölünür (karş. Savigny 1831: 28; 1867: 14, 36). Bu kabulün Savigny'yi ortak bir bilincin bu tür sosyal bölünmelerle birlikte var olmayı sürdüreceğinden kuşku duymaya iteceği hayal edilebilirdi. Ancak bu onu, sadece, hukukçuların şimdi üstlendikleri özel rolü ve bazı özel yasama görevlerini kayda geçirmeye iter. Ortak bilinç yine vardır, fakat yeni hukuk üretiminde ona doğrudan odaklanmak artık daha zordur. *Common law*'cuların hukukta tabii aklı yapay akıldan ayırmaları gibi, Savigny de, hukuk "dilini mükemmelleştirir, bilimsel bir yön alır" ve "bu alanda topluluğu temsil eden hukukçulara devrolunur" diye yazar. Böylece hukuk "suni ve karmaşık" hale gelir, hem topluluk hayatının bir parçası hem de hukukçuların özelleşmiş bilgisi olarak ikili bir mevcudiyete ulaşır (Savigny 1831: 28; 1867: 36-40). Bu, hukukun top-

lulukla ilişkisine dair muğlâk *common law* görüşüne hayli paraleldir. Savigny için, tıpkı *common law*'cular için de olduğu gibi, hukuk ne kadar karmaşık hale gelirse gelsin, onun toplulukla bağının kopmadığını teyit etmek hayati önemdedir; hukukun yararının ve otoritesinin kaynağı başka nerede bulunacaktır ki?

Yasamaya gelince, Savigny onun görevini Blackstone'ü hatırlatır biçimde açıklar: Oluşmuş hukuku sistematik bir forma sokmak ve gelişmekte olan ortak bilinci yansıtan yeni hukuk ilkelerinin ortaya çıkmakta olduğu fakat henüz kristalize olmadığı geçiş dönemlerinde hukuku açık hale getirmek (Savigny 1831: 33, 152-153; karş. Blackstone 1809 I: 86-87). Ancak, yasamanın giderek hukuku geliştirme görevinde *esas* hale geldiğinin, yani *common law* düşüncesinde sıklıkla anlaşıldığı gibi periferik ve tamamlayıcı olmadığının Savigny tarafından kabul edilmiş olması, klasik *common law* fikirlerinden önemli bir farklılık teşkil eder. Yasama faaliyetinin münhasır kapsamı ulaşılmış olan kültürel gelişimin aşamasına bağlıdır. Kùltürler doğarlar, gelişirler ve düşüşe geçerler. Kùltürel gelişimin bazı geç aşamalarında, koşullar "artık halkın genel bilinci aracılığıyla hukuk yaratılmasına elverişli değildir. Haliyle her durumda zaruri olan bu faaliyet, büyük miktarıyla yasamaya devrolacaktır" (Savigny 1867: 34). O halde, ima edilir görünen o ki, pek öyle kültürel canlılığın bir işareti olarak görülemese de, yasamanın bir hukuk formu olarak giderek baskın hale gelişi kaçınılmazdır.

Yasamanın nihai nüfuzuna dair bu daha belirgin görüşten doğan bir sonuç, Savigny'nin, yasama otoritesinin diğer hukuki otoritelerle -özellikle hukuku izhar eden yargı-cınlıkla- aynı topluluk ve görenek kaynaklarından türediğini düşünmenin tuhaf neticelerini açığa çıkarmaya zorlanışdır. Yasakoyucu halkın veya ulusun *merkezinde durmalıdır*, "böylece onun ruhunu, hissiyatını, ihtiyaçlarını kendisinde yoğunlaştırır, öyle ki onu halkın ruhunun gerçek temsilcisi olarak görmek zorunda kalırız" (1867: 32). Bu

garip ve gerçek dışı formülasyon muhtemelen, pek de, ortaklığı temsil eden aydınlanmış bir monarka nazaran halk temsiliyetine sahip demokratik bir meclise işaret ediyor değildir.

Savigny'nin, modern hukuk kodları çağının doğumunda yasamanın rolüne doğrudan değinme ihtiyacı, onu sonuçta klasik *common law* düşüncesinden farklı bir vurguya yönlendirdi. Bu ikincisinde hukuk topluluk hayatında köklenmişti ve bağımsız bir meslek grubu olarak hukukçuların ezoterik bilgisine dönüşmüştü; nihai anlamını orada bulacaktı. Hukukçuların politik bağımsızlıktan ve *common law*'uların sahip oldukları mesleki özerklikten yoksun oldukları Alman bağlamında yazan Savigny için, gelişimin orada duracağını düşünmek gerçekçi olamazdı. En etkili hukukçular üniversite hukukçuları idi. Savigny'nin yasa-ma megalomanisi olarak gördüğü kodifikasyon tehdidi, kendi zamanının (gelenek hukukunun ve uyarlanmış Roma hukuku ilkelerinin bir karışımı olan) Alman "*common law*'unun" (*Gemeines Recht*) üzerine çökmüştü. Bu koşullar altında, yasakoyucuların, hukukçularla ortaklık içinde hukukun gelecekteki gelişimi için merkezi önemde olduklarını kabul etme ihtiyacı hissetmişti. Ancak, tıpkı İngiliz *common law*'cuları gibi, yasama otoritesinin kapsamını politik anlamda değil de kültürel anlamda tanımlar. Bu yolla, devletin hukuk dayatma gücü, yasakoyucuya yüklenen, topluluğun Savigny'nin terimleriyle *Volk*'un- temsilcisi olarak davranma yükümlülüğü aracılığıyla sınırlanır.

Savigny'nin yazıları 19. yüzyıl Britanyalı ve Amerikalı akademik hukuk çevrelerinde büyük etki yarattı; çünkü her iki ülkede de, rasyonel yasakoyucu hukuk-yapımının yargısal hukuk-yapımı üzerindeki baskınlığının sembolü olan kodifikasyon hayaleti, *common law* düşüncesine meydan okumak üzere yükselişteydi. *Common law*'uların yaptıklarına nazaran daha açık bir kültürel gelişim teorisi ortaya koyduğundan, Savigny *common law* düşüncesinde büyük oranda eksik olan bir hukuki gelişim anlayışı temin

eder. Aynı şekilde, yasamanın rolüne, onun modern önemini (gönülsüzce bile olsa) açıkça tanıyan bir anlamda doğrudan değinilir. Ancak, kültürün bizatihi kendisinin karmaşık ve parçalı bir olgu olabileceğine, kültürel değişimin farklı toplumlarda ciddi değişiklik gösterebileceğine ve kültürel değişimin kendisinin açıklanmaya ihtiyaç duyan nedenleri olduğuna dair bir ipucuna rastlanmaz. Savigny'nin hukuk teorisi kültüre sadece, işin içine katıldığına, evrim halindeki hukuk doktrininin bütünlüğünü ve meşruiyetini teminat altına alan bir sembol olarak atıf yapar.

Maine'in Tarihçi Hukukbilimi

İngiliz hukukçu Henry Maine'nin çalışmalarının 19. yüzyılın ikinci yarısında İngiltere'de ve Amerika'da yarattığı büyük etki, kısmen, yasama çağında *common law*'un makul biçimde desteklenmesine yönelik ihtiyacın karşılanmasına yardım edişi nedeniyledir. Ancak Maine en önemli kitaplarında bu türden *common law* düşüncesi üzerine görece pek az yazmıştır. Onun tarihçi hukukbilimi, hukuk fikirleriyle ve kurumlarıyla, öncelikli olarak, onların kültürel tarih içindeki evrimleri itibarıyla ilgilenir. O halde, Maine'in çalışmaları 1. Bölümde tanımlanmış haliyle normatif hukuk teorisi ile çok az ilgiliymiş gibi görülebilir. Fakat onun buradaki önemi, klasik *common law* düşüncesinin temel varsayımlarıyla uyumlu olabilen bir genel hukuk teorisi geliştirme çabalarında tutulabilecek bir yolu göstermesinden kaynaklanıyor.

Maine'in yazıları geniş coğrafi ve kronolojik bir menzile sergiler. Roma hukuku, kadim İrlanda (Brehon) hukuku, Hint hukuku, İncil hukuku ve İngiliz hukuku onun temel kaynaklarını oluşturur. Sözleşme, mülkiyet, suç, kabahat gibi hukuki kavramların, yüzyıllarca ve farklı kıtalar boyunca gelişmelerinin ve geri kalmalarının izleri sürülür. Bu karşılaştırmalı yaklaşımın bir sonucu, onun ilk kez

1861'de yayınlanmış en önemli kitabı *Ancient Law*'da [Eski Hukuk] ifade bulan, hukukun evrimine dair genel bir tezdır.

Maine'e göre, hukukun kökeni gelenekte değil insani otoriteler (kral gibi) tarafından konulmuş veya insanüstü otoritelere (Tanrı gibi) atfedilmiş yargılarda bulunur. Bu yargıları "*themistes*" olarak adlandırır (Maine 1861: 2-5; karş. Maine 1883: Bl. 6). Yargı fikri, bu yüzden, dünya hukuk tarihinde kural fikrinden önce ortaya çıkar. Yargıç yasakoyucuyu önceler.

Ancak "kralın yönetimi dönemini", belirli yöneticilerin karizmatik otoritelerinin yerlerini askeri, politik, dini veya diğer elitlerin yönetimine bıraktıkları "bir oligarşiler dönemi" (Maine 1861: 6) izlemiştir. Bu aşamada, özel bir meşruiyet gerektirmeyen "vahye dayalı" hüküm verme otoritesi bulunmuyordu. "Şimdi hukuk oligarşisinin talep ettiği şey, hukuk kurallarının *bilgisini* tekelleştirmek, ihtilaflarda karar vermeye yarayan ilkelerin münhasır sahipliğini elde tutmaktır. Aslında Gelenek Hukuku dönemine ulaşmış durumdayız" (Maine 1861: 7). Yargılar artık ilahi vahiyler olarak görülmeyip yerleşik geleneğe dayanmakla meşrulaştırılır. Fakat gelenek hukuku da ilahi bir kökene sahip diye görülebilir. Evrimin bu aşamasında hukuk yazılı değildir ve bu yüzden onun bilgisi bir hukuk eliti tarafından kolayca tekelleştirilebilir. Ancak, Maine yazılı olmayan bu hukukun, (klasik *common law* düşüncesi ne derse desin) davalar ve hukuki argümanlar *Yıllıklarda* veya başka yerde kayıt altına alınır alınmaz yazılı hale gelmiş olan İngiliz *common law*'u ile karıştırılmaması gerektiğini söylemekte ısrarcıdır.

Hukuki gelişmenin üçüncü aşaması *kodlar* dönemiyle gelir. Burada Maine özellikle, Savigny'nin kültürel gelişimin erken aşamaları olarak teşhis ettiği kadim *kodlardan* (5. yüzyıl Roma hukukundaki Oniki Levha gibi) söz eder. *Kodlar* muhtemelen yazı sanatının keşfi ve yayılmasıyla, bazı bağlamlarda da yöneticilere veya topluluklara yargı

elitlerinin bilgi tekellerini kırma imkânı sağlamasıyla mümkün hale geldi. Maine, Savigny gibi, genel olarak bu kodlardaki sistematik olmayan niteliği ve teknik incelik yoksunluğunu kayda geçirir. Onlar “dini, medeni ve ahlâktan ibaret düzenlemeleri, asli niteliklerindeki farklılıkları hiç hesaba katmaksızın’ birleştirme eğilimindeydiler; çünkü hukukun ahlâktan ve dinden ayrılması “çok açık biçimde, zihinsel gelişimin *daha geç* aşamalarına” aittir (Maine 1861: 9; karş. Cotterrell 1999: 94-95). Fakat Maine’in kodlar dönemi hakkında yazarken niyetinin, yazılı olmayan hukuktan yazılı hukuka geçişe işaret etmekten ibaret olduğunu not düşmeliyiz. Dolayısıyla, yazılı raporlar ve kayıtlar olarak sunulan İngiliz *common law*’u “kod hukukundan sadece başka bir yolla yazılmış olmak itibarıyla farklıdır” (Maine 1861: 8).

Uygarlığın evriminde yazılı hukuka geçiş temel önemdedir. Maine, o olmaksızın daha ileri ve kayda değer bir hukuki gelişimin olamayacağını öne sürer. Yazılı olmayan gelenek iyi niyetlerle ortaya çıkmış olabilir; fakat sonra irasyonel ritüellere dönüşüp yozlaşır ve şüphe götürür analogiler yoluyla genişleyerek tahrip olur. Zira hukuk, anlamına ve amacına dair farklı yorumlara bağlı olarak, sadece kolektif hafızada varlık bulur. Hukuku yazıya dökmek kuralları sabitler, öyle ki onlar artık değiştirileceklerse bilinçli biçimde değiştirilmek zorundadırlar. Bu, hukukun “kendiliğinden gelişiminin” sonuna ve hukukun bir *maksada bağlı* gelişim olasılığının başlangıcına işaret eder (Maine 1861: 13).

Demek ki Maine, Savigny gibi, bir kültürün evriminde kodifikasyonun ortaya çıktığı noktayı olağanüstü derecede önemli görmektedir (1861: 9-10). Eğer gelenek kodifiye edilene kadar zaten yozlaştı ise, netice, bilinen sebeplerle, tecrübede hayat bulan canlı geleneğin kodifikasyonundan çok farklı olacaktır. Ancak Savigny, erken dönemdeki kodları hantal ve ilkel, sonraki sistematik ve kapsamlı olanları ise sadece hukuki kazanımları gelecekteki kültürel çöküş-

ten korumaya yaramaları bakımından değerli görürken; Maine -yazılı gelenek derlemeleri anlamında- *kodları*, kodifikasyon gelenek canlılığını kaybetmemişken yapıldığı müddetçe, gelecekteki tüm ilerlemenin anahtarları olarak görür.

Dolayısıyla, tüm büyük uygarlıklar yazılı hukuk dönemine ulaşırlar. Ondan sonra “durağan” toplumlar pek az hukuki gelişim sergilerler. Maine için batı Avrupa’dakileri ihtiva eden ama başka pek çok kültürü kapsamayan “ilerlemeci” toplumlar (1861: 13-14) ise, esaslı şekilde sosyal ve hukuki değişime uğramayı sürdürürler.

Hukuku, sosyal değişimi takip edecek şekilde değiştirmeye imkân veren üç aygıt kullanılabilir: (i) hukuki kurgular (yeni usullerle işlediklerini saklayarak hukuki biçimleri muhafaza etmek), (ii) hakkaniyet (olağan hukuktan ayırık olan, ama üstün otoriteleri itibarıyla ona üstün gelmeye muktedir oldukları iddia edilen ilkeler) ve (iii) yasama (otoritelerini onları yaratan bir “dışsal organ veya şahıstan” alan yasa yapma faaliyetleri) (Maine 1861: 15-18).

Hukuki evrimin bu genel manzarasını destekleyecek delillerin kullanımı, Maine’de kesinlikle sınırlıdır. En geniş yeri Roma hukukunun tarihi tutar. Ancak en azından delil ihtiyacı belirgin şekilde kabul edilmiştir ve Maine’in uzun bir dönemi kaplayan çağlar ve uygarlıklar tarihindeki hukuki ve kültürel koşullara dair engin bilgisi *Ancient Law* boyunca kanıtlanır. Maine için kültür hukuki gelişimin basit zemini olma özelliğini yitirmişken, Savigny için tam tersi söz konusudur. İngiliz akademik hukuk çevresinde belki de ilk kez, Maine’in tarihçi hukukbilimi, eğer hukuk doktrininin gelişimi anlaşılacaksa, hukukun özgün kültürel ortamlarına dair ayrıntılı bilgiye ihtiyaç olduğunu kabul eder.

Keza, hukukun sadece kendi kültürel ortamında *bulunduğunu* söyleyen *common law* düşüncesinin iddiası yerine, Maine hukukun -sadece yasama yoluyla değil, aynı zamanda kurguların kullanımı, hakkaniyet yargılarının geli-

şimi ve aklın temel ya da tabii hukuku aracılığıyla da- yapıldığı farklı aygıtları göstermeye çalışır. *Common law*, tıpkı tüm “ilerlemeci” toplumlarda yer alan hukuk gibi, kendiliğinden ortaya çıkmış -sadece kültürde bulunan- bir şey değildir. Boydan boya ilerlemeci toplumlar tarafından uzun süre kullanılmakla kendini kanıtlamış olan teknik aygıtlarla inşa edilmiştir.

Dolayısıyla, Maine hukukun kültürel gelişimden nasıl ayrılamaz olduğunu, fakat (yazıya dönüştürüldükten sonra) hukuki değişimi düzenleyecek kendi mekanizmalarını edindiğini göstermeye çalışır. *Common law*’un gelişiminin bulmacası çözülmüş gibidir.

Bugünlerde Maine’in özgün iddiaları eleştirilebilir; bir dolu istisnalar ve tarihsel karmaşıklıklar karşısında tüm hukuki evrim tezinin savunulması zordur. Ancak, Maine ile, İngiliz akademik hukuk çevresinde ilk kez, hukuku ve kültürü açıkça birbirine bağlayan, bunu zengin bir empirik referansla yapan, büyük tarihsel önemi haiz yasama dışı hukuk yapma süreçlerini gösteren, hukuki gelişimin tedrici yürüyüşünü ve modern hukuk fikriyatının tarihsel köklerini vurgulayan bir teori ileri sürülmüştür.

Maine’de Politika ve Toplum

Maine genel olarak Alman tarihçi okulunun fikirlerinden kesinlikle etkilenmiş olsa da (Kuper 1991: 104-105), Savigny’den doğrudan etkilendiğine dair güvenilir deliller bulunmuyor (Cokes 1988: 24-29). Yine, *Ancient Law* Charles Darwin’in *Origin of Species* [Türlerin Kökeni]’nden sadece iki yıl sonra yayınlanmış olsa da, hukukun evrimi çalışmalarına Maine’in getirdiği yaratıcı empirik yaklaşım Darwin’in evrim teorisine bir şey borçlu gibi görünmüyor (Feaver 1969: 46; Burrow 1966: 139, 152-153). Darwin’in görüşleri, 19. yüzyılın ikinci yarısında sosyal evrimi bir tür doğal seçim veya “en iyi uyum sağlayanın ayakta kalışı” tezi anlamında açıklamak üzere bazı yazarlar tarafından

hızla benimsendi. Bu “sosyal Darwinizm” neden bazı hukuki fikirlerin ve kurumlar gelişme gösterirken diğerlerinin sönümlendiğinin açıklanışında Maine’in görüşü ile uyumlu idi. Son yazılarında ise “Darwin’in cephaneliğinden yeni silahlar ödünç almakta tereddüt etti” (Barker 1928: 161). Yani, Maine’in akademik hukuk çevresine getirdiği ve ilk kez *Ancient Law*’da açığa çıkan oldukça yeni yaklaşımın kaynağı belirlenmiş değildir.

Bunu kısmen, *common law* çevresinde, hukuk düşüncesine eklemlenen yoğun tarih ve görenek bagajını düzenli bir teoride bir araya getirme ihtiyacına yönelik zamana uygun bir cevap olarak görmek cezbedicidir. Yine, Maine’in çalışması, *common law* düşüncesi ile uyumlu bir normatif hukuk teorisi oluşturma girişiminde ortaya çıkan bazı sorunlara olası çözümler sağlıyor gibi görünür. *Common law* yargıç-yapımı hukuk olarak alındığında ciddi teorik sorunların ortaya çıktığına daha önce değinilmişti. En önemli zorluk, yargıçların yeni hukuk yapma yetkilerini nereden aldıklarının ve bu yetkinin ne ölçüde geniş olduğunun açıklanmasındadır.

Maine’in çalışması hayali bir cevap ima ediyor. Yargıç-yapımı hukukun otoritesinin kaynağı (klasik *common law* düşüncesinin ileri sürmüş olduğu gibi) yasamanınkinden özde farklı değildir. Fakat Maine bu kaynağı karşılaştırmalı tarih derslerinin gösterdiği tarihsel zorunlulukta bulur. İlerleyici toplumlardaki sosyal değişim, hukukun bu değişimi adım adım takip ederek değişmesini talep eder. Yargısal buluş yöntemleri (kurgular, hakkaniyet ve tabii hukuk fikirleri), yasamadakiler gibi, Maine’in çalışmasında tüm uygarlaşmış dünyada az ya da çok ortak gibi gösteriliyor. Dolayısıyla bunun içerimi, onların uygarlığın “tabii” unsurları sayılabilecekleridir. Kurgular, hakkaniyet ve yasama, tarihte birbiri ardınca ortaya çıkarak, hukukun sosyal ilerlemeyi takip etmesini sağlayan iyileştirici unsurlar olarak, birbirlerini pekiştirirler.

Maine’in anladığı şekliyle sosyal değişim süreci sadece

hukukun formlarını değil, aynı zamanda hukukun değişen içeriğini de açıklar. İlerleme Darwinci rekabete dayanır. Sosyal değişim en uyumlunun ayakta kalışı ilkesine tabidir (Barker 1928: 161). Bu yüzden ilerlemeci toplumlarda hukuki haklar ve ödevler, genel olarak bireylerin kendileri tarafından özgürce seçilmemiş katı statülerine (örneğin bir klan üyesi, bir ailenin reisi, karısı, oğlu veya kızı olarak) dayalı olmaktan tedricen uzaklaşır. Bunlar yerine, hukuk, mübadelelerin, konumların ve işlemlerin bilinçli seçimden ya da karardan kaynaklandıklarını görerek, sosyal hayatın dinamik niteliğini giderek artan ölçüde kavrar. Statü ilişkileri hukuka ve topluma nüfuz etmekten uzaklaşır ve sözleşme ilişkilerinin yolunu açar. Bu yüzden Maine'e ün kazandıran düstur şudur: Eğer statüler [karşılıklı] anlaşmanın doğrudan ya da dolaylı sonucuna değil de şahsi konumlara referans yapar biçimde anlaşılırsa, "diyebiliriz ki, ilerlemeci toplumların hareketi bugüne kadar *Statüden Sözleşmeye* doğru bir hareket olmuştur" (Maine 1861: 100).

O halde, Maine'in modern toplum imgesi belli ki, geçmişe ait gördüğü kaynaşmış topluluklardan çok farklıdır. Şimdinin bireyciliğini sıcak karşılar: Statüden sözleşmeye doğru hareket, ilerlemedir. *Bırakınız yapsınlar* bireyciliğinin doğallığının kanıtı, kadim köy topluluklarından günümüze, tarihin yaptığı büyük evrimsel muntika temizliğidir.

Toplumsal niteliğine dair bu anlayış, aynı zamanda, yasamanın neden Maine için hukuk yapımının özellikle ayrıcalıklı bir türü olmadığını da açıklıyor. Fikirlerini eleştiren biri, bugün olduğu gibi 19. yüzyılda da, yasamanın, içinde temsili demokrasinin filizlendiği modern devletlerde *demokratik* hukuk yapımını temsil ettiğini ileri sürebilirdi. Bu yüzden yargısal hukuk yapımına kıyasla onun daha büyük bir meşruiyet ve kabul edilebilirlik taşıması gerekir. Ancak Maine'e göre yakından incelendiğinde bu özel meşruiyet buharlaşır. Toplum, büyük oranda, yönlendirmeyen, sadece takip eden bir kitleden oluşur. Ayakta kalmak için yürütülen sosyal rekabet çoğu insan için "artan özgür-

lge doğru götüren herhangi bir iz" sunmaz (Barker 1928: 167). Diğer geç 19. yüzyıl hukukçuları gibi Maine de halkın otoriteye itaatinin temellerine ilgi duydu ve bunu akıl veya korkudan ziyade alışkanlıkta ve kayıtsızlıkta buldu (Maine 1885: 63). Bu yüzden hukukun asli niteliği cebri emir olması değil otorite sahibi yönergeler ortaya koymasıdır (karş. Maine 1875a: Bl. 12). Aynı şekilde toplum (yönlendirmekten ziyade takip eden kitle), ister yargıçlar ister yasakoyucular olarak anlaşılsın, bir türden elitler tarafından yönetilmek zorundadır. Hukuk-yapıcı olarak hangilerinin en uygun oldukları sadece hangilerinin en iyi deneyime sahip olduğuna bağlı olmalıdır.

Bir yorumcu Maine'in "idari" zihniyetini şöyle betimler: "soğukkanlı, duygusal olmayan, dürüst ve âdil, fakat daima otoriteyle özdeşleşmeye eğilimli, insanlık kitlesinin duygularına ve özlemlerine sempati duymayan" bir zihniyet (Burrow 1966: 174, 177-178). Nihayet, etkin modern devlet idaresinin düşmanları olarak gördüğü demagoglardan korkmuştu; son kitabı *Popular Government* [Halk İdare-si] (Maine 1885) demokrasinin itham edildiği bir polemiktir. Nasıl *common law*'un toplulukla ilgisi hukukun keşfinde halkın katılımını gerektirmiyorsa (vakalar jüri tarafından bulunabilse bile), nasıl Savigny'nin halk ruhu onu ifade edecek demokratik kurumlara ihtiyaç duymuyorsa, Maine'in bütünsel uygarlığın bir parçası olarak hukukun evrimi imgesi de halkın demokratik temsilcileri tarafından değil elitler tarafından yönetileceği bir evrim ortaya koyar.

Tarihçi Hukukbilim ve Hukuk Mesleği

Maine'in çalışmasının *common law* sistemlerinde mesleki bir grup olarak hukukçuların endişeleriyle ne tür bir irtibatı bulunur? Erken dönemlerde *common law*'uların meslek grubunun niteliği her ne olmuşsa olsun, Maine'in yazdığı dönem ve *Ancient Law* ortaya çıkmadan önceki on yıllar incelenirse, öz-bilinçle kendini şekillendirmekte ve

kendi statüsünü inşa etmekte olan modern bir hukuk mesleğini görmek kesinlikle mümkündür (Cocks 1983). 19. yüzyılda hukuk eğitimi ve öğretimi hakkında önemli meselelerden ciddi biçimde söz edilmeye başlandı.⁹ Bunların yanında, hukukçuların mesleki bilgilerinin ve uzmanlıklarının niteliği hakkında, hukuk öğrencilerinin modern bir uzmanlık mesleğinin iyi donanımlı birer üyesi olmak için ne öğrenmelerinin gerektiği hakkında, o vakitler yıldızı parlayan diğer modern sosyal bilimlerle kıyaslanabilir bir hukuk 'bilimi' imkânı hakkında ve hukuk bilgisinin özerk, birleşik ve sistematik olup olamayacağı, eğer olacaksa bunun hangi yollarla olabileceği hakkında çetin sorular ortaya çıktı.

Maine'nin yazıları bu bağlamda çok önemlidir. Görülmüş olduğu üzere, klasik *common law* düşüncesinin konusunun, hem ezoterik olan hem de merkezi bir sosyal önem taşıyan bir bilgi olduğu kesinlikle düşünülebilir. Fakat onun, 19. yüzyıl anlayışıyla fikirlerin rasyonel bir organizasyonu anlamında bir "bilim" olduğu kolayca düşünülemez. Böyle rasyonel bir bilim "zengin ve canlı *common law* göreneğini kendi dört köşesi içinde düzgünce tutmayı asla ümit edemezdi" (Postema 1986: 37). Aynı şekilde, daha önce belirtildiği gibi, klasik *common law* düşüncesi ciddi tarihsel araştırma üzerinde temellenmiş değildi. Diğer hukuk sistemlerinin veya hukuk yöntemlerinin bilgisinden önemli derecede yalıtık olarak var oldu (Feaver 1969: 45; Pocock 1957: Bl. 3). Son olarak, onu diğer öğrenim disiplinlerinden ayıracak sağlam herhangi bir entelektüel ölçütten yoksundu. Onlarla olan ilişkisi de zayıf ve sistemsizdi (Sommerville 1999: 89).

Maine'nin önemli çalışmalarının hepsinin içerimi, emsallerin ve ilkelerin düzensiz bir yığından ibaret olmaksızın ziyade entelektüel bir alan olan hukuka dair sağlam bir bilginin, karşılaştırmalı tarihi ve felsefi çalışmaları gerektirdiğidir. İngiltere'de ve İrlanda'da hukuk eğitiminin du-

⁹ Gelişmelere dair bir özet için bkz. ör. Manchester 1980: 54-63.

rumunu araştırmak üzere 1846'da atanmış olan Geçici Komite gibi başka etki kaynakları da aynı sonuçlara ulařmıřtı¹⁰ ve Maine hukuk eēitiminin bu doērultuda geliştirilmesi için yrtlen kampanyalarda aktif haldeydi. 1855'de şunları söyledi: "Hukuk sistemimizin eksikliēi münhasıran pratikle ilgili olmasıdır bizde hukuk bir bilim deēildir" (Feaver 1969: 24'de alıntı). O halde, Maine'nin hukuk bilimi, "hukuk sistemlerinin genel evrimini açıklayan bir teorik çerçeveye uyumlu da kılınabilecek yeni bir tür empirik tarih türü idi" (Feaver 1969: 46).

Maine'in kitapları ve dile getirdiēi yöntemler 19. yüzyılın ikinci yarısında büyük etki yarattı. *Ancient Law* Avrupa'daki ve Amerika'daki hukuk okullarında 1871'e kadar yaygın biçimde kullanıldı. Maine nl bir Amerikalı hukukçunun kendisine "Eyaletlerdeki hemen her avukatın bir kopyaya sahip olduēunu sanıyorum" dediēini belirtmişti (Feaver 1969: 128, 129). Kitap yirmi beş yıl içinde on bir baskı yaptı. Etkisi sadece hukukçular üzerinde deēildi. "Maine'nin entelektüel sınıf arasındaki etkisinin geniřliēini ve derinliēini abartmak zor olurdu ...", onun "yöntemi bütün bir kuřaēın politikaya dair düşüncelerine hükmetti"; bu onun "kazandıēı yoēun prestiji ve kusursuz itibarı" yansıtıyordu (Collini, Winch ve Burrow 1983: 10, 210, 252).

Maine'nin hukuk mesleēinin dikkatine mazhar olma başarısının nedenleri burada asli önemdedir. Onun dikkat çekici biçimde sunduēu şey, saēlam empirik veriler üzerine kurulu olan, dahası, hem hukuk bilgisinin yüksek önemi hem de onun sosyal hayatta ve uygarlık tarihinde merkeziliēini gösteren, hakiki bir hukuk bilimidir. *Common law* düşüncesinin içinde var olan muhafazakrlıkla ve onun bütünsel yasama reformu yerine hukukun içtihatlar aracılıēıyla tedricen uyarlanması yönündeki tercihiyle uyumlu fikirler ileri sürer. Nihayet, *common law*'un eskiden kalma yöntemlerinin ve onun üretmiş olduēu doktrin ve kurumların, sosyal ilerlemenin doēa-bilimsel yasaları tara-

¹⁰ Hukuk Eēitimi Geçici Komisyon Raporu No. 686 (1846).

findan onaylanmış olduğunu söyleyen, rahatlatıcı bir mesaj ortaya koyuyor gibidir. Akademik hukukçuluğu, o zamanlar yaygın biçimde diğer sosyal çalışmalarda ulaşılmış en ileri görüşler diye kabul edilmekte olan görüşlerle özenle birleştirir (Cocks 1988: 1-2). Bu sayede, geç 19. yüzyılda, ünlü bir kamusal figür ve hukuki meselelerde belagatli bir sözcü olarak, hukuk mesleğinin ve onun bilgisinin statüsünü daha geniş entelektüel ve politik çevrelerde destekleyen nüfuz sahibi bir güç olarak görülmüştür.

Maine'in Yeni Biliminin Yazgısı

1875'te Maine, o vakte dek yayınlanmış çalışmalarında izleri gösterilmiş bulunan "yeni bir bilim" için bir program oluşturdu; bu bilim başka alanlarda uygarlığın evrimi aydınlatılırken zaten kullanılmakta olan karşılaştırma yöntemlerini, "yasaların, kurumların, geleneklerin, fikirlerin ve sosyal güçlerin" araştırılmasında kullanacaktı (Maine 1875b: 230). Ancak kendi popülaritesine ve şöhretine rağmen, yeni bilim akademik hukuk çevresinde kalıcı bir etki doğurmadı. Birkaç ünlü hukukçu Maine'in izini bir yere kadar takip ettiyse de, tarihçi hukukbilim *common law* dünyasındaki hukuk düşüncesini yeniden biçimlendirmede. Yanlış giden neydi?

Önceki bölümde hukuk teorisinin profesyonel bilginin niteliğini açıklığa kavuşturarak, ondaki birliği ve sistemi göstererek ve hukuki olanı olmayandan belirgin biçimde ayırarak (dâhili-harici dikotomisi), hukukçuların profesyonel ihtiyaçlarına hizmet edebileceği ileri sürülmüştü. Maine'in hukukbilimi bu anlamda ciddi ölçüde kusurludur, çünkü hukuk bilgisini iyi tanımlanmış ve yönetilebilir bir alan olarak sunmaz. Bunun yerine, *common law* düşüncesinin bilimsel olarak yeniden ele alınışı ile uyumlu hukuk çalışmalarının, birçok ulus ve tarihteki birçok yüzyıl boyunca uzanan geniş kültürel bilgi alanlarını kucaklaması gerektiğini belirtir.

Profesyonel hukuk eğitimi bakımından sorun gayet açıktır. Maine'in kitapları, Britanya'da ve sömürgelerde mevcut staj kurumlarının [*Inns of Court*] sınavlarında, hatta Hint Kamu Hizmetleri Rekabet Sınavı'nda kullanılanlar arasına eklenmişti. 19. yüzyıl sonlarındaki "özet" öğrenci kitaplarında büyük hukuk metinlerinin kısaltılmış versiyonları yer alırdı (Sugarman 1986: 52). Bunlardan Maine'nin çalışmalarıyla ilgili olanın önsözünde şunlar yazılıdır:

"Bu çalışmalarda sınav maksatları bakımından öğrencilere mutlak surette yetersiz çok miktarda yazı bulunur ve sayfalar boyunca bir eleştiri veya bir teori aramak için bocalamak gerekir; Bir sorun ya da teori üzerine tamamlanmış herhangi bir eleştiri veya teori keşfetmek için, genellikle, sadece kitapların her biri boyunca değil, aynı zamanda bu kitapların her birindeki farklı bölümler veya dersler boyunca da arama yapmak gerekir. Tümünün iki bin sayfadan fazla tuttuğuna bakılırsa, bu, öğrenci için büyük bir vakit ve zihinsel enerji kaybıdır".¹¹

Maine'in yazılarının, hukuk çalışmasını gerçek bir kültürel değere sahip bir çalışma haline dönüştürme, hukukun uygarlığın niteliğini ve ilerleyişini açıklayan gerçek bilimlere kıyasen oldukça aşağı seviyede bir "gizli bilimden" başka bir şey olmadığına dair fikirden kurtulma yönünde ciddi bir girişim ortaya koyuşu önemsenmez.

Dolayısıyla, *common law* düşüncesi ile uyumlu bir normatif hukuk teorisi bulma sorunu, tarihçi hukukbilimin ışığının sönmesiyle birlikte, çözüme hiç de yaklaşmamış görünüyor. Maine'in yazıları normatif hukuk teorisine değil, onun yerine hukukun mahiyetini sosyal kökenleri ve etkileri bakımından açıklamayı hedefleyen empirik bir hukuk teorisi ihtiyacına işaret ediyordu. Bugüne kadar Maine antropoloji tarihinin önemli bir figürü olarak görüldü ve

¹¹ Evans 1896: v-vi. Karş. Cocks 1988: 6-7'de alıntılanmış, Frederick Pollock'un daha az sıradan ama aynı anlamı taşıyan yorumları.

alışmaları hukuk sosyolojisi dâhil, sosyolojinin gelişimin-
de büyük etki yarattı.

Böyleyken bile, açıkça akılda tutmalıyız ki, o her şeyden
önce bir hukukçuydu. Maine modern sosyal bilime yakın
olmaktan ziyade, belli ölçüde, hukukun doktrin bütünlüğü
talebini anlamlandırmanın motifini sadece kültürde gör-
müş olan Savigny'ye yakındır. Hiçbir biçimde bir "tam an-
lamıyla sosyolog" değildi (Burrow 1966: 151) ve birçok ya-
zar onun empirik delilleri güvenilir olmayan biçimde kul-
lanışını eleştirdi. Tarihçi hukukbilime bağlı olanlar sosyo-
logların yazıları ve bakış açıları ile aralarına mesafe koydu-
lar (Collini, Winch ve Burrow 1983: 213, 220). Aynı şekilde,
İngiltere'de tarihçi hukukbilim antropolojiden farklı bir
yönelim içine girdi. İkincisi tüm insanlığı konu edinmiş
görünürken, ilki Maine'nin kurduğu biçimiyle, sadece kül-
türel tarihleri uygarlığın evrimi olarak görülen şeyin içine
yerleşen halklarla ilgilendi (Collini, Winch ve Burrow 1983:
212).

Tarihçi hukukbilim bir uygarlık silsilesinin izini sürdü;
bu silsile esas itibarıyla hukuki fikirlerin ve kurumların ta-
rihsel gelişimi bakımından doğrulanmış ve orijinal bir Ar-
yan halklar ailesine dair varsayımlarda temellenmişti. Ma-
ine şöyle yazmıştı: "Uygarlık eski Aryan dünyasındaki,
çözölen fakat geniş bir çözücü etkiler çeşitliliği altında yine
de kendini daima yeniden kuran düzenin adından başka
bir şey değildir" (1875b: 230). 17. yüzyılda *common law*'un
nihai ve zaman ötesi mistik kültürel kökenini bulmak için
kadim Anayasa fikrine yapılan müracaat, adeta Aryan
dünyanın zaman ötesi kültürel birliği fikrinde yeniden di-
rilmişti. Maine'in düşüncesinin altındaki birlik, *common
law* düşüncesinde olduğu gibi, bir kültür birliğidir.

Böyle bir birlik bir normatif hukuk teorisine temel oluş-
turmak için pek tatmin edici değilse, temeller için başka
nereye bakılmalıdır? Klasik *common law* düşüncesinin var-
sayımlarını onların nihai sonuçları gibi görünebilenlere
kadar izleyip uygun sonuçlar bulamamış olduğumuza gö-

re, tam zıt konumlardan başlamak belki daha yararlı olabilir: Yasamayı hukukun merkezinde, yargısal hukuk yapımını ise periferik saymak ve hukukun temelini topluluk yerine politik iktidarda görmek. Sonraki bölümde incelenen teori tam olarak bunu yapıyor. Klasik *common law* düşüncesini ve tarihçi hukukbilimi geride bırakırken, onların güçlerini gözden kaçırmamak yine de önemlidir. Çokça muğlaklığa ve bir kısım tutarsızlığa rağmen, *common law* teorisi ve onunla uyumlu fikirler geliştirmiş olan 19. yüzyıl hukuk felsefesi, hukukun topluluk hayatıyla bağını kurmanın hayati önemini vurgular. İma yoluyla, hukuku şiddet aygıtı olarak örgütlenmiş etkin kurallardan ibaret sayan yasakoyucuların kibrine karşı bir uyarı getirir.

3. Bölüm

Egemen ve Teba: Bentham ve Austin

John Austin'in eşi, onun "kesintisiz bir düş kırıklığı ve başarısız hayat" yaşadığını yazmıştı.¹ Yine de Austin, klasik *common law* düşüncesinde içkin, gelenek bağımlı teori-den uzaklaşmaya olanak sağlayan, tam ve sistematik bir hukuk anlayışı formülasyonuna diğer herkesten daha fazla katkı sundu. Aynı şekilde, Austin tarihçi hukukbilimin yapamadığını gerçekleştirdi: Hukuk bilgisinin kapsamının açık bir şekilde belirlendiği, hukuki-olanın olmayandan net biçimde ayrıldığı ve hukuki fikirler arasındaki mantıksal bağlantıların açığa çıkarıldığı düzenli bir hukuk teorisi önerdi. Nihayet, yasamayı periferik değil merkezi kılan bir hukuk görüşü ileri sürdü. Böylece onun teorisi modern devlet gerçekliğini, cüsseli bir iktidar örgütlenmesi olarak gördü. Hukukun bu merkezileşmiş ve kapsamlı iktidar yapısı ile ilişkisini göstermeye çalıştı. Hukukun görünür kaynağının topluluk değil idare olduğu modern koşullarla uyumlu gibiydi.

Bu yüzden en önemli haleflerinden biri olan Sarah Austin, yukarıda alıntılanan yorumu not düşerek, şuna işaret eder: "Ölümünden sonraki birkaç yıl içinde, onun yaptıklarının İngiltere'de hukukbilim disiplinini kurmuş olduğu açık hale gelmişti" (Hart 1955: xvi). Austin görmezden gelinen yazılarının ve başarısız derslerinin hiçbir biçimde iz bırakmamış olduğuna inanarak, 1859'da öldü. Dört yıl sonra en önemli çalışmalarının hepsi, büyük oranda dul

¹ Rumble 1985: 56'da alıntılanmış bir mektupta.

eşinin çabaları sayesinde, yeniden basıldı. Sadece kendi döneminin teorisi olmakla kalmadı, Anglo-Amerikalı hukukçuların hâlâ kullandıkları kavramların temel unsurlarını ortaya koyarak, hukukun mahiyetine dair fikirler oluşturdu veya onları açıklığa kavuşturdu (karş. Dworkin 1977: 16).

Austin'in hukuk teorisi, esas itibarıyla, sonradan Londra Üniversitesi olacak kurumun ilk hukukbilim profesörü olarak hazırlamış olduğu derslerle ortaya çıkar. Austin'in hukuk felsefesi, büyük oranda, kendisinden önceki yazarlara çok şey borçludur. Egemenlik kavramıyla ilgilenen uzun bir politik teori geleneğinden damıtılmış bir dizi fikriyatı; keza asıl akıl hocası İngiliz felsefeci ve hukuk reformcusu Jeremy Bentham'ın hukuk teorisinden seçip çıkardığı alıntılarını yeniden sunar. Bugün için ulaşılan görüş, Austin'in çalışmalarının Bentham'inkilerden çok daha az önemli olduğu ve onların entelektüel menzilinin kesinlikle çok daha sınırlı bulunduğudır. Fakat yayımcılık kazalarının da sonucu olarak, Austin, hukuk teorisinin ve daha geniş akademik hukuk konularının gelişiminde Bentham'ı aşan bir etki yaratmıştır.

Yine de, Bentham'ın benzer esasları kapsayan önemli yazıları yayımlanmamışken, Austin'in hukuk teorisiyle ilgili büyük eserlerinin hepsinin 1860'lardan itibaren yayımlanmış olması, açıklamanın sadece bir kısmını oluşturur. Austin'in hukuk teorisinin biçimi ve konuları düzenleyişi, zamanın siyaset ve hukuk mesleğine özgü kaygılarına özellikle cevap veren bir normatif hukuk teorisi ortaya çıkarabilmesini sağlar. Dahası, son derece özet ve doğrudan bir tarzda ortaya konmuş, belirgin bir genel hukuk anlayışı örneği sunar.

Belki de Austin'in dünyevi meselelerdeki "başarısızlığı" hukuk teorisi alanındaki başarısının koşullarını yaratmıştı. Mutlak bir fikri takiple, hukukla ilgili bir "bilimin" nasıl mümkün olabileceğine dair net bir imgenin izini sürdü. Bentham'ın –bu büyük yazarı geniş çaplı projelere gi-

rişmeye yönlendirmiş olan- bitmek bilmez entelektüel merakından yoksun olan Austin, Bentham'ın merakının sadece bir parçasını oluşturan hukuk teorisi üzerine titizlikle çalıştı. Fikirlerinin Bentham'ınkilerden farklılık gösterdiği yerler yalnızca, dediğim dedik bir mantığı (örneğin egemenliğin niteliği üzerine) veya inatçı bir gerçekçiliği (örneğin yargısal hukuk-yapımının tartışılmasında) tercih etmesidir; ki buralar Bentham'ın esnek cümleler kullandığı ya da hukuki veya politik reform uğruna daha radikal analizler yapmaya çabaladığı noktalardır.

Burada Bentham'ın ve Austin'in bir normatif hukuk teorisi geliştirmek bakımından sahip oldukları görece meziyetler hakkında genel bir değerlendirme yapmaya gerek yok. Fakat izleyen sayfalarda geliştirdiği hukuk teorisine rutin olarak yöneltilecek en ciddi eleştirilerin çoğuna karşı Austin lehine güçlü bir savunma yapılabileceği ileri sürülecek. Bu bölümde sahneye Austin çıkıyor; çünkü sonraki hukukçular ve genel olarak akademik hukuk çevresi üzerinde şimdiye kadar daha büyük etki yaratan ve *common law* geleneğinin temelindeki muğlak teoriyle mutlak bir karşıtlık oluşturan belirgin (hatta dogmatik) bir normatif hukuk teorisi versiyonu öneren, Bentham'dan ziyade odur. Yine de, Austin'in fikirleri ve onların politik ve profesyonel sonuçları incelenirken Bentham'ın teorileriyle karşılaştırmalar yapacağız. *Common law* düşüncesinin 2. Bölümde ele alınmış olan evrimine paralel olarak, hukukun mahiyetine oldukça farklı yaklaşan başka bir düşünce geleneğinin de bulunduğu işaret etmek üzere, Austin'in düşüncesinin Bentham'ın ötesine geçen köklerinin de izini sürmek gerekecektir.

Karanlık İmparatorluğu ve Aydınlik Bölge

Austin'in ve Bentham'ın hukuk teorilerinin ardındaki motivasyonu ve yönelimi anlamamanın anahtarı, her iki yazarın İngiliz *common law*'unun yöntemine ve bakışına yö-

nelik derin düşmanlıklarını ve ikisinin ona karşı geliştirdikleri tepkiler arasındaki ciddi farkı görmekte yatar. Hayatının sonuna doğru Austin görüşlerini pekâlâ gözden geçirmiş olabilir; fakat ilk kez 1820'lerin sonunda, sözlü olarak sunulmak üzere kaleme alınmış olan ve hukuk felsefesindeki şöhretinin temelini oluşturan Londra Üniversitesi dersleri, *common law* düşüncesinin saçmalıklarıyla ve tek tek yargısal icatlarla geliştirilmiş bir hukuk sisteminin, eğer bir sistem olarak adlandırılabilirse, irrasyonelliğiyle ilgili iğneleyici yorumlarla doludur. Bentham yargıç-yapımı hukuku, birinin köpeğinin yanlış bir şey yapmasını bekleyip sonra onu dövmesine benzetmişti (karş. Lobban 1991: 116). Ancak Austin yargısal hukuk-yapımına muhalif değildi. Onu kaygılandıran şey, *common law*'da açıkça tanımlanabilir rasyonel ilkelere dair sistematik bir organizasyonun ya da bir yapının tamamen eksik oluşu idi. Derslerinde kendini hukuk anlayışına yönelik rasyonel ve bilimsel bir yaklaşımın; arkaik, karışık, gelenek bağımlı *common law* düşüncesinin yerini alacak ve hem yasamayı hem de yargıç-yapımı hukuku kapsayacak modern bir hukuk görüşünün haritasını çıkarmaya adanmıştı.

Bu hedef Austin'i Bentham'dan derhal ayırır. Her zaman daha radikal bir düşünür olmuş olan Bentham, yargısal kararların hukukun münhasır kaynağı olduğu fikrine yazılarında hiç tahammül göstermez. Savigny'nin hor görmüş olduğu kodifikasyon fikrine bağlı kalır. Hukuk, yasama araçlarıyla maksatlı ve bilinçli olarak yaratılmalıdır. Hukuk, olabildiğince, rasyonel ve sistematik biçimde organize edilmiş kodlarda ifade edilmelidir. Austin de kodifikasyon taraftarıydı; derslerinde onun meziyetlerini ve Savigny'nin çoğu itirazının saçmalığını uzun uzadıya tartışır. Fakat imkânlara dair de serinkanlı bir gerçekçilik sergiler. Austin'in yargıç-yapımı hukuk hakkındaki görüşleri daha sonra tartışılacak. Burada, onun yargıç-yapımı hukukun modern hukuk sisteminin vazgeçilmez bir unsuru olduğunu ve dezavantajlarına rağmen bazı meziyetler taşı-

dığını, onun belli zamanlarda ve belli alanlarda hukuki gelişimin sıklıkla tek pratik aracı olduğunu kabul ettiğini söylemek yeterlidir. Kodifikasyon teoride takdire şayandır ama pratikte ciddi bir yasama hüneri, hukuk bilgisi ve politik vizyon gerektirir. Bu yüzden, ihtiyaç duyulan şey, tüm bu veçheleri gerçekçi biçimde bağdaştırabilen, fakat onları modern devletin rasyonel ve merkezileşmiş yönetim yapısının çerçevesi içinde sunabilen bir hukuk görüşüdür.

Mesele Austin yorumlarında sıklıkla görmezden gelinse veya yeterince yer bulamasa da, onun bu göreve yardımcı olacak, Benthamcı etkilerin oldukça dışında, akademik hukuk modelleri bulmuş olduğunu kaydetmek önemlidir. Austin, Roma hukukunu (özellikle kıta Avrupasının özel hukukçuları tarafından yorumlanmış ve geliştirilmiş biçimiyle), mantıksal organizasyonu itibarıyla İngiliz *common law*'undan çok üstün bir rasyonel hukuk düzeninin örneği olarak gördü. "İngiliz hukuku çalışmayı bırakıp Roma hukuku çalışmaya başladığınızda, kaos ve karanlık imparatorluğundan uzaklaşıp, kıyasen, düzenin ve aydınlığın bölgesi gibi görünen bir dünyaya geçersiniz" (Austin 1885: 58). Roma akademik hukukçuluğunun "olağanüstü meziyeti" akademik hukukçuların "onun genel ilkelerini büyük sarahat ve nüfuzla kavradıkları ... bu ilkeleri detayların izahına takdire şayan mantıkla uyguladıkları ve böylece bu pozitif hukuk sistemini tam ve tutarlı bir bütün olarak tanzim ettikleri" (Austin 1832: 160-161) tarza içkindi. Tersine İngiliz hukuku sıklıkla tutarsız biçimde kullanılan "kullanışsız ve yanlış yönlendirici jargon" ile doluydu (Austin 1885: 686). Roma hukukunu aktaran hukuk felsefeleriyle ve hatta hukukun aktüel içeriğiyle arasına mesafe koysa da, Austin kendini Romanist akademik hukuk çevresini öve öve bitirememekten nadiren alıkoymuştu. Kendi derslerine hazırlanmak için, Alman akademik Roma hukukçularının yazılarını okumak ve Alman hukuk felsefesi çalışmak üzere, Almaya'da aylar harcadı.

Austin'in hukuk felsefesi yönelimini anlamak için bu-

nun önemi nedir? Bu gösteriyor ki, “hukukbilimin özel alanında Bentham’ın veliahdı olarak kabul edilmiş” (Stephen 1900: 317) ve derslerini kaleme aldığı dönemde kendini tereddütsüzce Bentham’ın (eleştirel de olsa) tilmizi olarak gördü ise de, hukuka dair bilim modeli bütünüyle Benthamcı değildi. Romanistlerin “bilimsel yöntemini” öven başka yazarlardan da -onları onaylayarak- alıntılar yaptı; bu yöntem onları “izleyen tüm çağlar boyunca model” (1885: 1080) haline getirmişti. Austin’in anladığı haliyle, genel ilkeleri teşhis etmeye, onları detayları açıklamak üzere kullanmaya ve böylece hukuktaki düzeni ve tutarlılığı göstermeye yarayan bu yöntem, birçok kaynaktan yargısal kararlar, gelenek ve yasama- gelen hukuku rasyoneleştirmek için kullanılabilirdi.

Elbette, Bentham gerek duyulan birçok unsuru zaten önceden ortaya koymuştu. Rasyonel hukuk reformunu yönlendirecek ve *common law* arkaizmini teşhir edecek tutarlı bir doktrin ihtiyacını fark etmiş ve onu *foyda* ilkesinde bulmuştu. Fayda, hukuk-yapımının ve hukuk kurumlarının, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğunu teşvik edecek biçimde tasarlanmasını gerektiriyordu. Fayda, geleneksel, kendinden menkul veya öznel ahlâki değerlendirmelerin yerine belli pratiklerin, kurumların ve siyasaların meziyetlerine dair rasyonel bir değerlendirmeyi koyacaktı. Bunlar ortak iyiye ne ölçüde hizmet ettiklerine göre değerlendirilecekler, mümkün en büyük sayıdaki nüfusun güncel arzularının azami düzeyde tatmini itibarıyla ölçüleceklerdi.

Austin’in dersleri Bentham tarafından irdelenmiş biçimiyle fayda doktrinini kabul eder ve onu hararetle, hatta fanatikçe savunur. Fakat Austin’in dersleri, olması gerektiği ya da olabileceği haliyle hukukun teorisine (yasama bilimi dediği şeye) değil, *olduğu haliyle* hukukun teorisine (hukukun bilimi dediği şeye) özgülenmişti. Sonuç olarak, Austin’in derslerinin bazıları faydayı doğrudan tartışsa da, yazılarının bütününde bu mesele merkezi bir konum işgal

etmez; Bentham için ise tersi geçerlidir. Austin'in yoğun olarak başvurduğu Bentham'ın "açıklayıcı hukukbilimi" (hukuk bilimi yerine kullandığı terim) fayda ilkesini hukuk reformunda uygulanmak üzere hazırlama kaygısının izini taşıyordu. Demek ki, yasama bilimi (denetleyici hukukbilim diye adlandırır) Bentham için merkezdedir ve açıklayıcı hukukbilim, denetleyici hukukbilimin sürdürülebilmesi için gerekli bir bilgi temelidir. Tersine Austin, mevcut hukuka dair bir teorinin irdelenmesine özgülenmiş dersleriyle bilinir. Bu derslerde fayda ilkesine değinişini, hukukun neden belli biçimler almış olduğunu açıklamaya yaradığı için gerekli oluşuyla apolojetik biçimde haklılaştırır (Austin 1832: 58; 1885: 1078). Bu yüzden, Austin'in derslerinin özgün bağlamında yasama bilimi hukuk bilimine göre *alt seviyededir*.

Bu, kendi içinde, Austin'in Bentham'a kıyasla daha az radikal olan hukuk görüşünü ortaya koyuyor. Austin, tüm kusurlarına rağmen İngiliz *common law*'unun genelde, fayda ilkesinin gereklerine yaklaşmış olduğunu düşünmüştü. Bentham hukuk reformu için bir araç arayıp onu fayda ilkesinde bulmuşken, Austin, her şeyden önce, mevcut hukuku rasyonelleştirecek bir araç aradı. Mevcut hukukun unsurlarını düzenlemek ve mantıksal olarak ilişkilendirmek, onu sistematik biçime sokmak, onda mündemiç akıl yürütmeyi açığa çıkarmak istedi ve onun "bilimsel" olarak anlaşılabilmesine yarayacak bir kavramlar dizisi önerdi. Bu tür bir görev belli bir hukuk sistemiyle bağlantılı olarak yürütülebilirdi. Fakat daha temel bir teorik soruşturma - hukuk biliminin gerçek temeli- bu görevin genel olarak hukuk sistemleriyle bağlantılı olarak yürütülmesi olacaktı. Bu yüzden, Austin'in genel hukukbilim dediği şey "hukuk sistemlerinde" veya en azından gelişmiş hukuk sistemlerinde "ortak olan ilkelerin, nosyonların ve ayrımların açığa çıkarılmasıyla ilgilenen bilim" olacaktı (Austin 1885: 1073). Austin bu hususların pratikte, saygın bulunduğu Romanist hukukçuların yazılarının, İngiliz yargıçların (hukukun dü-

zenlenişiyle ve sistematik organizasyonuyla ilgili) modern kararlarının ve Fransız ve Prusya kodlarının hükümlerinin incelenmesiyle yeterince aydınlatılabileceklerini ileri sürer (1885: 1077).

Bu planda Alman Roma hukukçularının ve Bentham'ın etkilerinin bir araya gelişi, genellikle sanıldığından daha zordur. Austin'in vurguladığı üç karşılaştırma kaynağı, onun anladığı tarzda çağdaş hukuk düşünceci ile uyumlu kılınması gereken üç rakip gücü net biçimde özetler: (i) *common law*'un yargısal kararları tarafından sağlanan dağınık hammadde, (ii) tedricen evrilmiş hukuk doktrinin-den çıkan düzenin nasıl rasyonelleştirileceğine dair Romanist örnek ve (iii) modern sistematik kodifikasyon deneyimi. Fakat Austin'in titizliği onu, üzerine "hukuk sistemlerinde ortak olan ilkelerin, nosyonların ve ayrımların" açığa çıkarılışının bir bilim olarak kurulabileceği temele dair bir ön araştırma yürütmeye itti. Bu ön araştırma "hukuk" üst kavramının bizzat kendisinin anlamına yönelikti. Bentham ve ondan önce 17. yüzyıl İngiliz siyaset felsefecisi Thomas Hobbes, bu amaçla geliştirilebilecek fikirler ileri sürmüştü. Sonuçta, Austin'in hukuk felsefesi diye görölmeye başlanan şey, sadece *hazırlayıcı* olan bu araştırma oldu (karş. Buckland 1949: 3). Çok daha geniş "genel hukukbilim" alanına katkıları ise görece ihmal edilmiş olarak kaldı.

Pozitif Hukuk ve Pozitif Ahlâk

Bir bakış açısından, Austin'in hukuk teorisinin en değerli katkısı, *hukuku* karıştırılabilir olduğu diğer olgulardan (örneğin ahlâk kurallarından, geleneklerden) net biçimde ayırma girişimidir. Önceki bölümde göröldüğu üzere, *common law* düşünceci bunu yapmamıştı. Austin için, hukuk hakkında berrak düşünüş, hukuk biliminin konusunun böyle belirginleştirilmesini gerektirir. Bentham, Blackstone'un İngiliz hukukuna dair ünlü 18. yüzyıl eseri *Commentaries*'de ahlâki nosyonlar ile hukuk ilkelerinin ka-

rıştırılmasıyla alay etmişti (Bentham 1977: 3-33). Bentham'a göre sonuç, Blackstone'a ahlâki vaazlar verme veya hukuktan bahsetme örtüsü altında kendi önyargılarını şişirme yolunu açan biçimde, tamamen bilim dışı görünüyordu. Haliyle -Bentham'ın Blackstone eleştirilerinden güçlü biçimde etkilenmiş olan- derslerini kaleme almaya başladığında, bir hukuk bilimi için başlangıç noktasının hukuk ile ahlâk arasındaki analitik ayırım olması gerektiği Austin için çok netti. Bu strateji ahlâki soruların önemsiz olduklarını hiçbir biçimde ima etmeyecekti (hatta Bentham için olduğu gibi Austin için de, onlar çoğunlukla fayda ilkesinin uygulanmasıyla cevaplanacaktı). Esasında bu ayırım, hukuki ve ahlâki argümanların bağımsız niteliklerini, her birinin özel geçerliliğini ve önemini açık kılacaktı.

Böylece, Austin'in dersleri kendi anladığı şekliyle hukukbilimin konusunun pozitif hukuk olduğu görüşüyle başlar: "Kelimenin tam anlamıyla hukuk denen şey: Politik üstler tarafından politik astlara yönelik çıkarılmış hukuk" (Austin 1832: 18). Hukuk, doğrudan doğruya, iktidarın ifadeleri olarak tanımlanır. *En geniş* ve yerli yerinde anlamıyla bir hukuk kuralı, "akıl sahibi bir varlığı yönlendirmek üzere, onun üzerinde iktidar sahibi olan akıl sahibi bir varlık tarafından konmuş bir kuraldır" (Austin 1832: 18). Austin'in hukuk görüşü, onu, *common law*'un zımni anlayışındaki gibi topluluk hayatında evrilmiş ya da ona için bir şey olarak değil, bir iktidar faaliyeti olarak görür.

Dersler daha sonra biraz da biktırıcı bir sınıflandırmaya girişir; ancak bunun bir kısmı Austin'in hukuk teorisindeki anahtar noktaları anlamak için azami önemdedir. Austin "tam anlamıyla öyle adlandırılan" yasaları, tam anlamıyla olmadan yasa diye adlandırılmış olgulardan ayırır. (1832: 18, 20). Tam anlamıyla yasa diye adlandırılanların iki türü vardır: *İlahi yasalar* (Tanrı tarafından insanlık için konulmuş olanlar) -ki bunlar Austin'in hukukbiliminde büyük oranda faydanın gerektirdikleri olarak hemen ortaya çıkarlar- ve *beşeri yasalar* (insanlar tarafından insanlar için ko-

nulmuş olanlar). İnsan yasalarının en önemli kategorisi Austin'in *pozitif hukuk* diye adlandırdıklarından oluşur. Bunlar, politik üstünlerin tam da böyle davranarak koydukları veya politik üstünler tarafından kendilerine bahsedilmiş hukuki yetki doğrultusunda davranan (yani politik üstünlerin yasaların yapımında vekili olarak davranan) insanların koydukları yasalardır. "Pozitif" terimi, özel bir tür yolla konmuş ya da yapılmış yasa fikrine referans yapar ve bu haliyle, Austin'in Tanrı'nın emirleri olarak anladığı ilâhi yasalar için de kullanılabilir. Ancak o, pozitif hukuk terimini politik üstünler tarafından veya onların verdikleri yetkiyle konulmuş insan yasaları -hukuk biliminin gerçek konusu- için muhafaza etmek ister. O halde "pozitif" kelimesi insan yaratıcılar tarafından kuralların konusunu ya da oluşturuluşunu ifade eder.

Öteki insan yasası kategorisi, diğerleri üzerinde iktidar sahibi olan kişiler, ancak politik üstünler veya hukuki yetkileri kullananlar anlamında olmamak kaydıyla iktidar sahibi olan kişiler tarafından konulmuş kurallardan oluşur. Austin burada "yasa" teriminin "mutlak sarahat veya uygunlukla" kullanılabileceğinden kuşku duymasa da (Austin 1832: 123), bunlar hukukçuların genelde pek de yasa diye görmeyecekleri kuralları kapsar. "İktidar" kelimesini genel anlamda kullandığından, bu kelime herhangi bir otorite figürünün -örneğin rahipler veya dini liderler, işverenler, öğretmenler, ebeveynler, gardiyanlar veya politik hatipler- izleyicilerinin, kendisine bağımlı olanların veya maiyeti altında bulunanların davranışlarını denetleme veya etkileme yetkinliğini içerir. Austin bu durumlarda kural yapımını, açıkça, bireylerin ya da grupların tutumlarını, kanaatlerini veya ahlâki duygularını şekillendirmek bakımından önemli olarak görür. Hatta o, *pozitif ahlâkilik* dediği şeyin bir parçasını oluşturur. Ahlâkilik olarak nitelenecek pozitif hukuktan ayrılmıştır ancak pozitiftir, çünkü insanlar tarafından insanlar için konulmuştur. Pozitif ahlâkilik başka bir kural kategorisini de içerir: Belirli yaratıcıları

olmayan, fakat belirlenemez bir insan grubunun kanaati ya da duyguları -yani kamuoyu veya topluluğun kanaati- tarafından oluşturulan kurallar. Austin bu yaratıcısı olmayan kuralları “analojik genişletme” ile yasalar diye adlandırır; onlar, bazen moda, nezaket veya haysiyet yasalarından söz etsek de, “tam anlamıyla öyle adlandırılan” yasalar değildirler (1832: 123-124).

Son olarak, meseleyi tamamlamak adına, “tam anlamıyla öyle adlandırılmayan” başka bir yasalar kategorisinden söz eder. *Bilimsel yasalar* hukukbilimsel anlamda yasa değildir. Onlar bilimin keşfettiği fakat yasa olarak konulmamış olan, doğanın düzenlilikleridir. Austin (1832: 148-150) onları “metaforik yasalar” diye adlandırır.

O halde diyebiliriz ki, Austin için (i) “yasa” terimi, sıklıkla, uygunsuz biçimde, hiç de tam anlamıyla “yasal” olmayan kurallar veya düzenlilikler için kullanılmaktadır; diğer yandan (ii) yasa kavramı çoğu hukukçunun kabul edeceğinden daha çoğunu uygun biçimde kapsayabilir. Ondan çok sonra yazan birçok sosyal bilimci gibi, Austin devletin hukuk sisteminin özgün hükümlerinin veya usullerinin dışında kalıp “özel biçimde” yaratılmış bazı kuralların kullanışlı biçimde yasa olarak görülebileceklerini düşünür. Öte yandan (iii) hukukbilimin konusu sadece pozitif hukuktur.

En geniş anlamıyla kurallar alanının bu tahlilinde en önemli olan husus, pozitif hukuk ve pozitif ahlâk kavramlarının oluşturuluşudur. Görüleceği üzere, Austin’e göre bunlar arasındaki karşılıklı etkileşim, eleştirmenlerin onun hukuk teorisini irdelerken gördüklerini düşündükleri bazı ciddi sorunlara verilecek yanıtları içerir.

Hukuk Kuralının Cebri Yapısı

O halde yasa nedir? Kendisinden önce Hobbes’un da yaptığı gibi Austin, yasayı bir tür buyruk olarak tanımlar. Bentham sıklıkla temel iddialarını karmaşık ve açıklayıcı

ikincil metinlerle (burada irade beyanının çeşitli biçimleri üzerine olan metin söz konusudur) çevreler ve değişik nedenlerle yasadan “bir iradeyi beyan eden işaretler toplamı” (Bentham 1970: 1, 10) diye söz etmeyi tercih eder. Fakat o da yasaları esas itibarıyla buyrukların bir türü olarak görür ve anlayışının dayanağının, tam da Austin’in dolaysız ve dosdoğrudan nitelemesiyle aynı olduğu ortaya çıkar. İktidar, yine, hukukun merkezi kılınmıştır. Austin der ki “Bir buyruk diğer talep ifadelerinden, talebin ifade edilmiş biçimi itibarıyla değil, buyuran tarafın talep yerine getirilmediğinde bir kötülük yapma ya da acı verme iktidarına ve maksadına sahip oluşu itibarıyla ayrılır” (Austin 1832: 21). Bu yüzden, uymama halinde ceza (yaptırım) uygulama iktidarı bir ifadeyi buyruk haline getiren şeydir. Herhangi bir emredici forma ihtiyaç yoktur. Açık ki, yaptırımın ve onu icra etme iktidarının niteliği daha fazla incelemeyi gerektirir, *kimin* buyruklarının yasayı oluşturacağı gibi...

Ancak her buyruk da bir kural veya bir yasa değildir. Austin sıklıkla “yasa” ve “kural” terimlerini açıkça birbirlerinin yerine geçebilecek biçimde kullanır (örn. 1832: 25, 123), fakat bunu yapması tutarlı değildir; çünkü yukarıda görüldüğü üzere, örneğin kamuoyu tarafından oluşturulmuş ahlâk kurallarını tam anlamıyla yasa denenden ayırmaktadır.

Bunların ortaklaşa sahip oldukları şey ise, *genellik* ihtiyacıdır. Tekil bir buyruk -diyelim belli bir hükümet daire-sine ya da bir idari organa belli bir durumu gözden geçirmesi için verilmiş bir direktif- bir kural olmayacaktır. Yasa için ne kadar genellik gerekir? Austin’in belirttiğine göre, genellik iki türde olabilir: Yapılması istenen veya yasaklanan eylemlere dair olan ve emrin hedeflediği şahıslara dair olan. Eylemlere dair genellik, buyruğun tek bir özgün eyleme veya duruma değil, bir eylemler veya durumlar sınıfına referans yaptığı anlamına gelir. Şahıslara dair genellik, emrin muhatabı olarak -tekil bir bireye veya organizasyo-

na ya da belirtilmiş sayıda bireylere veya organizasyonlara değil- genel olarak insanlara veya bir insanlar sınıfına işare-
ret eder.

Sonraki bölümlerde görülecek ki, bu genellik meselesi sıklıkla her iki genellik türünde ısrarcı olan ünlü *hukukun üstünlüğü* doktrini bakımından önem teşkil etmektedir. Ancak Austin'in bir emrin bir kural olabilmesi için gerekli tek genelliği, eylemlere dair genellik olarak gördüğü çok açıktır (1832: 27 vd.). Dolayısıyla, yasa, tekil bireyleri, şirketleri ya da idari organları muhatap alan kurallardan oluşabileceği gibi, genel olarak nüfusu veya onun belirli bir kategorisini hedefleyen kurallardan da oluşabilir.

Bu, Austin'in hukuk teorisinin, onun hukuk görüşünün birçok liberal teoridekinden çok farklı oluşunu gösteren birçok husustan yalnızca biridir. Liberal teori hukuku, amacı keyfi devlet iktidarı karşısında bireyin özgürlük alanını belirginleştirmek olması gereken bir kurallar dizisi olarak görme eğilimdedir. Austin, aksine, hukuku hükümetin ya da idarenin, etkin kılınması ve fayda ilkesi tarafından belirlenmiş ortak iyiyi hedeflemesi gereken teknik bir aracı olarak görmektedir.

İdare Olarak Hukuk

Bu hukuk görüşü, Austin'in hukuk teorisinin farklı yönleri bakımından önemli olduklarından, yasanın bir emir türü olduğuna dair diğer iddiaları incelenmeden önce, daha fazla yorumlanmayı hak ediyor. Bir anlamda, Austin'e göre hukuk, fiili idaredir. Elbette belirli bir durumla ilgili olan direktif yasa olmayacaktır. Ancak burada bile Austin, hukuk-yapıcı bir otorite tarafından çıkarılmış belli emirlerin, pratikte bazen yasa olarak adlandırılabilirliklerinin farkındadır. Derslerinde bu yanlış kullanımın kendisi için önemli bir prensip meselesi oluşturduğu nadiren ileri sürülür (Austin 1832: 25; karşı. Neumann 1986: 220).

Sonradan medeni ve siyasi özgürlükleri tartışırken, li-

beral teorilerle olan zıtlık açığa çıkarılır. Bentham gibi Austin de tabii veya temel haklar fikrine tahammülsüzdür: İnsanlık halinde, insan doğasında veya sosyal hayatın ya da topluluk hayatının özünde bir biçimde mündemiç haklar veya yasalar yoktur. Tüm haklar ve görevler bir idari faaliyet olarak konulmuş kurallar tarafından yaratılırlar. Sonuç olarak medeni ve siyasi özgürlüklerle ilgili içkin biçimde kutsal hiçbir şey olamaz. Eğer bir şekilde değerli işler, bu, ortak menfaati sağlamaya yönelik fiili idarenin yan etkisidir.

Austin'in dersleri genellikle yavandır ve donuk, katı tanımlarla, tasniflerle doludur. Fakat aniden bir sertlik, normalde görünmeyen derin hissiyatı açığa çıkaran bir hırs belirir. Özgürlüklerin tartışıldığı yer bu türdendir: "Özgürlük hakkındaki şamatalarıyla sizi sersemleten cahil ve çığırktan fanatiklere göre, siyasi veya medeni özgürlükler idarenin varlığının nihai hedefi gibi görünüyor" Bu özgürlük "bir idole dönüştürülmüş, tutkun ve fanatik müminlerin abartılı övgüleriyle göklere çıkarılmıştır" (1832: 223, 224). Austin yönetimin maksadının ortak iyiye hizmet etmek olduğunu yazar. Medeni veya siyasi özgürlüklerin desteklenmesi ve korunması bu hedefe hizmet etmeleri ölçüsünde değerlidir. Özgürlüğün sınırlanması bazı durumlarda ortak iyiye özgürlüğün azamileştirilmesinden daha çok yarar sağlayabilir. Austin'in düşüncesinde "özgürlük" kolayca feda edilebilecek bir slogandır.

Bu "idari" hukuk görüşünden birçok mesele ortaya çıkıyor. Bunlardan biri, *görevlerin haklardan* çok daha önemli oluşudur. Bireyin hukuk sistemi aracılığıyla başkalarına yönelik belli talepler ileri sürme ehliyeti, hukukun buyruklarının bir türevidir. Austin'in buyruk teorisi bu sonucu analitik olarak üretir. Buyruk ve görev bağıntılı terimler olarak görülürler: "Nerede bir görev var ise orada bir buyruğa işaret edilmiştir, nerede bir buyruğa işaret ediliyorsa orada bir görev yüklenilmiştir" (Austin 1832: 22). Ceza (yaptırım) tehdidinin Austin için emir nosyonunun asli bir

unsuru olduğunu görmüştük. O halde görev, potansiyel olarak icra edilebilir bir buyruk tarafından hedeflenen otomatik bir sonuç oluyor: “Belirttiğiniz bir talebe uymadığımda sizden gelecek bir kötülüğe muhatap olacaksam, buyruğunuzla *bağlı* veya *yükümlü* kılınmışımdır ya da ona *itaat etme* görevi altındayım” (1832: 22). O halde görev, yasanın temel bir unsuru veya bir sonucu olarak ortaya çıkıyor. Tersine, her hak başkasına ait bir görevi varsayar. Haklar görevlerden türerler: X’e karşı bir hak ileri sürebilirim, çünkü yasa ona bana yönelik bir görev yüklemiştir.

Yaptırımlar

Austin’in idari nitelikli hukuk görüşü, yasanın yapısına cezalandırıcı yaptırımları eklediği vurgularda da açıkça yansıma bulur. Yaptırımlar buyrukların varlığında asli oldukları için, Austin’e göre, yasaların varlığı için de aslidirler. *İtaatsizlik* halinde “emreden tarafın bir kötülük yapma iktidarı ve maksadı” (Austin 1832: 21) bulunmalıdır. Burada, yaptırımları yasada asli gören Bentham’ın hukuk teorisinden önemli bir farklılık vardır. Bentham (ve başka yazarlar) hukuki yaptırımların cezalar kadar ödülleri de ihtiva edebileceğini düşündü. Austin bu olasılığı değerlendirdi ve reddetti. İtaat için getirilmiş bir ödül, kelimenin olağan kullanımda seçeneksizliğe işaret etmesi temelinde bir buyruğu değil, bir söz verisi veya teşviki ifade eder. Bu yüzden, bir emir türü olarak yasa fikri, negatif (cezai) yaptırımların uygulanmasını gerektirir.

Ne olursa olsun, Austin’in yaptırım görüşünün onun teorisini nereye sürüklediği konusunda şüpheler uyanabilir. Eğer düşüncesi, hukuk aracılığıyla modern yönetime dair gerçekçi bir görüş sağlamak ise, kuralları desteklemek için uygulanan negatif yaptırımlar kadar, pozitif teşvikleri de içeren araçların hepsini hesaba katmak için sağlam nedenler vardır. Terence Daintith idarenin *imperium* yetkisi - Austin’in cebri buyruklarına epey benzer- ve onu tamamlayan ya da destekleyen *dominium* yetkisinden -kendi siya-

salarına itaati teşvik etmek için birçok türden menfaat dağıtma yetkisi- söz eder (Daintith, 1982). Hukukun yaptırım teknikleri hem *imperium* hem de *dominium* içeren karmaşık bir bileşiği ihtiva edebilir.

Austin iktidarın hangi formlarda ortaya çıkabileceğini anlamakta başarısız bile olsa, en azından cebri yaptırımlar üzerindeki vurgu, dikkatimizi hukuk ile iktidar arasındaki ilişki üzerinde toplamayı sürdürüyor. Austin'in beş yıllık ordu görevinin, negatif biçimde yaptırımlanmış yasa anlayışına rengini verdiği bile ileri sürülmüştür (karş. Rumble 1985: 12-13). Ancak, daha sonra belirtileceği üzere, Austin'in bakışının daha tatmin edici bir açıklaması başka bir yerde, onun toplumun ve devletin niteliğine dair daha derinlikli görüşünde bulunabilir.

Austin'in teorisinde her yasa tanım gereği bir yaptırım getirmek zorunda olsa da, "en küçük bir fenalığa uğrama ihtimali" (Austin 1832: 23) de bir yaptırım olabilir. Austin'in yaptırımların itaati güvenceye alma işlevine dair görüşleri daha sonra incelenecek, fakat belirtilmelidir ki, yaptırımların onun yasa tanımında işgal ettikleri özgün konum, kendi içinde, yaptırımların yasaya itaat sağlanmasındaki önemine dair herhangi bir sosyolojik iddia içermez. Bu tür iddialar "söz konusu soruna yabancıdır" (1852: 23). Yasanın tanımında yaptırımların rolü tamamen biçimseldir.

Yasalar, nitelikleri itibarıyla, yaptırım getirirler. Yaptırımlar, sosyolojik bakımdan gerekli olsunlar olmasınlar, yasalar için *analitik olarak* aslidirler. Demek ki, bir yasa tarafından itaatsizlik halinde dayatılmak üzere, doğrudan ya da dolaylı olarak şeklen belirlenmiş herhangi bir dezavantaj, o yasanın yaptırımı olarak iş görebilir. Sırf bir külfet veya bir işlemin ya da belgenin yasayla geçersiz kılınışı, yeterli bir yaptırım sayılacaktır. Bir yaptırım daha büyük bir hukuki yükümlülük de olabilir. Bu yolla, bir yasanın ihlali (diyelim trafikle ilgili bir kabahat) daha büyük bir yükümlülüğe (iddiaları cevaplamak üzere mahkemede

hazır bulunmak) yol açabilir. Bu daha büyük hukuki yükümlülüğün ihlali, doğrudan bir hukuki yaptırım tehdidi-ne bağlı olabilir veya belki faili yine bir başka hukuki yükümlülüğe tabi tutabilir. Demek ki, bir yükümlülükler zinciri mümkündür. Ancak zincirin sonunda bir yaptırım bulunmak zorundadır (Austin 1885: 444-445). Yaptırımlardan tamamen yoksun “eksik yasalar”, Austinci anlamda yasa değildirler. Aynı şekilde, hiçbir şey emretmedikleri için, beyan edici veya ilga edici “yasalar” da böyledir (Austin 1832: 31-32).

Yaptırımlar ve Yetki-Veren Kurallar

Austin’in yasalar ile yaptırımlar arasındaki ilişkiye yaklaşımındaki en ciddi sorun, genellikle yetki-veren kurallarla ilgilidir. Bunlar, insanların hukuki teminat olmadan güvenceden yoksun kalacak bir vasiyet veya bir sözleşme yapabilmelerini veya istedikleri diğer işlemlere ya da düzenlemelere taraf olabilmelerini sağlayan hukuk kurallarını ihtiva eder (yetki-veren özel kurallar). Aynı zamanda resmi görevlilere yetkiler veren kuralları da içerirler (yetki-veren kamu kuralları). Şimdilerde standart olan bir Austin eleştirisi bu tür kuralların cebri emirler içine dâhil edilemeyeceklerini söyler. Bunlar genellikle, yapılması arzu edilen faaliyetleri kolaylaştırırlar. Cezalarla desteklenmiş görevler yüklemekle esasen ilgilenmezler. Resmi görevlilerin veya vatandaşların bir eylem *yapabilmelerini sağlarlar*. Hukuki buyruk teorisi bu tür kuralları nasıl kapsayabilir?

Austin lehine tam bir savunma girişimi, onun egemenlik teorisi -ve özellikle onda bulunan yetki devri kavramı- bir sonraki kısımda incelenene kadar beklemek zorunda. Yine de burada bazı ön açıklamalara yer verilebilir. Austin yetki-veren özel kurallar meselesiyle doğrudan ilgilenir ve onu açıkça sonraki yazarların teşhis ettikleri türden bir sorun olarak görmez. Yukarıda değinildiği gibi, işlemlerin geçersizliğini bir yaptırım olarak kabul eder. Uygun olma-

yan biçimde yapılmış bir vasiyet niyetlendiği hukuki etkiyi elde edemeyecektir, çünkü tamamen veya kısmen geçersiz sayılacaktır. Yasal şekil koşullarını ihlal eden beyanlar veya talepler etkisiz olabilirler.² Beklenen bir avantajın kaybı bu tür durumlarda yaptırımdır.

Eleştirmenler bu tür “yaptırımların” Austin’in kabul ettiği diğer yaptırımlardan (örneğin tazminat, hapis veya para cezası) hayli farklı olduklarını ve onları eşitlemenin, yetki-veren ve görev-yükleyen kuralların kökten farklı sosyal işlevlerini tahrif ettiğini ileri sürdüler (Hart 1961: 38). Ancak Austin’in yaptırımlara yönelik analitik ilgisinin tamamen biçimsel olduğunu hatırlamak önemlidir. Hukuk kurallarının sosyal işlevlerindeki farklılıkların bununla bir alakası yoktur. Aynı şekilde, herhangi bir dezavantaj (en küçük bir fenalığın ortaya çıkma ihtimali), eğer doğrudan veya dolaylı olarak yasa tarafından öngörülmüş ise, bir yaptırım oluşturmak için yeterli olduğundan, yaptırımların nitelikleri arasındaki fark (örneğin para cezası veya nakdi tazminat ödeme gereğine karşılık bir işlemin geçersizliği), (elbette sosyolojik, politik veya başka türden bir ilgi için kayda değer bir önem taşısa da) bu özgün bağlam için *analitik* bakımdan önemli değildir.

Yetki-veren kurallar sorununu vurgulayan, Austin’in ünlü eleştirmeni H.L.A. Hart, bu tür kuralların cebri bir olgu olarak hukukun bütünsel çerçevesi içine eklemenebileceklerini kabul eder. Hart’ın teşhis ettiği sorun, tüm hukuk kurallarını tek bir cebri modelin içine dâhil olmaya zorlamanın, değişik hukuk kuralı türlerinin varlıklarını görmezden gelmek anlamına geldiğidir (Hart 1961: 26-42). Ancak görülmelidir ki, Austin’in konumu böyle bir zorlama tahribatı gerektirmez. Onun “tek iddia[sı] belirttiği özelliklerin hukuk kurallarının hepsiyle ilgili olduğudur” (Moles 1987: 66). Austin hukukun cebri temelini vurgulamak ister, öyle ki bu temelin her türlü hukuk kuralında

² Bkz. ör. Law of Property Act 1925, 53(1); Wills Act 1837, 9.

yansıma bulduğunu düşünür. Kuralların hepsinin aynı işleve, aynı biçime veya aynı yaptırım türüne sahip olduklarına dair bir iddia yoktur.

Hukuki “görevlilere” yönelik yetki-verici *kamu* kuralları diye adlandırılanlar söz konusu olduğunda, yaptırım olarak geçersizlik argümanı eşit biçimde uygulanabilir. Bu tür durumlarla ilgili yaptırımlar muhtemelen şahsi bir ehliyet itibarıyla değil “resmi ehliyet” itibarıyla görevlilerin aleyhlerine olacaktır. Bu sayede, eğer bir yargıç yetkisini aşarsa, kararı temyiz mahkemesi tarafından geri çevrilebilir. Bir ceza davasında jürinin yargıç tarafından eksik yönlendirilişi, ceza hükmünün temyizde bozulması sonucunu doğurabilir. Bir bütün olarak hukuk sistemi, hukuki hataları düzeltme araçları sağlayarak, dolaylı yaptırımlar da getirir, çünkü söz konusu görevli için (mesleki veya sosyal) rahatsızlığa, alaya veya itibar kaybına yol açabilir.

Daha önce görülmüş olduğu gibi, Austin’in söz ettiği “en küçük bir fenalık ihtimali” geniş bir olası yaptırımlar yelpazesini kapsar. Teorinin gerektirdiği tek şey, yasa tarafından doğrudan ya da dolaylı biçimde öngörülmüş olmaktır (vicdan azabı hukuki bir yaptırım sayılmayacaktır). Yetki kurallarına uymayan bir görevli için doğrudan bir ceza getirmeyen yetki-verici kamu kuralları yoksa, hukuki geçersizlik yaptırımı, meslek güvencesi, beklentisi veya etkinliği ciddi ölçüde itibara dayalı olan biri için önemli olabilecek sosyal yaptırımları harekete geçirir.

Austin’in yetki-veren kurallar görüşü incelenirken, geçersizlik yaptırımına dair argümanlara büyük bir önem atfedilmesi, bir anlamda, yanlış yönlendiricidir. Tartışma burada biraz genişçe alındı, çünkü Austin eleştirmenleri bu meseleye biraz fazla kafa yorma eğiliminde olduklarından, Austin’in geçersizliğe dair argümanlarının söylenmesi gerekli hususlar içerdiklerinin gösterilmesi, buna değer görünüyor.

Geçersizlik yaptırımı, esasında, yetki-veren kuralların, eğer ilgiliyse, sadece yetki sahiplerine *görevler* veya koşul-

lar dayatma yönüyle ilgili olacaktır (örneğin, yargıçların yetkilerini aşmama, idari görevlilerin *ultra vires* davranmama görevleri veya vasiyetin geçerli sayılmak için vasiyet sahibinin imzasını taşıması gerekliliği gibi). Yetki veren unsurun -yani eylemde bulunma özgürlüğünün- bizatihi kendisiyle ilgili olarak, *yetki sahibine yüklenen* yaptırımlar aramak saçmadır. Fakat Austin'in teorisi, kendi görüşünce, ilgili yaptırımların nerede olduklarını görmemizi sağlıyor. Hatırlanacaktır ki, Austin için, bir kişideki haklar (ki bunu, bu bağlamda, yetkilerden ya da özgürlüklerden ayırt etmez) başka insanlara yüklenen görevlerin sonucudur. Dolayısıyla, eğer bir kural X'e yetki veriyorsa, bu, diğer tüm insanlara X'in yetkisini tanıma ve ona saygı gösterme doğrultusunda verilmiş bir emir olarak anlaşılmalıdır. O halde, X'e yetki veren kurala ekli söz konusu yaptırımlar, başkalarının X'in kurallar dairesinde yetki sahibi olduğunu kabul etme görevlerini destekleyen yaptırımlardır.

Austinci resmi tamamlamak üzere, çoğu usul kurallarının, yasanın doğrudan yaptırım getirme sürecini kolaylaştıran teknik aygıtlardan ibaret olarak görülebileceklerini eklemek gerekir. Bu yüzden, Austin'e göre "mahkemelerin pratiğini belirleyen tüm yasalar ya da kurallar veya yargı usulünü belirleyen tüm yasalar veya kurallar, tamamen diğerlerinin layıkıyla icra edilmelerine yardımcı durumdadırlar" (Austin 1832: 197). Diğer bağlamlarda olduğu gibi, buradaki argüman da, kural dizilerinin ya da bileşimlerinin yükümlülükler arasında bağ kurabilecekleri ve sonuçta onları belirlenmiş bir yaptırıma bağlayabilecekleridir. Diğer durumda, yaptırım içermeyen yasalar yaptırım içeren diğerlerinin parçasıdırlar. Aslında bu tür bir düşünüşte zor bir analitik soru gizli: Tek bir yasa ya da kural sayılan şey nedir? Bentham yasaların "tekilleşmesi" sorunuyla boğuşmuştu (Bentham 1970: Bl. 14), fakat Austin onu büyük oranda görmezden gelir ve yine denilebilir ki, bu onun için bir ayrıntıdır. Onun için esas önem taşıyan husus, hukuk düzenindeki her kritik unsurun itaatsizlik

halinde yaptırım getiren hükümler aracılığıyla kendisine bağlandığı karmaşık hukuk formlarında ifade bulan iktidar yapılarını göstermektedir.

Austin'in yetki-veren kurallara yönelik ilgisi, hukukun (*common law* düşüncesindeki tasvirle tam bir zıtlık içinde) modern merkezi idari yetkinin ifadesi olarak tasvirini ortaya koyan bir teori içinde, onlara bir yer vermekten ibarettir. Muhtemelen Hart dâhil, sonraki bazı yazarlar için yetki-veren kurallar, Austin'i özel olarak ilgilendirmeyen nedenlerle, özel bir ilgi odağı haline geldi: 4. Bölümde tartışılacak olan liberal hukuk teorileriyle ve *hukukun üstünlüğü* anlayışıyla irtibatlı nedenlerle. Bu teoriler ve kavramlar hukukun hayatın teminat altına alınmış özgürlük alanlarını (medeni, siyasi veya iktisadi özgürlükler gibi) belirleme rolüne vurgu yaparlar. Onlar için öncelikle önemli olan husus, hukuk kuralları tarafından sağlanmış özgürlük ya da yetkidir.

Tersine, Austin'in hukuk teorisi, bu özgürlük alanlarının hukukla sürdürülen devlet iktidarı insanlara görevler yüklemek yoluyla onları nasıl tanımlıyorsa sadece o olduklarını vurgular. Bu yüzden, onun için vurgu özgürlüklerin bizatihi kendilerine değil, onları çevreleyen ve onların tamamen bağımlı oldukları, cebri yapı üzerinedir. Hukuk yetkileri verir ve alır: Genel olarak insanlara, belli özne kategorilerine, hatta (daha önce tartışılmış olan, kuralların genellik gerekliliğinin sınırlı olması nedeniyle) tek tek bireylere...

Önemli olan nokta, Austin'in kendinden sonraki yazarların vurgularını paylaşmadı diye mecburen hataya düşmüş olmamasıdır. Bu kitaptaki genel yaklaşımın göstermeye çalıştığı üzere, hukuk felsefesi soruları kendi zaman ve mekân bağlamları içerisinde sorulur ve anlamlı hale getirilir. Austin yetki-veren kuralların cebri yasalar modeline nasıl uyum sağladığına dair soruları cevaplar ve cevapları, teorik projesi bağlamında *kendi* amaçları için, genelde iddia edilenden daha az uygunsuzdur.

Egemenlik

Buyruk teorisine dair diğer eleştirilerin ve olası savunmaların incelenmesi için, onun en önemli bileşeni olan egemenlik kavramı tartışılana kadar beklemek gerekir. Eğer hukuk kuralı bir buyruk türü ise, buyuranların kimlikleri ve onların hukuki buyruklar verebilmelerini sağlayan şey ortaya konmak zorundadır. Eğer hukuk kuralları yaptırım getiriyorlarsa, yaptırım dayatma otoritesi açıklanmak zorundadır. Austin'in Hobbes'un siyaset felsefesinden ve daha az ölçüde de olsa, Bentham'ın Blackstone yorumlarından uyarladığı egemenlik teorisi bu amaçlara hizmet etmeyi hedefler.

Buyrukları kural haline getiren şey, onlardaki genellik unsurudur; kuralları hukuk kuralları haline getiren şey (Austin'in hukukbiliminin konusu olan pozitif hukuk kuralları anlamında), onların bağımsız bir politik toplumda *egemenin* doğrudan veya dolaylı buyrukları oluşlarıdır. Bu emirler o toplumun üyelerini hedeflerler ve bu yüzden onlar o egemenin *tebası* durumundadırlar. Austin egemenden bir kişi (örneğin bir mutlak monark) veya bir kişiler grubu (örneğin bir demokrasideki yasakoyucular ya da seçmenler veya yerleşik bir yönetici elit grubun üyeleri) olarak söz eder. Ancak egemen deyince daima en üst otoriteye sahip *makam* veya *kurumu*³ kastettiğini, asla herhangi bir zamanda ilişkileri aracılığıyla bir biçimde o makamı elde tutmakta veya o kurumda bulunmakta olan bireyleri kastetmediğini belirtmek asli önemdedir (Austin 1832: 128-129). Austin'in egemeni bir soyutlamadır, bir toplumda hukuk kurallı yaratmaya olanak sağlayan nihai iktidarın bulunduğu konumdur. Daha sonra açığa çıkacağı üzere, bu nokta azami önemdedir, zira sıklıkla egemenliği ve hukuki otoritenin kaynağını 'şahsi' anlamda betimlemekle eleştirilmiştir.

³ Bu bağlamda "kurum" kavramına yüklediğim anlama kitabın başında değinmiştim.

Kuşkusuz, dayandığı siyaset teorisi geleneğinde egemenlik açıkça “soyut” olduğu için, meseleyi ayrıntılı biçimde çalışmaya ihtiyaç duymadı. Cromwell İngilteresi bağlamında yazan Hobbes, egemenliği “yapay bir insana” ait “yapay bir ruh” diye açıklar, bu yapay insan devlet ve ya devletler topluluğudur [*commonwealth*]. Egemen olan belirli bir şahıs ya da belirli bir insan grubu değil, bir makamdır (Hobbes 1651: 9; Bl. 30). 17. yüzyılda Hobbes, İngiltere’deki yöneticinin otoritesine dair tartışmayı, kralın iktidarı yerine egemenlik kavramında ifade bulan soyut devlet nosyonunu yerleştirerek dönüştürdü (karş. Hinsley 1986: 142); her ne kadar sonuçta İngiltere’de egemenliğe bir yer bulmada zorlukla karşılaştıysa da, onu (sağduyu gereği kraliyet Restorasyonu sonrası) monarşi kurumunda buldu (Yale 1972: 137-138).

Hobbes’taki egemenlik imgesinin Austin’inkini baskın biçimde şekillendirdiğinde kuşku yoktur (derslerinde Hobbes’a hayranlığı çok açıktır). Austin, ortaya çıkacağı üzere, tersine, Bentham’ın deneme niteliğindeki ve biraz kafa karıştırıcı olan egemenlik tartışması ile arasına önemli noktalar itibarıyla mesafe koyar.

Egemenin bağımsız bir politik toplumda oluşu ne anlama gelir? Hobbes bu tür bir toplumu, dışarıdan gelen her saldırıya karşı kendini yardımsız savunabilen toplum olarak tanımlamıştı. Austin gerçekçi biçimde belirtir ki, varsa da çok az sayıda toplum bu temelde yer bulabilir. Bunun gibi, toplumun belli bir asgari büyüklükte olduğu varsayımıyla, bağımsızlığı tanımlayan şey egemenliğin var oluşudur (Austin 1832: 176-177, 181). Politik bağımsızlık ve egemenlik bağıntılı terimlerdir. Egemenlik iki koşul sağlandığında var olur: İlk olarak, toplumun ekseriyeti belirgin ve ortak bir üste (tek bir birey veya bir bireyler grubu olsun) itaat ya da bağlılık gösterme alışkanlığındadır ve ikinci olarak, o bireyin ya da grubun kendisi belirgin bir insani üste itaat alışkanlığında değildir. İtaat alışkanlığı fikri egemenliğin var oluşuna dair olgusal, hatta sosyolojik

bir ölçüt getirir ve burada Austin Hobbes yerine Bentham'ı takip eder.

Hobbes egemenliğin varlığını, bireylerin bir toplum oluşturmak ve mutlak yönetim iktidarını onlar için barış ve fiziksel koruma sağlayacak bir egemene devretmek üzere bir araya geldiklerinin düşünülebileceği, varsayılan bir “sosyal sözleşme” üzerine kurmuştur. Yönetim olmadığına ortaya çıkacak “herkesin herkese karşı” savaşı, hepsinin tebası olduğu bir egemenin tahakkümü ile yer değiştirecekti (Hobbes 1651: 88; Bl. 18). Fakat bu analiz, bireylerin sosyal sözleşme aracılığıyla üzerlerinde egemen olacak bir iktidar kurmak üzere feragat etmekte anlaştıkları tabii haklara sahip olduklarını varsaydı. Daha önce görüldüğü gibi, ne Bentham ne de Austin irrasyonel dogma olarak gördükleri tabii haklar fikriyatını kabul etmeye hazırды. Bu yüzden Bentham ve ardından Austin, Hobbes'un egemenliğe dair sosyal sözleşme temelini bırakıp, onun yerine egemenliğin olgusal temeli olarak fiili alışkanlıkla itaat fikrini koydu. Bunun bir sonucu şudur ki, Hobbes'un sosyal sözleşmesi egemene yönetme hakkı veriyorken, gerek Bentham gerekse Austin bu bağlamda bir haktan söz etmenin bir anlam taşıdığını kabul etmezler (Hart 1982: 221; Austin 1832: 230-234). Egemenliğin varlığı politik bir olgudur, bir haklılık haksızlık meselesi değildir.

Bir görüşe göre, “Austinci analiz'in zayıf tarafı hukuki bir anlayışın bu şekilde sosyolojik bir soruna dönüştürülmesidir” (Stephen 1900: 329) ve elbette hukuk yaratma nihai otoritesinin sosyolojik bir meseleyle temellendirilmesi normatif hukuk teorisi için sorunlar doğurur. Yine de, burada, gerçekçi olmaya, keyfi biçimde varsayılmış tabii haklar dogmasından ve ona dair soyut konuşmadan kaçınmaya ve otoriteyi kutsallaştırmaktan sakınmaya yönelik faydacı çabayı görmek kolaydır. Austin insanların *neden* alışkanlıkla itaat edebilecekleri üzerine spekülasyon yapmaktan kaçınamaz, fakat bu husus bu noktada bir tarafa bırakılabilir. Tıpkı devlet yaptırımlarının ne ölçüde hukuka itaat

sağladıklarına dair sosyolojik soru gibi, bu da egemenliğin konumuna dair *analitik* mesele için önemli değildir. Bu ikincisi için gerekli tek husus, nüfusun çoğunluğunun alışkanlıkla itaat ediyor oluşudur. Böyle bir itaat yoksa orada ya anarşi (kabul görmüş hiçbir otoritenin olmayışı) ya da devrim (nüfus farklı otoritelere itaat eden gruplara bölünmüştür) söz konusudur.

Austin'in Egemeninin Bazı Nitelikleri

Austinci egemenin iki önemli niteliğine zaten değinildi. Müşterek olmalıdır (yani, tek bir politik toplumda sadece bir egemen olabilir; egemen, bu anlamda, birçok bileşenden oluşabilse de bölünmezdir) ve belirgin olmalıdır (yani, egemen organın bileşimi veya egemen şahsın kimliği açık olmalıdır). Bir başka nitelik, Austin'in egemenlik anlayışının diğer tüm yönlerinden daha fazla tartışma üretti. Bu şudur: *egemen hukukla sınırlanamaz*. Bu, Austin'in hukuk tanımından doğrudan çıkar. Her hukuk kuralı bağımsız bir politik toplumun egemeninin doğrudan ya da dolaylı buyruğudur. Fakat bir egemen kendisine yönelik icra edilebilir emirler veremez - veya en azından, böyle bir fikir anlaşılabilir bile olsa, egemen onları herhangi bir zamanda geri alabilir. Yine, egemenin kendi emirlerinden başka hiçbir hukuk kuralı onu bağlayacak biçimde var olamaz. "Pozitif hukuk tarafından sınırlanmış en üstün iktidar açık bir kavramsal çelişkidir Her en üstün iktidar hukuken despotiktir" (Austin 1832: 212, 225; bkz. Hobbes 1651: 184).

Birçok eleştirmen Austin'in egemenlik görüşünün despot bir monark imgesini hatırlatan, üzerine modern Batı toplumlarındaki hukukun otoritesine dair bir analizin kurulamayacağı arkaik ve tamamen uygunsuz bir düşünüş tarzı olarak değerlendirdi. Ancak yakından bakarsak bu böyle olmak zorunda değildir. İlkın, Austin egemenin sınırlardan muaf olduğunu değil, sadece hukuki sınırlardan muaf olduğunu ileri sürer. Pozitif ahlâkilik (kamuoyunda

yansıyan yaygın ahlâki veya politik beklentiler ve nihayet- te isyan tehdidi) önemli sınırlar getirebilir. İkinci olarak, Austin'in egemenlik tartışmalarının çoğu öncelikle temsili demokrasilerin (özellikle Britanya ve ABD) koşulları ile il- gildir. Üçüncüsü, aşağıda incelenecek olan, Austin'in egemen tarafından yapılan yetki devri kavramı, kendisin- ce, merkezileşmiş devletin bütünsel hiyerarşik çerçevesi içinde yasama, yargılama ve idari otorite dağılımının (en karmaşık modern sanayi toplumlarında gerçeğe dönüşmüş olan) çok kapsamlı formlarının mümkün olduğunu ifade eder biçimde kullanılmıştır.

Bununla birlikte, Austin'in bölünemez ve hukuken sı- nırlanamaz egemen anlayışının ciddi analitik sorunlarla hızla karşılaştığı yaygın biçimde kabul edilir. Belirli top- lumlarda egemen teşhis edilmek üzere aranır aranmaz, so- runlar ortaya çıkmaya başlamış gibidir. Britanya ortodoks anayasa hukukunda egemenin Parlamento ve Kraliçe [*Queen in Parliament*]^[1] olduğu söylenir: Yani, egemen mo- narktan ve iki Parlamento kanadından oluşur. Anayasa hukuku bu tür bir egemenliğin hukuken sınırlanamaz ol- duğu iddiasını destekler. Parlamento kendini ve yerini ala- cıkları yasama yoluyla bağlayamaz.⁴ Ancak Austin, Avam Kamarası seçmenlerin temsilcisi olduğundan, egemenliği monarkta, Lordlar Kamarası'nda ve Avam Kamarası'nın seçmenlerinde konumlandırır (1832: 194).

Birçok eleştirmen bunu ya problematik ya da fazlasıyla yanlış yönlendirici gördü. Özellikle, Austin'in hukuki ve politik egemenliği karıştırdığı düşünüldü (Dicey 1959: 76; Buckland 1949: Bl. 9). Halk egemenliği pekâlâ seçmende

[1] Kraliçe'nin (veya tahtın sahibinin) yasama işlevine atıfta bulunmak üzere kullanılan teknik bir anayasa hukuku tabiridir. Kraliçe, parlamen- to ile birlikte sınırlanmış haliyle bu yetkiye sahiptir. Bu nedenle tabir bu şekildedir. Türkçe çeviride "Parlamento ve Kraliçe" ifadesi tercih edil- miştir –ç.n.

⁴ Ör. *Vauxhall Estates Ltd. v. Liverpool Corporation* [1932] 1 KB 733; *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health* [1934] 1 KB 590.

bulunabilir, fakat hukuki amaçlar için egemen olan şüphesiz Parlamento'dur. Esasında hiçbir karışıklık yok. Austin *hukuki* egemenlik üzerine yazmaz veya egemenliği en üst hukuki yetkinlik olarak görmez. C. A. W. Manning'in işaret ettiği gibi, Austin'de egemenlik hukuki değil hukuk-öncesi bir nosyondur. O, "varsayımlı olgusal itaatin mantıksal bağlaşığdır" (Manning 1933: 192, 202). Modern anlamda, onun meşru en üst politik otoritenin konumu olduğunu söyleyebiliriz. "Belirlenmiş bir organ veya organlar kompleksi değil talebiyle anayasanın değiştirildiği veya dokunulmadan bırakıldığı birey ya da kolektivitedir" (Manning 1933: 192).

Fakat eğer durum buysa, teba olarak seçmenler, egemen olarak kendi kendilerine alışkanlıkla itaat eder bir konumda nasıl bulunabiliyorlar? Bunun cevabı şudur: Bağımsız bir toplumun *bireyler* olarak üyeleri, monarktan, Lordlardan ve Avam Kamarası'nın seçmenlerince temsil edilen *kolektiviteden* oluşan soyut bir kurum olarak tanımlanan bir egemene alışkanlıkla itaat eder konumda bulunabilirler. Teba olan nüfus ile egemenliğin bir kısmını biçimlendiren (ve esas itibarıyla aynı insanlardan oluşan) seçmenler arasındaki ayrım, tabi bireyler ile egemen bir kolektivite arasındaki ayrımdır. Bireyin bir kurum olarak kolektivitenin otoritesine tabi olduğunu veya bir bütün olarak kolektivitenin bireylerin ekseriyeti onun otoritesini kabul etmeyi sürdürdükleri için otorite sahibi olduğunu iddia etmede herhangi bir tutarsızlık yoktur.

Peki, yazılı anayasaların var olduğu hallerde ve yönetsel otorite dağılımının özellikle karmaşık olduğu, örneğin federal sistemlerde durum nedir? Austin yaklaşımını örneklemek için ABD'deki egemenin konumunu belli ölçüde inceler. Egemenin bir kurum olarak cisimlenişi bir şahısta veya şahıslarda olmalıdır, fakat Amerikan yönetim sisteminde en üst otorite olarak ortada bir *belge* vardır, bir Anayasa. O vakit egemenlik nerededir? Elbette, Austin'in analizinde, onun Anayasa'yı değiştirmeye dair en üst oto-

riteye sahip bir insan grubunda bulunması gerekir. Anayasa'nın kendisi, 5. maddesinde, değişikliklerin geçerli olmak için eyaletlerin dörtte üçünün yasama organlarında (veya konvansiyonlarda) onaylanmaları gerektiğini belirtir. Yine, Austinci bir analizde, eğer temsilciler söz konusuysa, egemen organı biçimlendiren bu temsilcileri seçenlerin kendileridir (Austin 1832: 208-210).

Eleştirmenler bu tür bir bağlamda Austinci egemenin “uyandırılması zor bir despot”, “pinekleyen ve uyuyan bir monark” olduğunu, çünkü anayasa değişikliklerinin nadiren yapıldığını belirtirler (Dicey, 1959: 149). Ancak bu durum, sadece hukuki bir egemen, yani aktif ve nihai otoriteyi haiz bir yasakoyucu arıyorsak (Austin bunu yapmıyor) söz konusu olabilir. Tersine Austin sadece anayasal düzenin temelindeki nihai otoritenin konumunu, o düzeni teyit etme veya değiştirme otoritesine sahip olduğu kabul edilen kurumu, teşhis ediyor.

Varsayalım ki, yazılı anayasası olan politik bir toplumda bu tür bir kurum, anayasayı değiştirmek için hiçbir araç olmasın. Bu durumda egemenlik anayasanın nihai otorite olarak tanıdığı o yönetim ve yasama organlarında bulunuyor görünecektir, çünkü artlarında onların otoritelerini değiştirebilecek hiçbir şey bulunmamaktadır. Ancak Austinci görüşte, egemenlik bu otoritelerde, anayasada gösterilmiş olmaları *nedeniyle* değil, böyle gösterilmiş otoritelerin bizzat kendilerinin alışkanlıkla kabul edilmiş olmaları *nedeniyle* bulunur.⁵

⁵ Austinci anlamda egemenin sadece seçmenlerden oluştuğu, tam bir parlamenter demokraside ortaya çıkan başka bir sorunu düşünün. Parlamentoda seçmen bileşimini değiştiren bir yasa geçirilebilir (örneğin önceden hukuken oy hakkı tanınmamış olanlara oy hakkı verebilir). Bu, egemenin yasayla kendi kendini değiştirmeye niyetlendiği bir durum gibi görünüyor. Ama Austin için egemen hukukun üstündedir: Onun yaratıcısıdır, yarattığı değil.

Austinci teori böyle bir durumun açıklanmasında uygulanabilir mi? Austin bizzat tatmin edici bir çözüm getirmiyor ama mesele izleyen şekilde tartışılabilir. Seçmen bileşimini değiştiren yasama işlemi kesinlikle

Egemen Hukuken Sınırlanamaz Olmak Zorunda mıdır?

Austin'in egemenin tanım gereği hukuki sınırlamalara tâbi olamayacağına ısrar ettiğine değinmiştik. Daha önce Blackstone (1809 I: 49) her hukuk sisteminde bir nihai, mutlak ve sınırsız yasakoyucu iktidar bulunduğunu iddia etmişti. Ancak Bentham farklı düşündü. Egemen iktidar üzerinde hiçbir *a priori* teorik sınır olmadığını ileri sürerken, yine de bu tür bir iktidar üzerinde hukuki sınırlamaların pratik olarak mümkün olduğunu hesaba kattı. Austin gibi, o da egemenliğin varlığını alışkanlıkla itaat olgusunda temellendirir. Demek ki, alışkanlıkla itaatin *koşullu* olma ihtimalini görüyor; yani itaat, alışkanlıkla egemenin *belli sınırlar içinde* davranmasına bağlanmış olabilir. "Yönetilenin itaati, insan davranışının duyarlı olduğu her değişikliğe karşı; onu ortaya koyan kurallar da, kelimelerle açıkça betimlenebilir her çeşitliliğe karşı duyarlıdır" (Bentham 1970: 69; karşı. Bentham 1977: 489).

Bu anlaşılabilir, ancak egemen iktidar üzerindeki sınırlamaların *hukuki* oldukları ileri sürüldüğünde sorunlarla karşılaşılıyor gibidir. Bentham (1970: 64) bu sınırlamaların bazılarını *leges in principem* diye adlandırmakla, tam da bunu ileri sürmüş oluyor. Ama onların hukukilik nitelikleri nereden gelir? Kabul eder ki, *leges in principem*, diğer hu-

(egemenin emri anlamında) bir yasadır. Mesele onun, kendiliği itibarıyla, egemenin değişmesi sonucunu doğurup doğurmamasıdır. Austin değişmeyeceğini söylemelidir, zira egemenin kimliği yasaya değil, nüfusun çoğunluğunun kabulüne dayalıdır. Egemenin teşhisi ve onun otoritesinin sınırları, esasen, Austin'in pozitif ahlâk dediği hususa tabidir. Yeni seçim yasası ise, en azından, yasa olma otoritesine sahiptir ve bu haliyle pozitif ahlâkı yeniden tanımlanmış egemenin kabulü yönünde güçlü biçimde etkileyebilir. Bu analizde açıktır ki, gelecekteki yasaların yeni egemenin emirleri olarak otoriteye sahiplik iddiaları yeni egemenin popüler kabulüne dayalıdır, onun yasada yeniden tanımlanmış olmasına değil. Eğer yeni egemen kabul görürse, kuşkusuz ki, egemeni yeniden tanımlayan yasa da egemen otoriteye dair yeni anlayışı hukuken ifade ediyor sayılacaktır.

kuk kuralları gibi, egemenden kaynaklanmak zorundadır, fakat egemenin kendisini nasıl bağlayabileceğine dair açıklamaları tatmin edici olmaktan uzaktır; bunlar kamuoyu, dini veya ahlâki yaptırımlar ya da uluslararası ilişkiler gibi dışsal baskılara dayanır (Bentham 1970: 67-70). Austin için bu tür yaptırımlar, elbette, hukukun değil pozitif ahlâkiliğin tipik örnekleridir. Bentham'da *leges in principem* hukuki niteliğini nasıl kazandığı hiçbir biçimde açık değildir.

Açıkça sonuçsuz kalan tartışmaları, burada, özellikle otoriteyi devletler içinde karmaşık yollarla dağıtan anayasal yapılar çeşitliliğini açıkça dikkate alma isteğinden kaynaklanmış görünüyor: Örneğin federal düzenlemeler, yasamanın yargısal denetiminin sağlanması, değiştirilemez anayasal hükümler veya açık kuvvetler ayrılığı gibi yollarla...

Austin'in hukuken sınırlanmamış egemene dair daha basit ve daha berrak anlayışı, bu karmaşıklıklarla başa çıkamaz değildir. Onun için egemenin daima bir kurum olduğuna değinilmişti: Örneğin monark (belli bir zamanda kral olan şahıs değil) veya anayasayı değiştirebilen organ (bu organı oluşturabilecek belirli kişiler değil). Kurum nasıl tanımlanabilir ya da teşhis edilebilir? Bunu iki tür kural yapabilir gibi görünecektir: Pozitif hukuk kuralları ve pozitif ahlâk kuralları (örneğin geleneksel, ahlâki veya diğer kurallarda, uzlaşılarda ya da beklentilerde ifade bulan kamuoyu). Sadece pozitif ahlâk, egemeni kurumsal niteliğini sabitleyerek fiilen bağlayabilir. Pozitif hukuk bunu yapamaz, çünkü egemen bu hukuku istediğinde değiştirebilir.

Ancak egemeni sınırlayamasa bile, eğer egemen tarafından emredilmiş ve egemen yapının herhangi bir *parçasını* veya görevlisini hedeflemişse, hukuk kuralı statüsüne sahip olabilir (örneğin, -belki usullerini tanımlayarak- Britanya parlamentosunu; -belki yargı çevresini belirleyerek- yargıci veya -belki tahta geçiş hakkını ve monarkın yetkilerini tanımlayarak- anayasal bir monarşide monarkı hedef-

lemişse). Pozitif hukuk “Parlamento ve Kraliçe” [*Queen in Parliament*] gibi olan türden egemen bir yapının her bir parçasını bağlayabilir, çünkü her bir parça kendiliği itibarıyla egemen değildir.

Yine de, belirli bir bağımsız politik toplumda egemenin niteliğini genel olarak sabitleyen mülahazaların pozitif ahlâkta temellenmesi gerekir, hukukta değil. Egemenlik, görülmüş olduğu üzere, hukuk-öncesi bir kavramdır. Austinci bir görüşte, hiçbir hukuk kuralı egemenlik bahşedemez veya onu geçerli kılamaz. Austin anayasa “hukukunun” büyük kısmının bu nedenle aslında sadece pozitif ahlâk olması gerektiğini ileri sürdü. Yukarıdaki argümanlar temelinde, egemen yapının belirli parçalarını (ya da, belki daha doğrusu, egemenliğin aracılıklarıyla ifade bulunduğu belirli kurumları) hedeflemiş yasaların, bir bütün olarak egemeni sınırlayamasa bile, Austinci anlamda kesinlikle hukuk kuralları olarak kabul edilebilecekleri hesaba katılırsa, bu görüşün gerçek dışılığı sıklıkla iddia edilenden çok daha azdır.

Egemenin bir kurum olarak kabul edilişi, hukuk kurallarının kesintisizliğini ve devamlılığını Austinci açıklama girişimlerinde var olduğu sıklıkla düşünülmüş olan çoğu zorluğu ortadan kaldırır görünüyor (karş. Hart 1961: 51-66). Hukuk kuralları kurumsal egemen kaldıkça belki yüzyıllarca yürürlükte kalırlar. Aynı şekilde, otoritenin intikali sorunu (örneğin kabul edilmiş bir veraset çizgisi boyunca bir kralın diğerinin yerini nasıl aldığı) ve hukuk kurallarının sürekliliği de, Austinci anlamda pozitif ahlâkın veya yukarıda betimlenmiş haliyle pozitif hukukun kurallarının varlığıyla açıklanabilir. Egemenliğin tamamen mutlak monark gibi tek bir kişide vücut bulduğu hallerde, tahta geçiş kuralları sadece pozitif ahlâk kuralları olabilir gibi görünecektir. Ancak Austin bu meseleyi tamamen gerçekçi biçimde ele alırdı. “Hukuki” formda (örneğin yasalarda) ne yazılı olabilirse olsun, böyle bir durumda veraset politik sadakate, geleneksel inançlara ve ideolojik nosyonlara bağ-

lıdır; sadece dar görüşlü bir hukukçu meseleyi verasetin saf “hukuki” belirleyicilerine indirgemeye çalışabilirdi.

Bu Austin savunusu, hukukun onun anladığına benzer biçimde yorumlanmasının *zorunlu* olduğunu hiç iddia etmiyor. Austin sadece, hukuk ile egemen iktidar olarak görülen modern devlet arasındaki belli bir ilişkiyi vurgulayan, kısmi bir perspektifi ortaya koyar. Onun yorumuna güçlü biçimde itiraz etmiş olan yazarlar, genellikle hukuk sistemini en yüksek otorite bölgelerinde bile, -Austin’in teorisinin net biçimde ifade ettiği gibi- *halk* tarafından, yani tüm naiflikleri ve keyfi veya tiranca güç kullanma potansiyelleriyle birlikte o beşeri karar-vericiler tarafından değil, kurallar tarafından belirlenmiş görmek istediler. Daha önce kaydedildiği gibi, Austin’in teorisi bir hukukun üstünlüğü, yani hukuka tabi yönetim teorisi değildir. O “insanların yönetimi” [*rule of men*] teorisidir: Hukuku bir iktidar aracı olarak kullanan yönetimin teorisi. Böyle bir görüş gerçekçi veya sadece sinik olarak değerlendirilebilir. Ancak, genel hatlarıyla, özü itibarıyla tutarlıdır.

Egemenin Vekili Olarak Yargıç

Egemen iktidarın *devri* kavramı Austin’in düşüncesinde asli önemdedir. Açıktır ki, modern koşullara uygulanan egemenlik teorisi, devletin işlerini herhangi bir şekilde yürütmekle yetkili birçok organ bakımından bu devir konusunu içermek zorundadır. Hatta bu anlamda devir fikri, bu bölümde daha önce başlatılmış olan yetki-veren kurallar tartışmasının tamamlanması için gerekli bir unsurdur.

Austinci anlamda egemen, yasama ve idare işlevlerini – bilhassa yargı da dâhil olmak üzere- birçok kuruma devreder. Aynı şekilde, hukuk-yapma iktidarı özel şahıslara devredilir; şahıslar onu kullanarak tarafların tercihlerine uygun olan ama egemenin kurumları tarafından icra edilecek olan sözleşmeler yaratırlar (karş. Bentham 1970: 22 vd.). Egemen iktidarın bu yolla her dağılımı, ondan feragat

değil, bir devirdir. Bu iktidarın hukuki yükümlülükler yaratmak üzere meşru her kullanımı - örneğin bir mahkemenin bir davada yeni bir kural koyması veya bir resmi görevlinin yasal yetkiye dayanarak bir kural oluşturması egemenin emretme iktidarının bir kullanımı olarak görülmelidir. Bu yüzden, egemeni temsil eden daha yüksek bir otorite tarafından bozulmadığı veya iptal edilmediği sürece, bu tür bir eylem egemenin bir *zımni buyruğu* olarak görülebilir (Austin 1832: 35-36; 1885: 642).

Birçok eleştirmen, Hobbes'un teorisinde (1650: 187) de var olan, bu zımni buyruk nosyonunun, yargı kararları aracılığıyla hukuk-yapımı bakımından gerçekçi olmadığını ileri sürdü (ör. Maine 1875a: 364-365; Rumble 1985: 112). Britanya ve ABD gibi demokrasilerde yargıçlar bağımsız değil midir? Nasıl olur da sadece bir başka otoritenin vekilinden ibaret gibi görülebilirler? Zorluk yine Austin'in egemeninin nihai yasama kurumu olarak hukuki bir egemen sayılmasından ortaya çıkıyor. Bu yüzden, Britanya'da parlamento egemenliğine dair, Parlamento'yu nihai yasayaratıcı otorite olarak tanıyan hukuk doktrini, elbette yargıçların Parlamento'nun vekilleri olduklarını söylemez. Ancak Austin'in teorisi de böyle olduğunu ileri sürmez. Sadece, onların bir parçası oldukları anayasal düzenin temsilcileri olarak davranmak zorunda olduklarını iddia eder. Austinci anlamda anayasal düzen, monarkta, Lordlarda ve Avam Kamarası'nın seçmenlerinde tecessüm etmiş hukuk-öncesi egemen otoritenin sonucudur.

Mantıksal olarak ortaya çıkıyor ki, egemen iktidarın devri, hukuk kuralıyla yapıldığı sürece, egemenin emirleri aracılığıyla yapılmak zorundadır -ister belli bir eylemin yapılmasını gerekli kılarak ister eyleme sınır getiren yasaklar koyarak, ister resmi kişileri hedefleyerek ister resmi olmayanları, ister sarih olarak ister zımni.

Politik ve hukuki otoritenin devlette bu biçimde dağılımına Austinci tarzda bakmak önemli sonuçlar doğurur. Örneğin, yargıcı egemenin bir vekili olarak görmesi, yar-

gıçların yasakoyuculardan hiç de az olmayan ölçüde *yasama* faaliyetinde bulunduklarının doğrudan kabulünü içerir. Yargıçlar, kararları egemenin zımni emirleri olarak düşünülebilecek şeyleri tecessüm ettirdikleri sürece, hukuk yaparlar. Austin'in yargısal hukuk-yapımına dair dikkatlice ifade edilmiş görüşleri sıklıkla yanlış yorumlanmıştır ve kesinlikle Bentham'ınkilerden çok farklıdır.

Bentham, sadece yargısal hukuk-yapımını değil, muhtemelen hukukun yargısal yorumunu da gereksiz ve yersiz kılacak rasyonel, kodifiye edilmiş bir hukuk sistemi peşindeydi. Yargıcın rolü, davalarda hukuki emsallere başvurarak değil, tekil davada fayda ilkesinin talep ettiklerini izleyerek karar vermek ve mümkünse taraflar arasındaki farklılıkları uzlaştırmaya çalışmak olacaktı (Postema 1986: Bl. 10). Yargısal karar-verme, böylece hukukun kendi rasyonel kod yapısından radikal biçimde ayrılmış olacaktı. Böyle bir konum, Bentham'ın rasyonel hukukun yasama kusurları nedeniyle ortaya çıkan yargı kararları aracılığıyla değil, sadece bilinçli yasama yoluyla oluşturulabileceğine dair kanaatinden çıkar. Bentham'ın yorumcusu olan Postema'nın da kabul ettiği gibi, bu tür fikirlerden yargının hukuk düzenindeki yerine dair tutarlı bir teori inşa etmek zordur (Postema 1986: 453-459).

Austin, Bentham'ın radikalizminin dışında temkinli bir orta yol modeli getirir. Ancak o da, yargıçların "ehliyet, tecrübe ve önem" itibarıyla hukuku geliştirmede genellikle yetersiz ölçüde etken olduklarını ileri sürer (Austin 1885: 646-467). Yargısal hukuk-yapımının (veya kendi adlandırmasıyla "yargısal hukukun") keyfi veya demokrasi dışı olduğuna dair görüşe, yargısal hukukun bu anlamda diğer ikincil yasama biçimlerinden hiç farklı olmadığını ve tüm bu durumlarda pozitif hukukun ve kamuoyunun gerekli güvenceleri sağlaması gerektiğini esas alarak itiraz eder. Ortaya çıkan en radikal husus şudur: Yargıçlar hukuk yaptıkları sürece, onların hukuk-yapma rollerini, egemenin kural-yapma işlevi bahsedilmiş diğer vekillerinkinden

(resmi görevliler, idareciler, heyetler ve komiteler) esas itibarıyla ve mecburen farklı sayılmaları için bir neden yoktur.

O halde Austin'in yargısal hukuk [*judiciary law*] eleştirileri tamamen tekniğe ilişkindir: O aceleyle yapılmaya eğilimlidir, kaçınılmaz olarak *ex post facto* oluşturulur, "hiçbir yerde sabit ve belirgin ifadelerle yer almaz", muğlâk ve nadiren tutarlı olma eğilimindedir, kuralları "ya nadiren kapsayıcıdır ya da hiç değildir", geçerliliğini ölçecek hiçbir açık test yoktur ve onun varlığı beraberindeki yasa hukukunu [*statute law*] "kusurlu, systemsiz ve hantal" hale getirme eğilimi gösterir (Austin 1885: 649-659). Bu yüzden, Bentham'ın da iddia etmiş olduğu gibi, *kod* sistemleri *common law* sistemlerinden daha iyidir. Ancak Bentham meseleyi doğrudan, kusursuz hukuki rasyonalitenin bulunduğu yere dair sarsılmaz kabuller üzerine yerleştirir ve öyle görünüyor ki, hukuk-yapan yargıcı antikalar müzesine göndermek isteyecektir. Tersine Austin pratiğe dair kaygıları itinayla tartar ve denge halinde, kodifikasyonun ve yasa-manın sırf teknikle ilgili meziyetlerini teyit eder.

Austin'in Merkezi Devlet Teorisi

Austin'in, yargıcı, çok sayıdaki devlet görevlisinden sadece biri sayan görüşü, bizi onun modern devlet imgesini daha geniş biçimde incelemeye yönlendiriyor. Austin'in politik ve sosyal teorisi, çalışmalarına dair yürütülen hukukbilimsel tartışmaların çoğunda görmezden gelinir, ancak egemen iktidarın devri kavramına önem verilen asli bağlamı o oluşturur.

Erken dönem politik yazılarında politik merkezileşmenin meziyetlerine olan inancını açıkça ifade etti. Austin'in yukarıdan-aşağıya hukuk imgesi, yukarıdan-aşağıya yönetim şekli imgesini yansıtır. Bu kitapta buraya kadar tartışılmış olan diğer büyük 19. yüzyıl yazarları gibi, o da bir demokrat olmaktan çok uzaktı (hayatının sonuna doğru

Bentham bir tür demokratik yönetimi savunmaya başlamıştı: bkz. Dinwiddy 1975). Austin yönetimi, fayda ilkeleri tarafından yönlendirilmesi gereken bir rasyonel idare meselesi olarak gördü. Bu haliyle onu (daha ziyade Maine gibi) bir uzmanlık meselesi saydı. John Stuart Mill, Almanya'dan 1828'de dönüşünün ardından Austin "halk kurumlarının ilerleyişine kayıtsız, neredeyse onları hor gören bir tavır takındı" diye yazmıştır (Dicey 1905: 163'te alıntı). Zaman geçtikçe, görüşleri giderek muhafazakârlaştı; en son yayınlanmış yazılarında demokrasiyi genişletecek anayasal reformlara karşı polemiğe girişti.

Bu görüşler, yaşadığı zamanın entelektüel ikliminin bağlamında anlaşılmalıdır. Austin derslerini yazdığı sırada, yönetime dair görüşü kuşkusuz kelimenin tam anlamıyla elitist idi. İyi yönetim için gerçek güvence halk katılımı değil, aydınlanmış bir nüfustu; bunlar yönetici elitlerin izlemesi gereken rasyonel ilkeleri anlayan ve yönetime körü körüne değil, onun rasyonel maksatlarını eleştirel biçimde tanıyarak itaat edeceklerdi.

Hem John hem de Sarah Austin evrensel bir eğitime yönelik ihtiyaca hararetle inandı; bu eğitim geniş nüfusun makul siyaseti ve bilimsel ilkeleri (örneğin politik ekonomininkileri) "onları fesat amaçlar için kullanacak olanların yalanlarından, safsatalarından ve onların iradesiz ve cahil hayranlarının eşit ölçüde tehlikeli saçmalıklarından" (Austin 1832: 63) ayırmasını mümkün kılacaktı. Her ne kadar tâbi olanların en sıradanları, yönetime itaati *tam olarak* rasyonel bir iş haline getirecek bilgiyi edinmek için gerekli zamandan ve istidattan yoksun olsalar da, Austin onların en azından yönetimi ilgilendiren (sosyal etik ve ekonomi gibi) meselelerin "öncü ilkelerini" öğrenebileceklerini ve "bu ilkelerle donatılmaları ve onları uygulamada tecrübe edinmeleri halinde, aklın sesine karşı uysal, safsata ve hata karşısında ise silahlı" (Austin 1832: 63) olacaklarını düşündü. Demek ki Austin'in itaatin temeline dair görüşü Maine'in düşündüğü gibi değildi; Maine, önceki bölümde

belirtildiği gibi, aklın rolünü katı biçimde sınırlı görmüş ve otoritenin kabulünün irrasyonel, geleneksel temelini öne çıkarmıştı.

Tüm bunlar ortaya koyuyor ki, Austin'in hukuk görüşünü, sanki tehditle desteklenmiş düzenlerden ibaret (silahını hedefindeki kişiye çevirmiş bir haydutun düzeni gibi) bir görüşmüş gibi almak yanlış yönlendiricidir (karş. Hart 1961: Bl. 2). Egemen ile tâbi olan arasındaki ilişki, cebir üzerine kurulu olan ilişkinin çok daha ötesindedir. Austin'e göre, egemene itaat alışkanlığının kökeni gelenekte, önyargılarda ve "fayda ilkesinde temellenmiş akılda"; yani yönetimin var oluşunda bir yarar bulunduğunun kabülünde (Austin 1832: 246-247) bulunur. İyi eğitilmiş bir halkta akıl çok önemli bir rol oynayacaktır. Aynı şekilde, hukuka itaatin fiilen güvenceye alınışı bakımından hukuktaki yaptırımın önemini söz konusu ettiğimizde, Austin hukuki yaptırım korkusunun sapmayı önlemek bakımından "sayısız kötülükler dizisine sahip kamu tarafından kınanma korkusuna" kıyasla daha güçlü olmasının muhtemel olmadığını belirtir (1832: 66). Ahlâki niteliği biçimlendirmede ikincisi ilkenden çok daha önemlidir.

Dolayısıyla, Austin'in yönetim işlerinde hukuk aracılığıyla yaygın şiddet kullanan merkezi devlet imgesi, aynı zamanda akıl üzerine kurulu olabilen bir devlet imgesidir: Fayda ilkesi tarafından yönlendirilen ve tâbi olanların egemene sadakatlerini önyargı, korku veya kör alışkanlık yoluyla değil rasyonel anlayışları sayesinde ideal biçimde güvenceye alan devlet. Yine de, Austin nüfusların yöneticileri tarafından büyük oranda cahil bırakıldıklarını gerçekçi biçimde kabul etmek gerektiğini düşünür. Bu nedenle çoğu yönetim aslında irrasyonel, alışkanlığa dayalı popüler uysallığa dayanır. Evrensel eğitim bu yüzden makul ve aydınlanmış bir yönetim biçimi için Austinci reçetedir.

Egemen üzerine odaklı birleşik devlet otoritesinde uysallığa duyulan ihtiyaç, görülmüş olduğu üzere, egemen iktidarın yaygın dağılımına yönelik ihtiyaçla kol kola gi-

der. Austin yerel yönetim kurumlarını övmüş, yargısal hukuk-yapımının ve idari bağlamlarda kapsamlı kural-yapımının uygunluğunu kabul etmişti. Gelgelelim, merkezileşmenin meziyetlerine dair yazılarında, bu yetki devirlerinin hiçbirinin rasyonel faydacı siyasaları istikrarla uygulayabilecek merkezi yönetim koordinasyonuna zarar vermelerine izin verilmemesi gerektiğinde ısrar eder.

Sonraki hayatında çoğu politik görüşünü değiştirdi; politikada ve sosyal organizasyonda aklın getireceği umuda dair iyimserliğin yerine Maine’de olana benzer bir kötümserliği geçirdi. Yönetimin toplumu rasyonel biçimde yönetme potansiyeline olan inancının zayıflamasıyla ve onun despotlar veya çeteler tarafından kontrol edilmesinden duyduğu giderek artan korkuyla birlikte, merkezileşme ona daha az çekici göründü (Hamburger ve Hamburger 1983: 185-186). Daha da köktenci biçimde, Sarah Austin bize kocasının 1832’den sonraki bir zamanda şu karara vardığını söyler: “İnsanlığın etik nosyonları daha açık ve tutarlı hale gelene kadar, ne hukuk ve politika biliminde ne de sonuçta hukuki ve politik kurumlarda kayda değer bir gelişme umudu olabilir” (Austin 1885: 16). Açık ki, eğitim ilerlemenin anahtarı olarak kaldı, ancak mücadele şimdi başta tahmin edilenden çok daha zor, hatta belki de imkânsız görünüyordu.

Austin’in sonraki katı kötümserliği derslerinde bulunan fikirlerin değerlendirilmesini etkilememelidir. Bu bizi sadece onun egemen, emir, yaptırım ve alışkanlıkla itaat gibi “zaman ötesi” kavramlarının özgül politik koşullardan izole biçimde formüle edilmediği konusunda uyarmalıdır. Normatif hukuk teorisinin çoğu unsuru gibi, onlar da belli bir zamanın ve mekânın, başka hukuki koşullardaki başka kuşaklara hitap etme potansiyeli sağlayacak biçimde dönüştürülmüş kavramsal yansımalarıdır. Ancak Austin’in durumunda bu kavramlar içerdikleri sosyolojik sorunlara dair açık bir farkındalıkla formüle edilmişlerdir. Düşüncesinin bu boyutu, onun normatif hukuk teorisi alanındaki

eleştirmenleri tarafından neredeyse tamamen göz ardı edilmiştir.

Austin ve Hukuk Mesleği

Austin'in hukuk felsefesi, etkisi itibarıyla çağdaşı olduğu Maine'in tarihçi hukukbilimi gibi, ekonomik ve sosyal hayatın bilinçli yönetimi için tedricen modern olanaklar oluşturmaya çalışan bir devletin politik koşullarını yansıtıyordu. Fakat o profesyonel hukuki düşünüş üzerinde uzun vadede Maine'in çalışmalarına kıyasla çok daha etkili oldu.

Austin çalışmalarında açıkça hukukçulara hitap etti. Onun hukuk doktrininin sistematikleştirilmesine ve rasyonelleştirilmesine dair düşüncelerine bu bölümün başında değinilmişti. O, profesyonel hukuk bilgisinin muntazam ve "bilimsel" organizasyonuna yönelik, tarihçi hukukbilimin ve *common law* geleneğinin açıkça temin edemeyecekleri, bir çalışma aracı ortaya koymuş göründü. Yeni gelen bir öğrenci için "hukukun yapısının bir haritasını" sağlama ihtimali üzerine yazdı: Kapsamlı rasyonel ilke üzerine kurulu olan ve hukuk sisteminin yapısını gösteren bir harita (Austin 1885: 1082). Onun hukuk ve egemenlik teorisi, hukukun en temel nosyonlarının bile nasıl mantıksal yapıları ve birleştirici otoriteleri itibarıyla açıklanabileceğini gösterir gibiydi.

Bu yüzden, Austin'e ait *Province of Jurisprudence Determined* [Hukukun Belirlenmiş Alanı] ikinci baskıyı yaptığında, üniversitelerdeki ve staj kurumlarındaki [*Inns of Court*] hukuk eğitiminde "yeni derslerde ihtiyaç duyulan bilimsel İngiliz hukuku ders kitapları için bir metodoloji getiren tek İngilizce çalışma olarak derhal benimsendi" (Stein 1980: 85-86). Ne kadar eksik olursa olsun, Austin'in hukukbilimi, hukukun niteliğinin *common law* düşüncesi-nin muğlâk, romantik imgelerine başvurmaksızın analiz edilmesine yönelik ciddi bir girişim ortaya koydu. Modern

yasamanın egemenliğinin, yani modern devletin aktif hukuk-yapımının ve belli bir amaca sahip beşeri bir ürün olarak hukukun değişim içerisinde olduğu fikrinin açıkça kabul edildiği dönemin teorisi oldu.

Yine de, ileri sürülebilir ki, en önemli profesyonel katkısı, aynı zamanda, hukukun potansiyel değişebilirliğine ve hukuki değişimin yürütücüsünün artık yargıçlar değil politik iktidarlar oluşuna rağmen, hukukun hâlâ birleşik bir profesyonel bilgi alanı olarak düşünülebileceğini göstermesiydi. Görülmüş olduğu gibi, Austin'in hukukbilimi hukuku ahlâktan açıkça ayırır. Keza, geleneğin, mahkemeler tarafından (yani egemenin zımni emri tarafından) öyle görülmediği sürece, hukuk olamayacağını da ileri sürer. Hukukçuların ilgilerinin konusu olan hukukun alanını, klasik *common law* düşüncesi çerçevesinde imkânsız olan bir titizlikle belirgin kılar. Dolayısıyla, entelektüel hukukçular Austin'in, hukuk bilgisinin üniversite eğitim çevresinde saygın olan iyi düzenlenmiş bir konu ve modern hukukçuluk mesleğinin özel uzmanlık bilgisi olarak incelenmesi için bir temel sağlıyor olabileceğini görebildiler. Hukuk "ticaret konusu veya hokkabazlık değil, fakat bir bilim" (Pollock, Sugarman 1986: 36'da alıntı) olacaktı.

Austin'in çalışması, bu bilimin mahiyetine ve yöntemi-ne dair soruları cevapsız bıraktı; bunlar, izleyen bölümde görüleceği üzere, sonraki yazarları da zorlayan sorulardı. Ancak, çalışmasının hizmet ettiği profesyonel ihtiyaçlar, neden Austin'in başka derslerinde geliştirdiği daha kapsamlı "genel hukukbilim" unsurlarının değil de *The Province*'deki hukuk ve egemenlik teorisinin daimi bir dikkate mazhar olduğunu belli ölçüde açıklıyor. Sözü geçen ilk dersler hukukun içeriği ile ilgilidirler (gelişmiş hukuk sistemlerinde ortak olan "mülkiyet" gibi nosyonlar ile onların görünümleri ve kategorileri); *The Province*'deki teori ise öncelikle hukukun formunu ve hukuki otoritenin yapısını konu edinir. Herhalde, yasama yoluyla değişimin süreklilik kazandığı bir çağda, profesyonel hukuk bilgisi, huku-

kun maddi içeriğine dair fikirler etrafında değil, ancak hukukun formuna ve yapısına dair fikirler etrafında birleştirilebilirdi. Hukukun içeriği sadece sürekli bir değişim içinde değildi, aynı zamanda hukukçuların denetiminin ötesindeydi (hukuki gelişimi yargıçların hem açıkladığı hem de denetlediği önceki zamanların tersine). Bu, hukukçuların profesyonel bilgi alanına kolayca dâhil edilemeyecek olan politik mülahazaların bir sonucuydu.

Elbette bu politik mülahazalar Austin'in *The Province*'deki derslerinde fayda ilkesinin tartışıldığı pasajlara sızar. Fakat bu bölümde daha önce belirtildiği gibi, Austin'in vurgusu her zaman -bir hukukçunun veya bir hukuk öğrencisinin anlama ihtiyacı duyacağı- hukukun olduğu haliyle rasyonelleşmesi üzerinedir. Bentham için temel önemde olan yasama bilimi, Austin tarafından sıradan bir öğrencinin uzak durabileceği bir şey olarak ifade edildi. Austin'in yazılarında, tahayyül dünyasına kaçışı yasaklayan uyarıların bulunduğu paragraflar vardır. Bir hukuk akademisyeninin elbette sunumuna zaman zaman yasama siyasetiyle ilgili meselelere referansla çeşni katabileceğini, fakat bunu sadece "tutkuları harekete geçirmeyen" meselelerde yapması gerektiğini söyler (1885: 1078). Daima çalışılan konunun kapsamını sınırlama, sınırları belli bir meseleye odaklama ihtiyacı vardır. Çoğu insan gündelik pratiğinde ihtiyaç duyduğunun ötesine geçmeyen, sınırlı bir bilgi bütünüyle yetinmek zorundadır. "Üzgünüm ki bu böyle" diye yazar (1885: 1088).

Bu, Bentham'ın hukuk reformuna ve hukuki ilerleme ihtiyaçlarına sürekli hizmet edecek bir hukuk bilimine yönelik ısrarcı bağlılığının hayli uzağında kalan bir taleptir. Austin'in bakışı, hukuk eğitiminde ve akademik hukukçulukta izhari gelenek diye adlandırılan şeye giden yola işaret etti. Yasa yoluyla sonu gelmez bir değişimin söz konusu olduğu modern dönemde bile hukukun nasıl olması gerektiğine dair pek kaygı duymadan, yaşayabilir bir hukuk biliminin, hukuku olduğu haliyle rasyonelleştirme görevi etrafında inşa edilebileceğini ileri sürdü.

Diğer yandan, Austin'in teorisinin bu bölümde tartışılmış olan unsurları, onun bugün normatif hukuk teorisiyle ilgilenen yazarlar arasında bu kadar çok muhalefete yol açıyor oluşunun bazı temel nedenlerini de açıklıyor. Buradaki tartışma şunu ortaya koymaya çalışmıştır: Her şeyden evvel, Austin'in hukukbiliminin genel mantığı yanlış olmayabilir; çünkü eleştirmenlerin en güçlü biçimde vurguladıkları birçok mesele Austin tarafından anlaşılmış ve kendi teorisi bağlamında zaten konu edilmişti. Austin'i itham etmenin genellikle dile getirilmemiş temel bir nedeni, düşüncesinin öne çıkardığı hususların *politik bakımdan* uygunsuz görülmeleri olabilir.

Görüldüğü gibi, Austin'in teorisi yönetim üzerinde anayasal denetimin mümkün olduğunu yadsımaz. Ancak, derslerini kaleme aldığı dönemde iyimser bir faydacı olarak, tıpkı Bentham gibi, güçlü yönetimi fayda ilkeleri tarafından yönlendirilmek kaydıyla bir meziyet olarak gördü. Egemenlik teorisi ile onu tamamlayan ve dolduran merkezeleşmeye ve yetki devrine dair politik tezler bu kanaatten ilham alır. Aynı şekilde, Austin'in avantajların faydacı hesabının bir parçası olmak dışında özgürlüklerin değerine ilgi göstermemesi, modern hassasiyetleri incitiyor. Austin'in ortaya koyduğu biçimiyle, yargıcın açıkça kural-yaratan veya kural-yorumlayan devlet görevlilerinden birine indirgenişi ve bununla ilgili olarak, ortodoks kuvvetler ayrılığı teorilerine tahammülsüzlüğü, sorun doğuruyor. Son olarak, Austin'in uluslararası hukuku hukuktan ziyade pozitif ahlâk olarak görüşü (ki bu, izleyen bölümde yorumlanacak), girift uluslararası bağların giderek arttığı modern dünyada uygunsuz gibi duruyor.

Bu politik ve kurucu hususlar hukukçuların profesyonel bakışında önemlidir. Austin-sonrası dönemde, bu hususlara ilişkin bazı normatif hukuk teorilerinin farklı yaklaşımları, izleyen bölümde incelenecektir. Buradaki tartışmanın amacı şunu ortaya koymaktı: Austin'in hukukbilimi, kendi bağlamında ve kendi vurgularıyla yorumlandı-

ğında, normatif hukuk teorisine değerli bir katkı ve merkezileşmiş modern devlet iktidarı olgusunu, klasik *common law* düşüncesinin donanımsız olduğu bir tarzda, gerçekçi biçimde tanıma sorununu kavrayan bir görüş olmayı sürdürmektedir.

4. Bölüm

Analitik Hukukbilim ve Liberal Demokrasi: Hart ve Kelsen

Austin'in teorisi, hukuku gerçekçi biçimde devlet iktidarının bir aracı olarak görmeye yönelik ciddi çabası bakımından öğretici olmayı hâlâ sürdürse de, açık ki onun yazdığı zamandan bugüne çok şey değişti. Sosyal faydaların rasyonel yönetim ve rasyonel hukuk tarafından sağlanabileceğini vurgulayan özgüvenli faydacılık aynı zamanda tipik olarak çekincesiz bir elitist yönetim görüşüydü.

3. Bölümde görüldü ki, demokrasinin erdemleri Austinci hesaplamaya dâhil olmazlar. Yönetim iktidarının sınırlanması esas itibarıyla önemli bir hedef olarak görülmez. Özgürlük, devlet iktidarı tarafından tehdit edilme potansiyeli taşıyan bir şey olmaktan ziyade, rasyonel yönetimin bir yan ürünü olarak görülür. *Hukukun Üstünlüğü* [*Rule of Law*] ile hukuken tanımlanan veya hukuka tâbi olan devlet anlamında *Hukuk Devleti* (*Rechtstaat*) doktrinleri, Austin'in hukuk felsefesine kayda değer herhangi bir ölçüde yansımaz veya bu felsefede öngörülmez. Anayasa yapımı ve hukuken dikkatlice güvenceye alınmış yönetimsel kuvvetler ayrılığı -Bentham için ciddi önem taşıyan hususlar- Austin'in derslerindeki düşünüşte çok az yer bulur.

Ancak modern Anglo-Amerikan dünyada tüm bu hususlar politik bakımdan çok önemli sayılıyorlar. Bunlar hukukçular için de tipik birer ciddi profesyonel ilgi konusudurlar. Dolayısıyla, bu bölümde incelenen farklı yaklaşımların ilhamı yalnızca daha önceki hukuk düşüncesinin

kusurlu mantığı değildir. Daha yeni yazılar da Austin'den farklı konuları, farklı kaygıları, farklı politik deneyimleri ve değişmiş bir sosyal ve hukuki ortamı yansıtıyor olabilirler.

Bu bölüm, her ikisinin de, bu kitabın tezi bakımından, Austin'in derslerinde benimsenmiş hukuk felsefesi yaklaşımını -tamamen zıt yollarla- aşmaya çalıştığı düşünülebi-
lecek olan, iki yazarın çalışmalarını konu ediniyor.

Onlardan biri olan H. L. A. Hart -1953'den 1968'e kadar Oxford Üniversitesi'nde Hukukbilim Profesörü- kendi fikirlerini açıkça Austin'in hukukbiliminin eleştirisi üzerine inşa eder. Hart'ın çalışmaları "İngilizce konuşan dünyada ve ötesinde çağdaş hukuk felsefesinin temellerini kurar" (Ed. Hacker ve Raz 1977: v) ifadesi son derece haklıdır.

Burada incelenecek olan diğer büyük yazar, 20. yüzyıl hukuk felsefesinin herhalde en tanınmış ve genişçe tartışılmış figürü olan Avusturyalı Hans Kelsen'dir. Kelsen teorilerini orijinal olarak kıta Avrupası geleneği içinde Austinci düşünceye referans yapmadan geliştirdi, ancak kendisinin de kabul ettiği gibi, Austin'in analitik hukukbilimine yakın konumlara ulaştı. Bu yüzden 1940'larda, hukukun "'saf teorisi" diye bilinen teorinin temellerini attıktan otuz yıl sonra, bu teori "önemli noktalarda Austin'in doktrinine tekabül ediyor" diye yazdı (Kelsen 1941b: 271). "Farklılık gösteriyorlarsa, bu saf hukuk teorisinin analitik hukukbilim yöntemini Austin'e ve onun izleyicilerine nazaran daha tutarlı biçimde yürütmeye çalışmasındandır" (Kelsen 1945: xv).

Kelsen'in bu koşutlukları kabul etme istekliliği cömertçedir. Çalışmaları entelektüel kapsam itibarıyla Austin'in çalışmalarından çok daha geniş ve Anglo-Amerikan dünya dışında çok daha etkili olmuştur. Titiz bir epistemoloji ve hukuk teorisinin niteliğine dair gelişkin bir felsefi görüş üzerinde kuruludur: Bunlar Austin'in hiçbir zaman karşılaştırmalı bir tarzda ciddiyetle konu edinmediği hususlardır. Kelsen'in yazıları, onun hukuk ve felsefe kadar

psikanalitik teori, politik teori, sosyal teori ve antropoloji literatürüne de aşına olduğunu gösterir.

Hart'ın normatif hukuk teorisi karşılaştırılabilir bir kapsam ortaya koymaz. Ortaya çıkacağı üzere, esas itibarıyla Austin'in hukukbilimine bilinçli bir tepki olarak inşa edilmiş ve sonrasında büyük oranda Bentham'ın normatif hukuk teorisinin yorumu ve eleştirisi bağlamında yenilenip gözden geçirilmiştir. Hart'ın ve Kelsen'in çalışmalarının zıt entelektüel bağlamları ortada olduğuna göre, temel felsefi farklılıklara rağmen Kelsen Austin'in çalışmaları ile kendisinin arasında koşutluk görürken, Hart'ın kesin bir dille hukuk felsefesini ilerletmek için "yeni bir başlangıca" ve Austin'in hukukbiliminin ("bir başarısızlık kaydı") tamamen reddedilmesine ihtiyaç olduğunu ileri sürmesi ilginçtir (Hart 1961: 80).

Kelsen'in hukuk teorisi, Anglo-Amerikan *common law* dünyasından çok farklı bir hukuki ve kültürel çevrede şekillendi. Onun görüşleri bu kitapla, Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinde önemli bir etki yaratmış oldukları ölçüde ve aynı zamanda Hart'ın çalışmalarının daha geniş bir entelektüel perspektif içine yerleştirilmesine iki yolla katkı sağladığı için ilgilidir. İlk, Hart'ın ve Kelsen'in fikirleri arasındaki koşutluklar, Hart'ın hukukbilimindeki konuların modern hukuka dair Anglo-Amerikan geleneğiyle sınırlı olmayan daha geniş politik meseleleri nasıl yansıtabildiğini göstermeye yardımcı olur. İkinci olarak, Kelsen'in kendi hukuk felsefesini kurma yönteminin -Hart'ın yönteminden radikal biçimde farklıdır- incelenmesi, Anglo-Amerikan bağlamda sıklıkla veri kabul edilen fakat onun dışında pek paylaşılmayan, normatif hukuk teorisinin niteliğine ve yöntemine dair fikirlerin değerlendirilmesine katkı sağlar. Hatta Hart'ın ve Kelsen'in teorik yaklaşımları arasındaki en temel farklılığın kökeni, teorinin tam da kendi niteliğine dair iki farklı fikirde bulunur. Daha fazla ilerlemeden önce, teori hakkındaki bu fikirler arasındaki zıtlığı özetlemek gerekecek.

Empirisizm ve Kavramsalcılık

Zıtlık açıkça Austin'in çalışmalarına dair yakın zamanlı tartışmalardan doğuyor. Modern Batı hukukunun mahiyetini ortaya çıkarmadaki belirli meziyetlerinden veya kusurlarından tamamen farklı olarak, Austin'in hukukbilimi, merkezinde sonraki yazarların kafalarını karıştırmaya devam eden derin bir belirsizlik bıraktı. Belirsizlik Austin'in analizinin hedefleri ve yöntemleriyle ilgilidir.

Bir görüş, öz olarak, Austin'in maksadının genel hukukbilimde modern hukuk sistemlerinin anahtar kavramlarına dair sistematik, düzenli bir yaklaşım üretmek olduğunu ileri sürer. Austin'in ilgisi empirikti; şu anlamda ki, fiilen mevcut hukuk sistemlerinin gerçekliğini, bu modern hukuk sistemlerindeki ortak unsurları teşhis etmek ve onları bir bilimsel bilgi bütünü halinde organize etmek yoluyla, teorik bakımdan göstermek veya betimlemek istemişti. Dolayısıyla Austin, W. L. Morison'un sözleriyle "hukuku gözlemlenebilir oluşumlar olarak kolayca anlayabileceğimiz biçimde empirik olarak" (Morison 1982: 2) en azından örneğin mevcut yasalar, yargı kararları, diğer resmi işlem türleri ve tebanın alışkanlık davranışları biçiminde gözlemlenebilir olarak göstermeye çalıştı. Böylece Morison'a göre "deliller gösteriyor ki, Austin bağımsız politik toplumlara dair genel olgusal ifadeler kullandığında, bunların evrensel olarak doğru olduklarına inandı" (Morison 1958: 231). Bunların doğrulukları tekil hukuk sistemleriyle sınanabilirdi.

Teorinin, bu tarzda, empirik gerçekliğin doğrudan bir temsili olduğu, kavramlarının bu gerçekliğe dair gözlemden ve genelleştirmelerden türediği, böylece onunla mütakabil olduğu ve doğruluğunun onunla sınanabileceği fikri burada *empirisizm* olarak adlandırılacaktır.

Ancak, esasında çalışmalarını yakın dönemde yorumlayanlar tarafından daha yaygın biçimde Austin'e atfedilmiş olan bir başka teori fikri de var. Bu fikir şöyle açıkla-

nabilir: Empirik gerçeklik –“var olan” nesneler ve deneyimler dünyası- aslında bize bilimsel doğruluğa ulaşmak üzere basitçe bir araya getirebileceğimiz veya genelleştirebileceğimiz bulgular sunmaz. Empirik bulguları organize edecek kavramların, peşinen -a priori- oluşturulmasına ihtiyaç vardır. Önceden oluşturulmuş kavramlar sadece neyin empirik olarak ilintili olduğunu değil, aynı zamanda onun neden ilintili olduğuna dair bir görüş de belirler. Dolayısıyla, bir bilgi nesnesinin bilimsel açıklamasını hedefleyen teori kavramlarını gözlemlenmiş deneyimden almaz; ancak deneyimi yorumlama aracı olan, ona *düzen* dayatan kavramları bilinçli biçimde *inşa etmek* zorundadır. Bir teori, gözlemlenmiş gerçekliğin temsil edilmesi girişimi değil, deneyimde neyin gözlemlenebilir olduğuna dair çalışmayı organize etmek üzere kullanılabilecek entelektüel bir inşadır -mantıksal olarak çalışılmış bir modeldir. Teorinin niteliğine dair bu fikir burada *kavramsalcılık* olarak adlandırılacaktır.

Julius Stone, Austin’i bir empirisist olarak gören görüşü reddeder ve onun bir kavramsalcı olarak anlaşılması gerektiğini iddia eder; Austin “hukuk düzeninin kendi analitik sistemiyle ilgili olan yönünü olabildiğince açık biçimde gösteren bir aygıt sunmuştur”. Austin “tanımlar ve tasnifler inşa edebilmesini sağlayacak başlangıç noktaları aramıştı; bunlar hukukun değişik parçaları arasındaki karşılıklı mantıksal ilişkileri ve daha az genel olan parçaların daha genel olanlara nazaran ikincil konumlarını, azami ölçüde gösterebilmesine temel oluşturacaktı” (Stone 1964: 68, 69). Empirisist yaklaşım, teorinin doğruluğunun deneyim ışığında sınıanabileceğini söylerken, bir kavramsalcı meselesinin doğruluk değil kullanışlılık olduğunu ileri sürecektir. Teoriye dair fikirler mevcut hukuk sistemleri hakkında bildiklerimizin daha açık ve daha aydınlatıcı bir tarzda yorumlanmasını ve organize edilmesini mümkün kılıyor mu?

Esasında Austin’in hukuk felsefesi etrafında dönen

yöntem tartışması verimsizdir; çünkü derslerinin tarafsız bir okuyucusu sadece Austin'in kavramsalcılık-empirisizm zıtlığının farkında olmadığını değil, aynı zamanda teorik yöntemine dair her iki yorumu da destekleyecek biçimde yazmış olduğu sonucuna varabilir. Yine de, mesele en azından iki nedenle önemlidir.

İlkin, teoriye empirisist yaklaşımı çeşitli biçimlerde izleyen yazarların bazıları (özellikle Hart) Austin'i de bir empirisist olarak görme eğilimi içindedirler; bu yorum Austin'in teori itibarıyla Bentham'a olan borçluluğuna dair bir vurgu ile ve onun üzerindeki başka etkilerin küçümse-nişi ile kol kola gider görünüyor. Ancak Austin'in metodolojik belirsizliği onun hukukbilimini şekillendirmiş olan etkilerin garip bir karışımını yansıtıyor da olabilir: Bir yanda Bentham'a ait empirisist yönelimli "sözde-gerçekçi, büyübozucu analitik teknik" (Manning 1933: 212), diğer yanda kıta Roma hukukçuluğu... İkinci gelenekte hukukçular tarafından hukuk doktrininin empirik detayını organize etmek üzere soyut hukuki kavramların bilinçli biçimde inşa edilmesi takdire şayan bir hünerdi. Hukuka bu tür bir bakış birçok bakımdan kavramsalcı teori görüşüyle uyum halinde görünüyor. Fakat Austin'in düşüncesinde kavramsalcılığa yönelik bu olası yönelim, onu Bentham'ın tilmizinden ibaret sayan yaygın görüşte görmezden gelinme eğilimi gösteriyor.

İkinci olarak, Austin'in fazlasıyla empirisist görülmesi, onun kullandığı bazı anahtar kavramların niteliğini anlamayı daha zor hale getirebilir. Bu yüzden, Hart'ın Austin'in egemeninin "soyut" kurumsal niteliğini anlamadaki açık başarısızlığı, Austin'in egemenin bir şahıs ya da şahıslar grubu olduğuna ilişkin iddiasının çok lâfzî ve empirisist bir yorumundan kaynaklanıyor olabilir. Eğilim, Austin'in kavramının, pozitif hukukun üretimini sağlayan nihai otoriteyi (örneğin monarşi kurumu olarak) kavramsallaştırma aracı olarak iş görmekten ziyade, gözlemlenebilir bir şeyi (örneğin kral olan tekil bir kişiyi) doğrudan temsil

etmesi gerektiği varsayımı yönünde olabilir. Aynı şekilde, Austin eleştirmenlerinin egemeni anayasanın ve hukuk sisteminin “ardında duran” ve onun tarafından varsayılan soyut bir kurumda aramak yerine, fiili hukuk sistemleri içinde mevcut hukuki otorite kaynaklarında (bir hukukçunun fark edebileceği kurucu yapının unsurları olarak) aramak (ve kaçınılmaz biçimde bulamamak) yönündeki ortak eğilimlerinin kökeninde, fazlasıyla empirisist bir yorum bulunuyor olabilir (karş. Lobban 1991: 246-247).

Her ne olursa olsun, normatif hukuk teorisinde empirisizm-kavramsalcılık dikotomisi önemlidir. Yaklaşımların biri yerine diğerine bağlı olma eğilimi, hukuk teorisini farklı yönlerle iter. Her biri kullanılan farklı kavram türlerine ve elbette bu kavramları farklı değerlendirme biçimlerine yönlendirme eğilimi taşır. Kelsen’in hukuk felsefesi normatif hukuk teorisine yönelik açıkça kavramsalcı bir yaklaşımın gelişkin ve titiz bir irdelenişinin örneğini ortaya koyar. Diğer yandan, Hart’ın hukuk felsefesinde Austin eleştirileri üzerine inşa edilmiş “taze başlangıç”, en iyi biçimde, empirisist yöntemleri Austin’e attettiklerinden daha tatminkâr biçimde benimseme girişimi olarak anlaşılır - bu bölüm bunu iddia ediyor.

Hart’ın Linguistik Empirisizmi

Austin’in hukukbiliminin etkili hale geldiği dönem (1860’lar) ile Hart’ın Oxford hukukbilim kürsüsüne seçildiği 1953 yılı arasında İngiliz hukuk felsefesinin çoğu, yönelim itibarıyla (yukarıda kullanılmış özgün anlamda) empirisist idi. Egemen yaklaşım analitik hukukbilim olarak adlandırılmaya başladı. Austin’in hukukun ve ahlâkın analitik bakımdan ayrı tutulmaları gerektiği ve hukukbilimin uygun konusunun pozitif hukuk olduğu görüşüne bağlılık söz konusuydu. Analitik hukukbilim hukuku politik iktidar aracılığıyla oluşturulmuş bir beşeri yaratım olarak gördü.

Analitik hukukbilimin öncelikli hedefi hukuki kavramların anlamlarını açığa çıkarmak; bu kavramların neyi temsil ettiklerini ya da neye referans yaptıklarını ortaya koymaya çalışmaktı. Örneğin tüzel kişilik fikri, hukuk düşüncesinde temel önemde olmasına rağmen, kafa karıştırıcı görünüyordu. “Tüzel kişilik” kavramı neyi temsil eder? Gerçek bir grup varoluşuna mı referans yapar? Ortak bir girişimde bir araya gelmiş bireyler arasındaki belli ilişkileri tanımlayan hukuk kuralları kompleksine referans yapmak üzere kullanılan bir tür hukuki kısayol biçiminden mi ibarettir? Empirik bir perspektifte kavramlar gözlemlenebilir bir gerçeklikten doğar ve onu temsil ederler. Bu yüzden, analitik hukukbilim zilyetlik, mülkiyet, kasıt, hukuki kişilik, hak ve görev gibi kavramların anlamlarını keşfetmeye çalışmakla ilgilendi, bunun yolu genellikle bu terimlerin her birinin hangi fiili hukuki duruma referans yaptıklarını saptamaktan geçiyordu.

Geriye bakılarak varsayılabilir ki, İngiliz hukuk felsefesinin bu dönemde hukukçular nezdinde etki ve ilgi kaybına uğramasının önemli bir nedeni, hukuki kavramların analizine yönelik İngiliz empirisist yaklaşımının artan ölçüde gerçekliğe uzak ve verimsiz görünmesiydi. Örneğin tüzel kişiliğin niteliğine dair bitmez tükenmez tartışma, kavramın anlamını sabitlemeye çalışmıştı; bunu yaparken, kavramın kullanılabildiği durumların ve bundan kaynaklanabilecek hukuki sonuçların çeşitliliğine uygun biçimde referans yapmamıştı.

ABD’de bazı hukukçular empirisizme karşıt kavramsal bir bakışın unsurlarını taşıyan bir analitik hukukbilim yaklaşımı geliştirmeye çalıştılar. 1918’deki erken ölümünden önce Stanford ve Yale Üniversitelerinde ders vermiş olan Wesley Hohfeld, bir “temel hukuki kavramlar” haklar, görevler, imtiyazlar, “hak-yokluğu”, yetkiler, sorumluluklar, muafiyetler ve ehliyetsizlikler- dizisini kendi adlandırmasıyla *hukukun en küçük ortak paydaları* olarak analiz etti. Bu kavramların bazıları açıkça hukukçuların

yerleşik kullanımlarından doğrudan alınmışsa da, Hohfeld'in onları geliştirmesi yaratıcıydı. Kavramlar, mevcut yargı pratiğinde onun anladığı tarzda fiilen yansıma bulsunlar bulmasınlar, onun hukuki muhakemeyi daha açık kavramsal ayrımlar yoluyla organize etmek ve açıklığa kavuşturmak niyetiyle oluşturduğu, titizlikle tanımlanmış teorik inşalardı. Dolayısıyla, bu biçimiyle analitik hukukbilim, kavramları "fiili bir hukuk bütününden çıkarılan özelliklere uygun biçimde inşa edilmiş mantıksal bir çerçeve" (Stone 1964: 138) olarak tasarlamak yoluyla hukukun açıklığa kavuşturulmasına katkı sağlamayı hedeflemişti.

Muhtemelen Hohfeld'in çalışmasının değeri esas itibarıyla kavramsalcılık ve empirisizm arasında sınırlı bir tür uzlaşa getirmesinden kaynaklanıyor. Bu uzlaşa iki şeyi birleştirir: Bir yanda, aydınlatıcı -kusursuzca çalışılmış mantıksal ilişkilere sahip- kavramların bilinçli ve yaratıcı biçimde geliştirilmesi; diğer yanda kavramların, kayıtlara geçmiş davalarda ifade bulan haliyle, fiili yargısal muhakeme ile doğrudan irtibatlı ve onun üzerinde temellenmiş olmaları gerektiğine dair bir ısrar. Başka bazı Amerikalı yazarlar, özellikle Northwestern Üniversitesi'nden Albert Kocourek, hukuk analizine çok daha net bir kavramsal yaklaşım getirdiler; öyle ki, "ektofilaktik", "zigonomik", "mezonomik" ilişkiler ve "otofilaksis" gibi yeni düzenleyici ve yorumlayıcı kavramlar icat ettiler. Bu tür yaklaşımın tehlikesi - Hohfeld'in büyük oranda uzak durduğu bir tehlike -onun kavramsal özgünlüğünün fiili hukuki muhakeme pratiğinden çok uzakta görülebilmesindedir; tıpkı hukukçuların nosyonlarının anlamına dair aşırı geniş empirisist genellemelerde olduğu gibi.

Hart'ın hayli etkili açılış dersi (Hart 1953) analitik hukukbilimde önceki tüm eğilimlerden keskin bir kopuşa işaret etmek ve hukuki kavramların daha gerçekçi bir analizi için yeni kaynakları yardıma çağırarak niyetindeydi. Hart derste yeni yöntemlere ihtiyaç doğuran birçok neden arasında tüzel kişilik tartışmasının boş bir tartışma oluşunu

da belirtir. Hukuki kelimeler, diye açıklar, içinde kendi karakteristik rollerini oynadıkları tüm cümleler bağlamında anlaşılmalıdırlar. Belli bir özgün varlığı temsil ediyorlarmış gibi izole biçimde tanımlanamazlar. Onların kullanılıyor olmaları, bütün bir hukuk sisteminin mevcudiyetini ve tekil kuralların onun içinde geçerli olduklarını varsayar. Dahası, hukuki ifadeler farklı bağlamlarda farklı statüye sahip olabilirler: Örneğin bir yargıç tarafından bir davayı karara bağlama sürecinde kullanılan bir ifadenin statüsü, mahkeme salonunun dışında değişik durumlarda kullanıldığında sahip olduğu statüden tamamen farklı olabilir. Aynı şekilde, hukuki kavramlar tek biçimli ve değişmez bir durumlar dizisiyle ilişkili olmak zorunda değildirler; çünkü hukuk kuralları birçok değişik olgusal durumlara aynı hukuki sonuçları bağlayabilirler.

Hart'ın dersinin bakış açısı empirisizme bir saldırı ortaya koyar gibidir; çünkü kavramlar artık herhangi bir şeyi bire bir tarzda temsil ediyor gibi görülmeyeceklerdir. Bu görüşe göre bir hukuki kavramın anlamı sanki kavram değişmez bazı durumları temsil ediyormuş gibi tanımlanamaz.

Ancak Hart aslında eskisinin yerine yeni bir tür, özellikle Cambridge Üniversitesi'nden Ludwig Wittgenstein ve Oxford'dan J.L.Austin (hukukçu John Austin ile karıştırılmamalıdır) ile ilişkilendirilen linguistik felsefe üzerine kurulu bir empirisizm kurar. Hart hukukbilime İngiliz linguistik felsefenin yöntemlerini ve heyecanını getirdi. Oxford hukukbilim kürsüsüne atandığında herhangi bir hukuk derecesi yoktu, ancak *Chancery Bar*'da çalışarak deneyim kazanmış ve sonra 1939-1945 savaşının ardından Oxford'da yedi yıl boyunca felsefe dersleri vermişti. Bu ikinci dönemi boyunca, bazen "gündelik dil felsefesi" diye de adlandırılan, linguistik felsefenin Oxford'daki gelişimi ile yakından ilgili hale geldi.

Hart'ın söylediğine göre, bu dil felsefesi,

“beşeri söylemin ve anlamlı iletişimin büyük çeşitliliğinin fark edilmesinden doğdu; böylece, çoktandır süregelen felsefi karışıklıkların genel bir teorinin açılımıyla değil, sıklıkla, beşeri dilin insan hayatının farklı biçimlerini yansıtan farklı kullanılma tarzlarının, hassasiyetle parça parça ayrılmaları ve nitelenmeleri yoluyla çözülebileceklerine dair bir kanaat gelişti” (Hart 1983: 2).

Bu biçimiyle linguistik felsefe kelimelerin tanımsal bakımdan anlamlarına değil, onların değişik linguistik bağlamlarda kullanılma biçimlerini açığa çıkarmaya odaklandı. Bu yöntem “gündelik hayatın söylemini” veya belli bir disiplinin söylemini, özgün niteliğini ve diğer söylemlerden farklılıklarını bilme başarısızlığının “kafa karışıklığı ve keşmekeş” (Hart 1983: 3) ile sonuçlanabileceği -hukuk gibi herhangi bir disiplinin söylemini aydınlatmakta kullanılabilir.

Bu tür bir felsefeden edinilen üç kazanım Hart’ın normatif hukuk teorisi için özellikle önemlidir. İlk, dil empirik betimlemeden veya hukuki önermelerdeki ifadelerden ayrı birçok anlamlı formlara sahiptir. Hukuk dilinin önemli bir niteliği onun “performatif” yönüdür; bu, “kelimelerin arkaplan kurallar veya konvansiyonlar ile bağlantılı olarak bireylerin normatif durumlarını değiştirmek üzere kullanıldıkları ve böylece nedensel etkilere değil normatif sonuçlara yol açtıkları” (Hart 1983: 3) anlamına gelir. Buradaki mesele, hukuki bağlamlarda kullanılan kelimelerin, hukuki durumları ve onlara ekli tüm beklentileri fiilen değiştirmeye muktedir olduklarıdır. Örneğin sözleşmeye yönelik bir icap beyanı karşı tarafça kabul edildiğinde, icapta bulunan ile kendisine icapta bulunulan arasındaki hukuki ilişki esaslı biçimde değişir. Dilin bu işlevi sadece hukukla ilgili de değildir. Bir vaftiz töreninde veya bir yemin esnasında söylenen kelimeler de performatiftir. Belli bir bağlamda kullanılmış olmakla beklentileri, yükümlülükleri ve ilişkileri değiştirirler.

Linguistik felsefe kaynaklı ikinci önemli kazanım, dilin “açık yapılı” oluşudur. Açığa çıkacağı üzere, Hart’ın yargısal karar vermeye ve hukuki yoruma dair fikirleri için bu temel önemdedir. Linguistik felsefe dilin *genel* belirsizliğini kabul edemezdi, aksi takdirde onun kullanımdaki anlamı üzerine felsefi çalışma ilerleyemezdi. Belirli bağlamlarda linguistik anlam, potansiyel olarak, kesin biçimde belirlenebilir şekilde ortaya konur. Ancak aynı zamanda dil “gözeneklere” veya kısmi bir belirsizliğe sahiptir; öyle ki, kesinliğin merkez alanı ile belirsizliğin gölgeli alanı arasındaki ilişki, en açık biçimde ifade edilmiş kurallarda bile, felsefi incelemeyi gerektirir.

Üçüncüsü, Hart’ın hukuk teorisi bakımından linguistik felsefenin belki en önemli iddiası “dilnin çoklu formlarına ve çeşitli işlevlerine dair açıklamanın” (Hart 1983: 3) dilin kullanıldığı sosyal bağlamı da aydınlatma yeteneğinde olmasıdır. Hart, linguistik analizden kazanılacak sosyal öngörüye dair bu iddiayı ileri sürmekte tereddüt etmez. Bu yüzden,

“Kelimelerin anlamlarına dair soruşturmaların sadece kelimelerin üzerine ışık tuttuğu görüşü yanlıştır. Sosyal konum veya ilişki türleri arasında hemen göze çarpmayan birçok önemli ayrım, ilgili ifadenin standart kullanımlarının ve bunların sıklıkla kendisi de açıklama dışı bırakılmış bir sosyal bağlama dayalı olma tarzının incelenmesi yoluyla, en iyi biçimde aydınlığa çıkarılabilir” (Hart 1961: vi).

Peki, analiz bu tür bir temelde nasıl ilerleyecekti? Hukuki “tüzel kişilik” teriminin neyi tasarladığını sormak yerine, “hukuk sisteminde tüzel kişilere dair ifadelerin özgün kullanılma tarzını muntazaman belirlemek” (Hart 1953: 42) gerekliydi. Bu -Hart hiçbir zaman böyle adlandırmadıysa da- yeni bir empirisizm türüydü; çünkü “örneğin bir limited şirketin hukuki hakları veya görevleri gibi ifadelerin, hukuk kurallarıyla bağlantılı olarak, dünyayla ilişki-

lenme biçiminin yakından incelenmesi" (Hart 1983: 3) isteniyordu. Demek ki, bu tür ifadelerin doğru sayıldıkları fiili koşulların incelenmesi gereklidir. Hukuki ifadelerin temsil ettikleri gözlemlenebilir gerçeklik "tüzel kişilik" gibi kelimelerle atıf yapılan bir belirlenebilir varlıklar dizisi değildir. O, bir hukuk sistemi içinde yaşayan, davranışlarını ve beklentilerini onunla bağlantılı olarak yönlendiren insanların linguistik pratiklerinin gerçekliğidir. 1953 dersinde Hart'ın aklında hukukçu pratiklerinin olduğu pek kuşku götürmezdi. Tüm çeşitliliği ve karmaşıklığı içinde fiili yargısal ve hukuki profesyonel kullanım vurgusu, hukuk felsefesine sağlıklı bir gerçekçiliğin soluğunu taşıyor gibi görünüyordu.

Ancak "performatifler" fikri, ifadelerin bizzat kendilerinin birer pratik olabilmelerini içerir. J.L.Austin'in deyişiyle "kelimelerle bir şeyler yapmak" mümkündür; Wittgenstein'in deyişiyle "kelimeler aynı zamanda fiillerdir" (karş. Hart 1970: 275). Dolayısıyla, Hart'ın linguistik felsefesi, kelimelerle veya ifadelerle sosyal gerçekliğin bir *temsili* olarak ilgilendiğini ileri sürme gereği hissetmez. Kelimeler, kendilikleri itibarıyla, sosyal gerçekliklerdir. Onu inşa ederler.

Bu bakış açısının benimsenişinin, gündelik dil kullanımına dair felsefi analizin sosyal hayatın veçhelerinin bir tür empirik açıklamasının yerini tuttuğunu ileri sürme konumuna kayması zor değildir. Bu yüzden Hart, normatif hukuk teorisindeki en önemli çalışmasının önsözünde, kitabın sadece analitik hukukbilim üzerine değil, aynı zamanda "betimleyici sosyoloji" üzerine de bir eser olduğunu iddia eder (1961: vi). Bu tartışmalı iddiayı daha sonra değerlendireceğiz. Burada Hart'ın hukuk felsefesinin kavramsalcılığı net biçimde reddettiğini (bkz. ör. Hart 1970: 271, 274) ve kavramlarını avukatların, yargıçların ve vatandaşların fiili linguistik pratiklerinde bulmaya çalıştığını kaydetmek yeterlidir.

Kuralların Niteliği

Hart'ın yöntemlerine dair yukarıda söylenenlere bakılırsa, Austin'in yaptığı gibi "hukuku" veya "hukuk kuralını" tanımlama girişimini reddedip, onu bir sosyal pratikler kompleksi olarak gören bir hukuk kavramı araması şaşırtıcı değildir. Bu pratikleri, tümünü kapsayacak biçimde, tanımsal bir tarzda belirlemeye hiç girişmez. Kaygısı, açıkça, sadece hukukun genel olarak algılanış biçiminin merkezinde gibi görünen pratikleri açıklamaya çalışmaktan ibarettir. Onlar, öncelikle, gündelik kullanımda tipik olarak hukukla ilişkilendirilen belirgin linguistik pratiklerin incelenmesi yoluyla teşhis edileceklerdir.

Bu ilerleme yöntemleri açık ki Austin'inkilerden çok farklıdır. Bir kavramlar dizisini (emir, yaptırım, egemen, alışkanlıkla itaat) tanımlamak ve onların ilişkilerini araştırmak yerine, Hart gündelik dilden çıkar görünen belirli ayrımları alır ve onların içerimlerini inceler. Başlangıç noktası, hukuka dair gündelik söylemdeki merkezi fikir olarak "kural" fikrini teşhis etmektir.

Hart'ın bunu yapma yöntemi Austinci hukuk modelinin bir eleştirisi yoluyla ilerler ve Austin'in kural kavramını incelemedeki ve onu kendi hukukbiliminin merkezine koymadaki başarısızlığının, onun hukuk görüşünün uygunsuzluğunun temel nedeni olduğu sonucuna varır (Hart 1961: 80). Austin'in hukukun sürekliliğini ve istikrarını, varsayım o ki, açıklayamaması, egemenin bizzat kendisinin kurallar tarafından tanımlandığını, onlar aracılığıyla otorite edindiğini ve kullandığını, yine onlar tarafından sınırlanabildiğini doğru dürüst anlayamamasına bağlanır. Yetki-veren kurallar ve onları emirler kapsamında görmedeki zorluk sorunu, Austin'in hukukbiliminin hukuk kurallı türlerindeki çeşitliliği fark edemediğini göstermek üzere ele alınır. Aynı şekilde, Austin'in hukukun kaynağını egemenin emrine bağlaması, gelenek hukukunun ve yargıç-yapımı hukukun yasamadan farklı kaynaklardan do-

ğabildiğini ve onlar sayesinde bağımsız otorite edinebildiğini görmezden gelmesi olarak değerlendirilir.

3. Bölümde bu Austin eleştirilerinin en azından bazılarının hatalı olabilecekleri ileri sürülmüştü. Ancak Hart'ın en büyük eseri *The Concept of Law* [Hukuk Kavramı] için, "kural" kavramının hukukun mahiyetinin gündelik dil analiziyle incelenişi için uygunluğu apaçık bir başlangıç noktası olarak sunulmasına yarayan aygıtlar olmak bakımından, bunlar önemlidirler. Sonraki bölümlerde görüleceği üzere, hukukun teorik olarak, en iyi biçimde, bir kurallar dizisinden başka veya en azından onlardan çok daha fazlasını içeren bir şey olarak analiz edilebileceğini ileri sürmek elbette mümkündür. Ancak, Hart'ın kitabının ilk dört bölümünde (metnin üçte birini kapsar) emir teorisinin bir versiyonunun uygunsuzluklarını uzunca gösterme girişimi, tartışmanın terimlerinin kurulduğu ve kurallara dair kayıp unsurun çoğu sorunu çözmek üzere ortaya çıktığı bir tablo sunar.

Gündelik dilde işleri "kural olarak" yapmaktan sıklıkla söz ederiz; yani, alışkanlıkla: "Kural olarak, hafta sonları saksafonumu çalarım" deriz. "Kural" kelimesi başka ifade türlerinde kullanıldığında ise, sıklıkla "gerekli", "olmalı", "olmamalı" gibi alışkanlığın düzenliliğinden başka bir şey ortaya koyan ifadeler eşliğinde belirir: "Geceleyin bu kadar gürültü yapmamalısın. Rahatsızlığa neden olmakla ilgili hukuk kuralları var" "Gerekli" ve "olmalı" gibi kelimeler normatif terimlerdir; yani, onlar davranışa ilişkin değerlendirmeyi, eleştiriyi veya hükmü ima ederler; basit alışkanlık davranışına işaret eden kelimelerin yaptığı gibi sadece betimlemeden veya tahminden ibaret değildirler.

Alışkanlıkla saksafon çalışımının normatif biçimde de yorumlanabilmesi -burada rahatsızlığa neden olmaya dair hukuk kurallarına uygunluğu ya da aykırılığı bakımından- olaylar, faaliyetler ve oluşumlar hakkında radikal olarak farklı iki biçimde konuşulabileceğini gösterir. Tahmin edici anlamda tartışılabilirler (Saksafonumu çalmayı ne olursa

olsun sürdürmeye bu kadar adanmış mıyım? Komşular hakikaten dava açarlar mı? Sabahın üçünde komşularını rahatsız edenlere uygulamada genellikle ne tür yaptırımlar uygulanıyor?). Bu hususlar *normatif* anlamda da tartışılabilirler (Komşuların hukuken şikâyet etme hakları var mıdır? Hukuka göre, rahatsız etmenin sonlanması mı gerekir? Eğer rahatsızlık vermeye devam edilirse ve durum mahkemeye gelirse yargıç tam olarak ne yapabilir?).

Kurallar hakkındaki normatif dil ilgili kurallara göre neyin doğru ya da haklı olduğuna veya kuraldan sapmanın eleştirilmesine dair değerlendirmeleri, hükümleri içerir. Bu sapma, ihlal edilmiş kuralı meşru kabul edenler için iyi bir eleştiri nedeni sayılır. “Olmalı” ve “gerekli” gibi kelimeler normatif ifadelerde olağandır. Ancak sırf tahmin edici ifadelerde yerleri yoktur. Bu ikinci durumlarda mesele neyin yapılmasının “gerekli” ya da “zorunlu” olduğu değil, durumun ne “olduğu” veya ne “olacağı” meselesidir (Gürültü duracak mı? Komşular dava açacak mı? Mahkemeler uygulamada hangi cezaları veriyorlar?).

Normatif ve tahmin edici dil arasındaki linguistik fark Hart’ın hukuk kavramı için asli önemdedir. Bir hukuk düzeninin içindekiler, yani hukukun normatif içeriğini anlayan ve buna göre davranan insanlar, kuralları esas alarak eleştirel düşünebilirler. Onlar kurallara dair *işsel bakışa* sahiptirler veya kuralları “işsel görünümü” itibarıyla görürler. Aynı şekilde, insanların hukukun görünümüne dair tamamen dışsal ya da tahmin edici bir bakış benimsemele-ri de mümkündür (*Mile End Road*’da saatte 80 milden hızlı araba kullanmamak makuldür. Bunu yaparsanız polis tarafından durdurulmanız çok muhtemeldir’). Hart’ın analizinde kuralların en önemli niteliklerinden biri, hem işsel hem de dışsal anlayışla kullanılmaya uygun olmalarıdır.

Kurallara dair işsel bakış açık ki belli bir zihinsel tavrı - kurallar ışığında kendi davranışına ve başkalarının davranışlarına yönelik eleştirel, düşününsel bir tavır (Hart 1961: 57)- ihtiva eder, ancak Hart bunun kurallarla bağlı olma

psikolojik duygusuna eşit olmadığında ısrar eder. İsteyerek vergi kaçırın biri, faaliyetinin hukuken yanlış olduğunu mükemmelen anlayabilir ve hatta ilgili kurallar ve onların hukuki anlamları hakkında gayet bilgili olabilir. Fakat yakalanmaktan kaçınabildiği sürece hukuka itaat etme zorunluluğu hissetmeyebilir. Hart, kurallara dair içsel bakışın ya da görünümün neyi içermediğine ilişkin bu ısrarın ötesinde, onun niteliğinin daha ileri bir açıklamasını ortaya koymaz.

Sosyolojik Temayül

Hart'ın kuralların iki veçhesini ayırışı birçok nedenle önemlidir. Bunlardan biri Austin'in yönteminden ciddi bir kopma girişimine işaret etmesidir. Görülmüş olduğu gibi, Austin hukukun alanını, ahlâki fikirlere veya "uygunsuzca" hukuk diye adlandırılan hususlara zıt olarak hukukun asli unsurlarını olabildiğince titiz biçimde tanımlayarak belirlemeye çalışmıştı. Hukukun alanı betimleyici bir tarzda ayrı bir yere konur. Ancak Hart hukuk alanını böyle ayırmaktan kaçınır. Bunun yerine, hukuk sisteminin "içindekiler" ve "dışındakiler" için (hukuk kuralları bakımından) zihinsel durumlar ayrımı yapar.

Dışardakiler (hukuk kurallarına yönelik dışsal bakışı benimseyenler), sadece cezadan kaçınma veya yarar sağlama olanaklarını sırf tahmin edici tarzda hesaplayanlar değil, aynı zamanda örneğin insanların sadece davranış örüntülerini inceleyen, onların kurallara yönelik eleştirel, düşünümsel tavırlarına kayıtsız olan davranış bilimcileri de olabilir. Ancak Hart, avukatların, yargıçların ve diğer hukuk görevlilerinin, hukuk sisteminin en azından kendi resmi faaliyetlerine ilişkin kurallarına yönelik olarak, içridekine ait içsel bakışı takınmak zorunda olduklarını iddia eder. Birçok sıradan vatandaş da, tüm ya da bazı hukuk kurallarına yönelik benzer bir içsel bakış edinebilir. İnsanlar tahminen farklı durumlarda, farklı olaylarda veya

farklı hukuk kuralları bakımından içeridekiler veya dışardakiler konumunda olabilirler.

Bu dikotominin daha fazla geliştirilme biçimine bakmadan önce bile, Hart'ın hukuk kavramının bazı tuhaf özelliklerine değinilebilir. Hart'ın ilk olarak geliştirdiği zıtlık alışkanlıklar ve kurallar arasındadır. Ancak ne türden varlıkların karşılaştırıldığı açık değildir. Hart'ın linguistik felsefesi yöntemi bunu engelliyor olabilir (kavramlar yalnızca kullanım esnasında anlam kazanırlar); ancak kural kavramı asli önemde sayıldığına göre, bu kavramın genel kullanımda ne anlama geldiğini sormak elbette uygundur. Alışkanlıkları ve kuralları doğrudan karşılaştırılabilir saymanın tahminen tek yolu, her ikisini de eyleme yönlendiren itkiler ya da motivasyonlar olarak görmektir (alışkanlıklar alışkanlığa bağlı davranışlara yol açarlar, kurallar kurallı davranışı teşvik ederler). O halde, öyle görünüyor ki, kurallar Hart tarafından sadece sosyal işlevleri veya potansiyel sosyal etkileri bakımından anlaşılıyorlar.

Hart'ın onları görüş tarzının bu oluşu, *yükümlülük* kavramına dair söyledikleriyle doğrulanmış gibidir. Yükümlülük fikri kuralları varsayar, bazı kuralların yükümlülük yüklediklerinden söz edilmese de (örneğin nezaketle veya gramerle ilgili olanlar) (Hart 1961: 86). Yükümlülük-yükleyen (ya da görev-yükleyen) kurallar diğerlerinden, Hart'a göre üç biçimde ayırt edilebilir. İlk, yükümlülük-yükleyen kurallar söz konusu ise, uyum yönündeki "genel talep" ısrarcıdır ve fiili veya potansiyel uymama halinde katlanılacak büyük sosyal baskı vardır. İkinci olarak, bu kurallar "sosyal hayatın ya da onun yüksek değer biçilmiş bir özelliğinin devamı için zorunlu" sayılırlar. Üçüncüsü, görev ve menfaat sıklıkla çatışma halinde olduğundan, bunlara uyum sağlamanın karakteristik olarak bir miktar fedakârlık gerektirdiği düşünülür (1961: 86-87). Bu ayırt edici işaretlerin en ilginç yönü, tümünün kurallar ile kuralların içinde var olduğu sosyal koşullar arasındaki ilişkiye dair fikirlerle ilgili olmalarıdır. Kuralların veya onlara uy-

manın ya da uymamanın sosyal işlevleri veya etkileri hakkındaki varsayımlarla ilgilidirler.

Hart'ın hukuk felsefesi hukukun temel bileşenini yükümlülük-yükleyen kurallar olarak teşhis eder; bunu hukuk incelemesinin emir ve egemen gibi alışıldık malzemesini organize ederek değil, değişik kural türlerine karşı yaygın biçimde takınılan tavırlar hakkında fikir yürüterek yapar. Söylenmesi gerekir ki bu, herhalde kayda değer empirik çalışma üzerine kurulu olması gereken, betimleyici sosyoloji değildir (karş. Hart 1961: vi). Fiili sosyal koşulların herhangi bir sistematik incelenişinde temellenmeyen spekülatif felsefedir. Yükümlülük-yükleyen kurallar kavramsallaştırması, belirtilen hususlar üzerindeki genel anlaşmanın bir toplumda hangi koşullar altında var olabileceğini; eğer anlaşma yoksa belirtilen görüşleri nüfusun hangi kısmının sahiplenmesi gerektiğini veya bu hususlar hakkında sonuçlara ulaşabilmemiz için ne tür kanıtların uygun ve yeterli olacağını açıklamaz, hatta dikkate bile almaz.

Sorunun temeli şudur: Hart hukukun niteliğine dair empirisist temelde genel bir açıklama getirmeye çalışır - başka deyişle, teorik bakımdan bağlantılandırmak istediği kavramlar fiili hukuk deneyiminden ya da gözleminden çıkarılmalıdır. Ancak hukuk doktrininin bizzat kendisinin teori için empirik malzeme sağladığı fikrini reddeder; zira hukuki fikirler için zorunlu bir anlam sabitliği yoktur. Herhangi bir şeyi tutarlı biçimde temsil etmek zorunda değildirler ve bu yüzden teori münhasıran onların anlamlarıyla ve hukuk doktrinindeki ilişkilerinin mantığıyla ilgilenemez. Dolayısıyla, teoride yansıma bulacak empirik gerçeklik insanların (linguistik) pratiklerinin, "yükümlülük" gibi kavramlar etrafında konuşma ve düşünme biçimlerinin gerçekliğidir. Ancak bu, insanların nasıl konuştuklarının ve düşündüklerinin hakikaten bulunup çıkarılmasını ihtiva etmelidir ve bu tür bir sorgulama da normatif hukuk teorisi değil, sosyolojidir veya sosyal psikolojidir.

Normatif hukuk teorisindeki empirisist yaklaşımlar, ilgili empirik gerçeklik olarak hukuk doktrinini (örneğin “tüzel kişilik” kavramını) analiz etmekle (“tüzel kişilik” nedir diye sormakla) yetindikleri sürece, normatif hukuk teorisinin sorgulamalarını geniş topluma dair bir incelemeye yönlendirmediler. Ancak Hart’ın empirisist yaklaşımı tam da bu yöne yönlendiriyor. Hart’ın normatif hukuk teorisinde bir tür sosyolojik temayül var (ama ciddi bir sosyoloji değil bu). Hukuk kurallarının mahiyetine dair daha ileri iddiaları incelendikten sonra bu meseleye dönmek gerekli olacak.

Hukuk Sisteminin Yapısı

3. Bölümde Hart’ın, Austin’in emir teorisinin bir hukuk sisteminde yetki-veren kuralların varlığı ile tatminkâr biçimde bağdaşmadığında ısrar ettiğine değinmiştik. Ona göre, bunlar esas itibarıyla görev-veren kurallar ile aynı niteliğe sahip sayılamazlar. Bir hukuk sisteminde her iki kural türü de bulunur ve aralarındaki fark ve ilişki, Hart’ın hukuk sistemi kavramının merkezi fikri haline gelir.

Basit bir toplumda, şiddeti sınırlayan, mülkiyeti koruyan veya hileyi cezalandıran kurallar gibi sadece görev-yükleyen kurallar aracılığıyla sosyal düzeni sağlamak mümkün olabilir. Görev-yükleyen bu tür kurallara Hart *birincil kurallar* der. Sadece birincil kurallardan oluşan bir rejim, ancak eğer bu kurallara tâbi olan insanların büyük çoğunluğu onları içsel bir perspektiften görüyorlarsa, kendini pratikte sürdürebilir; yani daha önce tartışılmış olan anlamda, sırf tahmin edici tarzda değil, eylemin kılavuzu olarak normatif biçimde görüyorlarsa.

Ancak bu tür bir rejimin aşıkâr kusurları vardır. İlkin, birincil kurallar bir sistem değil, sadece birbirinden ayrı bir standartlar dizisi oluşturacaktır, böylece kuralların birbirleriyle nasıl ilişkili olduklarına veya ne ölçüde genişleyebileceklerine dair kuşku giderilemez. Belirsizlik kusurun-

dan muzdariptirler. İkinci olarak, statik bir niteliğe sahiptirler; zira onları genel olarak veya tekil bireylere uygulanırlıkları bakımından, bilinçli biçimde değiştirmeyi mümkün kılan hiçbir araç yoktur. Üçüncüsü, kural ihlalinin ne zaman gerçekleştiğini kesin biçimde saptamaya veya kuralları sistematik biçimde icra etmeye yarayan araçlar mevcut değildir.

Hart'ın hukuk-öncesi toplum dediği bu kurgusal fikrin ardında, sadece bir antropoloğun keşfedebileceği türden basit ve değişmez bir toplum vizyonu değil, aynı zamanda, 2. Bölümde tartışıldığı gibi, klasik *common law* düşüncesinde varsayılan kendiliğinden, kültürel olarak belirlenmiş bir hukuki evrim imgesi de sezilebilir. Böyle bir imge, *pozitif* bir hukuk anlayışına, yani bilinçli olarak yaratılmış ve dolayısıyla beşeri yoruma ve gelişime tâbi bir hukuk anlayışına hiç sahip değildir. Austin'in egemen fikrinde bulunduğu bu pozitif gelişime tâbi doktrin anlayışını, Hart birincil görev-yükleyen kuralların ötesindeki bir kurallar dizisinde bulur. Bunların sisteme dâhil edilişleri veya evrimle ortaya çıkışları, Hart'a göre, hukuk-öncesi düzenden hukuk düzenine geçişe işaret eder.

Görev-yüklemek yerine yetki-veren bu *ikincil kurallar* genellikle birincil kurallara bağımlı durumda gösterilirler ve bunların sadece birincil kurallardan oluşan bir rejimin üç büyük kusuruna tekabül eder biçimde üç türden oluşukları düşünülür.

İkincil kurallardan biri olan *tanıma kuralı* birincil kurallar rejiminin belirsizliği için en basit çaredir. Bir kuralın toplumun bir kuralı olarak tanınabilmek için hangi özel niteliklere sahip olması gerektiğini belirler. Tanıma kuralı basit ya da karmaşık olabilir. Karmaşık olana örnek olarak, kuralların belli bir yasama usulü ile yaratılmakla, belli koşullarda bir yargıç tarafından beyan edilmekle veya uzun gelenek pratiği tarafından desteklenmekle toplumun bir kuralı olarak tanınacak olmaları gösterilebilir. Bu tür karmaşık bir tanıma kuralının parçaları hiyerarşik biçimde

düzenlenebilir; böylece yasamayla çıkarılan kuralları tanıyan parça gelenek kurallarını ve yargı kararlarında beyan edilenleri tanıyanlara nazaran öncelik sahibi olabilir.

İkinci olarak, *değişim kuralları* birincil kurallar rejiminin statik olma niteliğinin çaresidirler; çünkü başka kuralları yaratmak veya değiştirmek ya da onların işleyişinde değişiklik yapmak için gerekli usulleri düzenlerler. Örneğin, yasama organının bileşimini ve çalışma usullerini düzenleyen kuralları, yine bireylerin kendi hukuki durumlarını, sözgelimi vasiyet veya sözleşme yaparak, değiştirmelerine olanak sağlayan kuralları ihtiva ederler.

Son olarak, birincil kurallar rejiminin işleyişindeki etkisizliği gidermek üzere *yargılama kurallarına* ihtiyaç vardır. Bunlar belli bir durumda bir birincil kuralın ihlal edilmiş olup olmadığına dair nihai otorite sahibi bir karara varmak üzere gerekli araçları belirlerler. Bu kurallar yargılama yetkisine sahip olanları ve izlenecek usulleri saptarlar. Örneğin mahkemelerin yargı çevrelerini, çalışma usullerini ve yargıçların niteliklerini ortaya koyarlar.

Hart'ın tartıştığı biçimiyle ikincil kurallara yakından bakılırsa, mahiyetlerinin ciddi ölçüde belirsizlikle çevrili olduğu görülür. Başlangıçta görev-yükleyen birincil kurallara zıt olarak yetki-veren kurallar olarak teşhis edilirler. Ancak Hart sonraki yazılarında tanıma kuralının, nasıl görüldüğüne bağlı olarak, görev-yükleyen veya yetki-veren türden olabileceğini kabul eder (Hart 1982: 258-259). Başka yazarlar, Hart'ın tartışmasında birincil ve ikincil kurallar ayrımının kesinliğini olmazsa olmaz görmediler. Görev-yükleyen ile yetki-veren kurallara ayrımı gibi, bağımsız kurallar (başka kurallarla sahip olabilecekleri herhangi bir ilişkiden bağımsız biçimde, anlamlı sosyal standartlar olarak var olabilenler) ile bağımlı kurallar (sadece başka kurallarla ilişkileri itibarıyla anlam taşıyanlar) ayrımı veya fiziksel hareket ve değişim içeren eylemlere dair kurallar ile yükümlülüklerin yaratılmasına ya da değiştirilmesine yol açan kurallar ayrımı da pekâlâ söz konusu olabilir. Bu tür-

den çeşitli ayrımlar ister istemez karşılıklı olarak kesinlik içermezler.

Birçok yorumcu ikincil kuralların yetki-veren türden olmalarının gerekmediğini kaydetti (McCormick 1981: 106; Raz 1980: 199). Hart'ın kendisi, çoğu hukukçunun yargıçların atanmasıyla ilgili kuralı, biri yargıçların görevlerini (ve yetkilerini) belirleyen, diğeri bir kişiye onları atama yetkisi veren olmak üzere, iki hukuk kuralı türünü ihtiva eder biçimde göreceğini belirtir (Hart 1972: 215). Yetkiler vermek ve görevler belirlemek bu yüzden (Austin'in iyi anlamış olduğu gibi) tipik olarak iç içedir. Bir yorumcu "Hart'ın birincil ve ikincil kurallar arasında ayırım yapmış olduğunu düşünmemizi sağlayacak hiçbir şey yok ortada" diye yazdı (Sartorius 1966: 167). Hart'ın kendisi sonuçta "konuya önceki uygunsuz yaklaşımım" diye atıf yaparak kabul etti ki, *The Concept of Law* "yükümlülükler ya da görevler yükleyen kurallardan farklı olduklarına dair ısrar bir yana, ne yetki nosyonuna ne de yetki-veren kuralların yapısına dair bir analiz" içerir (Hart 1972: 196).

İlk bakışta bu fazlasıyla şaşırtıcıdır. Austin'in yetki-veren ve görev-yükleyen kurallar arasındaki ayrımı teorisinin merkezine koyamayışı, Hart'ın ona yönelik en sert saldırılarının odağını oluşturur. Yine de söz konusu ayırım, Hart'ın normatif hukuk teorisiyle ilgili en önemli çalışmasında muğlak ve gelişmemiş olarak kalır. Hart kendi yaptığı türden bazı ayrımların uzun süredir bilinmekte olduğunu kabul eder ve "belki bu ayırımın hukukbilimin birçok karanlık bölgesine ışık tutabileceğine yönelik iddiam yeniydi" der (Hart 1965: 358). Ancak bu ışığı tutacak titiz bir analiz ileri sürülmemiştir. Hart'ın sempatizan eleştirmeni Neil McCormick'in işaret ettiği gibi, "bu konunun Hart'ın hukuk teorisindeki merkeziliği ortada olduğuna göre", birincil ve ikincil kurallar "ayrımındaki bu muğlaklık ve belirsizlik elbette üzücüdür" (McCormick 1981: 106).

Hart'ın hukuk teorisinin belki en önemli kısmındaki bu muğlaklık nasıl açıklanır? Açıklama elbette, birincil ve

ikincil kurallar ayrımı yapma ihtiyacının normatif hukuk teorisindeki analitik titizlik kaygıları tarafından değil, hukukun Austin'in yeterince vurgulamadığı düşünülen yönlerini ya da belki ideallerini vurgulamaya yönelik *politik* bir kaygı tarafından dikte edilmiş olduğudur.

Joseph Raz "Hart'ı tanıma kuralı doktrinini benimsemeye götüren temel nedenin" bir hukuk kuralının geçerli olup olmadığı sorusunun cevabının bir *başka kuralın* getirdiği bir geçerlilik kriterinde bulunması gerektiği varsayımı olduğunu ileri sürerken (Raz 1980: 199-200), gerçeğe parmak basar. Başka türlü söylenirse, Hart'ın hukuk teorisi hukuku kendi kendini düzenleyen bir kurallar sistemi olarak tasvir eder. Tanıma kuralı ve diğer ikincil kuralların, hukuk sistemindeki kurallara dair tüm üretim, yorum, icra, değişim ve ilga süreçlerini yönettikleri düşünülür. Austin'in tamamen beşeri politik iktidarın (egemenin ve onun vekillerinin iktidarının) ifadesi ve aracı olarak hukuk düzeni manzarasına zıt olarak, Hart'ın hukuk imgesi kuralların iktidar sahiplerini yönettiği, insanların değil kuralların yönettiği bir sistem imgesidir. Esasında burada derinden yankılanır biçimde ima edilen şey, çok açık ki Austin'in hukukbiliminde bulunmayan bir politik sembolün *Hukukun Üstünlüğü*, "insanların değil hukuk kurallarının yönetimi" sembolünün (karş. Bobbio 1987: Bl. 7)- bir görünümdür.

Bu yüzden, ikincil kurallar kavramı, altında hukuk kurallarının yetki-verme *işlevlerine* uygun bir vurgunun yapılabileceği bir şemsiye olarak iş görebilecek bir analitik kategori oluşturma girişimi olarak görülebilir.

Bu ikincil kurallar, nitelik itibarıyla "kamusal" oldukları ölçüde, görevlilerin yetkilerinin keyfi olmadıkları, hukuk kuralları tarafından tanımlanmış oldukları modern anayasal devletin (*Rechtstaat*) belirgin özelliğidir. Aynı şekilde, "özel" yetkiler veren kurallar (vasiyet, sözleşme ve diğer işlemlerin ve düzenlemelerin yapılmasına dair kurallar gibi) kişilere kendi hukuki durumlarını bilinçli, özgürce

seçilmiş ve maksatlı eylemle uyarılama olanağı sağlar. Bu kurallar bir bireyin hukuk düzeni içinde, ona hukuk cemaatinin bir üyesi olarak katılan bir *vatandaş* olarak özerkliğine işaret ederler. Bu özel yetki-veren kuralları kullanmak için, bireyin tahminen bir hukuki “içerideki”, kurallara dair içsel bakışı benimseyen biri olması gerekir.

Dolayısıyla, kamusal yetki-veren kurallar üzerindeki vurgu Hart’ın teorisinde (hukuka tabi yönetim anlamında) *Hukukun Üstünlüğü* idealinin normallliğini inşa ederken, özel yetki-veren kurallar üzerindeki koşut vurgu onda özerk vatandaş idealinin normallliğini kurar. Bu, Austin’in egemene tabi olma nosyonunda içerili olandan çok farklı ve kuşkusuz modern bir demokraside politik bakımdan çok daha cazip bir perspektiftir.

Hukuk Sisteminin Varlığı

Hart’ın hukuk anlayışına göre, bir hukuk sistemindeki tanıma kuralı sistemdeki başka hangi kuralların hukuk kuralı olarak geçerli olduklarını belirler. Bunu elbette bizzat kendisi geçerli bir kural olarak tanındığı ya da varsayıldığı ölçüde yapar. Bu yüzden, bir hukuk sisteminin var olabilmesi için bir asgari koşul, tanıma kuralının ve diğer ikincil kuralların, hukuk düzeninde hukuk kurallarını yaratma, değiştirme, yorumlama, icra etme veya onlara dair tavsiyede bulunma görevi olan (Hart’ın “görevliler” dediği) kişiler tarafından bağlayıcı kabul edilmeleridir. Bu kabul asli önemdedir, çünkü ikincil kurallar hukuk sisteminin bu görevlerin yerine getirilmesini yönetme araçlarıdır. Demek ki, görevliler ikincil kurallara yönelik (Hart’ın kullandığı anlamda) içsel bakış benimsemelidirler. Onları kendilerinin ve başkalarının davranışı için anlamlı kılavuzlar olarak görmelidirler. Bir hukuk sisteminin var olması için diğer asgari koşul, vatandaşların genelde birincil kurallara düzenli olarak itaat etmeleridir. Onların birincil kuralları içsel bakış açısından görmeleri zorunlu değildir. Sadece ceza

korkusuyla itaat de yeterli olacaktır. Dolayısıyla, bir hukuk sisteminin var olması için, birincil kurallara yönelik genel bir itaat ve görevlilerin ikincil kurallara yönelik içsel bakış açısını kabulleri birlikte bulunmalıdır.

Bir hukuk sisteminin var olmasının asgari koşullarına dair bu iddia Hart'ın bütün normatif hukuk teorisinin çevresinde döndüğü iki temel zıtlığı (ikincil kurallara zıt birincil kurallar; kuralların dışsal görünümüne zıt içsel görünümüleri) bir kopça gibi bağlaması ölçüsünde önemlidir.

Hart'ın hukuk teorisindeki sosyolojik temayül örneklerine daha önce değinilmişti; tesadüfi olana sosyolojik kıymet biçilmesi burada çok daha fazla söz konusudur. Hart'ın görevlilerin zorunlu tavırları hakkındaki iddialarına bir yazar "kuralcı psikolojinin tuhaf bir parçası" diye atıfta bulunur (Goodrich 1987: 48). Hart'ın daha sosyolojik yönelimli eleştirmenlerinin teorisinin ilk yayınından bu yana sıklıkla tekrarladıkları bir husus, görevlilerin ikincil kurallara bakışlarının Hartçı içsel tavır bakımından açıklanışının, görevlilerin motivasyonlarına dair karmaşık gerçekliği temsil etmek için oldukça yetersiz olduğudur.

Hart'ı savunan biri, kurallara dair içsel bakış fikrinin görevlilerin ikincil kurallara uyum davranışlarının karmaşıklığını temsil etmeyi değil, yalnızca bir kurallar sistemiyle ilişkili olarak "içeridekilerin" ve "dışarıdakilerin" söylemleri arasındaki analitik farkı ortaya koymayı hedeflediğinde ısrar edebilir. Burada önemli olan, kuralları "içsel olarak" anlayanların, söylemlerini dışarıdakilerden oldukça farklı kılan bir normatif dil kullanarak, onlar hakkında belirli biçimlerde akıl yürütebilmeleridir. Kurallara yönelik itaat motivasyonları ve vatandaşlar veya görevlilerin onları onaylayıp onaylamadıkları tamamen farklı hususlardır.

Hart'ın Hermenötiği

Belli bir noktaya kadar bu cazip bir cevaptır. Hart içsel-dışsal ayrımını hukukun sırf davranışsal (dışsal) anlamda

uygun biçimde açıklanamayacağını göstermek üzere kullanılır. Kuralların asli ayırt edici niteliği, normatif biçimde (içsel bakımdan) anlaşılabilirleridir. Hukuk sırf davranışsal (davranışı gözlemleyen ve ölçen) bir sosyal bilim aracılığıyla değil, onun söylem tarzına ve akıl yürütme biçimlerine nüfuz edilerek anlaşılmalıdır. Bu tür empatik yaklaşıma bazen *hermenötik* yaklaşım diye atıf yapılır.

Ancak, Hart'ın kuralların içsel ve dışsal görünümlerini orijinal sunumunda bir muğlaklık vardır. Kuralları içsel bakımdan anlamak için, hukuk sisteminde hakikaten adanmış bir içerideki, yani kuralları eyleminin rehberleri olarak kişisel bakımdan kabul eden biri olarak bulunmak zorunlu mudur? Diğer olası seçenek hukuk kurallarının normatif niteliğini bile fark etmeyen dışsal gözlemcinin konumu mudur? Yoksa kuralları, sanki onları kişisel bakımdan eylemine rehber olarak kabul ediyormuş gibi yorumlayan ve anlayan bir "dışsal" gözlemci (hukuk düzeni içinde hakikaten kendini bizzat adanmış bir vatandaş olmadan) olunabilir mi?

Neil McCormick kurallara dair katı içsel ve dışsal bakışların arasında bir üçüncü konuma ihtiyaç olduğunu ileri sürdü; hukuku yine de normatif biçimde yorumlayabilen ve Raz'ın deyişiyle "mesafeli ifadeler" (Raz 1980: 236), yani ilişkili oldukları hukuk sistemine kişisel normatif *bağlılık* içermeyen normatif ifadeler kurabilen bir adanmamış gözlemcinin konumunu hesaba katmak üzere. McCormick (1981: 38) bu üçüncü konumu hermenötik bakış açısı diye adlandırır. *The Concept of Law*'daki çeşitli pasajlar Hart'ın kurallara içsel bakışın, kuralları kendisinin ve başkalarının eylemleri için rehber olarak benimseyen bir görevli veya vatandaş gibi, hermenötik bir gözlemci (örneğin bir hukuk teorisyeni) tarafından da anlaşılabilir bir bakış olduğunu zaten kabul ettiğini gösterebilirdi. (ör. Hart 1961: 89). Ancak Hart (1982: 153-155) sonuçta Raz'ın adanmış ve mesafeli ifadeler ayrımının *The Concept of Law*'da bulunan fikirlerin önemli bir tamamlayıcısı olduğunu kabul etti. Da-

hası, McCormick'in önerdiği üçüncü bakış açısını ve onu açıklamak üzere "hermenötik" terimini kullanmayı da kabul etti (Hart 1983: 14).

Bu açık tavizler önemlidir. 1961'de *The Concept of Law* ilk yayınlandığında, Hart kuralların içsel görünümü fikrinin hedeflediği baş teorik düşmanlar olarak, hukuku (ve özellikle yargısal karar vermeyi) sırf davranışsal bakımdan, yani kuralların yalnızca dışsal görünümünü vurgulayan bakış açısından açıklayan tüm girişimleri görmüştü.¹ İçsel görünüm fikri hukukun davranışsal bir açıklamasının tamamen uygunsuz olduğuna dair bir uyarı yapmıştı. Yine de Hart hukukun niteliğine ilişkin betimleyici bir yaklaşımın (hatta daha önce değinildiği gibi "betimleyici sosyolojinin") mümkün olduğunu hep kabul etti: Mesele bu türden bir betimlemenin hukuku hem içsel hem de dışsal yönleri olarak görmek zorunda olduğuydu. Linguistik felsefe içsel görünümünü anlamak için anahtar sağlayacaktı.

1961'de kuralların içsel görünümünü (içeridekilerin perspektifini) anlamayı hedefleyen bir hukuk teorisinin, yine de kuralların normatif anlamları bakımından "mesafeli", adanmamış olabileceğine ve yalnızca betimlemeyle ilgilenebileceğine işaret etmek belki de gerekli değildi. Hart'ın açıkça ileri sürmeyi gerekli gördüğü tek analitik mesafe türü, Austin'in ısrarcı olduğu şeydi: Hukuk ile ahlâkın analitik ayrımı... Bu husus izleyen bölümde daha ayrıntılı incelenecektir.. Ancak yakın zamanlarda çeşitli yazarlar, özellikle Amerikalı hukukçu Ronald Dworkin, normatif hukuk teorisinin hukukun "mesafeli", objektif bir betimlenmesini hedeflemesi gerektiği kabulüne itiraz ettiler. Hart-sonrası bu teorilerde, hukuk kurallarına içsel bakışın (yani hukuki yorum işine katılımın), hukukun mahiyetine dair bilgiyi kendi içinde sağladığı düşünülür. Hu-

¹ Hart'ın hukuka yönelik bu bakış açısını benimsiyorlar diye yorumladığı temel teori türleri aşağıda 7. Bölümde tartışılacak.

kuk teorisyonu tarafından hesaba katılacak tek kurallara bakış tarzı, böylece içsel bakış haline geliyor.

Dworkin'in tezleri 6. Bölümde incelenecek. Burada Hart'ın savunduğı hukuk teorisinin, şimdi *The Concept of Law* ilk yayınlandığında var olandan farklı bir cephede savaşmak zorunda olduğunu fark etmek yeterlidir. Onun yaklaşımına itirazlar şimdi hukukun münhasıran dışsal (davranışsal) görünümünü vurgulayan yazarlardan gelmiyor; zira hukukun sırf dışsal bakımdan anlaşılabilirliğini ciddi en ileri süren etkili bir hukukçu (eğer varsa) bulmak şimdilerde zordur. Şimdi itirazlar hukukun münhasıran içsel (normatif) görünümünü vurgulayan teorilerden geliyor (karş. Hart 1987: 1994).

Bu yüzden Hart sonraki yazılarında, düşüncesinde hep zımn en var olanı açığa çıkarır: Hermenötik bakış açısı (Hartçı bir hukuk teorisyonu için uygun bakış) bir hukuk sisteminin katılımcısının adanmış içsel bakışıyla özdeş değildir. Hukuk teorisyonu hukuki muhakeme ile doğrudan meşgul olmaz; hukuki muhakemenin mahiyetini *betimleme* ve *objektif olarak açıklamaya* çalışır (Hart 1994: 242-244). Aslında Hart'ın teorisi en çok sağlamaya çalıştığı denge bakımından ilginçtir: Hukuk teorisinin bir fikirler sistemi olarak hukukun eşzamanlı biçimde "içinde" ve "dışında" olması gerektiğinde ısrar. Onun yaklaşımında normatif hukuk teoris i, hukuki içeridekinin perspektifi diye anladığı şeyi benimser fakat bunu yalnızca hukukun normatif niteliğini tam olarak anlamak üzere, hukuki faaliyetlere dair objektif, mesafeli bir bakışı mümkün kılmak için yapar.

Yargı Kararları ve Kuralların "Açık Yapısı"

Ne yazık ki, takdire şayan bu teorik denge imgesi, Hart'ın hukuk kavramını tartışmayı bırakabileceğimiz noktaya işaret etmiyor. Onun en önemli kategorilerinin ve ayrımlarının sırf analitik oldukları ve bu yüzden sosyolojik eleştiriden muaf bulundukları savunması (karş. Hacker

1977: 12) desteklenebilir değildir. Çünkü Hart'ın yöntemi, görmüş olduğumuz gibi, analitik kategorilerin ve ayrımların, yalnızca kendileri de sosyal pratiği temsil eden fiili linguistik kullanımı bağlamlarında anlam kazandıklarını söyleyen linguistik felsefe iddiası üzerine kuruludur. Hart'ın empirisist yöntemi kavramların sosyal pratikleri yansıttıkları fikrini ihtiva eder. O halde önemli hale gelen şey, kavramsal analizin linguistik pratiği aydınlatırken sosyal gerçekliğin veçhelerini açığa çıkarmaya katkı sunmakta ne ölçüde başarılı olduğunu sormaktır.

Bu ölçü benimsenirken farkında olunmalıdır ki, bir hukuk sisteminin var oluşunun asgari koşullarına ve "görevlilerin" ikincil kurallara yönelik tavırlarına dair Hart'ın iddiaları, sonuçta insanların düşünme ve davranma biçimleri hakkında sosyolojik iddialardır. Bir hukuk sisteminin asgari varlık koşulları, aslında, hukuk sisteminin meşruiyet edinmesini ve benimsenmesini sağlayan sosyolojik koşullar hakkında bir hipotezdir. En etkili bir kısım sosyoloji literatüründe bu hususlar zengin tarihi ayrıntıyla ve empirik örneklerle konu edinilmişlerdir.² Ancak bunlar Hart'ın yazılarında kısa, oldukça genelleşmiş ve empirik bakımdan desteklenmemiş felsefi spekülasyon düzeyinde kalırlar.

Dolayısıyla, yine Hart'ın empirisizmi onu normatif hukuk teorisinin kapsamının ötesindeki soruşturmalara doğru yönlendirir görünüyor. Bu eğilimin bir başka örneği, onun yargısal karar-verme ve kuralların "açık yapılı" olması analizinde görülebilir. Hart kuralların yorumlanabilecekleri ve uygulanabilecekleri kesinlik derecesini analiz etmek üzere, felsefeci Friedrich Waismann'ın kavramların gözenekliliği ya da açık yapıllığı fikrini benimser. Bu, hukuku esas itibarıyla bir kurallar meselesi sayan Hart'ın gibi herhangi bir teoride yargısal karar verme görevi incelenirken, hayati bir konu olmalıdır. Yargıçların hukuku

² Bkz. Weber 1978: Ks. I Bl. 3, Ks. II Bl. 10, 11, 14 ve 15.

yorumlamak yoluyla *yeni* hukuk geliştirirken, daha önceden mevcut kurallarla *bağlı* olmaları mümkün değil midir? Yargısal karar vermenin ilerleme araçları kurallar tarafından tayin edilebilir (örneğin emsallerle veya yargı çevresiyle ilgili kurallar), fakat yargıç-yapımı hukukun maddi içeriği, tanım gereği, söz konusu yargı kararlarından önce var olan kuralların kapsamında değildirler. Böylece Hart'ın teorisi kabul eder ki, yargıçlar belli koşullarda hukuki yorumda *takdir yetkisi* kullanabilirler ve gerçekte bunu fiilen yaparlar. Demek ki, mevcut kurallar ve yargısal takdir yetkisi birlikte yargıç-yapımı hukukun içeriğini oluşturur.

O halde kural ile takdir yetkisi arasındaki ilişkinin belirlenmesi esas mesele haline geliyor. Eğer yargısal takdir yetkisinin çok geniş ya da öngörülemez olduğu kabul edilecek olsaydı, kurallara dayalı hukuk modeli çökerdi. Hart'ın empirik yönelimi onu kuralların pratikte sıklıkla oldukça değişik yorumlara açık olduklarını kabul etmeye iter. Ancak hukukun merkezi unsurunun kurallar olduğu fikrine kendini vakfetmemiş bir teorisyen, hukuk kurallarının yargısal veya diğer resmi kararların etkileri veya sonuçları olduklarını, tersi değil, ileri sürebilirdi. Bu yüzden Austin için, 3. Bölümde görülmüş olduğu üzere, hukuk net söyleyişle kurallardan değil emirlerden oluşur; yargı kararları da egemenin emirlerinin devredilmiş bir türüdür. Bu kararlar, ister geniş ister oldukça sınırlı takdir yetkisi içersinler, tek biçimli bir niteliğe sahip olarak görülebilirler. Takdir yetkisi, kurallara dayalı hukuk modeliyle ilgili olduğu için, Austin için temel bir problem oluşturmaz.

Hart kendi hukuk kavramında kuralların merkeziliğini sağlama sorununu, onların iki bileşenini -yerleşik anlamın "merkez alanı" ve belirsizliğin "gölge alanı"- teşhis ederek çözmeye çalışır (Hart 1958: 63-64). "Hukukun varlığı, çok büyük ölçüde belirgin kuralların" yönlendirmesiyle "oluşur" (1961: 135). Ancak gölgeli durumlarda "kural-yapan otoritenin takdir yetkisi kullanmak zorunda olduğu açıktır

ve çeşitli davalarda ortaya çıkan bir soruya, sanki çatışan birçok menfaat arasında makul bir uzlaşa sağlayan bir cevaptan farklı olarak, bulunacak tek doğru cevap varmış gibi yaklaşma imkanı yoktur” (1961: 132).

Hukuk teorisinin hukuku “içsel” mi yoksa “dışsal” mı görmesi gerektiği sorununda olduğu gibi, yorum sorununda da Hart dengeli bir orta yol arar. Hukuk ne anlamları nihai kesinlikle saptanabilir tutarlı, bütünsel bir kurallar dizisinden müteşekkil bir “asil rüyadır”, ne de kuralsız yargısal takdir yetkisinden müteşekkil bir “kâbus”tur (Hart 1977). Ancak bu “makul” konum Hart’ın analitik hedefleri ile bunların peşindeki empirisist tarzı arasındaki gerilimi açığa çıkarır. Analitik modeli onu kuralları teorisinin merkezine koymaya zorlar. Sonuçta onlarda bulunan kesinliğin merkez alanı *The Concept of Law*’da güçlü biçimde vurgulanmıştır: İngiliz içtihat doktrininin sonucu “büyük çoğunluğu ... yasal bir kural kadar belirgin” bir kurallar dizisini üretmek olmuştur; mahkemelerin işleyişleri “hukukun geniş, merkez alanlarında sorgulanamaz denli kurallıdır” (1961: 135, 154).

Peki, kurallardaki merkez ve gölgeli alanları -kesinliği ve belirsizliği- belirleyen nedir? Hart’ın empirik yöntemi bunun yalnızca fiili sosyal (linguistik) pratikler tarafından belirlenebilmesini gerektirir. Kavramların, daha önce görüldüğü gibi, kullanıldıkları özgün bağlamdan izole biçimde anlam taşıdıkları düşünülmez. Tekil durumlar “birbirlerinden zaten ayrılmış ve genel kuralın örnekleri diye etiketlenmiş olarak bizi beklemezler kuralın kendisi de kendi örneklerini ortaya koymak üzere öne çıkamaz” (1961: 126).

Bu yüzden, kurallardaki kesinlik kuralların kendilerinin değil, onların kullanıldıkları sosyal pratiğin bir özelliğidir. Demek ki merkez alan ile gölgeli alan arasındaki ayırım kuralların yapısının görünümüne atıf yapan analitik bir ayırım değildir; o sosyal pratiklerin bir temsidir.

O halde önemli nokta, bu düşünüş hattında yönetenin

ve kesinlik sağlayanın kurallar olmadığıdır: Kesinlik, sosyal konsensüsün derecesini yansıtan, görelî olarak yerleşik kullanım ve pratik uzlaşılardan türer. Hart'ın hukuk teorisindeki birçok yön gibi, analitik diye sunulan kategoriler de sonuçta kendilerini varsayıllı sosyal olgulara referansla açığa çıkarırlar. Fakat yine de, meseleleri felsefî spekülasyon yerine sosyolojik bakımdan inceleme kaygısı yoktur. Bu yüzden, hukuktaki kural ile yargı yetkisi arasındaki, kesinlik ile belirsizlik arasındaki ilişkiye dair gerçek bir açıklama bulunmaz.³ Hart, problemi analitik diye gösterirken sosyolojik olarak kurar. Yine, hukuk kurallarının anlamına dair yorum uzlaşısını mümkün kılan veya problematik hale getiren fiilî koşullara (örneğin yargının organizasyonuna ve niteliğine) yönelik hiçbir sosyolojik sorgulama yapılmaz.

Kelsen'in Kavramsalcılığı

Hart'ın çalışmaları Anglo-Amerikan hukuk felsefesinde büyük etki yarattı ve yaratmayı sürdürüyor. Hans Kelsen'in üretken yazıları da güçlü bir etkiye sahip oldu. Ancak, geçen yüzyıl boyunca hukuk teorisine yapılmış en sağlam katkılar arasında bulunmalarına rağmen, aynı merkeziliğe hiç sahip olmadılar.

Bunun bir nedeni, Kelsen'in yazılarının Anglo-Amerikan *common law*'unun özel deneyimlerinden ziyade, kayda değer ölçüde kıta Avrupası hukuk düşüncesi geleneklerinden beslenmiş olmasıdır. Ancak bu yalnızca kısmî bir açıklama olur. 1930'larda Nazi Almanyasından İsviçre'ye kaçışının ardından Kelsen, sonunda ABD'ye yerleşti ve ömrünün kalan otuz yılını orada geçirdi (1973'de öldü); 1952'deki emekliliğine dek Kaliforniya Üniversitesi'nde ders verdi. Böylece Anglo-Amerikan bir çevrede, üretkence yazarak, uzun süre çalıştı. Aynı şekilde, Anglo-Ameri-

³ Hukukî kesinliğin mahiyetine ve değerine dair fazlasıyla muğlak ve sonuçsuz kalan son ifadeler için bkz. Hart 1994: 251-252.

kan hukuki ve siyasi kurumlarıyla ve Anglo-Amerikan hukuk felsefesindeki ana eğilimlerle ilgili olarak kendi fikirlerini açıklamak ve yorumlamak için büyük çaba harcadı.

Kelsen'in bir yabancı olarak kalmasının temel nedeni, teoriye yaklaşımının, bu bölümde daha önce açıklanmış olan anlamda, *kavramsalcı* oluşudur. Bu bakımdan, klasik *common law* geleneğinde kökleşmiş fikirlere ve belki Britanya ve Amerika'daki daha geniş kültürel eğilimlere karşıt biçimde yol alır. Klasik *common law* düşüncesine dair hangi görüşü alırsak alalım, değişmeyen husus şudur ki, Anglo-Amerikan *common law* geleneğinde parçalı, içtihadı dayalı bir hukuki gelişim ve sosyolog Max Weber'in "empirik hukuk-bulma" (karş. Weber 1978: 785-788) dediği husus öne çıkar. Bu demektir ki, *common law*'da kavramlar hukuka dayatılmazlar, davadan davaya yaşanan hukuk deneyiminin ayrıntılarından türedikleri kabul edilir. Hukuki fikirler empirik olarak davalarda karar verme pratiğinde bulunurlar. Dolayısıyla, bu bölümün önceki kısmında konu edinilmiş olan, hukuk teorisindeki empirisizm türü -analitik hukukbilimde klasik *common law* düşüncesinin yerini alır görünen teorileri ortaya çıkarsa bile- fiilen *common law* düşüncesinin temelindeki ana varsayımları doğrudan yansıtır.

Kelsen yine de çok öğretici bir yabancıdır. Bu kitabın münhasıran Anglo-Amerikan hukuk felsefesiyle ilgilendiği ortada olduğuna göre, onun normatif hukuk teorisinin önemi yöntemlerinin Hart'ın empirisizmi ile karşıtlığından kaynaklanıyor. Ortaya çıkacağı üzere, Kelsen'in kavramsalcılığı, empirisist bakışı nedeniyle Hart'ın normatif hukuk teorisinin sürüklendiğini gördüğümüz bazı ikilemlerden uzak duruyor. Ek olarak, Hart'ın teorisinin bazı politik ve profesyonel içerimleri, Kelsen'in düşünüşüyle koşutluklarına değinilerek ve Kelsen'in hukuk felsefesine eşlik eden zengin, ayrıntılı politik teoriye müracaat edilerek açığa çıkarılabilir. İzleyen kısımlar bu hususlarla ilgilenecek.

Kelsen'in kavramsalcılığı yeni-Kantçı kıta felsefesinin etkilerini yansıtır. Bu geleneğe göre bilgi deneyimle kazanılan bir şeyden ibaret değildir. Empirik gerçekliği, yalnızca, gözlemlediklerimizi anlamlı biçimde organize edebilmemizi sağlayacak kavramları ona dayatarak anlamaya başlarız. Kavramlar deneyimi yansıtmazlar: Onu organize eder ve anlaşılabilir hale getirirler. Bu yüzden, her bilim, her bilgi alanı kendi kavramsal aygıtını yaratmak zorundadır. Bu zorunluluk nedeniyle, her bir bilim ya da sistematik bilgi formu tüm diğerlerinden farklıdır ve tektir. Sonuç olarak, hukuk bilimi diğer bilimlerdekilerle paylaşılmayan veya bütünleşemeyen kendi tekil kavramsal çerçevesine sahip olmak zorundadır. Bu yüzden Kelsen "yöntemsel bakımdan farklı disiplinlerin körü körüne karışımı" (Kelsen 1967: 1) dediği yöntemler senkretizmini tamamen reddeder. Hukuk biliminin özgün niteliği, onun konusuyula, yani hukukla belirlenir ve Hart gibi Kelsen de hukukun en önemli niteliklerinden birini onun normatifliği olarak görür. Hukuk bir "olması gereken önermeleri" veya normlar meselesidir: "'Norm' dediğimizde bir şeyin var olması veya oluşması gerektiğini; özellikle bir insanın belirli bir biçimde davranması gerektiğini kastederiz" (Kelsen 1967: 4). Hukuk bilimi normatif bir bilim olmak zorundadır.

Bu, Hart'ın yaklaşımından farklılıklarını derhal ortaya çıkarır. Görülmüş olduğu gibi Hart'ın normatif hukuk teorisi (ciddi sosyolojik sorgulamadan geri dursa da) sürekli sosyolojiye doğru temayül ederken, Kelsen'in senkretizm reddi, kendisinin saf hukuk biliminin teorisi olarak geliştirdiği hukuk teorisi ile sosyoloji arasında herhangi bir tür bağ olamamasını gerektirir. Onlar farklı konulara uygun, tamamen farklı kavramsal çerçevelerdir. Dolayısıyla, Kelsen'in anladığı haliyle hukuk teorisi tüm yabancı kavramlardan ve yöntemlerden arındırılmalıdır. Hatta kendi normatif hukuk teorisine verdiği isim *saf hukuk teorisidir*. O, hukukun nasıl olması gerektiğiyle veya olabileceğiyle ilgili değildir - çünkü bu politikanın veya ahlâk felsefesinin

konusu olacaktır. Onun konusu genel olarak pozitif hukuktur.

Kelsen'in kavramsalcılığı, saf hukuk teorisinin maksadının belirli hukuk sistemlerinde var olan hukuka dair bilgiyi organize etmeyi mümkün kılacak bir yorumcu kavramlar dizisi sağlamak olduğunu ifade eder. Bu bilgiyi teorisinin kendisi sağlamaz. Saf hukuk teorisi, sadece, normatif hukuk biliminin belirli bir hukuk sisteminin fiili normlarını betimlemekte kullanabileceği kavramları temin eder. Bu görev Kelsen'e göre yine de aslidir. O, bir entelektüel disiplin ve bir profesyonel pratik olarak hukukun üzerine kurulu olduğu fikirler çerçevesini sağlar.

O halde, saf hukuk teorisinin kavramlarının empirik gerçeklikten, fiili hukuk sistemlerinin koşullarından türediğine ya da onu yansıttığına dair bir iddia yoktur. Empirizm, onunla kol kola gitme eğilimindeki yöntemler senkretizmi ile birlikte, katı biçimde reddedilir.

Ancak Kelsen'in teorisinin dayanakları başka bakımlardan Hart'ın teorisine benzer. Her ikisi de, hukukun niteliğine dair objektif, mesafeli bir açıklama sağlayan bir hukuk teorisi fikrine bağlıdır ve her ikisi de hukukun normatif niteliğinin (Hart'ın terimleriyle, kuralların içsel yönünün) tarınmasını teorik açıklama için asli önemde görür.

Kelsen başlangıçta hukukun (sosyolojik açıklamaya eşitlediği) davranışsal açıklamasını tamamen reddetti. Bu yüzden ilk yazılarında hukuk sosyolojisi imkânsız ve yanlış yönde görülür; çünkü o, asli normatif niteliğini görmezden gelerek hukukun mahiyetini temelden yanlış anlar. Ancak daha sonra yeni-Kantçı bakışıyla daha uyumlu bir görüş benimsedi. Sosyolojiyi, yöntemleri ve kavramları özellikle sosyal davranışın nedenlerini ve etkilerini yorumlamak üzere özel olarak yaratılmış bir bilim olarak gördü ve hukuk sosyolojisinin, kendini "hukuku yaratan, uygulayan ve ona itaat eden bireylerin fiili davranışını" açıklamaya hasrettiği sürece mümkün ve önemli olduğunu düşünmeye başladı; hukuk sosyolojisi "insanların hukuk-

yaratma ve hukuk-uygulama faaliyetlerinde etkisi altında kaldıkları ideolojileri araştırmalıdır” (Kelsen 1941b: 271). Kelsen’e göre onun en önemli ve gelecek vadeden görevleri arasında, adalet fikrinin bir ideoloji olarak eleştirel analizi bulunur. Ancak bu araştırma saf hukuk teorisi tarafından biçimlenenden *tamamen farklı* olacaktır. İkincisi hukuku norm olarak görüp bu konuya uygun kavramlar inşa ederken, hukuk sosyolojisi hukuki bağlamlardaki davranış konu edinir ve malzemenin nedensel analizine uygun bütünüyle farklı kavramlar inşa eder (Kelsen 1991a: 301).

Kelsen’in yönteminin önemli bir meziyeti odur ki, normatif hukuk teorisinin görevinin hukukun bir normlar bütünü olarak yorumunu mümkün kılan kavramlar oluşturmak olduğunu açıkça kabul etmekle, Hart’ın kavramsal formülasyonlarındaki birçok kalıcı muğlâklıktan kaçınmış olur. Kelsen’in çalışması kavramsal titizlik ihtiyacını vurgular; çünkü normatif hukuk teorisinin fiili hukuku yorumlama aracı sağlamak üzere bilinçli biçimde *inşa edilmiş* olduğunu doğrudan doğruya kabul eder. Tersine Hart’ın kavramları, fiili dilsel pratiklerde ya da sosyal durumlarda keşfedilmiş olarak sunulduklarından, o pratiklerin ve konumların çoğunda var olan muğlâklıkları ve belirsizlikleri devralırlar veya pratiklerle durumların niteliğine dair sosyolojik kanıt talep edildiğinde ihtilafın pençesine düşerler.

‘Makina Şimdi Kendi Kendine Çalışıyor’

Kelsen’in saf teorisinde resmedilen hukuk imgesi, benimsedikleri yöntemlerdeki radikal farklılığa rağmen birçok yönden Hart’inkine benzer. Kelsen sıklıkla hukukun “en önemli özelliği” olarak onun kendi üretimini düzenlemesine işaret eder.⁴ Yani, hukuk normlarının üretimi başka hukuk normlarının yetki tanınmasıyla olur. Bir yargıcın, kararın ilgili olduğu koşulları düzenleyen bir norm

⁴ Bkz. ör. Kelsen 1945: 124, 126, 132, 198, 354; Kelsen 1967: 71, 221; Kelsen 1991a: 102.

üreten kararı, mahkemenin yargı yetkisini düzenleyen normlar tarafından yetkili kılınmıştır. Bu normlar bir yasada ifade edilmiş olabilirler ki, onun çıkarılışı da uygun yasama usulünü tanımlayan daha temel başka normlar tarafından yetkili kılınmıştır. Bunlar da bir anayasada bulunabilirler ki, o da daha önceki bir anayasada içerilen normların yetkisine dayanılarak oluşturulmuştur. Böylece “daha üst” normlar “daha ast” olanların üretimine, onları kimin hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde üretebileceğini belirleyerek değişik biçimlerde yetki tanıyabilirler (Kelsen 1991a: 257 vd.).

Norm üretme sürecinin *sadece* başka normlar tarafından düzenlendiğine dair bir iddia yoktur. Hart nasıl yargısal takdir yetkisini hukukun yargısal yorumunda ve gelişiminde, kurallarda ifade bulan hukuki unsuru tamamlaması gereken “hukuki olmayan” bir unsur olarak görüyorsa, Kelsen de “hukuku uygulayan her eylem hukuk tarafından ancak kısmen belirlenmiştir, kısmen de belirlenmemiş haldedir” (1967: 349) diye yazar. Hukuk kendi üretimini düzenler, ancak kendi içeriğini kesin biçimde belirlemez: “Bir normun birçok anlamından sadece birinin tek ‘doğru’ olma özelliği kazanabilmesini sağlayan hiçbir yöntem açıkçası yoktur” (1967: 352). Yine de, yeni hukukun hukuki olmayan belirleyicileri (Hart için takdir yetkisi, Kelsen için politika) hukukun saf teorisinin kapsamı dışındadır. Onun konusu sadece *hukuku* bilmektir, politikayı veya hukuki değişimi ya da hukuki yorumu biçimlendirebilecek sayısız mülahazalarından herhangi birini değil.

Bu tümüyle ödünsüz bir konumdur. Tıpkı Hart’ın birincil ve ikincil kurallar anlamındaki hukuk kavramı gibi, Kelsen’in kendi üretimine, değişimine ve ortadan kalkışına yetki tanıyan normlar bütünü görüşü de, insanların neredeyse yok oldukları bir hukuk resmi getirir.

Hart’ın kurallardan oluşan hukuk sisteminin zirvesinde, diğer tüm hukuk kurallarını geçerli kılan tanıma kuralı bulunur. Görevlilerin ve vatandaşların eylemleri ve tavır-

ları, Hart'ın teorisinde, sadece kurallar sisteminin var oluşunu teşhis etmek için hesaba katılır. Hart'ın empirisizmi onu, tanıma kuralını fiili hukuk sistemlerinde bulunan fiili bir yasal ya da anayasal kural veya kurallar dizisi olarak teşhis etmeye zorlar. Dışardan bakıldığında tanıma kuralı bir sosyal olgudur: Görevlilerin neyin geçerli hukuk sayıldığına dair aynı varsayımlar temelinde davrandıklarına ilişkin gözlemlenebilir olgu. İçerden bakıldığında ise, hukuk sisteminin "içindekiler" tarafından oluşturulmuş, hukuk kurallarının geçerli olduklarına ilişkin ön kabuldür.

Tersine Kelsen'in kavramsalcılığı, fiilen mevcut her hukuk sisteminde sistemdeki tüm diğer kurallara geçerlilik sağlayan böyle bir nihai hukuk kuralı aramayı gerektirmez. Kelsen tüm hukuk kurallarına geçerlilik kazandıran (üretilmelerine yetki veren) bir "temel norm" (*Grundnorm*) varsayar. Ancak, saf hukuk teorisinin diğer tüm kavramları gibi, bu da belli bir teorik maksat için teorik (deneyimde bulunmayan) bir fikir olarak bilinçli biçimde yaratılmıştır.

Kelsen'in temel normunun amacı hukuk sisteminin birliğini, yani onun tüm normlarının geçerliliklerini tek bir kaynaktan aldıklarını ve eğer aynı hukuk sisteminin parçaları olarak görüleceklerse böyle yapmak zorunda olduklarını, göstermektir. Dolayısıyla, eğer normların yetkilendirme silsilesi bir mahkeme kararından geriye doğru, yargı yetkisi getiren yasal normlara, oradan yasa çıkarılmasına yetki tanıyan anayasal normlara, oradan da ilk kuruluşu doğru izlenirse, saf hukuk teorisi ilk kurucu yasanın "ardında duran" ve ona geçerlilik sağlayan bir başka tekil normu bilinçli biçimde kurgular.

Demek ki temel norm bir varsayımdır (Kelsen 1967: 204) -bir teorik zorunluluktur. Sonraki yazılarında Kelsen, bir temel normun hiçbir iradi eylem onu ortaya çıkarmasına rağmen nasıl olup da bir iradi eylem anlamı taşıyabildiği (bu tüm normlar için düşündüğü şeydir) ikilemine cevap verir. Temel normun işe yarar bir kurgudan ibaret olduğunu söyler (ör. 1991a: 256).

Anglo-Amerikan teorisi üzerine bir kitapta bu fikirleri çevreleyen karmaşıklıkları ayrıntılı biçimde tartışmak uygun olmaz. Hart'ın empirisizmi ile kıyaslandığında Kelsen'in kavramsalcılığının nasıl farklı sonuçlara ulaştığını göstermek için, temel norm ile tanıma kuralı arasındaki bazı zıtlıklara değinmek yeterlidir. Temel norm, Hart'ın tanıma kuralı gibi hukuki değil, Austin'in egemeni gibi *hukuk-öncesi* varsayıdır. Kelsen için durum açıkça budur, çünkü temel norm ilk kurucu yasanın ya da belirli bir hukuk sisteminde en üst hukuk kaynağı her ne ise onun geçerli sayılmasını sağlayan bir *varsayımdan* başka bir şey değildir. Hukuk normları geçerliliklerini diğer hukuk normlarından alırlar. Bu geçerlilik atfetme sürecinin sonunda bir yerde durması gerekir. Temel norm ilk anayasanın normlarının geçerliliğine dair zorunlu bir teorik postuladır.

Hukukun geçerliliğinin hukuk-öncesi kaynaklarına dair sadece bir kavramsallaştırma olduğu için, onun teorik bir husus olarak tam bir formülasyonu çok önemli değildir ve pekâlâ tamamen şekli de olabilir; örneğin şöyle: "İnsanın insana cebri, tarihsel ilk kurucu yasanın belirlediği tarzda ve koşullar altında icra edilmelidir" (Kelsen 1967: 50). Temel normun içeriği, yalnızca hukukun saf teorisi fiili bir hukuk sisteminin analizinde kullanılırsa önemli hale gelir. O vakit, hukuk sisteminin nihai geçerliliğinin dayalı olduğu normatif varsayımın tam içeriğinin teşhisi elbette önem taşıyabilir.

Bir hukuk sisteminin var olması için, onun temel normunun geçerli olduğunun önceden kabul edilmiş olması zorunludur (1967: 208-212); yani, tıpkı Hart'ın tanıma kuralının varsayılışıyla aynı biçimde, önceden kabul edilmiş ya da ona göre davranılmış olmalıdır. Ancak kritik nokta şudur ki, Kelsen için, hukuk sisteminde sistemin birleştirici geçerlilik kriterini temin eden fiili bir temel kuralın teşhisi gerekli değildir. Hart'ın kavramları empirik deneyimde temellendirme çabası bu teşhisi gerekli kılar. Kelsen için zorunlu olan tek şey, hukuk biliminin hukuku bir birlik

olarak görmek zorunda oluşunun kabulüdür; çünkü hukuk pratiği ve entelektüel bir disiplin olarak hukuk tekil bir hukuk sisteminin tüm normlarını hukuk mantığı bakımından ilişkilendirme olanağını önceden kabul eder. Bu zorunluluk nedeniyle hukukun saf teorisi hukuk sisteminin birliğini temsil etmek üzere temel norm kavramını yaratmalıdır. Bir temel normun etkili olduğunu söylemek, sadece bu birliğin hukuk düşüncesinde ve pratiğinde fiilen önceden kabul edilmiş olduğu anlamına gelir.

Metodolojik farklılıkların ötesinde, Hart'ın ve Kelsen'in düşünceleri arasındaki koşutluklar açıktır. Austin'in politik iktidarın ifadesi olarak hukuk fikri, her iki teoride, görece olarak kendine yeten bir kurallar ya da normlar sistemi olarak hukuk fikriyle yer değiştirir. Kelsen aynı hukuk sisteminde -sistem bu "istenmeyen durumun" (1991a: Bl. 29) giderilmesi için sıklıkla yollar sağlayacak olsa da karşılıklı olarak çelişik normların bulunabileceğini kaydeder; ancak hukukta boşluk olma ihtimalini reddeder (1991a: Bl. 31; 1967: 245-250). Hukuk sisteminin normları bir konu hakkında hüküm içermiyorlarsa, yasaklamadıkları şeyin yapılmasına izin verdikleri düşünülebilir ve eğer konu mahkeme önüne getirilirse hukuki durum belirlenebilir ve varsayımlı boşluk doldurulabilir. Bu yüzden, kökenleri veya içerikleri her ne olursa olsun, hukuk normları birleşik bir sistem oluştururlar.

Kelsen'in normatif hukuk teorisi, hukuku asli sistematik niteliği beşeri failden bağımsız biçimde var olan bir normatif fikirler ağı olarak resmeder. Ne o ne de Hart hukuktaki beşeri, yaratıcı unsuru reddeder. Hatta her ikisi de bunda ısrarcıdır. Ancak onu analiz etmek için ikisinde de bir yer yoktur. Hart'ın durumunda kurallar modelinin dışına itilmiş ve takdir yetkisi olarak tasarlanmış olduğu için böyledir; Kelsen'in durumunda ise, hukukun saf teorisi kavramları yalnızca hukuku normlar olarak analiz etmek maksadıyla geliştirdiği ve insan davranışı konusunu, kavramlarının ve yöntemlerinin hukuk bilimindekileri etkile-

mesinin veya onlarla etkileşime girmesinin ihtimal dışı olduğu düşünülen (sosyoloji, politika bilimi veya psikoloji gibi) diğer disiplinlere havale ettiği için böyledir.

Bu 20. yüzyıl normatif hukuk teorisinde ne olup bittiği, Alman hukukçu Carl Schmitt tarafından gayet iyi açıklanır: “Egemen büyük [hukuk] makinasının mühendisi, radikal biçimde bir tarafa itildi. Makina şimdi kendi kendine çalışıyor” (Schmitt 1985: 48).

Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü

Açık ki, herhangi bir gerçekçi hukuk görüşünde makina kendi kendine işlemez. Austin’in zamanından hiç de az olmamak üzere, onun manivelalarını çeken, iktidar konumunda bulunan insanlar vardır. O halde, modern hukukun kendi kendini düzenleme niteliğine yönelik bu vurgunun gerçek önemi nedir? Onun maksadı, açık ki, hukukun bağımsız entelektüel bir alan ve özelleşmiş bir profesyonel pratik alanı olarak bütünleşikliğini göstermektir.

Hukukun profesyonel bir bilgi ve pratik alanı olarak kavranışı için büyük önem taşıdığını 1. Bölümde belirtmiş olduğumuz, hukuktaki birlik ve sistem fikirleri, hem Hart’ın hem de Kelsen’in teorisinde, politik mülahazaları veya hukukun bir politik iktidar ifadesi olarak açık kabulünü dışlamaya yönelik yorucu çabaları içerir biçimde sunulurlar. Kuşkusuz iki teori de hukukun nasıl olması gerektiğini açıklamakla ilgilenmez; her ikisi de yalnızca hukuku olduğu haliyle betimlemeyi (Hart’ın durumunda) ya da onu yorumlamak için kavramsal araçlar sağlamayı (Kelsen’in durumunda) hedefler. Bu yüzden, her iki teori de hukukun politikanın “üstünde” olması gerektiğini iddia etmez. İki teori de *Hukukun Üstünlüğü* -yönetimsel eylemin keyfiliği önleyen bilinir kurallar tarafından kontrol edilmesi gerektiği- idealini, hukuki ve politik pratiği yönlendirecek bir şey olarak açıkça savunmaz. Ancak her ikisi de politikleştirilmemiş bir hukuk imgesi sunduğundan ve bu

tür bir imgenin normatif hukuk teorisi için uygun olduğunu iddia ettiğinden, hukukun politikadan bağımsız bir birliğe, sisteme ve bütünlüğe sahip olabileceğini zımnen kabul eder ve böylece *Hukukun Üstünlüğü* fikri bir anlamda hukuk nosyonunun tam da içinde inşa edilmiş olur.

Kelsen'in teorisinde bu çok açıktır. "Devleti" hukukun üstünde ve hukuk yaratan bir varlık olarak görmeyi reddeder. Devlet belli bir bakış açısından görülen *hukuk düzeninin kendisinden* ibarettir. Devlet işlevleri, görevleri ve yetki alanları hep hukuk kuralları tarafından, onlara meşru otorite tanındığı kadarıyla, tanımlanırlar. Onları tanımlayan hukuk normlarının içeriğinden ayrı bir kimliğe sahip değildirler. Bu yüzden Kelsen her devletin bir *Rechstaat*, hukukla yönetilen bir devlet (1967: 313) olduğuna dair, başta şaşırtıcı olan, iddiayı ileri sürer. *Hukukun Üstünlüğü* nosyonu bu haliyle saf bir semantik meselesine indirgenir.

Ancak bundan çok daha fazlası var. Hem Hart'ın hem de Kelsen'in çalışması okunduğunda, yönetimin keyfi iktidarı üzerinde hukuki denetim ihtiyacının her ikisi için de büyük politik önem taşıyan bir husus olduğu izlenimi edinilir. Kelsen *Hukukun Üstünlüğü* hakkında yönetsel keyfiliğin etkili denetimine yönelik çok önemli bir fikir diye yazarken (1955: 77-80), bunu yapmanın zorluklarına ilişkin bir yanılsama içinde değildi. Devleti hukukun üstünde bir varlık olarak kabul etmeyi reddetmesinin en önemli nedenlerinden biri, bu kabul edilirse devlet adına korkunç şeyler yapılabileceğidir: "Bireyin kendi adına başkalarına şiddet kullanma, tahakküm etme, hatta onları öldürme yetkisi hiçbir biçimde düşünülmezken, tüm bunları Tanrı adına, ulus adına veya devlet adına yapması en büyük hakkıdır, tam da onları sevdiği, severek 'kendi' Tanrısı, 'kendi' ulusu ve 'kendi' devleti ile özdeş saydığı için" (Kelsen 1973: 67).

İlk kez 1920'lerin başında yayınlanmış bir makalede ifade edilen bu hissiyat, bağımsız öneme sahip varlıklar, yani bu formları bir biçimde kullanan tekil insanların öte-

sinde bir öneme sahip varlıklar sayıldıkları sürece, -devlet gibi- tüm birey üstü formların sıkı bir reddiyesini öne sürer. Bu yüzden Kelsen ekler; politik sahnedeki aktörlerin maskeleri indirildiğinde ve artık “suçlayan ve savaşıyan” kişi ötesi devleti görmediğimizde, açığa çıkan şey “başka insanlara şiddet uygulayan insanlar” gerçeğidir (1973: 67).

Bu tür yorumlar Kelsen’in politik özgürlüğe bağlılığına ve bireyleri aşan ve onlar üzerinde tahakküm iddiasında bulunan bir varlığa -devlet, Tanrı, ulus- müracaatla meşrulaştırılan tüm otokrasi biçimlerine düşmanlığına dair bir şeyler söylüyor. Böyle bir bakış ortada olduğuna göre, onun politik teorisinin birey vatandaşlar sıfatıyla insanların (doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla) yönetimi olarak demokrasi idealini güçlü biçimde savunması pek şaşırtıcı değildir. Kelsen’in düşüncesinin politik yazılarında ifade bulan bu yönü, onun hukuk felsefesine dair Anglo-Amerikan tartışmalarının neredeyse tümünde tamamen görmezden geliniyor. Yine de, saf hukuk teorisinin temelindeki yöntemlerin tam olarak öneminin anlaşılması için esaslı bir bağlam temin eder.

Kelsen’in kavramsalcılığı, görülmüş olduğu gibi, her bilimin ya da entelektüel disiplinin kendi konusunun bilgisini belirginleştirmek üzere kendi kavramlarını yaratması gerektiğini kabul eder. O halde, “doğruluk” söz konusu belli bilime göredir; çünkü bilgi iddiaları yalnızca içinde oluşturuldukları belli bir bilim bağlamında değerlendirilebilirler. Ayrı her bir bilim, kendi içinde oluşturulan bilgi iddialarına anlam veren ve onların değerlendirilmesine imkân sağlayan kavramları kendisi temin eder. Bu yüzden, saf hukuk teorisinin yöntemi “mutlak” doğru diye bir şeyin varlığını kabul etmez. Ancak, belirli bilimlerde üretilmiş bilginin kendi üretiliş maksatları için değer taşıdığını da teslim eder. Kelsen mutlakları kabul etmeyen bu tür felsefi göreliliğin, önemli birçok yönden politik göreliliğe -mutlak politik değerlerin olmadığı iddiasına- tekabül ettiğini ileri sürer (Kelsen 1955).

Demokrasi politik göreliliğin en elverişli pratik kabulüdür. Demokrasi politik değerler arasındaki bir ihtilafın sadece o vakit için çoğunluk görüşü alınarak münasip biçimde çözülebileceğini kabul eder. Ancak demokrasi, eşit biçimde, o görüşe azınlığın muhalefet etme haklarını da korur; çünkü bugünün azınlığı, kendi görüşlerinin “doğruluğunda” ısrar etmeye hiç de daha az yetkili olmayacak biçimde, geleceğin çoğunluğu olabilir. Demokrasinin temelinde, Kelsen’in sıklıkla atıfta bulunduğu bir ideal olarak, tahammüle bağlılık vardır. Demokrasi, muhalif görüşlere tahammülün politik olarak somutlaşmasıdır.

Bu yüzden, saf hukuk teorisi, nihai politik değerlerin ifadesi olan değil, “daima az ya da çok uzlaşma niteliğinde olan” (Kelsen 1973: 76) bir normlar çerçevesinden ibaret bir hukuk sistemi resmeder. Hukuk kendisini, sistemsel bütünlüğü bağımsız bir hukuk bilimi tarafından tanınabilen (saf hukuk teorisinin kavramları üzerine kurulu) bir normlar sistemi olarak biçimlendirdiği ölçüde, politikanın hizmetçisi değil, bireysel iradelerin uzlaşmasını mümkün kılacak biçimde kendi mantığı tarafından yönetilen bir yapı olur. Bu ölçüde, hukuk bir toplumda bireylerin medenice bir arada var oluşlarını mümkün kılmak üzere erişilebilir olan, şiddet kullanımını denetleyen asli sosyal tekniktir (Kelsen 1941a).

Dolayısıyla, saf hukuk teorisinin bakış açısından devletin politik otoritesi hukukun bir türevinden ibarettir. Saf hukuk teorisi devletin potansiyel tahammülsüzlük faili olarak meşruiyetini kabul etmez. Devletin, tam olarak, tekil insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen normlar bütünü’nün bir etkisinden ibaret görülmesinde ısrar eder. Kelsen’e göre, hukukun üstünde bir birimin var olduğunu ileri sürmesi nedeniyle egemenlik doktrini zararlıdır (1973: 71). Bu anlamda, devlet gibi bir “insanüstü organizma” yoktur; toplumdaki “tek gerçeklik tekil insandır” (1991b: 526).

Aynı şekilde, saf hukuk teorisi, hukuk bilimi bakımın-

dan bir üstün varlık olarak *ulusu* da kabul etmemek için elinden geleni yapar. Kelsen -ya ulusal hukuk normlarının uluslararası hukukun ulusal hukuka eklemlenmesini hükme bağlaması veya uluslararası hukukun ulusal sistemleri geçerli kıldığıının düşünülmesi nedeniyle- uluslararası hukukun ve ulusal hukukun tek bir sistem oluşturur biçimde görülmeleri gerektiğini ileri sürer. Hangi yolla olursa olsun, ulusal hukuk sistemlerinin uluslararası hukuk düzeninden normatif ayrılığı reddedilir. Hukuk bilimi bir kavram olarak ulusa özel bir öncelik atfetmez.⁵ Oysa Austin'in egemenin emri olarak hukuk teorisi, uluslararası hukukun hukuk olarak bile düşünülmesini reddetmiş, onu yalnızca pozitif ahlakilik olarak görmüştü, zira sadece bağımsız politik toplumlar (devletler) hukuk emredecek egemene sahiptirler. Uluslararası topluluğun bir egemeni yoktur. Kelsen'in bir kavram olarak egemenliği reddi, sadece devletin hukukun üzerinde olduğu iddiasının değil, aynı zamanda ulus-devlete yönelik olandan daha yüksek bir politik sadakat ve hukuki yükümlülük bulunamayacağı iddiasının da reddini içerir.

Kelsen'in daha önce alıntılanmış paragrafında özellikle söz ettiği üçüncü ("devlet" ve "ulus" ile birlikte) otokrasi ve tahammülsüzlük kaynağına, "bizden yana olan Tanrı'ya" müracaata gelince, bu saf hukuk teorisi tarafından sıkı biçimde dışarda tutulmuştur; çünkü, yazarının usanmadan ısrar ettiği üzere, saf teori adaletle ilgili tartışmalarla ilgilenmez. Kelsen'e göre bu konu edilemez; çünkü bu tür tartışmalar kendilerini bilimsel çözüme açmazlar:

⁵ Kelsen ulusal hukukun uluslararası hukuk karşısında "öncelikli olması" veya "öncelikli olmaması" görüşlerine yönelik taraftarlığın (dolayısıyla bir yandan milliyetçilik ve emperyalizm siyasalarına veya diğer yandan uluslararasıçılık ve pasifizm siyasalarına taraftarlığın) tamamen politik bir mesele olduğunu ve hukuk biliminde hiçbir biçimde meşrulaştırılmadığını ısrarla belirtir: Kelsen 1991b; ayr. bkz. Kelsen 1967: 343; 1945: 387-388. Hukuk bilimi bakımından, ulusal-olan ve uluslararası-olan arasındaki herhangi bir otomatik ayırım silinir.

“Eğer insan düşüncesinin tarihi bir şey kanıtlıyorsa, rasyonel mülâhazalar yoluyla insan davranışına dair mutlak doğru bir standart oluşturma girişiminin boşunalığıdır; ki bu yalnızca tek bir davranış standardının âdil olduğu, tam tersi bir standardın da âdil olduğunu düşünme ihtimalinin dışlandığı anlamına gelir” (Kelsen 1957: 21).

Kelsen’in mesajı yine aynıdır: Mutlakların -birçok durumda değerlerin göreliliğine yönelik bilgece ve cesurca bir tepki olarak tahammül talep edecek şekilde- reddi. Saf hukuk teorisi otokrasinin hizmetçisi olmayan, hukuku onun bir normatif sistem olarak bütünlüğünde ısrar ederek onurlandıran, özerk bir hukuk bilimi (hukukçuların sistematik profesyonel bilgisi) için kavramlar sağlamaya çalışır.

Hart’ın en önemli yazılarında karşılaştırılabilir açıklıkta bir politik teori bulunmaz. Ancak örneğin sorumluluğa ve ceza hukukunun işlevlerine dair yazılarında (Hart 1963; 1968), liberal bireyciliğe bağlılık ve otoriteryenliğe itiraz - Kelsen’inkine benzemeyen tavırlar değil- açıktır. Hart’ın Bentham’a yönelik en samimi övgülerinden bazıları, Bentham’ın *Hukukun Üstünlüğünün* unsurlarına ve liberal anayasal devlete dair tartışmalarıyla ilgilidir:

“Bentham’ın çalışmalarında *Rechtstaat* unsurlarını tek tek teşhis edebilirsiniz... İşte ifade ve basın özgürlüğü, dernek kurma hakkı, yasaların icra edilmeden önce yayınlanmaları ve yaygın biçimde bilinir kılınmaları gereğine dair ihtiyaç, idari organların denetlenmesi ihtiyacı ve yasallık ilkesinin önemi, *nulla poene sine lege* [kanunsuz ceza olmaz]” (Hart 1958: 51).

Liste, Hart’ın kendi normatif hukuk teorisini geliştirmekte olduğu, 20. yüzyıl ortalarının Britanyasında birçok hukukçunun müdahaleci refah devletinin hukuki çerçevesine ilişkin standart kaygılarının bir özeti olarak düşünülebilir.

Kelsen'in saf teorisi, onun politikanın bir uzantısından ibaret olduğunu iddia eden 20. yüzyıl mutlakçılığına (örneğin faşizm veya Stalinizm) zıt olarak, hukuk biliminin - hukukçuların hukuk analizi yöntemlerinin- bütünlüğünü göstermeyi hedefler. Koşut bir tarzda, Hart tamamen kurallar anlamında bir hukuk kavramı için yeniden bir güvence getirir. Örtük bir teorik vaatte bulunur ki, modern devletin takdiri düzenlemelerinin ve idari yapılarının çoğalışına rağmen, sadece hukukçuların olağan bilgi stokunu değil, aynı zamanda özerk vatandaşlığın ve *Hukukun Üstünlüğünün* şekli politik teminatlarını da oluşturan kuraların yine de onlardan ayırt edilmeleri mümkündür.

Sonuç

Sonuç olarak bu bölümde tartışılmış olan hukuk felsefi gelişimlerini nasıl değerlendirmeliyiz? Kelsen'in durumu için şu söylenebilir: Teorisinin temelindeki yöntemin gelişmişliği, atıflarının genişliği ve özerk bir hukuk biliminin mümkün olduğunu açıklamaya yönelik azimli sadakati, yazılarında Austin'in düşüncesinde yeri olmayan birçok hususun aydınlatıcı biçimde konu edinilmesini sağlıyor. Kelsen'in çalışmasının kapsamı Austin'inkinden açıkça farklıdır. Yine de, görülmüş olduğu gibi, Kelsen'in politik teorisi ve özerk bir hukuk disiplininin profesyonel ve entelektüel gereklerine dair belirgin anlayışı, iddialarının Hart veya Austin ile doğrudan ihtilaf halinde görüldüğü ana noktaların aydınlatılmasına önemli ölçüde katkıda bulunabilir.

Hart'ın Austin'e nazaran önde olduğunu ileri sürmek daha zordur. Bugün birçok yorumcu onun teorisinin açıklayıcı güce sahip olmak bakımından daha iyi olduğundan kuşku duymuyor. Ancak bu bölümün içeriği ve yaklaşımı ortaya koymuş olmalı ki, normatif hukuk teorisi alanında bir teoriyi "daha iyi" yapanın ne olduğu sorusu karmaşık bir sorudur. Hart'ın Austin'in ötesine ilerleyişi, burada

esasen hukuk hakkında Austin’de var olanlardan önemli ölçüde farklı bir dizi politik ve profesyonel kaygıyı görür kılın bir teori inşa etmesi olarak resmedildi.

Dicey geç 19. yüzyıl döneminin (Austin’in teorisinin en büyük etkiye sahip olduğu dönemin) merkezi politik sorununu “halkın iradesine dayanan anayasalara, o vakte kadar yalnızca monarşik veya aristokratik devletlerde bulunmuş olan istikrarı ve sürekliliği kazandırma” (Sugarman 1983: 109’da alıntı) işinin nasıl yapılacağı olarak tanımladı. Austin’in, egemenlik kavramı aracılığıyla politik iktidar sorununu merkeze yerleştiren, özgürlüğü rasyonel yönetimin yan ürünü olarak gören ve seçkinlerin yönetiminin meziyetlerine yönelik inanç bağlamında geliştirilmiş olan teorisinin çoğu görünümünü, demokrasinin potansiyel bozucu etkilerini hesaba katma kaygısı açıklar görünüyor. Aynı şekilde, Austin’in hukuk mesleği bakımından fark ettiği ihtiyaç, hukuk bilgisi için bir bilimsel temel sağlanması ihtiyacı idi; o ki, klasik *common law* düşüncesinin yerini alacak ve profesyonel hukuk bilgisi bütününe merkezi modern devletin politik otorite gerçekliğine sıkıca bağlayacaktı. Liberal bireycilik, demokrasi, vatandaşlık, hukukun politikadan ayrılığının simgesi olarak *Hukukun Üstünlüğü*’nün önemi gibi konular Austin’in konuları değildir. Bunların Hart’ın (ve Kelsen’in) çalışmasına yansımaları, hayati önemdeki modern kaygıların tanınması anlamında, Austin’e kıyasla önemli bir politik ileriliğe işaret eder.

Çoğu normatif hukuk teorisi, mutlak bir anlamda öncelilerden daha iyi teoriler getirdiği için değil, kendi zamanında hissedilmiş kaygıları vurgulayarak “ilerledi” Bu yüzden, eğer Hart ve Kelsen Austin’in ilgi alanındaki boşlukları konu ediniyor diye yorumlanabilirlerse, izleyen bölümde incelenecek olan teori de, mütakabil biçimde, onların çalışmalarında yansıyanın ötesinde önemli politik ve profesyonel kaygıları konu edinir görünüyor.

5. Bölüm

Tabii Hukukun Cazibesi

Analitik hukukbilim 2. Bölümde incelenmiş olan klasik *common law* düşüncesinin fikriyatını ve perspektiflerini lüzumsuz hale getirmiş gibi görünebilir. Fakat Bentham'ın, Austin'in ve Hart'ın yazılarında İngiliz analitik hukukbiliminin gelişimi ve Kelsen'in çalışmalarında yansıyan mukabil gelişim üzerine bu kitapta yürütülen tartışma göstermeye çalıştı ki, normatif hukuk teorisi, elverişsiz bir teorinin yerini aynı hususları konu edinen daha iyi bir teorinin alışı yoluyla ilerlemek zorunda değildir. Bunun yerine, bazen önemli vurgu değişiklikleri ve *değişmiş* ilgi alanları da söz konusu olabilir. Bunlar da politik ve profesyonel gerekliliklerin bir sonucu olabilir.

Analitik hukukbilim, kısmen, modern hukuk profesyonelleşmesini sağlama alan ve modern batı devletlerinde hukuku teknik bir yönetim aygıtı olarak gören politik fikri destekleyen sistematik, rasyonel bir hukuk bilimi talebini yansıtır. Klasik *common law* düşüncesi başka meşguliyetlerin olduğu başka bir dönemde filizlenmişti. Yine de, analitik hukukbilim çağdaş Anglo-Amerikan hukukuna tamamen uygun bir perspektifi gerektiği gibi geliştirmede.

Bu bölümde incelenecek "tabii hukuk" denen modern teori, kısmen, analitik hukukbilimin yöntemlerini, analitik hukukçuların kendilerinin tipik olarak ulaştıklarından daha tatminkâr sonuçlara doğru yönlendirme girişimi olarak görülebilir. Aynı zamanda, kısmen, klasik *common law* düşüncesinin analitik hukukbilim tarafından büyük oranda

teorik ilginin kıyılarına sürülmüş bazı konularını yeniden ele alma aracı olarak anlaşılabilir.

Hukuki Pozitivizm ve Tabii Hukuk

Bentham, Austin, Hart ve Kelsen gibi farklı yazarların çalışmalarında yansıyan, hukuka dair bir “bilim” arayışının bir görünümü, hukukun ahlâktan analitik ayrılığı üzerindeki ısrardır. Bu hiçbir biçimde ahlâkın önemsiz olduğunu ima etmez. İçerdiği iddia, hukukun mahiyetine dair açık bir düşünüşün, onu ahlâki değerlendirmeleri katmadan analiz edilebilir ayrı bir olgu olarak görmeyi gerektirdiğidir. Bu yüzden, Austin’in ünlü bir pasajda açıkladığı gibi “Hukukun var oluşu bir şeydir, onun meziyeti veya meziyetsizliği başka bir şeydir. Onun var olup olmadığı bir sorgulamadır, onun kabul edilmiş bir standarda uygun olup olmadığı başka bir sorgulamadır. Fiilen mevcut bir hukuk kuralı, onu beğenmesek de bir hukuk kuralıdır... Bu gerçeklik şekli bakımdan soyut bir önerme halinde ifade edildiğinde o kadar basit ve apaçıktır ki, ısrarla üzerinde durmak gereksiz görünür. Ancak basit ve apaçık olmasına rağmen ... unutulmuş olduğu durumların sıralanması bir cildi doldururdu” (Austin 1832: 157).

Böylece Austin, kendinden önceki Bentham gibi, Blackstone’u *Commentaries*’de hukuki ve ahlâki analizi sürekli karıştırmakla, neyin hukuk olması gerektiğini düşünüyorsa onu hukuk olarak görmekle, insan yasalarının Tanrı’nın yasalarına aykırılık halinde geçersiz olduklarını beyan etmekle ve tüm insan yasalarının geçerliliklerini yalnızca Tanrı’nın üstün yasasından aldıklarını ileri sürmekle eleştirir (karş. Blackstone 1809 I: 41).

İnsan-yapımı hukukun geçerlilik kriteri olarak ahlâki kaidelerin işe katılması -Tanrı’nın iradesi ya da yasası gibi insanüstü bir otoriteye bağlansın bağlanmasın- Bentham’a ve Austin’e tehlikeli göründü. Bu fikir, beşeri bir yaratım olarak hukukun objektif “bilimsel” analizini ve hangi dü-

zenlemelerin hukuki otoriteyi haiz diye tanınmaları gerektiğini saptayan açık ve tartışmasız biçimde objektif bir dizi kriterin belirlenmesini engelliyordu. Bu tür hususlar etik spekülasyona terk ediliyordu.

Etik görüşler değiştiğinden, herhangi biri için hukukun ve devletin otoritesini “olan olduktan sonra düşünme” hakkı iddia etmenin yolu açılmıştır. Bentham’a göre başka bir tehlike daha söz konusudur. Hukuki ve ahlâki otoritenin karıştırılması “hukuk budur, dolayısıyla haklı olması gerekir” iddiasındaki tepkilerin de yolunu açar: Mevcut hukukun sadece hukuki değil, aynı zamanda ahlâki otoriteye sahip olduğu da varsayılır. Dolayısıyla Bentham’ın gözünde Blackstone’un birincil hatası, *Commentaries*’de açıklanmış haliyle İngiliz hukukunun olası tüm dünyaların en iyisi için en iyi hukuk olduğunu ima eden memnuniyetiyle birlikte, hukuki ve ahlâki otoriteyi birleştirmesiydi (Bentham 1977: 498-499; Hart 1958: 53).

Bu bölümün konusunu, en önemli analitik hukukçuların hukukun ve ahlâkın analizinin maksatları için açıkça ayrılımları gerektiğine dair iddiaları ve bu iddialara yönelik önemli itirazlar oluşturuyor. Analitik hukukbilim terimi yalnızca hukukun kavramsal yapılarını, onların ayrı bir analiz nesnesi olarak kendi başlarına çalışılmaya değer olmaları temelinde, sistematik biçimde analiz etme işine atıf yaptığı için, bu hukuk-ahlâk ayrılığını talep etmek *zorunda* değildir. Dolayısıyla, kendilerini analitik hukukçu olarak görmüş veya böyle görülmüş yazarlar hukukun ve ahlâkın ayrılığına tipik olarak katılmış olsalar da, bu analitik ayrımın benimsenmesini ifade etmek üzere daha özgül bir terim kullanmak uygun olur.

Görüldüğü üzere, Austin pozitif hukuku hukuk biliminin uygun odağı olarak görmüş ve onu bir biçimde özel olarak oluşturulmuş (konulmuş) ya da yasalaştırılmış olmayan, sadece kabul edilmiş olan tüm ahlâki kurallardan ya da ilkelerden, aynı zamanda insanüstü bir otoriteye atfedilmiş (dinî) kurallardan ya da ilkelerden ayırmıştı. Bu

yüzden, hukukun ve ahlâkın ayrılığının vurgulanışını ifade etmek üzere şimdilerde genellikle *hukuki pozitivizm* terimi kullanılıyor. Terim bazen analitik hukukbilimin mevcut veya varsayılabir dizi niteliğine atıf için de belirsizce kullanılıyor (karş. Hart 1958: 57-58). Ancak bu bölümde hukuki pozitivizm, özel olarak, Bentham, Austin, Hart, Kelsen ve başka birçok hukukçunun, normatif hukuk teorisinin hukukun mahiyetine dair sorgulamalarını onun ahlâki değerine dair sorgulamalardan analitik bakımdan ayırma gerekliliğinde ısrarları anlamında kullanılacak.

Hukuki pozitivizmin karşısında, açıkça zıt bir karşıtlık konumunu benimseyen bir düşünce geleneği bulunur hukuk ahlâki anlam dışında tam olarak anlaşılamaz; o temelde ahlâki bir olgudur; hukukun mahiyetine ve varlığına dair sorular onun ahlâki değerine dair sorulardan yalıtılamaz. Bu gelenek genelde *tabii hukuk teorisi* diye adlandırılır. Tarihi, Batı felsefesinin en az 2500 yılı boyunca uzanır. En güçlü konularından biri (görüleceği üzere muğlâk bir anlamda da olsa) *lex iniusta non est lex* -âdil olmayan hukuk hukuk değildir- beyanında ifade bulur. Tabii hukuk teorisinin tarihinde buna benzer ifadeler ilk bakışta kast ediyor göründükleri anlamı hiçbir zaman kast etmemiş olabilirler (Finnis 1980: 363-366). Yine de, hukukun mahiyetine ve otorite sahibi normatif bir düzen olarak var olma koşullarına dair soruların onun ahlâki temellerine dair sorulardan yalıtılamayacağına ilişkin kalıcı iddiayı ortaya koyuyorlar.

Böylece, tabii hukuk teorisi uzun tarihi boyunca tipik olarak ve çok farklı yollarla, beşeri kurallaştırma faaliyetinden bağımsız bir geçerliliğe ve otoriteye sahip ahlâki ilkelerin varlığını postula olarak kabul etmiştir; öyle ki, bunlar beşeri hukukun değerinin ve otoritesinin kendileriyle yargılanabileceği “daha yüksek” ya da daha temel bir hukuk olarak düşünülebilirler. Bu temel “tabii hukuk” değişken biçimlerde, insan doğasından, insanlığın var oluşunun doğal koşullarından, evrenin doğal düzeninden veya Tan-

rı'nın ebedi hukukundan türemiş olabilir. Genellikle onu keşfetme yönteminin insan aklı olduğu iddia edilir. Bu yüzden tabii hukuk beşeri yasakoyucuya ihtiyaç duymaz. Ancak beşeri yasakoyucular tarafından yaratılmış hukukun üzerinde bir yargılama makamı olarak konumlanır.

Tabii Hukuk ve Klasik Common Law Düşüncesi

Hukuk ve ahlâk ilişkisine dair bu ihtilaf, klasik *common law* düşüncesinin herhangi bir perspektifinin veya konusunun, Bentham'dan bu yana yerlerine pozitivist analitik hukukbilim geçmesine rağmen, ayakta kalıp kalmadığı sorusu ile neden ilgili olabilir?

2. Bölümde görüldüğü gibi, klasik *common law* düşüncesi hukukun otoritesinin çeşitli kaynaklarını varsayıyordu: Hukuku başlangıcı hatırlanamaz gelenekte, topluluk hayatında, aşkın akılda veya herhangi bir bireyin bilgeliğinden daha büyük kadim bir bilgeliğin birikiminde kökleniyor diye görmüştü. Tersine, Bentham'ın ve Austin'in yazıları hukukun otoritesini egemene alışkanlıkla itaate dayandırır; bu hukuki olanı olmayandan ayırmayı hedefleyen objektifliği kabul edilmiş bir sınamadır. Hart ve Kelsen hukuki otoriteyi belirlemek için ön koşul olarak bir tanıma kuralının ya da bir temel normun sosyal kabulüne odaklanırlar. Pozitivist teoriler, "hukuki" olana ve hukukun otoritesine ilişkin kriterleri, topluluğun niteliği ya da başka bir aşkın neden gibi muğlâk fikirlerden kaçınmayı sağlamak üzere, özgül şekli koşullar içinde temin etmeye çalışırlar. *Common law* düşüncesi hukuki otoritenin kaynağını devlette, egemende veya hukuki kurallaştırmaya dair kurallı usullerde değil, akılda veya toplulukta teşhis etmişti; bu nedenle, görülmüş olduğu gibi, çeşitli zamanlarda bazı yasama işlemlerinin veya yargı kararlarının hukuki otoritenin kötüye kullanımı ya da hukukun yanlış ifade edilmesi nedeniyle geçersiz sayılmaları olasılığının -en azından teoride- yolunu açmıştı.

Klasik *common law* düşüncesinin bu yönü, onun, huku-

kun otoritesini akıl mahkemesinin önünde değerlendirme imkânını savunan tabii hukuk fikriyatıyla zaman zaman yakından ilgili oluşunu şaşırtıcı olmaktan çıkarıyor (Gough 1955: Bl. 3; Haines 1930: Bl. 2). Kûrallarda değil, aşkın aklın veya kadim bilgeliğin ifadesi olan daha temel ilkelere bulunan bir şey olarak *common law* nosyonu, beşeri (pozitif) hukukun sıradan kurallarını yöneten ve onlar için nihai otoriteyi oluşturan daha yüksek bir (ahlâki) hukukun varlığını iddia eden tabii hukuk doktrinleri ile büyük yakınlık içindeydi.

Diğer yandan, tabii hukuk teorisi her zaman iki tarafı keskin bir kılıçtı. İngiliz tarihinde, *common law*'un iddialarına karşı monarkın imtiyazlarda ifade bulan ilahi hakkını savunmak için kullanıldı (Pocock 1957: 55). Aynı şekilde, Cake'in *Calvin's Case*'teki (1608) ünlü beyanlarında olduğu gibi, Parlamento yetkilerine sınırlar getirmek ya da onları daraltıcı biçimde yorumlamak için de kullanılabilirdi (Gough 1955: 44-45). Ancak İngiltere'de parlamento egemenliği bir kez tanındıktan sonra, beşeri hukukun içeriğini denetleyebilecek bir ilkeler dizisi olarak tabii hukuka müracaat pratik bakımdan önemini kaybetti. Klasik *common law* düşüncesi nasıl politik otorite tarafından yaratılan hukuk fikrine önce uyum sağlamak, sonra yerini ona bırakmak zorunda kaldıysa, tabii hukuk düşüncesi de hukuki pozitivizmin yolunu açtı.

ABD'de tabii hukuk fikriyatı Anayasa'nın yargısal yorumunun şekillenmekte olduğu dönemde önemini kanıtladı. Yazılı bir temel anayasal belgenin anlamını yazısız bir temel tabii hukuka müracaatla ortaya çıkarma eğilimi bazı mahkemelere kaçınılmaz gelmiş olabilir (Haines 1930) ya da en azından onların bazı kararlarını açıklar görünmüş olabilir (Horwitz 1992: 156-159). Yasama işlemlerinin anayasal geçerliliğini dile getirme otoritesine sahip olduğu kabul edilen bir Yüksek Mahkeme'ye tevdi edilen anayasa yargısı¹, hukuki yorumun kapsamına ve dayanaklarına

¹ *Marbury v. Madison* 1 Cranch 137 (1803).

dair belli hususları gündeme taşıdı. Hatta hukuki pozitivizmi Amerikan hukuk felsefesinde (bu bölümde daha sonra tartışılacak Lon Fuller'ın çalışmasında ve 6. bölümde incelenecek literatürde örneklendiği üzere) Britanya'da olduğundan bir biçimde daha az güvenceli hale getiren hususlardan biri bu olabilir (ancak karşı. Fuller 1940: 116-121).

Anglo-Amerikan çevresinde bugün *common law* düşüncesinin gidişatı tabii hukuk düşüncesinin gidişatıyla bağlantısız değildir (her ne kadar Anglo-Amerikan bağlamı dışında tabii hukukun tarihi başka manada anlaşılmak zorundaysa da). *Common law* düşüncesi, hukukun değişik türden yasakoyucular veya onların vekilleri ya da organları tarafından vazedilmiş hukuk fikrinin baskın olduğu bir çevrede, kendine eğer varsa bir yer bulmak zorundaydı. Aynı şekilde, tabii hukuk teorisi, Anglo-Amerikan hukuk dünyasında ayakta kalabildiği ölçüde, kendini hukuki pozitivizmin çatlaklarına yerleştirme eğiliminde oldu; bunu, pozitivist analitik hukukbilimdeki çoğu hususu kabullenerek ve 3. ve 4. bölümlerin konusu olmuş fikirlerin çoğunu elden çıkarmak yerine, tamamlamaya ya da düzeltmeye çalışarak yaptı.

Tabii Hukuk Öldü mü?

Konumuz tabii hukuk teorisinin Batı uygarlığındaki uzun tarihi değil, onun modern Anglo-Amerikan hukuk bağlamındaki belli görünümleridir. Bu perspektifte tabii hukuk teorisinin düşüşü, uygun biçimde, Bentham'ın Blackstone'un *Commentaries*'indeki tabii hukuk fikirlerine saldırısıyla başlatılabilir. Bentham, tabii hukuku ahlâki önyargılara ve insan doğasına dair kanıtlanamaz spekülasyonlara dayalı "heybetli bir var olmayan" ve tabii hukuk muhakemesini de bir "karışıklık labirenti" (Bentham 1977: 17, 20) olarak görüyordu; bu görüş, 1789 Fransız Devrimi'nin ilham verdiği türden anayasal belgelerde yankılanan "insan hakları" kalıplarına yönelik derin politik güvensizlikle kol kola gidiyordu.

İngiliz pozitivist hukuk düşüncesinin Bentham'dan başlayıp A. V. Dicey'in geç 19. yüzyıl eseri *The Law of the Constitution*'a dek uzanan tek hattında, olağan mahkemelerde icra edilebilir açıkça tanımlanmış haklar getiren belli pozitif hukuk kuralları, tabii hukuk anlayışında temellenmiş ama pratikte uygulanmadan kalan "pratik bakımdan değersiz" (Dicey 1959: 256) geniş insan hakları beyannamele-ri ile, birincilerin lehine olmak üzere karşı karşıya getirildi.

Hukuki pozitivistizmin yükselişi sıklıkla "bilimin" 19. yüzyıldaki genel prestijine ve önceki bölümlerde değinildiği gibi, özel bir hukuk bilimi üretme tutkusuna bağlanır. Fakat bundan daha fazlası var. Tabii hukuk düşüncesinin düşüşünden ve modern hukuki pozitivistizmin yükselişinden ilk olarak sorumlu tutulması gereken, bilime, ahlâkiliğe ve dine yönelik tavırlardaki değişim değil, hukukun bizzat kendisinin mahiyetindeki ve onun politik ve profesyonel ortamındaki değişimdir.

Hukuk devlet siyasetinin bir aracı (ve faydacı görüşte, temkinli kullanılmak kaydıyla, bir ilerleme aracı) olarak görülmeye başladıkça, ahlâk-ötesi ve sonsuz esnek bir yönetim aygıtı olarak açığa çıkarıldı. Karmaşıklığı giderek artan ve farklılaşan Batı toplumlarını düzenlediği ölçüde, her şeyden önce çatışan menfaatler oyununu denetleme aracı olarak görülebilirdi. Sosyal teorisyen Max Weber 19. yüzyıldaki gelişmeler hakkında yazarken şunları kaydetmiştir:

"Genel olarak hem hukuki rasyonalizmin hem de modern entelektüel şüpheciliğin sonucunda, tabii hukukun aksiyomları bir hukuk sisteminin esas temelini sağlama ehliyetini tümünden kaybetti... Eski tabii hukuk anlayışlarının ortadan kayboluşu, hukuka içsel nitelikleri bakımından metafizik bir itibar kazandırma ihtimalini tamamen tahrip etti. Hatta hukuk, en önemli hükümlerinin büyük çoğunluğu bakımından, oldukça görünür biçimde, çatışan menfaatler arasında uyum sağlayan bir ürün ya da teknik bir araç olarak teşhir edildi" (Weber 1978: 874-875).

Hukukun böyle (özellikle ekonomik menfaatlerde) bir uzlaşma olarak yorumlanması anayasalar için bile ileri sürülebilirdi; tıpkı “tabii haklar” fikrinde temellendiği varsayılan ilkeleri -insanlığın ya da beşeri toplumun doğasında kurulu olduğu için apaçık olduğu söylenen hakikatleri- ifade eden ABD Anayasası gibi (bkz. ör. Levy 1987).

Klasik (genişçe, 19. yüzyıl öncesinde gelişmiş olan) tabii hukuk teorisi beşeri hukukun temelini, bir anlamda “doğadan” (şeylerin doğal düzeninden) türemiş ve genellikle akıl tarafından keşfedilebilir olduğu düşünülen değişmez bir ilkede aramıştı. Ancak Batı toplumlarındaki iki hukuki gelişim, hukukun genel niteliğini anlamaya yönelik bu tür bir yaklaşımın kabulünü özellikle zorlaştırdı. Bunlardan biri hukuk doktrininin hiç durmadan artan teknik ayrıntıları ve karmaşıklığıdır. Bu, kısmen, hukukun çatışan menfaatler arasında uyum sağlama yöntemlerinin bir sonucudur; hukuk sosyal hayatın giderek daha çok kısmına doğru yayılır ve düzenlenen nüfusta giderek daha çok çeşitlenen menfaatlerin desteklenmesi için devreye sokulur. Diğer gelişim hukukun toplumda bir sevk ve idare mekanizması olarak bilinçli kullanımıdır. Bu, hukukun hızla ve sürekli biçimde değişebileceğini, ancak aynı zamanda bunu istikrarlı bir ilkenin yansıması olarak değil, sosyal düzen ilkeleri *yaratmayı* hedefleyen bir mekanizma olarak yaptığını varsayar. Bu ilkeler, tabii hukukun zaman-ötesi ilkelerinin tam tersine, zaman-bağımlı, o uğrak ve o bağlam için pragmatik ilkelerdir. Sosyal teorisyen Niklas Luhmann’ın yazdığı gibi, “tüm değişirlikten ve görelilikten sıyrılmış [tabii hukuktakiler gibi] ilkelerin veya nihai perspektiflerin” modern toplumlarda “uygun bir istikrar ve denetim aracı sağlamak” için yetkin oldukları “giderek artan biçimde kuşkulu hale geliyor” (Luhmann 1982: 103).

Dolayısıyla, mesele tam olarak nihai değerler üzerinde uzlaşmanın, aklın insan doğasının evrensel “doğrularını” veya Tanrı’nın planını veya evrenin gizli düzenini veya varsayılmış başka herhangi bir tabii hukuk dayanağını bu-

labileceğini kabul etmenin artık imkânsız oluşu değildir. Anlaşmaya ulaşılamaması tabii hukuk ilkelerinin var olmadığını göstermez (karş. Finnis 1980: 24). Politika felsefesi Leo Strauss'un işaret ettiği gibi, "bir yerlerde veya bir zamanlarda reddedilmemiş adalet ilkelerinin var olmadığının kanıtlanması, herhangi bir reddiyenin haklı ya da makul olduğunun kanıtlandığı anlamına henüz gelmez" (Strauss 1953: 9).

Sorun şudur ki, evrensel tabii hukuk ilkeleri *var* olsalar bile, karmaşık, oldukça teknik ve hiç durmadan değişen modern hukuk için ikna edici bir rehber ya da bir dayanak ortaya koyamıyor olabilirler. Her şeyden önce hukuki pozitivizm hukukun içeriğinin ahlâki eleştiriye tâbi olabileceğini reddetmez. Mesele hukukun ahlâken değerlendirilip değerlendirilemeyeceği değil, onun *asli niteliğinin* ahlâki anlamda açıklanmak zorunda olup olmadığıdır. Bu tür bir açıklama getirme girişimi olarak tabii hukuk fikriyatı, birçok yazara göre, "her türden herhangi bir ikna edici teorik haklılaştırmadan yoksundur" (Habermas 1974: 113).

Tabii Hukuk ve Hukuki Otorite

Bunların hiçbirisi tabii hukuk teorisinin geçmişte işaret ettiği sorunların ortadan kalktığı sonucuna ulaştırmak zorunda değildir. Klasik tabii hukuk teorisi birçok hususla yüzleşmiştir. Bunların en önemlilerinin arasında aşağıdakiler bulunur:

1. Beşeri hukukun ya da beşeri hukuk-yapıcıların otoritelerinin veya meşruiyetlerinin nihai kaynağı nedir?
2. Bu otorite, onun esas itibarıyla ahlâki olduğu kabul edilirse, sınırlı mıdır ve eğer öyleyse bu sınırlar nelerdir ve nereden türerler?
3. Hukuk kurallarının ahlâki değerlerini ve otoritelerini hangi kriterlere göre değerlendirmek mümkündür?
4. Hukuk-yapma otoritesinin kötüye kullanımıyla yaratılmış hukuk kuralları nasıl görülmelidir?

5. Eğer varsa hangi koşullarda yönetimler ve hukuk kuralları ahlâki otoriteyi buyurmaktan uzaklaşıp sonuçta onlara itaat yükümlülüğünü ortadan kaldırır?

Eğer bu sorulardaki “ahlâki” kelimesinin yerine “hukuki” kelimesi koyulursa, tümü pozitivist analitik hukukçuların çeşitli biçimlerde cevap aradıkları sorulardır. Pozitivist analitik hukukbilim ile tabii hukuk teorisini birleştiren konu, hukuki *otoritenin* niteliğini, onun kaynaklarını ve sınırlarını teşhis etme konusudur.

Pozitivist teoride bu konunun teknik hususları gündeme getirdiği düşünülür. O her şeyden önce, hukuk sisteminin en üst otoritesini uygun biçimde (örneğin egemenlik, tanıma kural(lar)ı veya temel norm biçiminde) kavramsallaştırma ve bu otorite kavramı ile hukuk analizinin ve hukuk pratiğinin diğer kavramsal bileşenleri arasındaki mantıksal ve pratik ilişkileri saptama meselesidir.

Tabii hukukçular içinse, ortaya çıkarılan hususlar ahlâkidir. Ancak bunlar hemen hemen kaçınılmaz biçimde politik hususlara dönüşürler -ya da onların örtüsü olarak hizmet ederler. Böyledir, çünkü ahlâki muhakeme özel bilinç hallerine uygulandığında bir bireyin hayatına yön veren tutarlı bir etik üretebilir; ahlâki muhakeme hukuki düzenlemelere uygulandığında ise tipik olarak devlet iktidarının vatandaşların eylemlerinin denetiminde nasıl kullanılması veya sınırlandırılması gerektiğine dair reçeteler üretecektir. Tabii hukuk teorisi, ciddiye alındığında, politik mücadelede bir güç haline gelir -genellikle mevcut hukuki ve politik sistemin (meşruiyetlerinin “akılda” veya “doğada” temellenmiş olduğu gösterilerek) savunulması için, zaman zaman da bir isyan veya devrim silahı olarak (karş. Kelsen 1945: 416-417).

Hukukun otoritesine gelince, pozitivist teori ile tabii hukuk teorisi arasındaki birincil fark kutupsal zıtlık değildir; pozitivistler hukukun birey üzerindeki otoritesinin ahlâki bakımdan değerlendirilebileceğini kabul etmeye

hazır oldukları ve tabii hukukçular da devlet gibi politik otoritelerin hukuk-yapma otoritesine genel ve içkin biçimde sahip olduklarını kabul etmeye hazır oldukları sürece, hukukun nihai otoritesine dair sorgulamaların nereye kadar götürülmesi gerektiğine ilişkin farklılıktır.

Yazıları tabii hukuk teorisinin birincil kaynaklarından biri olan Orta Çağ teologu Thomas Aquinas, tabii hukukun doğrudan söyleyecek bir şeyinin olmayacağı ahlâken nötr birçok konuda (Tanrı'nın ebedi hukukunun insanoğlunun aklının tek başına kavrayabileceği bölümü) devletin yasama otoritesini tanımıştı. Bu yasamanın ahlâki önemi, Aquinas'a göre tabii hukukla uyumlu olmak için ortak iyiye hizmet etmek zorunda olan, devletin bütünsel düzenleme sisteminin yalnızca bir parçası olmasıydı.

Tabii hukukun emirlerini aşan devlet otoritesi kullanımları değerlendirirken bile, mesele tabii hukuk teorisi ve hukuki pozitivizm tarafından açıkça aynı biçimde görülmez. Aquinas bu türden hukuk kurallarının geçerlilikten ya da icra gücünden yoksun olduklarını söylemez. Felsefeci John Finnis "tabii hukuk teorisinin merkezi geleneğinin" -esas itibarıyla Aquinas'ın fikriyatında ve onun izleyicilerinde temellenen geleneğin- adaletsiz hukuk kurallarının *hukuki* geçerliliğe sahip olduklarını kabul ettiğini ileri sürdü. Yani o, onları pozitivist teorilerin vurgulayacakları kriterler (Hartçı tanıma kuralı gibi) doğrultusunda hukuk kuralları olarak kabul eder (Finnis 1980: 364-365).

Elbette, hukuk kuralları tabii hukuk tarafından gösterilmiş otoritenin kötüye kullanıldığına işaret ediyorsa (ortak iyi için değil, hukuk-yapıcının kibirli hevesi için yaratıldığında) Aquinas'a göre hukuk-yapan insan yerine Tanrı'ya itaat edilmelidir. Ancak hukuk kuralları yalnızca beşeri iyiliğe dair yerleşik normlarla uyumsuz oluşu nedeniyle âdil değilse (örneğin hukuka tâbi olanlara âdil olmayan bir sorumluluk dağılımını dayatıyorsa), itaat etmenin daha iyi olabileceğini ileri sürer. Hukuk kuralları vicdanen bağlayıcı olmasalar bile, hukuku ihlal eden bozucu bir ör-

nek ve medeni düzen yokluğuna katkı sağlayan biri olmaktan kaçınılmalıdır (karş. Finnis 1980: 360).

Âdil olmayan hukuk kurallarına itaat etme ahlâki yükümlülüğünün bu şekilde açıkça koruma altına alınışı, bir bütün olarak hukuk sisteminin otoritesinin onun ortak iyiye hasredilmesinden kaynaklandığı fikrinin gerçekçi biçimde hesaba katılması girişimi olarak anlaşılabilir. Bu yüzden, bazı hukuk kuralları âdil olmasa bile, hukuku ihlal eden bozucu bir örnek olmaktan ve düzensizlikten kaynaklanacak ters etkilere karşı korunmayı yeterince hak ettiği sürece, bütün olarak sisteme yönelik yükümlülük varlığını sürdürebilir.

Demek ki, tabii hukuk ve pozitivism arasındaki ihtilaf, bir bütün olarak hukuk sisteminin otoritesinin, yalnızca bütün hukuk sistemlerinin kendisi için var olduğu belli bir ahlâki *maksat* (ortak iyiye geliştirmek gibi) ile ilişkisi içinde mi anlaşılabilceği ve değerlendirilebileceği tartışması haline gelme eğilimi gösteriyor. Genel olarak tabii hukukçuların cevabı evet, pozitivistlerin ise hayırdır.

Tabii Hukukun “Yeniden Doğuşu”

O halde, tabii hukuk etrafındaki tartışmanın anahtarı, hukukun otoritesinin mahiyeti meselesidir. Tabii hukuk teorisi politik ve hukuki otoritenin itirazla karşılaştığı zamanlarda, tartışmada önemli hale gelir görünüyor. İstikrar zamanlarında ise pozitivist hukuki otorite kriterleri tipik olarak yeterli gibidir. Politik karmaşa ya da hızlı politik değişim zamanlarında bunlar sıklıkla uygunsuz görünürler; hukuk anlayışı sadece geçerli hukukun mahiyetine dair teknik bir rehber değil, ahlâki ve politik teori de talep eder gibidir. Hangi kuralların hukuk kuralı olarak geçerli olduğuna dair sorular ideolojik mücadelenin unsurları haline, yerleşik rejim lehine ya da aleyhine kalpleri ve zihinleri kazanma meselesi haline gelirler.

4. Bölümdeki bir kısım materyal hukuki geçerliliğin

saptanışının bu boyutuna işaret etmişti. Kelsen'in saf bir hukuk teorisi kurma çabaları, kısmen, hukuku politikleşmekten koruma girişimidir; "parti diktatörlüklerinin yönetimi altındaki büyük ve önemli ülkelerde, hukukbilimin en ünlü bazı temsilcileri o andaki politik iktidara –"bilimleri" ile- hizmet etmekten daha üstün bir görev bilmedikleri vakti" (Kelsen 1945: xvii) bunu yapmanın zorluğunun tamamen farkında olarak yapılmış bir girişimdir. Hatta Kelsen kendisinin gibi bir pozitivist hukuk biliminin kabulünün yalnızca "bir sosyal denge döneminde" mümkün olabileceğini kabul eder (1945: xvii).

Dolayısıyla, tabii hukukun bitmeyen cazibesinin, onun özellikle düzensizlik ve ihtilaf zamanlarında ortaya çıkan, hukukiliğe dair ahlâki-politik sorunlarla doğrudan yüzleşmeye istekli oluşundan kaynaklandığını, pozitivist analitik hukukbilimin ise hukuk felsefesinin ilgi alanları içinde bir konu olarak açıklayamayacağı, hatta düşünemeyeceği bir politik istikrar varsaydığını ileri sürmek makuldür. Ancak durum bundan daha karmaşık; çünkü tabii hukuk teorisinin modern versiyonları 20. yüzyılda Britanya ve ABD gibi görece istikrarlı toplumlarda geliştirildi. Bu demektir ki, hukuki pozitivism tabii hukuk yazarları tarafından, politik otoritenin ciddi itirazla karşılaşmadığı durumlarda bile uygunsuz görülüyor.

Herhalde meseleyi anlamanın en iyi yolu, pozitivist analitik hukukbilim tarafından resmedildiği haliyle istikrarlı hukuk düzenlerinin yapılarına, hukuk-yapan otoriteye dair bir "istikrarsızlık" derecesinin fiilen yerleşik olduğunu kabul etmekten geçiyor. Böyledir, çünkü hukukun nasıl değiştiğine ilişkin anahtar soruların, modern pozitivist teoride konu edinilmesi açıkça imkânsızlığını sürdürüyor. Bu, 4. Bölümde yargısal hukuk-yapımının Hart için kendi hukuk teorisinin gerçekten analiz edemeyeceği bir "takdir yetkisi" kullanımı, Kelsen için de açıkça saf hukuk teorisinin kapsamı dışında kalan politik bir mesele olduğuna değinilirken görülmüştü.

Hukuk-yapımının belli süreçleri, sonuçlarını belirleyenin ne olduğunun, pozitivist teorisinin rasyonel hukuki analize tabi tutamayacağı bir husus olması anlamında “istikrarsız”dır. Hal böyleyse, tabii hukukun tam da modern hukuki pozitivistizmin zaferini pekiştirmiş görüldüğü bir zamanda yeniden dikkatlerin odağına yerleşmeye başlaması şaşırtıcı değildir. Amerikalı hukukçu Roscoe Pound 1911’de şöyle yazmıştı: “Tabii hukukun dirilişine çok benzer bir şeyin tüm dünya boyunca yayılıyor oluşu bir tesadüf değildir” (Pound 1911: 162). 20. yüzyıldaki bu yeniden doğuşu analiz eden Charles Grove Haines, bunun önemli bir nedenini, yargıçların hukuku geliştirirken eylemlerini yönlendirecek “üstün hukuk” ilkelerini irdelemeye yönelik bir ihtiyaç olarak görmüştü (Haines 1930: 323-330). Geleneksel olarak yargıcın rolünün hukuk sisteminin merkezinde görüldüğü *common law* dünyasında, bu konu özellikle önemlidir. Bu bizi, önceden değinilmiş olan, *common law* düşüncesi ile tabii hukuk teorisi arasındaki bağlantıya geri götürüyor.

Bununla birlikte, hukuki pozitivistizmin ve tabii hukuk teorisinin görece meziyetlerini yeniden düşünmeye yönelik motivasyonun bir kısmı, modern tiranlık ve politik istikrarsızlık deneyiminden, özellikle Alman Üçüncü Reich’inin (1933-1945) hukuk tarihinin hukukçular tarafından *ex post facto* yeniden düşünülmesinden kaynaklandı. Burada, hukukun nihai otoritesine dair hususlar derin bir uykuya yatırılır ve 4. Bölümde modern analitik hukukbilimin önemli bir politik meşguliyeti olarak teşhis edilmiş olan, *Hukukun Üstünlüğü* konusu yeni yollarla gün yüzüne çıkarılır.

Bu bağlamda, *Hukukun Üstünlüğü* yalnızca hukuki yapıları, süreçleri ve profesyonel bilgiyi mağrur devlet yönetimi tarafından politikleştirilmeye karşı koruma meselesi değil, aynı zamanda kontrolsüz teröre ve keyfi şiddete karşı bir savunma meselesi olarak ortaya çıkar. Hukukun ve ahlâkın ayrılması (pozitivist hukuk bilimi) üzerine kurulu profesyonel hukuk bilgisinin bizzat kendisi, Nazi de-

neyimi ışığında, tabii hukuk perspektifinde bir tiranlık silahı olarak görülebilir. Böyledir, çünkü o bir hukukçunun ya da başka herhangi bir vatandaşın tanımak zorunda olduğu otoriteye sahip olmak için, devlet düzeninin uymasının gerektiği zorunlu *ahlâki* kriterlere dair nihai sorularla yüzleşmeyi reddeder.

Böylece pozitivistler ve tabii hukukçular arasındaki tartışma *Hukukun Üstünlüğü*nün anlamı üzerinde bir tartışma haline geliyor. O politik ve ahlâki tercihleri hakların ve görevlerin saptanışından olabildiğince uzaklaştırmaya yönelik pozitivist talep olarak mı anlaşılmalıdır; yoksa ahlâken kabul edilebilir amaçların, hangi hakların ve görevlerin mevcut sayılacağına dair politikliği kaçınılmaz kararları denetlemesi gerektiğine yönelik tabii hukukçu vurgusu olarak mı görülmelidir?

Nazi Döneminden Anglo-Amerikan Dersleri

Nazi döneminin tarihsel mirası hukuki pozitivistler ile tabii hukukçular arasındaki modern Anglo-Amerikan tartışmalarını açıkça etkiledi. En doğrudan yüzleşmelerden biri pozitivist H.L.A. Hart ile Amerikalı tabii hukukçu Lon Fuller arasındaydı ve kısmen, savaş-sonrası Alman mahkemelerinin Nazi dönemi boyunca yapılmış ve Nazi hukuku temelinde hukuka uygunluğu iddia edilmiş eylemlerin hukukiliğini değerlendirme biçimlerini tartışmaya odaklandı (Hart 1958; Fuller 1958).

Daha genel olarak, 1930'larda Almanya'dan kaçmış ve birçoğu ABD'ye yerleşmiş göçmen bilim insanlarının etkileri, Nazi pratiklerinin ve siyasetlerinin gündeme taşıdığı, hukuki düzenlemenin mahiyetine ve otoritesine dair öngörülerden ve ikilemlerden Anglo-Amerikan hukuki ve politik bilincinin beslenmesine yardımcı oldu (ör. Neumann 1944, 1986; Kirchheimer 1961).

Ek olarak, savaş suçları yargılamaları ve bunların meşruiyet temelleri üzerine, yine orada suçun yargılanmasın-

da kullanılan ilkelerin nihai temeli üzerine düşünüş, Nazi düzeninin niteliği ve otoritesi konusunu kuşkusuz Anglo-Amerikan dünyada doğrudan bir ilgi konusu haline getirdi; aynı zamanda hukuki yöntemlere ve muhakemeye dair (ör. Skhlar 1964: Ks. 2) ve hukuki pozitivizmin yerindeliğine dair (Paulson 1975) daha geniş spekülasyonları gündeme taşıdı.

1958'deki Hart-Fuller tartışması, Anglo-Amerikan bağlamında yakın dönemin hukuki pozitivizm ve modern tabii hukuk yüzleşmesini incelemek için ve özellikle bu bölümün kalanının konusunun büyük kısmını oluşturacak Fuller'in etkili fikirlerine giriş yapmak için, iyi bir başlangıç noktasıdır. Hart'la fikir alışverişi yaptığı sırada Fuller Harvard Üniversitesi'nde hukukbilim profesörüydü; orada, 1940'lardaki bir ara dışında, 1972'deki emekliliğine kadar otuz yıldan fazla ders verdi. Biyografisini yazan kişinin kaydettiği üzere, "İngilizce konuşan dünyada 20. yüzyılın kuşkusuz en önde gelen seküler tabii hukukçusuydu" (Summers 1984: 151).

Hart pozitivistlerin hukuk ile ahlâkı analitik olarak ayırmalarının berrak düşünmeye katkı sağladığını, hukuki ve ahlâki yükümlülüğün karıştırılmasını engellediğini iddia eder. Bir kuralın (egemenin buyruğu olmak, tanıma kuralınca yetkili kılınmış olmak veya temel norm tarafından atfedilmiş olmak gibi pozitivist kriterlerle değerlendirilerek) geçerli bir hukuk kuralı olduğunu söylemek, sadece *hukuki* bir yükümlülüğün var olduğunu ileri sürmek demektir. Âdil olmayan bir hukuk kuralına *ahlâken* itaat etmemenin gerekip gerekmediği analitik pozitivist hukukbilimin kayıtsız kalabileceği bir husustur; çünkü ahlâki meseleler onun alanında değildir.

Ancak Fuller için böyle bir yaklaşım gerçekçi değildir ve tehlikelidir. Açıkça adaletsiz olan rejimlerde yükümlülük sorunlarını fazla basite indirger ve gerçek olmayan bir karşıtlık -sanki birbirlerinden ayrı tutulabilirlermiş gibi, itaate yönelik hukuki yükümlülük ve itaatsizliğe yönelik

ahlâki yükümlülük arasında bir karşılık- kurar. İçinde herhangi bir ahlâki içerik bulunmayan bir hukuk sisteminin var olabileceğini kabul eder. Fuller'e göre, hukuk kurallarına itaate yönelik hukuki yükümlülük onların kabul edilmiş bir şekli usule uygun olarak çıkarılmalarından otomatik olarak doğmaz. Bu yükümlülük, hukuk sisteminin Fuller'in *hukuka sadakat* dediği şeyi emretme yeteneğine bağlıdır. Bir hukuk sisteminde belli asgari ahlâki nitelikler yoksa, o sadakati emretmeye ehil değildir; yani vatandaşlardan itaat talep etmeye ehil değildir. Bir hukuk sisteminin düzeni ve tutarlılığı (basitçe işlevini görmeye devam etme yeteneği) asgari bir ahlâki içeriğe bağlıdır. Bunlar olmaksızın o bir hukuk sistemi olma özelliğine hiçbir biçimde sahip değildir.

Bu son iddiada neyin içerildiği çok açık değildir. Hukukun tanımı sorunuyla, yani hukukun *var olduğunu* söyleyebilmenin ne demek olduğuyla ilgili gibi görünüyor. Bu yüzden, normatif hukuk teorisinin konuları bakımından, iddia genel bir hukuk kavramının zorunlulukla belli türden ahlâki unsurları içerdiğidir. Daha önce değinildiği gibi, çoğu modern düzenleme tekniktir ve konvansiyoneldir (örneğin, bir vasiyete iki şahidin katılması gereği veya İngiltere'de arabayı yolun sol tarafında sürme kuralı gibi). Eğer bu hukuk kurallarının herhangi bir ahlâki değer ifade etmedikleri eleştirisi getirilirse, Fuller'in cevabı şudur: Hukukun bizzat var oluşu onun otoritesine (sadakat talep etme yeteneğine) bağlıdır ve bu otorite de sonuçta belli ahlâki değer unsurlarına dayalıdır.

Ancak yine bir pozitivist eleştirmen *hukuki* otoritenin herhangi bir ahlâki bileşen gerektirdiğini reddedebilir. Austin'in belirttiği gibi, "en zararlı, bu yüzden de Tanrı'nın iradesine en zıt hukuk kuralları yargı organları tarafından hukuk kuralı olarak sürekli icra edildi ve ediliyor... Tanrı'nın hukukuna dayalı bir muafiyet, itiraz ya da savunma ise bir mahkemede [*Court of Justice*] hiç işitilmedi..." (Austin 1832: 158). O halde, pozitivist görüşün hu-

kuk sistemlerinin fiilen işleme biçimlerine dair (ahlâki ilkeye doğrudan dayalılığın zorunlu olmadığı) inatçı bir gerçekçilik getirdiğini, Fuller'in tezinin ise *olması gereken* ama hukukta yerleşik olması gerekmeyen değerlere dair bir hüsnükuruntudan ibaret olduğunu mu söylemeliyiz?

Önceki yazılarında (1940: 101, 110; 1946) olduğu gibi 1958 yazısında da Fuller kendi düşüncesini klasik tabii hukuk teorisinden ayırır. Belirtildiği gibi, bu teori modern hukukun (Weber'in terimleriyle çatışan menfaatleri uzlaştırmaya ya da yönetmeye yönelik teknik bir aracın) artık ahlâki mutlaklar bakımından işe yarar biçimde analiz edilmediğini, onun beşeri kaynağını ve araçsal politik niteliğini açıkça tanıyan bir "bilim" gerektirdiğini söyleyen pozitivist eleştiri karşısında genellikle kırılıyordu. Fuller'in stratejisi hukukun zorunlu ahlâkiliğinin hukuk kurallarının herhangi bir maddi içeriğiyle değil, hukukun yaratılma, ifade edilme, yorumlanma ve uygulanma biçimleriyle ilgili olma anlamında *prosedürel* olduğunu vurgulamaktır. Böyle bakılırsa, geçerli bir vasiyet için iki şahidin katılımını gerektiren kural gibi sırf teknik kurallar bile ahlâki bir boyuta sahiptir. Her şey kuralın nasıl işlediğine bağlıdır.

Tarihsel Nazi Almanyası örneği Fuller'in tezini açıklamak için malzeme sağlıyor. Fuller'e göre, Hart'ın yaptığı gibi Nazi hukuku ile İngiliz hukuku arasındaki tek farkın Nazilerin kendi hukuklarını İngiliz halkına tiksindirici gelen maksatlara ulaşmak için kullanmaları olduğu kabul edilirse, hukuk rejimleri arasındaki çok daha temel ahlâki farklılıklar göz ardı edilmiş olur. Nazi hukukunda, Anglo-Amerikan standartlarına göre prosedürel düzenliliğin en ciddi biçimde çarpıtıldığını gösteren yöntemler sıklıkla ve yaygın biçimde kullanıldılar.

Örneğin aykırılıkların üstünü örtmek için geçmişe etkili yasaları sıklıkla kullandılar. Bilinen bir örnek, Adolf Hitler'in emri üzerine Nazi partisinin yetmişten çok üyesinin vurulduğu 30 Haziran ve 1 Temmuz 1934 *Röhm* tasfiyesi sonrasında ortaya çıktı. 3 Temmuz'da katliamı hukuka uy-

gun bir infaz serisi olarak onaylayan bir yasa çıkarıldı. Hitler sonradan açıkça tasfiye sırasında “Alman halkının yüksek mahkemesi benden oluşuyordu” (Fuller 1958: 650) demişti. İkinci olarak Fuller, görevlilerin uymaları beklenen kuralları öğrenmeyi bile çoğu insan için imkânsız kılan, gizli mevzuata dair “tekrarlanan söylentilerden” söz eder. Ancak daha genel olarak, “yasayı uygulayanlara yönelik yayınlanmamış talimatlar yayınlanmış bir yasanın lafzını ona zalimane bir yorum dayatarak tahrip edebileceği” için, “her yasanın anlamının ‘gizli’ olduğuna dair bir hissiyat vardı” (Fuller 1958: 652). Üçüncüsü, hukuki şekil kuralları ve usuller Nazi rejimine elverişsiz geldiğinde, “sokakta” faaliyet gösteren ve istenen hedefe şiddet yoluyla ulaşan Nazi çeteleri aracılığıyla atlatılabiliyorlardı. Dördüncüsü, “Nazi tahakkümündeki mahkemeler herhangi bir yasayı, hatta Nazilerin kendileri tarafından çıkarılmış olanları bile, eğer bu onlara kolaylık sağlıyorsa veya hukukçu-tarzı bir yorumun ‘yukarıda’ hoşnutsuzluk yaratmasından korkuyorlarsa, görmezden gelmeye daima hazır dırlar” (Fuller 1958: 652).

Nazi hukuk uygulamasına dair bu manzaranın doğru olduğu kabul edilirse (ki birçok literatür doğru olduğunu kabul ediyor: bkz. ör. Müller 1991) böyle bir hukuk sistemi için ne söylenmelidir? O, bir hukuk düzeni sisteminden ziyade, iktidardaki rejimin politik hedeflerini ilerletme etrafında organize edilmiş, siyasa icrası içerisinde bir yetki kullanımı gibi görünüyor. Sadece işleyen bir *kurallar* sistemi anlamında etkisiz değil, aynı zamanda prosedürel hakkaniyetten ve yerindelikten de tamamen yoksundur. Bu sonuncu kusurlar Fuller’in hukukun *içsel ahlâkı* dediği şeyde bir düşüşe işaret eder. Bu yüzden, O’na göre bunlar sadece etkililiğe dair hususları değil ahlâki hususları da içerirler. Yasaların uygulanma biçimlerinin sadece usul bakımından etkisiz değil, açıkça (Nazi yasalarının maddi içeriğinden bağımsız olarak) adaletsiz de olduklarını söylemeye hazır olmalıyız.

Fuller (1958: 642) hukukun otoritesinin (sadakat talep etme yeteneğinin) yönetenler ve yönetilenler arasında mevcut ahlâki bir anlayıştan² türediğini iddia eder; öyle ki, vatandaşlar kendilerini yöneten anayasaya “gerekli, haklı ve iyi” olmak itibarıyla bir ahlâki saygı beslerler. 1958 yazısında bu yetersiz bir biçimde analiz edilmiştir; çünkü vatandaşlar tarafından böyle tanınmayı güvenceye almak üzere yerine getirilecek kriterler açıkça gösterilmemiştir.

Fuller’in hukukun ahlâki otoritesi ile onun prosedürel özellikleri arasındaki bağlantıya dair argümanını desteklemenin en iyi yolu, şekli ve öngörülebilir prosedürün kaba ve küçümseyici biçimde göz ardı edilmesinin itaat etmesi gerekenlere yönelik bir tür hile olduğunu ileri sürmek olurdu. Bu koşullarda yöneticiler ile yönetenler arasında ahlâki bir anlayış mevcut olamaz. Yönetilenler kendilerini yönetici otoritenin emirleri doğrultusunda uygun biçimde yönlendirme şansına sahip değildirler. İtaat etmek zorunda olsalar da, bunu düzenli ve rasyonel bir tarzda yapmaları için onlara makul bir şans verilmemiştir.

İlgili argümanlar sonraki yazılarında (karş. Fuller 1969a: 153, 159-162) yer alsa da, Fuller’in 1958 yazısında bunlar açıkça telaffuz edilmemiştir. Bunun yerine, herhangi bir esaslı gerekçelendirme olmaksızın, hukukun “dışsal” ahlâkiliği diye adlandırdığı hukuk sisteminin otoritesini ve saygınlığını belirleyen ahlâki hedeflerdeki bir düşüşe, muhtemelen içsel (prosedürel) ahlâkilikte bir düşüşün eşlik edeceğini ve *vice versa* [tersinin de doğru olduğunu] iddia eder (Fuller 1958: 645).

Hukukilik İdeali ve Hukukun Varlığı

Nazi örneğinden çıkarılan önemli husus, hukukun istikrarlı şekilleri ve usulleri ile onun otoritesinin niteliği arasında bağlantı olduğudur ve Fuller bu şekillerin ve

² Fuller sonraki yazılarında bundan, sosyal felsefeci Georg Simmel’i izleyerek, bir “karşılıklık türü” olarak söz eder: Bkz. Fuller 1969a: 39.

usullerin Nazi Almanyası pratiğinde dağılmasının sonuçları hakkındaki iddiaları bakımından özgündür. Ona göre, prosedürel uygunluktaki, yani hukukun içsel ahlâkiliğindeki düşüş öyle ciddiye ki, Nazi dönemi boyunca Almanya’da bir tür hukuk sistemi *mevcut değildi*. Bu yüzden, savaş-sonrası mahkemeler Nazi hukukunu tanımamalıydı. Nazi döneminin hukukilik sorunları gerektiğinde geçmişe yürüyen yasama ile açıklığa kavuşturulmalıydı.

Esasında Nazi Almanyasında hukukun var olmadığı iddiası, Nazi rejiminin usule dair keyfiliğinin sonuçlarına ilişkin benzer argümanlar temelinde başka yazarlar tarafından zaten ileri sürülmüştü. Nazilerin 1933’te iktidara gelişine kadar geçen yıllarda Almanya’da hukuk pratiğiyle iştigal etmiş olan seçkin hukukçu Franz Neumann, Amerika’da sürgünken Almanya’yı gözlemleyerek şöyle yazmıştı: “Göz önünde bulundurulması gereken binlerce teknik kural var olsa da, Almanya’da hukuki bir alan yoktur” (Neumann 1944: 468). Ünlü bir başka Alman bilim insanı Otto Kirchheimer benzer biçimde yazmıştı: “Nasyonal sosyalizmin iktidara geçişiyle birlikte, genel olarak uygulanabilir bir yurttaşlık hukukunun sağladığı müşterek hukuki bağ giderek daha fazla ortadan kayboldu (Kirchheimer 1941: 89).

Açık ki burada “hukuk” kelimesinin özgün bir tanımına yer veriliyor ve Nazi rejimi buna göre teste tabi tutuluyor. Ancak Fuller’in 1958’deki eserinde bu tür bir tanım açık kılınmamıştır. Oysa Kirchheimer’in ve özellikle Neumann’ın yazılarında, kullanılan hukuk kavramı açıklanmıştır. Hatta Neumann 1930’lardaki ve 1940’lardaki önemli yazılarında onu, 20. yüzyıl düzenlemesinin niteliğindeki genel değişimleri değerlendirmek için bir kriter ve *Hukukun Üstünlüğü* fikrine dair İngilizce’de erişilebilir en detaylı tarihsel analizde organize edici bir kavram olarak kullandı (Neumann 1986).

Neumann açık açık yazar: “Nasyonal Sosyalist hukuk sistemi kitleyi terör yoluyla manipüle etme tekniğinden

başka bir şey değildir" (1944: 458). Eğer hukuk yalnızca egemenin emri ise, böyle bir sistemin hukuki kabul edilmesi gerekir. Ancak eğer hukuk "hem biçim hem içerik itibarıyla rasyonel olmak zorunda ise" Nazi düzenlemesi kesinlikle hukuk adını hak etmez. Neumann için hukuk hem *voluntas* (egemen iktidarın ifadesi) hem de *ratio*dur (akıl ya da genel etik postullalarda temellenen rasyonel ilkenin ifadesi) ve Batı uygarlığının hukuk tarihi, tipik olarak bağdaşmayan ama yine de hukukiliğin asli bileşenleri olan bunları uzlaştırma çabasının tarihidir (Neumann 1944: 451-452; 1986: 45-46; Cotterrell 1995: Bl. 8). *Ratio* bileşeni hukukun bir tekilleştirilmiş özel emirler meselesi değil, genel kurallar meselesi olduğunu vurgular. Aynı zamanda bu genel kuralların, fiilen görevlilere serbest takdir yetkisi veren genişlikte muğlâk genel normlar değil, açık ve uygulama bakımından öngörülebilir olmalarını gerektirir. Bu yüzden, Nazi düzenlemesi teknik kuralları ciddi ölçüde kullandıysa da, hukuk olma niteliğinden yoksundu.

Kirchheimer benzer argümanları irdeler. Nazi düzenlemelerini tamamen siyasa talepleriyle yönlendirilmiş olarak görür. Naziler, o ânın ihtiyaçlarını karşılamak için hızlıca, habersizce ve gerektiğinde geçmişe yürütülerek değiştirilebilir, tamamen geçici nitelikte, teknik bakımdan rasyonel normlara gereksinim duyuyordu. Bu gereklilikler, yönetimin siyasayı biçimlendirme, uyarlama ve uygulama serbestliğinin önünde sadece bir engel teşkil edebilecek, istikrarlı bir genel hukuk kuralları bütünüünün varlığını dışlıyordu. Bu tür bir rejimde yargılamanın ve kural uygulamasının hedefi hukuki istikrarı azamileştirmek değil, verilen emirleri "mümkün en kısa zamanda en büyük etkiyi sağlamak üzere" (Kirchheimer 1941: 99) icra etmektir. Böylece, sözleşme hukuki rejiminin yerini büyük oranda özel emir ve idari düzen sistemi alır; aile hukuku nüfus gelişimine ve sosyal organizasyona dair bir siyasa rejimine dönüşür. Düzenlemenin soyut kaynağı ya da yapısı anlamında devlet bile, liderin bütünsel ve her şeyi kapsayan

nihai kişisel otoritesi lehine ıskartaya çıkarılmıştır (Neumann 1944: 467-470; Müller 1991: 82-84).

Fuller için, oldukça patolojik bir düzenleyici sistemden edinilmiş delillere atıf yapmanın amacı, hukukiliğin hukuki pozitivizmin anladığından daha karmaşık bir nosyon olduğunu göstermektir. Kuralların hukuki olabilmeleri için, bir tanıma kuralında ifade edilmiş hukuki kriterlere uygun olmaları veya hukuk sisteminin temel normundan çıkarılabilmeleri yeterli değildir. Hukukilik aynı zamanda kuralların nasıl kaleme alındıklarıyla, çıkarıldıklarıyla, uygulandıklarıyla, yorumlandıklarıyla ve icra edildikleriyle de ilgilidir. Neumann ve Kirchheimer büyük ölçüde benzer bir mesajı zaten getirmişlerdi.

Ancak Neumann yazılarında tabii hukuk teorisini genellikle *statükoyu* meşrulaştırmak için benimsenen bir gizemleştirme olarak reddeder. Yalnızca pozitivist analitik hukukbilimi politik ve sosyal gerçeklikle yüzleştirmekle ve onun bunları dikkate almadan bir betimleme yapmadaki başarısızlığını göstermekle ilgilenir. Tersine Fuller savaşa-çağı yer olarak sonunda tabii hukuk muntikasını tercih eder (karş. Fuller 1969a: 96-97). Onun için Nazi deneyiminin mesajı, hukuki pozitivizmin hukukiliğin hangi ahlâki koşullar altında mümkün olduğunu kavrayamayacağıdır. Hukuk düzeni hukuka sadakat koşullarını yaratmak için “iyi düzen” olmak zorundadır. İyi düzen, en azından asgari ölçüde, hukukun içsel ahlâkiliği ile uyumlu olmayı gerektirir. Dolayısıyla Fuller için hukukilik ahlâkiliğin özel bir türüdür.

Fuller’in diğer yazılarında ifade edilen fikirlerini incelemenden önce, sonraki çalışmalarında da büyük ölçüde değişmeden kalmış olan hukuki pozitivizm eleştirilerini, bir ön değerlendirme biçiminde, gözden geçirmek uygun olur.³

Fuller’e yönelik alışıldık bir pozitivist tepki, ısrarcı ol-

³ Genel olarak pozitivizmin kapsamlı eleştirisi için bkz. Fuller 1940.

duğu tüm prosedürel nitelikleri kabul etmek ama onların ahlâki niteliklerini reddetmek ve aynı zamanda Fuller'in hukukilik anlayışının hukukun pozitivist analizine bir biçimde zarar verdiğini kabul etmemektir. Pozitivist iddia, hukuk kurallarının (Hart'ın hukuk kavramında) arasındaki ve hukuk normlarının (Kelsen'in teorisinde) arasındaki teorik ilişkilerin prosedürel uygunsuzluk nedeniyle geçersiz hale gelmediğidir. Bunlar pratikte görmezden gelinse-ler bile vardılar. Hatta Kelsen'in amaçlarından biri, görülmüş olduğu üzere, hukukun politik manipölasyonu karşısında rasyonel (profesyonel bir hukuki muhakeme olarak) bir hukuk bilimini savunmaktır. Hukukun yerinde-likle ifade edilmesi, yorumlanması ve uygulanması Hart ve Kelsen için ahlâki meseleler değıl, hukuk sistemine ve onun doktrinel unsurları arasındaki zorunlu ilişkilere yö-nelik tutarlı bir pozitivist bakışa bağılılığın sonuçlarıdır.

Fuller'in iddiaları hukuki pozitivistizmin *sessizliğine*, yani hukuk hakkında açıkça söylediklerinden ziyade söylemeyi reddettiklerine yönelik bir tahammülsüzlüğün göstergele-ridir. 4. bölümde kaydedilmişti ki, modern analitik hu-kukbilim, kurallara ya da normlara yönelik olarak huku-kun "içindekiler", başka deyişle her şeyden önce hukukçu-lar tarafından benimsenmiş normatif bakış açısını uygun biçimde yansıtan, tutarlı bir hukuk kavramı (Hart) ya da hukuk bilimi (Kelsen) oluşturmaya çalışarak, hukukçuların profesyonel ilgi alanlarına katkı sağlar. Aynı zamanda bu teorilerle ilgili politik bir boyuttan da söz edilmişti. Bunlar hukuk kuralının ya da hukuk sisteminin tam da içinde yer-leşik bir *Hukukun Üstünlüğü* imajı öne sürerler; çünkü hu-kuku kendi kendini düzenleyen bir sistem olarak resme-derler. Fakat Fuller'in prosedürel tabii hukuk teorisi, bu biçimsel *Hukukun Üstünlüğü* anlayışının yetersizliğini gös-termeye çalışır.

Pozitivist anlayışta hukukilik, zımnen ve tipik olarak, mantıksal bakımdan bütünleşik bir kurallar sisteminin doktrinel sonuçlarına dair profesyonel bir anlayışa indir-

genir. Kuralların fiili işleyişi görmezden gelinir ve hatta bu anlayışla oldukça ilgisiz görülür. Ancak Nazizmin kötülüklerini dile getirmek bakımından haris olan Fuller (Summers 1984: 7, 152) hukukiliğe ve *Hukukun Üstünlüğü*ne dair bu türden soyut, şekli bir görüşün yerinde olmadığı konusunda ısrar eder ve kuralları üretmenin ve uygulamanın pratik koşullarını inceleme gerekliliğini vurgular.

Bununla birlikte, eğer analitik hukukbilimin karşılamaya çalıştığı merak hukuk doktrininin kendi mantıksal ilişkileri içinde tutarlı biçimde resmedilmesine yönelik hukuki-profesyonel bir ilgi ise, uygulamadaki hukukun daha geniş politik ve ahlâki boyutlarını konu edinmedeki başarısızlığı, hedeflerine ulaşmasının önünde zorunlu bir engel teşkil etmez. Nazi hukukuyla ilgili ahlâki hususlardaki sessizliği, kendiliği itibarıyla, onun tezlerini geçersiz hale getirmez veya onları tutarsız kılmaz. Bu görüşte, Fuller'in tabii hukuk yaklaşımı hukuki-profesyonel bilginin rasyonalizasyonu olarak normatif hukuk teorisinin yalnızca sınırlarına dikkat kesilir: Normatif hukuk teorisine daha sağlam bir politik farkındalık katma ihtiyacını sergiler. Daha sonra ortaya çıkacağı üzere, hukuki pozitivistler bile bunun cazip olabileceğini kabul etmişlerdir.

Amaca Yönelik Bir Hukuk Görüşü

Fuller'in başka yazıları, hukukun ahlâkiliğine yönelik ana ilgisinin, Nazi hukukunun hukuk olmak için çok kötü olup olmadığı gibi hukuki patoloji sorularıyla değil, patolojiktikten uzak olduğunu düşündüğü Anglo-Amerikan hukuku gibi sistemlere en üstün hukuki meziyetlerin nasıl katılacağına dair kurucu hususlarla ilgili olduğunu açığa çıkarır. Hukukun içsel ahlâkiliği (1958 eserinde Nazi hukuki tiranlığının kendisiyle ölçüldüğü prosedürel kriterler) Fuller'in en etkili kitabı olan *The Morality of Law*'da [Hukukun Ahlâkiliği] (Fuller 1969a) olası hukuki mükemmellik için kriterler olarak da tartışılır.

The Morality of Law'da Fuller ahlâkiliğin ya da ahlâki yargının iki türü arasında ayrım yapar. *Görev ahlâkı* temel ahlâki gereklerdir ki, onlar olmadan bir düzenin (bir toplumun ya da bir hukuk düzeninin) var olması imkânsızdır. Tersine *gaye ahlâkı* ahlâki bir asgariye değil, azamiye gönderme yapar. "O İyi Hayatın, mükemmelliğin, beşeri güçlerin tam olarak gerçekleşmesinin ahlâkıdır" (1969a: 5). Görev ve gaye, herhangi bir insan başarısının yalın ahlâki zorunluluklarından başlayıp en yüksek ahlâki ideallere kadar uzanan bir ahlâki yelpazenin zıt uçlarıdır.

Ahlâki gerekler bu ölçekte değişik noktalara iliştilebilir. Örneğin kumar oynamanın ahlâkiliğiyle ilgili bir hüküm aşırı kumarın topluma, bireye ve bireyin ailesine ekonomik, psikolojik ve başka bakımlardan doğrudan zarar vereceğini vurgulayabilir. Bu "görev" mülâhazaları kumarın hukuken yasaklanması gerektiğini ileri sürebilir. Diğer yandan, küçük ölçekli kumar ve düşük bahisler bu temel bakımlardan zararlı değil, yalnızca bireyin zamanını ve enerjisini daha iyi kullanamamasının verdiği bir üzüntü meselesi olarak görülebilir. İnsanların "iyi hayat" yaşamaları gayesi onların zorlanmaları gereken bir şey değildir. Hukukun vatandaşları aziz olmaya zorlamaya çalışmasını değil, ahlâki asgariyi talep etmesi gerektiğini kabul ederiz.

Bu ahlâk yelpazesi Fuller'in, tüm hukuki düzenlemenin temel bir probleminin, nerede görev baskılarının durduğuna ve mükemmellik gayesinin başladığına karar vermek olduğunu göstermesini sağlar. Hukukun dayatmaları görevi sürdürmek için yeterli olmalıdır, ancak mükemmelliği dayatmaya çalışırlarsa durum tiranlığa dönüşür. Bu yüzden, hukuk-yapma sanatının en önemli inceliklerinden biri, her bir husus, her bir hukuk kuralı ve her bir faaliyet ya da durum için, hukukun ahlâki taleplerin hangi düzeyiyle birlikte işlemesi gerektiğini değerlendirmektir. Ancak hukukilik talebinin kendisi ahlâki bir taleptir. Bu yüzden, onun ne ölçüde görev ahlâkı ile ve ne ölçüde gaye ahlâkı ile ilgili olduğuna karar vermek zorunludur. Hukukun içsel ahlâkiliği ahlâk yelpazesinde nereye yerleştirilmelidir?

The Morality of Law'da hukukun içsel ahlâkiliği başta "hukuk yapmayı başaramamanın sekiz yolu" olarak olumsuz biçimde sunulur. Bunlar (i) kurallar oluşturmamak, yani her hususta *ad hoc* biçimde [olaydan sonra] karar verilmesinin gerekmesi; (ii) uyulacak kuralları alenileştirememek; (iii) geçmişe yürüyen yasamanın kötüye kullanılması ki, bu "kendiliği itibarıyla eylemi yönlendirememekle kalmaz, onları geçmişe etkili değişim tehdidi altında tutarak geleceğe etkili kuralların bütünlüğünü de tahrip eder"; (iv) kuralları anlaşılabilir kılamamak; (v) çelişik kurallar çıkarmak; (vi) etkilenen taraftan gücünün ötesinde eylem talep eden kurallar çıkarmak; (vii) muhatapların eylemlerini kurallar doğrultusunda yönlendiremeyecekleri tarzda kurallarda sık sık değişiklik yapmak ve (viii) kurallar ile onların fiili uygulamaları arasında uyum sağlayamamaktır (Fuller 1969a: 39).

Bu yönlerin herhangi birindeki tam bir başarısızlık veya tümüne nüfuz eden genel bir başarısızlık (Nazi düzenlemede olduğu gibi), Fuller'e göre bir hukuk sisteminin var olmayışı ile sonuçlanır (1969a: 39). Dolayısıyla bu temel düzeyde, hukukun içsel ahlâkiliği, kendisi olmadan bir hukuk sisteminin var olmasının imkânsız olduğu asgari görev ahlâkını ortaya koyar.

Hukukun içsel ahlâkiliği, bu nadir patolojik durumların ötesinde, esasen hukukiliği azamileştirme, hukuk düzenini bir düzenin olabileceği kadar iyi hale getirme şeklinde bir gaye ahlâkıdır. O halde hukukun içsel ahlâkiliği "hukuk yapmayı başaramamanın sekiz yolunun" tersi olan sekiz mükemmellik biçiminde ifade edilebilir: Daima yayınlanmış, geleceğe etkili, anlaşılabilir, çelişik olmayan vs. kurallarla yönetim. Fuller, işleyen bir hukuk sisteminde sekiz mükemmelliğin tümünü tam olarak gerçekleştirmeye çalışmanın ters etki yaratacağını da vurgular. Hiçbir kurallar sistemi böyle bir temelde çalışamaz; ya kaosa düşer veya felç olur. Örneğin, geçmişe yürüyen kurallar bazen kaçınılmazdır; tüm hukuki ihtilaflar mevcut kurallara göre çö-

z lemezler; kurallar uygulanmaları öncesinde m kemm l açıklığa ulaşamazlar.

O halde, hukukili in sağlanması bir ahlâki ilkeler dizisinin kabulünden ibaret değildir. O, söz konusu belli hukuk sisteminde her somut hukuki düzenleme problemiyle ilişkili olarak, hukukili in her bileşeninin ahlâki yelpaze- nin görev ve gaye arasındaki hangi noktasına yerleştirilmesi gerektiğini değerlendirme meselesidir. Yelpazedeki nokta da koşullara ve zamana göre değişecektir. Bu nedenle hukukili in sağlanması bütün yasakoyuculuk ve hukuk luk hünerlerini gerektiren bir görevdir. Bu, “insan davranışını kuralların yönetimine tabi kılma işinin” kalbidir (1969a: 91, 96).

En son sözü edilen ifadenin kullanımı Fuller’in hukuku tanımlamaya en çok yaklaştığı yerdir (karş. 1969a: 106), ancak tanım bu haliyle de   reticidir. Hukukun belli bir amaca sahip bir faaliyet olduğunu (faaliyetin ürünü olan kurallardan ya da normlardan ibaret olmadığını) vurgular. Aynı şekilde, Fuller’in tanımı “hukuk” teriminin yalnızca devlet organları tarafından uygulanan kuralları ifade etmekle sınırlı olmasının gerekmedi ine dair (birçok hukuk sosyologunun kabul etmeye hazır olduğu, fakat hukuk lar ve hukuk felsefecileri için bazen pek de böyle olmayan) görüşünü yansıtır. Fuller’in amaca sahip hukuk kavramı, onun birçok sosyal kurumu -okullar, hastaneler ve şirketler gibi- ve sosyal grubu düzenleyen kural yapılarına uygulanabilmesini sa lar. Hukukun içsel ahl kili i, birçok türden kural sistemlerinin kendisiyle de erlendirilebilece i hukukilik kriterleri temin eder. Hatta bu hukukilik kavramı endüstriyel ilişkiler (Selznick 1969) ve güvenlik (Skolnick 1975) gibi alanlarla ilgili sosyolojik çalışmalarda kullanılmıştır.

Bu fikirlerde büyük değer bulunuyor. Yine de pozitivist analitik hukukbilimin alanından farklı bir alana taşındı ımız açıktır. şimdi Fuller tarafından öne s r len şey, artık hukuki pozitivizmin doğrudan bir eleştirisi değil, huku-

kun maksat sahibi olma anlamında incelenmesiyle ilgili farklı bir girişim gibi görünüyor. Fuller görüşlerini hukuki pozitivist bir saldırı olarak sunsa da, bunlar pozitivist analitik hukukbilimin mantığının bir eleştirisi olarak savunulamazlar; yalnızca onun projelerinin yerindesizliğinin, darlığının veya politik ve sosyal ilgisizliğinin bir eleştirisi olarak savunulabilirler. İddiaları güçlüdür. Ancak şöyle söylemekten ibarettirler: Araştırmalarınızı şundan ziyade buna hasretmeliydiniz. Ama bir pozitivist hâlâ cevap verebilir: Belki de öyle, ancak argümanlarınız hukukçular için önemli olan hukuki bilgiyi rasyonelleştirmeye çalışırken ne *yapmış* olduğumun eleştirisi değil.

Fuller ve *Common Law* Geleneği

Fuller'in çalışmasında hukuki pozitivistliğe yönelik daha ileri bir saldırı da kendini gösteriyor; genelde en az tartışılmış olan husus olsa da, bu yazılarında yerleşik en güçlü saldırdır. Önemli bir makalede Fuller pozitivist analitik hukukbilime, bu ve önceki bölümlerde en zayıf noktası olarak teşhis edilmiş olan yerden saldırır: Onun yargısal sürece ve içtihadi hukukun yargısal gelişim pratiğine dair anlayışından.

Neumann'ın *voluntas* ve *ratio* zıtlığına çok benzeyen bir dikotomi kullanarak, hukukun yargısal gelişiminin mecburen hem aklı hem de iradeyi ya da "keşfedilen düzeni ve dayatılan düzeni" içerdiğini ve "hukukun bu veçhelerinden birini elemeye yönelik girişimin onun niteliğini değiştirmek ve tahrif etmek" (Fuller 1946: 382) olacağını iddia eder. Klasik tabii hukuk teorisi bizi hukukun fiilen saf akıl olabileceğine ikna edemez; "bir otorite için, karar verici bir iktidar için" (1946: 388) duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmaz.⁴ Ancak eşit biçimde önemli olmak üzere, pozitivism

⁴ Yıllar sonra *The Morality of Law*'da Fuller'in (kendi teorisi için tabii hukuk etiketini artık açıkça benimseyerek) teoriyi (klasik tabii hukukçuların tipik olarak yaptıkları gibi) kararların içerikleriyle değil, doğrudan ve

de hukuku saf irade (yani biçimsel bir otorite yapısı) olarak ikna edici biçimde tasvir edemez; zira yargısal kararların hukuki sonuçları kararların nedenleri hesaba katılmadan anlaşılamaz. İctihat hukukunda akıl ve irade ayrılmaz biçimde iç içedir. Yargı kararı bir otorite uygulamasıdır; ancak aynı zamanda hukuk doktrininde akıl arayışı ve akıl inşa etme girişimidir. *Common law* yöntemi ictihat hukukunda hem iradenin hem de aklın varlığını teslim etmeyi gerektirir. En iyi haliyle, bu yöntem hukukun bu veçhelerini dengede tutar.

Fuller hukuku sadece irade olarak gören aşırı bir pozitivizmin “esasen Amerikan ruhuna yabancı” (1946: 394) olduğunu ileri sürer. Bu yaklaşım, hukuki gelişime dair *common law* yöntemini uygun biçimde temsil edemez. Bu yüzden, Fuller’in sonraki yazılarında hukukun içsel ahlâkiliği tarafından temsil edilen prosedürel tabii hukuk versiyonuna evrilecek olan “akıl” vurgusu, *common law* yöntemlerinin savunulması ile bağlantılıdır.

Bu savunmada hukuki pozitivizme bir saldırı aygıtı olmaktan daha fazlası vardır. Klasik *common law* düşüncesinin hukukun topluluk hayatındaki derin köklerine dair imgesi 2. Bölümde tartışılmıştı. Fuller da yazılarında, *common law* geleneğindeki ictihat hukukunun kendi köklerini insan etkileşiminin fiili örüntülerine, yasa yoluyla üretilen hukuka kıyasla “daha derinden ve daha yakından” bağladığını ileri sürer (Fuller 1969b: 26) Bu sosyal örüntüleri ve onların hukuki usuller ve kurumlarla ilişkilerini anlama kaygısı onu tedricen daha yoğun biçimde sosyoloji, antropoloji ve sosyal psikoloji çalışmaya itti. Sonuçta ortaya çıkan şey, belli hukuk biçimlerinin ve belli hukuki usul ve kurum türlerinin sosyal kökenlerini ve sonuçlarını inceleyen bir yazılar bütünü oldu.

Tüm bunların bu kitabın konusuyla ilgili en ilginç yö-

sadece karar-veren iktidarın kararlarını ifade etme ve uygulama usulleriyle ilgili kılmasını sağlayan husus kuşkusuz budur.

nü, Fuller'in araştırmalarının onu klasik *common law* teorisinin unsurlarını, 2. Bölümde toplumdaki hukuka dair özgün sosyolojik iddialarla yüzleştirilmiş olan mistik topluluk imgesinin yerini alan daha sofistike bir biçimde, bir tür yeniden ifade etmeye yönlendirmiş olmasıdır. Fuller için, hukuka maksat kazandıran şey insan etkileşiminin zorunluluğudur ve karşılıklılık ilkesi de sosyal etkileşimin ve sosyal kurumların ana temelidir (1969a: 20-21, 61). Yazıları sosyal hayatı bir tür kolektif uğraş, bir koordinasyon meselesi (örneğin hukukiliğın sağlanması: 1969a: 91) ve ideal olarak, insani durumlara dair üzerinde düşünölüp taşınılmış bir görüşün ortaya çıkarılmasına yönelik elbirliğıyle yürütölen bir çalışma olarak tasvir eder.

O halde, hukukun başta gelen görevi toplumun üyeleri arasında iletişim hatlarını açık tutmaktır (1969a: 185-186); bu yolla ihtilaflar çözülebilecek, projeler planlanabilecektir. bireysel ve gruba ait hedeflere ulaşılabilecektir. Fuller'in sosyal hayat imgesi, içinde birçok meselenin halledildiğı özgür bireysel inisiyatiflerden oluşan bir ağı imgesidir. Sosyal sorunlara yönetimce dayatılmış çözümler sıklıkla sınırlı biçimde işe yarayabilirler. Bu yüzden Fuller için sosyal zorlukları çözme araçları olarak müzakere, tahkim ve arabuluculuk özellikle önemlidir. Fuller yirmi yıl toplu sözleşme kaynaklı şikâyetlerde endüstriyel ilişkiler hakemi olarak çalışmıştı ve bu rol için oldukça fazla enerji harcamıştı (Summers 1984: 7).

Sosyal hayata ve onun düzenine dair böyle bir görüş, sıklıkla klasik *common law* düşüncesine atfedilen, bilge yargıcın topluluğunu bilgisinin koruyucusu ve artırıcısı olduğına ve geleneğın de daima ideal düzenleyici olduğına dair basit sonuca yönlendirmiyor. Fuller durumun *sıklıkla* bu olduğunu açıkça dikkate alır (Fuller 1940: 131-138). Ancak mahkemeler örneğın çokmerkezli sorunlarla -sorunun pratik sosyal düzenin başka sorunlarıyla bağlantılarının değişik bağlantılardaki uzantıları sistematik biçimde hesaba katılmadıkça, hedeflenen çözümlerin ters etki yaratma-

sına yol açacak biçimde yeterince karmaşık olduğu sorunlarla- gereğince ilgilenemezler.⁵

Bunun da ötesinde, hukukilik kriterlerinin -hukukun içsel ahlâkiliğinin- tüm yönetsel işlem türleri için, örneğin ekonomik planlama ve tahsisat için (Fuller 1969a: 171) veya taraflar arasında müzakereyle özel kural üretimi için uygun olmaları zorunlu değildir. Farklı türden sosyal düzenler ve organizasyonlar farklı düzenleme, düzenleyici mekanizma ve usul türlerine gerek duyarlar. Fuller'in sonraki çalışmalarının çoğu, değişik düzenleme araçlarının (örneğin gelenek, sözleşme, yargılama, yasama, idari karar ve demokratik kolektif karar alma) içkin nitelikleri ile onların uygun oldukları sosyal düzen türleri arasındaki ilişkileri araştırmayla ilgilenmiştir (Summers 1984: Bl. 6).

Bununla birlikte, Fuller'in sonraki yazıları klasik *common law* düşüncesinin topluluk fikrinde öne sürülene yakın görünen bir sosyal düzen türüne özel bir önem atfeder. Fuller bunu "dostane yabancılar" ilişkisi olarak adlandırır (1969b: 27). Bu ne aile hayatının ideali olan samimiyet ilişkisidir, ne de düşman uluslar arasındaki çatışmadır. Bireylerin, sosyal karşılıklılık ilişkileri yoluyla yürütülen bir birlikte çalışma ruhu içerisinde, kendi hedeflerinin peşinde koştukları bir sosyal düzen gibi görünmektedir.

Böyle bir sosyal düzenin ideal hukuki çerçevesini tartışırken Fuller hukukun üç türü arasında ayırım yapar. *Gelenek hukuku* bireyler arasındaki etkileşim örüntülerinden doğrudan türer ve etkileşim örüntüleri değiştikçe değişir. Fuller'in *vazedilmiş hukuk* dediği, resmi olarak dayatılmış olan hukuktur. Bu iki kategori arasında *sözleşme düzeni* ya da "sözleşme hukuku" bulunur. Bu sonuncusu etkileşim halindeki tarafların müzakere yoluyla kendi aralarında ve kendileri için ürettikleri kuralları ifade eder: Hukukçuların sözleşme hükümleri diye adlandıracakları özel düzenleme kuralları.

⁵ Fuller 1978. Alison 1999'da Fuller'in bu bağlamdaki yargılama analizinin kültürel bakımdan önyargılı olduğu iddia edilir.

Sözleşme düzeni samimiyet veya düşmanlık ilişkilerinin düzenine sığmaz, ancak “etkileşim beklentilerinin büyük oranda açık ve örüntülenmemiş olduğu dostane yabancıların habitatına” ideal biçimde uygundur (Fuller 1969b: 27, 29). Gelenek hukuku samimiyetten düşmanlığa tüm sosyal bağlam spektrumu boyunca işleyebilir; vazedilmiş hukuk (Fuller’in hukukun içsel ahlâkiliği anlamında hukukiliği sağlaması gereken düzenleme türü) ise, tıpkı sözleşme düzeni gibi, dostane yabancıların sosyal düzeni için oldukça uygundur. Hatta Fuller’e göre onun görevi, her şeyden önce, ilişkilerin sözleşmeye dayalı biçimde düzenlenmesini kolaylaştırmaktır.

Bu fikirlerde klasik *common law* düşüncesinin yönelimiyle çarpıcı benzerlikler fark edilebilir. İlk, klasik *common law* düşüncesinde gündelik hayatın koşullarından doğan başka düzenleyici yapılarla (sözleşme yönelik müzakere, gelenek) ortaklık içinde, hatta onlardan daha alt seviyede görülen vazedilmiş hukukun, bir biçimde belirsiz meşruiyeti söz konusudur. Fuller için, vazedilmiş hukuk bile kendi köklerini insan etkileşiminin değişen koşullarında bulmalıdır (Witteveen 1999). Hukukun içsel ahlâkiliği (hukukilik) bunu sağlamaya yarar; zira yöneten ve yönetilen arasındaki ahlâki karşılıklılık ilişkisini ifade eder (Fuller 1969b: 24).

İkinci olarak, Austin’in hukuk olarak bile tanımadığı (Austin 1832: 35) ve pozitivist hukuk düşüncesinde çok az rol oynayan gelenek hukuku, Fuller’in geç dönem yazılarında klasik *common law* teorisinin ona tanıdığı olduğu tüm merkezilikle birlikte yeniden ortaya çıkar. Fuller için, gelenek hukuku insanların birlikte çalışabilecekleri, müzakere edebilecekleri, plan yapabilecekleri ve davranabilecekleri istikrarlı beklentiler yapısını temin eden yerleşik sosyal etkileşim örüntülerinden oluşur. Sosyal bilimlerde bu istikrarlı yapıların ne kadar önemli oldukları gösterilir - vazedilmiş hukukun sağladıklarından sıklıkla çok daha önemlidirler.

Son olarak, Fuller'in yazıları düzenlemenin (özellikle sözleşme düzeni ve gelenek) geliştiği özerk, kendiliğinden süreçleri vurgular. Bunlar hukukun irade yoluyla yaratılmasına dair pozitivist vurguya meydan okurlar. Bu yine klasik *common law* düşüncesinde ileri sürülen evrimci hukuk manzarasını güçlü biçimde hatırlatıyor.

Böylece, düzenlemeye dair sosyolojik bir perspektif Fuller'e *common law* düşüncesinin bazı eski mevzularını gizeminden arındırma olanağı sunar. Bunlar, pozitivist analitik hukukbilimin sunduğu hukuk biliminin karşısına, sosyal bilimin modern kıyafetini kuşanmış biçimde çıkarlar.

Politika ve Mesleki Sorumluluk

Önceki bölümlerde pozitivist analitik hukukbilimin profesyonel hukuk bilgisinin entelektüel özerkliğini ve birliğini gösteren bir hukuk kavramına ya da bilimine temel oluşturmak bakımından neden potansiyel bir önem taşıdığı gösterilmeye çalışıldı. Fuller'in teorileri onları bu bakımdan profesyonel olarak kullanışlı hale getirecek niteliklerin hiçbirini taşımıyor gibi görünüyor: Fuller, hukuki olan ile olmayan arasındaki keskin ayrımı reddeder ve bunun yerine hukukun (hukukilik kriterlerine göre ölçülmüş) var oluşunun bir derece meselesi olabileceğini ileri sürer (Fuller 1969a: 122). Keza, Fuller "hukukçuların hukuku"nun özgün biçimde farklı olduğunu kabul etmez ve "hukuk" terimini birçok türden sosyal grupların ve sosyal kurumların kural sistemlerini ve süreçlerini ifade etmek için kullanmaktan memnundur. Bunlar, etkili hukuk teorilerinin hukuki profesyonelleşmenin sorunlarını açığa kavuşturmayla ilgili olageldiği tezine destek sağlıyor gibi değildir. Ancak Fuller'in bir meslektaşının için "başka herhangi bir Amerikalı hukuk öğreticisinden daha fazla hukuk öğrencisine ulaştı ve hukuka dair spekülasyon düşüncesi daha fazla tetikledi" diye yazmıştı (Summers 1984: 15'de alıntı).

Aslında ilgi alanlarının, güçlü biçimde, profesyonel hukuk pratiğinin ikilemleri ve sorumlulukları etrafında kümelendiğini görmek için Fuller'in çalışmasına nüfuz etmek zorunlu değildir.⁶ Örneğin hukuki pōzitivizme Nazi rejimiyle bağlantılı olarak saldırmasında durum açıkça budur. Fuller tarafından görüldüğü biçimiyle hukuki pozitivistin bir başarısızlığı hukuk pratiğinin ahlâki sorumluluklarını açıklığa kavuşturmamasında yatar. Hukukçular, devlet aygıtının bir parçası olarak hukuk sistemine yönelik profesyonel sadakatleri sayesinde, başka bireylere yönelik ahlâki sorumluluklardan ve bir demokraside yaşama ayrıcalığı için ödenmesi gereken bir bedel olarak başkalarının özgürlüklerini savunma politik sorumluluğundan kurtulmuş *olmazlar*. Fuller'e göre, Alman hukuki pozitivistmi ise hukukçuları, kendini hukuk diye adlandıran, masrafı yönetimce karşılanarak basılmış ve yüksek otoriteden gelmiş görünen herhangi bir şeyi hukuk olarak kabul etmeye teşvik etmişti (Fuller 1958: 659).

Fuller'in, hukukiliğe dair bu pasif görüşlerin Nazi tiranlığının yükselişinde pay sahibi olduğundan kuşkusu yoktur. "Yerleşik düzene ilk saldırılar, eğer birileri tarafından sahiplenildilerse avukatlar ve yargıçlar tarafından sahiplenilmiş olan surlara yönelik oldu. Bu surlar neredeyse mücadele olmaksızın düştü" (1958: 659). Hukuki pozitivistin hukukçuları ve başkalarını, idari faaliyete "'hukuk" kıyafeti giydirildiğinde o eylemi çevreleyen ahlâki hususlara karşı körleştirdiği fikri, Nazi dönemine ve önceki yıllara dair tartışmalarda yaygın bir temadır. Protestan teolog Emil Brunner şöyle yazmıştı: "Totaliter devlet tamamen hukuki pozitivistin politik pratiğinden ibarettir... adalet fikrinin yavaş yavaş dağılmasının kaçınılmaz bir sonucudur". Şunları da ekler: "Eğer devleti aşan bir adalet yoksa, devlet istediği her şeyi hukuk diye beyan edebilir; kendi

⁶ Fuller'e göre "hukuk felsefecisinin görevi kendisinin ve hukukçu dostlarının profesyonel hayatlarını nasıl en iyi biçimde geçirebileceklerine karar vermektir" Fuller 1940: 2. Genel olarak bkz. 1940: 2-4, 12-15.

iradesini icra edecek fiili gücü bir yana, keyfiliğinin önüne de bir sınır konmamıştır” (Brunner 1945: 15-16). Aynı şekilde Neumann (1944: 47) Kelsen’in teorisiyle ilgili olarak şunları yazar: “Saf bir masumiyete sahiptir kararcılığın [*decisionism*], nereden kaynaklanırsa kaynaklansın ve içerikleri ne olursa olsun arkasında yeterince güç olduğu sürece politik kararların kabulünün yolunu açar”

Mesele gelip, hukuk ve ahlâk ayrımının pratikte düzenlemenin ahlâki veçhelerini ihmal etmeye mecburen yönlendirip yönlendirmediğine dayanır. Daha önce değinildiği üzere, *teoride* hukuki ve ahlâki hususların birleştirilmesinin muhaliflerin ya da otoriterlerin elinde (“hukuk budur, o halde haklı olmak zorundadır” iddiasıyla) bir silah olmasını zorunlu kılacak bir neden yoktur ve bazı hukuki pozitivistler de bunu ileri sürdüler. Hatta bazı Nazi yazarları hukukun ve ahlâkın birleşmesinin Nasyonal Sosyalizm sayesinde nihayet Almanya’da başarılmış olduğunu bile iddia etmişlerdi (Kirchheimer 1941: 88). Kelsen de totaliter devletin, onun hukukundan ayrılamaz oldukları iddia edilen “mutlak” değerlerin üzerine kurulu olduğunu düşünür (Kelsen 1955: 42).

Tersine, hukuki pozitivism, bireyin vicdanın ikilemeleriyle özerk biçimde, mutlak ve yanılmaz sayılan ahlâki otoritelerce (ister devlet, ister ulus, ister kilise olsun) “yasalaştırılmış” çözümler olmaksızın, yüzleşmesini gerektiren bir görelî değerler yaklaşımı ile bir arada var olabilir (Kelsen’in kendi çalışmasında olduğu gibi). Aynı şekilde, hukuki pozitivism ahlâki mutlaklara yönelik bir inanç ile, hukuk analizinin hiçbir biçimde bu mutlaklara bağımlı olmadığı düşünüldüğü sürece, bir arada var olabilir. Hangisi olursa olsun, bugün pozitivism “vicdanın nihai egemenliğini” hukuki geçerlilik iddialarından ayrı tutmanın bir aracı olarak savunulmaktadır (MacCormick 1985: 10).

Dolayısıyla, pozitivist analitik hukukbilimde kendiliği itibarıyla ahlâki miyopluğu teminat altına alan hiçbir şey yoktur (bkz. Campbell 1996: Bl. 5). Ancak pozitivismın,

hukuk pratiğinin ahlâki sorumluluklarıyla ilgilenmeyi aktif biçimde *teşvik etmediğine* dair bir hissiyat var. Fuller'in akademik hukukçuluğa ve hukuk eğitime dair geniş, hümanist bir yaklaşıma yönelik inancı, onun ahlâki vizyonun darlığına karşı tepkisinin bir parçasıdır. Hukuk eğitiminin sorunlarıyla ilgili çokça yazı kaleme aldı; geniş müfredatı destekledi; "lafza dayalı zihin" tarafından yapılan mekanik kural manipülasyonundan rahatsızlık duydu ve hukukun ve yönetimin temel sorunlarının "akıl" sayesinde çözülebileceğini vurguladı (Summers 1984: Bl. 11). Klasik tabii hukukun kutup yıldızı olan akıl bir inanç nesnesi olarak varlığını sürdürür. Hukukçu akli olmayan bir iradeyi kabul etmeyi her zaman reddetmelidir.

Fuller'in pozitivist analitik hukukbilimden hoşnutsuzluğu, bu görüşün destekler görüldüğü sınırlı teknokratik hukuk profesyonelliği imajını reddetmesinden ayrılamaz. Ahlâki hususların hukuki bilginin profesyonel alanından dışlanması, eğer bu hususları başka vatandaşlara nazaran hukukçularla *daha az* ilgili hale getiriyorsa, Fuller'inki gibi bir bakış açısından tatmin edici değildir. Dahası, hukuki olanın olmayandan tamamen ayrı sayılması, eğer hukukçuların hukukiliği *yaratma*, hukuki olmayandan hukuk inşa etme ve hukukiliği düşüşten ya da keyfiliğe kayıştan koruma işini üstlendikleri gerçeğini gizliyorsa, kabul edilebilir değildir. Son olarak, egemenin buyruğu tanımları, tanıma kuralları ya da bir temel norm tarafından sağlanan hukuki geçerlilik kriterleri, eğer hukukçuları mevzuatın resmi otoritesini kabul etmeleri halinde hukuk pratiğinin onlara *politik* bir sorumluluk yüklemediğini düşünmeye sevk ediyorsa, uygun değildirler.

Dolayısıyla, Fuller'in modern koşullar altında hukuki profesyonelleşmenin gerektirdiklerine dair imgesi, hukuki pozitivistizmin kurduğu ya da ima ettiği imgeyi reddetmiyor. Onun düşüncesi, esas itibarıyla, hukuki pozitivistizmin yeterli olmadığı ve 20. yüzyıl tarihinin bu yetersizlik konusunda bizi açıkça uyarmış olması gerektiğidir.

Tabii Hukuk Ehlileşti mi?

Modern zamanlarda Anglo-Amerikan bağlamında hiçbir tabii hukuk teorisi modern pozitivizme Fuller'in teorisinden daha güçlü bir itiraz olarak görülmedi. İddialarının yalnızca ılımlı, temkinli bir tabii hukuk teorisi -esasen, çoğu klasik tabii hukuk teorisinde olduğu gibi hukuk kurallarının içeriğiyle değil, hukukun usule dair özellikleriyle ilgili bir teori- oluşturmaya rağmen böyledir. O halde tabii hukukun, bu yüzyılın başında Weber'in ileri sürer göründüğü gibi, gerçekten modası geçti mi?

Elbette, yakın zamanlarda, modern politik ve etik koşullar altında daha geniş bir hukuk anlayışına ihtiyaç doğduğunda, tabii hukukçuların hukuki pozitivizmin açık yetersizliklerini göstermeleri ilgi uyandırdı. Bunlar, hukuk teorilerinin ahlâki hususları veya hukukun ahlâki temellerini bir biçimde daha sıkıca dikkate alma ihtiyacı içinde olduğu hissiyatının pozitivistler arasında büyümesine katkı sağladılar. Bu yüzden MacCormick tabii hukuk ile hukuki pozitivizm arasında bir yakınsama gördü ve pozitivistlerin "hukuk üretimine dair asli ahlâki özlemleri" ve hukuk kurallarının "yalnızca gerçekleştirmeleri gereken [ahlâki] amaçlara ya da değerlere referansla tam olarak anlaşılabilir" olduklarını kabul etmeleri gerektiğini ileri sürdü (MacCormick 1992: 113, 118; karş. MacCormick 1981: 161-161). Tom Campbell yakınlarda hukuki pozitivizmin "hukukun ve politikanın tam olarak ne hakkında olmaları gerektiğine dair temel ahlâki görüşleri" ima ettiğini ve bu "etik yönleri" kendi pratiğinin gerekleri olarak mecburen varsaydığını vurguladı (Campbell 1996: 1). Campbell "etik pozitivizmin hukuk teorisi" dediği şeyde bu etik içerimleri açık hale getirir.

Bu tür gelişmelerden tamamen ayrı olarak, çoğu hukuki süreçte geniş değerlere veya standartlara sıklıkla müracaat edilmekte olduğunu fark eden birçok hukuki pozitivist şimdi, Hart'ı izleyerek, Hartçı bir tanıma kuralının hukuki

geçerliliğe dair *ahlâki* kriterleri özellikle içerebileceğini vurgulamaya hazır durumdalar (Hart 1994; Waluchow 1994).

Hukuki pozitivistizmin bakışının yakınlardaki bu açık “ahlâkileşme” biçimlerinin çok öncesinde, Hart (1961: 199) herhangi bir toplumda tüm beşeri var oluşun asli koşullarının, eğer üyelerinin ortak bir hayatta kalma hedefine sahip oldukları varsayılırsa, belli türden sosyal kuralları gerektirdiğini görmüştü ve tabii hukuk öğretisinde bir “aklıselim nüvesi” bulunduğunu kabul etmeye hazırdı.

Hart’a göre, insanlık durumunun beş özelliği (incinebilirlik, fiziksel gücün aşağı yukarı eşitliği, sınırlı özgecilik, sınırlı kaynaklar, sınırlı anlayış ve irade gücü) her toplumda kişileri, mülkiyeti, verilen sözleri ve mübadeleyi koruyan ve itaat güvencesi için yaptırımlar getiren *bazı* kuralların bulunmasını zorunlu kılar (Hart 1991: 193-200). Hart’ın adlandırmasıyla tabii hukukun bu asgari içeriği bu bölümün çoğunda tartışılmış olan tabii hukuktan oldukça farklıdır. Pozitif hukukun içeriğini veya usulünü eleştirmek veya haklılaştırmak üzere belirgin kriterler getirmez (zira hayatta kalma “korkunç sefalet pahasına bile” başarılabilir: Hart 1991: 192); yalnızca bir tür düzenlemenin varlığının zorunlu olduğu geniş alanları gösteren bir dizi bilindik doğruları ortaya koyar.⁷

Hukuki pozitivistler arasındaki tabii hukukla uzlaşma eğilimleri, tipik olarak, hukuki gelişimi yönlendiren veya yapılandıran ilkelerin tanınmasının gerekli olduğunun ve

⁷ İlginç biçimde *The Concept of Law*’un ölümünden sonra yayınlanan ekinde Hart (1994: 249) “bilinir haliyle hukukun insan davranışı için rehberler ve bu davranışın eleştirisi için standartlar getirmenin ötesinde hizmet ettiği daha özel bir maksat aramak gayet nafiledir” diye yazar. Fakat onun “tabii hukukun asgari içeriği” dediği şey tam da böyle özgül bir amacı varsayar. Daha önceki iddiasını açıkça unutuşu, muhtemelen “asgari içeriğin” Hart’ın düşüncesinde sonuç itibarıyla ne kadar önemsiz olduğunu gösteriyor: Tabii hukuka itiraz ederken zayıfça bir övgü de içeren, ama hukuki içerik tartışmalarına dair içerimleri bulunmayan bir kavram.

(pozitif hukuka özellikle eklemellenmiş olmadıkları sürece) bunların yalnızca hukuk doktrininin pozitivist analizi yoluyla bulunamayacaklarının kabul edildiği anlamına gelir. Hatta modern hukukun giderek artan teknik ayrıntıları ve menfaatlerin uzlaştırılmasından ibaret görünme eğilimi, yönlendirici ilkelerin teşhisinin daha ilgili ve daha önemli görünmesine yol açıyor olabilir, daha az değil.

Bu yüzden Hart, Oxfordlu felsefeci John Finnis'in etkili modern tabii hukuk teorisini (1980) "pozitivist hukuk teorisinin rakibi olmaktan ziyade, birçok bakımdan tamamlayıcısı" (Hart 1983: 10) saymaya başladı. Bu hakkaniyetli görünüyor. Finnis'in teorisi kuralların hukuki geçerliliklerini değerlendirme iddiasını reddeder ve böylece hukuki pozitivismle karşı karşıya gelmekten kaçınır. Esas itibarıyla, belirli hukuk sistemlerinin doktrin bileşenlerini veya niteliklerini açıklayan bir normatif hukuk teorisi değil, hukukun içeriğinin ve amacının ne *olması gerektiğine* rehberlik etmek üzere bir ahlâk felsefesi ortaya koyar. Bu nedenle Finnis'in teorisi bu kitabın konuları bakımdan merkezi önemde olamaz. Ancak onun bazı özellikleri, tabii hukuk teorisinin pozitivist analitik hukukbilimin bir tamamlayıcısı rolü oynamaya başlıyor gibi görüldüğüne işaret ettiği için burada önem taşıyor.

Finnis, Aristo'yu izleyerek hukukta "odak" kavrayış veya "merkezi durum" diye anladığı hususla ilgilenir. Bu odak kavrayış, fiilen mevcut formların kendisinin türevlerinden ya da kusurlu örneklerinden ibaret olduğu bir ideal ya da saf formdur. Böylece Finnis fiili hukuk sistemlerinde mevcut hukuktan ziyade, spekülatif analiz yoluyla açığa çıkarılan belli ahlâki postulalardan gerekliliği ve uygunluğu felsefi olarak çıkarsanabilen (odak anlamda) hukukla ilgilenir.

Finnis'in modern tabii hukuk teorisine en önemli katkısı bu analiz yöntemidir. Daha önce değinildiği gibi, en eski tabii hukuk teorisi insanlık durumunun gözlemlenen niteliklerinden akıl yoluyla felsefi sonuçlar çıkarmaya veya ak-

li argümandan ya da toplumlar veya yönetimler var olmadan önce mevcut hayali doğa halinden ahlâki ilkeler çıkar-samaya çalışmıştı. Bu yaklaşımlar, *olan* (örneğin doğa halinin ya da insanlık durumunun hakikaten ne olduğu) hakkındaki spekülasyonlardan ahlâken *olması gerekeni* çıkar-samaya çalışırken kabul edilemez bir el çabukluğu içerdikleri eleştirisi karşısında genellikle savunmasızdılar. Hatta görüldüğü gibi, tabii hukuk teorisinin Fuller'e ait prosedürel versiyonunda bile, bir hukuk sistemini yönetmesi *gereken* prosedürel kriterler, işleyen (etkili) bir kurallar sisteminin *filen* ne içerdiğine dair spekülasyondan türetilmiştir.

Finnis'in yaklaşımı, tabii hukuku akılda değil sezgide, yani rasyonel haklılaştırma gerektirmeyen "apaçık" olanda temellereyrek, bu geleneksel zorlukların çevresinden dola-nır görünüyor. Burada onun yöntemi Aquinas'ın yöntemini izler ve geliştirir. Bu yüzden Finnis için insan uğraşının yedi amacı kendinde iyidir (1980: Bl. 3 ve 4). Bu temel insani iyiler şunlardır: (i) *hayat* (hayatiyetin insanın kendi kaderini belirlemesini mümkün kılan tüm veçheleri); (ii) *bilgi* (bir amacın aracı olarak değil, kendi adına); (iii) *oyun* (faaliyetin bizzat kendisi dışında bir amacı olmayan faaliyet); (iv) *estetik deneyim* (güzelliğin takdiri); (v) *sosyallik* ya da *dostluk* (dostlar uğruna ve onların iyiliği için davranmak); (vi) *pratik makullük* (hayatını nasıl yaşayacağına dair tercih yaparken kişinin zekasını ve yargı yetisini işe koşa-bilmesi) ve (vii) *din* (hayatın ne için olduğuna dair bir anlayış).

Finnis'in bunların hakikaten apaçık olduklarına ve diğer tüm iyilerin bunların bileşimleri veya türevleri olarak anlaşılabileceklerine dair iddiasını burada değerlendirmek gerekli değildir. Ancak onun "olandan" "olması gerekeni" çıkarmaktan kaçınan bu girişimi, tabii hukukun birçok başka gösterilme biçimine nazaran metodolojik bir ilerle-meye işaret ediyor. Temel insani iyiler doğada durumun ne *olduğuna* dair rasyonel spekülasyondan türetilmiyor.

Sezgisel olarak tanınmış iyiler olarak bunlar zaten etki itibarıyla normatiftirler: Apaçık “iyi” olduklarına göre onların takip ve teşvik edilmelerinin gerekmesi de eşit biçimde apaçık iyidir. Finnis’e göre pratik muhakeme (ki kendisi de temel iyilerden biridir) bu iyilerin takibine rehberlik etmesi gereken aklın genel reçetelerini (“temel metodolojik gereklilikler”) temin eder. Dahası, yalnızca topluluk hayatında, başka insanlarla etkileşim içinde aranabileceklerinden, onları güvenceye alan bir hukuk sistemi zorunludur.

Finnis’in bu analitik çerçeveye ayrıntılı biçimde doldurdukları içinden, bu bölümün konusuyla doğrudan ilgili üç husustan söz edilebilir. Bunlar “topluluk”, “otorite” ve *Hukukun Üstünlüğü* tartışmalarıdır.

Klasik *common law* düşüncesindeki zımni topluluk fikri ile tabii hukuk teorisinde yansıma bulan maksatçı hukuk görüşü arasındaki bağlantıya daha önce değinilmişti -her ikisini de niteleyen husus akla müracaattır. Hatta, ahlâki otoritenin temeline dair modern literatür topluluk kavramını güçlü biçimde sıklıkla vurgular (karş. Weinreb 1987: 249-259). Dolayısıyla, Fuller gibi, Finnis’in de hukukun en doğrudan biçimde ilgili olduğu ahlâki topluluğun (Fuller’e göre “dostane yabancılar” topluluğunun) niteliğinin analizine çok önem vermesi şaşırtıcı değildir. Finnis topluluğun birliğinin kısmen fiziksel ve biyolojik (örneğin aile bağları), kısmen akıl ve paylaşılan anlayış tarzları, kısmen ortak teknoloji ve kültürel birlik, kısmen ortak eylem ve etkileşim ile ilgili olduğunu kaydeder. Bu sonuncusu beşeri topluluklardaki pratik muhakemenin analiziyle en irtibatlı olansa da, öteki unsurları varsayar.

Finnis iş, oyun ve dostluk ilişkilerinin farklı niteliklerinden ve politik toplulukların bu üç unsuru birleştirdiklerinden söz eder (1980: 149). İlişkilerin karmaşık çeşitliliği “tamamlanmış” toplulukların tipik özelliğidir -odak anlamıyla hukuk bunlarla ilgilidir. Tamamlanmış bir topluluk “bireylerin, ailelerin ve ara birliklerin geniş ağının inisiyatiflerinin ve faaliyetlerinin” koordine edilmiş olduğu “her

şeyi kapsayan bir birliktir". Hedefi "her bireyin kendi kişisel gelişimini gerçekleştirmesini destekleme, kolaylaştırma ve teşvik etme eğilimindeki işbirliği biçimleri dâhil, tüm maddi ve başka türden koşullar bütününe güvenceye almaktır" (Finnis 1980: 147). Açık ki bu Finnis için felsefi bir idealdir. Ancak herhangi bir grup gibi bu anlamdaki topluluk da belirgin var oluş koşullarına sahiptir. Onun "nerede kayda değer bir zaman süresince, belli sayıda kişilerin faaliyetleri, etkileşim formu altında ve paylaşılan bir hedefe yönelik bir görüş eşliğinde koordine edildiyse" (1980: 153) orada var olduğu söylenebilir. Burada belirtmek yeterlidir ki, klasik *common law* düşüncesini ortaya çıkaranlar gibi, Finnis de hukukun ahlâki ve rasyonel gücünün onun tamamlanmış bir topluluğun sağlanmasına ve sürekliliğine yaptığı maksatlı katkıda temellendiğini düşünür. Ancak klasik *common law*'culardan farklı olarak, bu kavramın ne içerdiğini titizlikle açıklamak için biraz çaba harcamak gerektiğini de düşünür.

Finnis'in otorite ve *Hukukun Üstünlüğü* üzerine fikirleri birlikte ele alınabilir. Başka yerlerde olduğu gibi burada da Max Weber'den etkilenmiş olarak, yöneticilerin otoritesinin temelini, örneğin Hobbes'un veya John Locke'un açıkladığı tarzda soyut bir sosyal sözleşmede veya yönetilenlerin rızasında değil, yalnızca üzerlerinde otorite iddiasında bulunanların itaat ihtimallerinde bulur (1980: 249). Anayasal yapıların varlığı ve yönetenin yönetilenin rızasına sahip olup olmadığı hususu, pratik akıl rehberliğindeki birinin iddia edilen otoriteye itaat etmesinin zorunlu olup olmadığı sorusuyla irtibatlıdır. Ancak bu, Finnis'in otoriteyi muhtemel itaat "saf olgusuna" dayandıran şaşırtıcı Austinci konumundan bir şey eksiltmez (1980: 250).

Öte yandan, *Hukukun Üstünlüğüne* ve onun gereklerine dair Fullerci bir görüş, bu pozitivist politik otorite anlayışının üzerine kuruludur. Fuller'in etkisini takdir eden Finnis, hukukiliğin ahlâki gereklerinin temeli olarak yöneticiler ile yönetilenler arasındaki karşılıklılığı vurgular (1980:

274). Finnis hukuk düzeninin ana özelliklerini açıklarken Fuller'inkine çarpıcı biçimde benzer bir genel tablo üretir. Dolayısıyla, hukuk cebri bir yapıdır, ancak daha temelde bir kurallar sistemidir. İnsan etkileşimlerine açıklık ve öngörü getirir, kendi üretimini ve değişimini düzenler, bireylerin durumlarını kurallı bir ortama rasyonel biçimde uyarlamalarına imkân sağlar, gelecekteki eylemler için nedenler temin eder ve boşluksuz bir düzenleme çerçevesini postula olarak kabul eder.

Finnis'in bu niteliklere ilişkin betimleyici vurgusu, hiçbir modern hukuki pozitivistin itiraz edemeyeceği bir hususu, hukuk kurallarının uygulanmasında teknik gerekliliklerin öneminin kabul edilmesini yansıtır görünüyor. O halde, Fuller'in hukukilik nitelemesinde olduğu haliyle *Hukukun Üstünlüğü*, bir hukuk düzeninde kurallı güvenilirlik ve öngörülebilirlik unsurlarını olabildiğince yerleşik kılmak için bir gerekliliktir. Fuller gibi, Finnis de *Hukukun Üstünlüğü*nün ve onu politik meziyetin bir bileşeni haline getiren koşulların temeli olarak yönetici ve yönetilen arasındaki karşılıklı ilişkisini (ve özgür, sorumlu failer olarak bireylerin onurlarını azamileştirmenin değerini) vurgular.

Finnis'in tabii hukuk teorisi hukuki pozitivistin doğrudan konusu olan işler haldeki bir hukuk kuralları sistemiyle karşılaştığı noktada, Fuller'in teorisi gibi, kendini *Hukukun Üstünlüğü*nün meziyetlerini açıklamayla ve övmeyle sınırlar. Ancak bu noktada Fuller pozitivistme saldırırken, Finnis pozitivistme kendi temelinde bir itiraz yöneltmez. Öyle görünüyor ki, tabii hukuk hukuki pozitivistin bir müttefiki ve destekleyicisi haline gelmiştir. Sosyal ve politik istikrar dönemlerinde, pozitivist analitik hukukbilimin düzenli hukuk bilgisine ve hukuk sistemlerinde tartışmasızca ve profesyonelce anlaşılan otorite yapılarına dair ortaya koyduğu güven verici resmi yerinden etmez. Ancak eğer Batılı politik düzenler ciddi miktarda daha az istikrarlı hale gelirlerse, tabii hukuk teorisi *statüko* le-

hine ya da aleyhine devreye sokulmak üzere muhtemelen yeniden güç kazanacaktır.

Modern tabii hukuk teorisi muhalif olduğu teorilerde sadece bir alanda genel ve büyük bir analitik zayıflık bulundu. Yargısal işlev modern analitik hukukbilim geleneğinde hâlâ problematik olmayı sürdürüyor. *Common law* dünyasında hukukçular ve hukukçu olmayanlar benzer biçimde, yargıcın Austinci egemenin bir vekilinden ibaret olduğunu ve yargıç-yapımı hukukun Fuller'in irade dediğinden ibaret olduğunu kabul etmekte tereddütlüler. Ancak Hart'ın ve Kelsen'in teorilerinde temsil edilen Austin-sonrası hukuki pozitivizmde, yargıçların tartışmalı davalarda nasıl karara ulaştıkları ve hukuk icat edenler olarak otoritelerinin niteliği hakkında çok az analiz vardır veya hiç yoktur. Daha eski *common law* anlayışlarını yankılayan Fuller'in çalışması bu sorunu en azından yeniden açıyor; Finnis'in topluluğu yeniden incelemesi ise politik yapıdan bağımsız hukuki otorite kaynaklarına işaret ediyor. Ancak, tabii hukuk tartışmalarından uzakta, hukukçuların hissettikleri profesyonel kaygılara daha sıkıca odaklanmış başka yaklaşımlar da ortaya çıktı ve bu soruşturmayı daha ileriye taşıdı. Bunlar izleyen iki bölümde incelenecek.

6. Bölüm

Yaratıcı Yargıç Sorunu: Pound ve Dworkin

Britanya ötesindeki hukuk çevreleriyle ilişkisi itibarıyla bakıldığında, analitik hukukbilimde somutlaşan hukuki pozitivizm bazen anlamsız göründü. Büyük oranda bir yargısal yorum (yasamanın, anayasa hükümlerinin veya eski yargıç-yapımı hukukun yorumu) ve yargıçların söylediklerinin yorumu meselesi olduğu halde, hukuk nasıl olur da politik ve sosyal değerlerden izole biçimde anlaşılabilir? Bu anlamda hukuk, analiz edilecek bir dizi farklı kavramlar değil, tam da bir tür ahlâki ve politik *pratik* değil midir?

Anglo-Amerikan hukuk dünyası boyunca bu soru önemlidir, ancak ABD’de özellikle baskın olmuş gibi göründü (Hart 1958: 49-50). (Bu ve sonraki bölümde incelenecek çoğu teoriyi ortaya çıkarmış olan) Amerikan hukuk çevresi, açıkça temel politik değerlerin deposu olarak tanınan yazılı bir anayasa ve “halen var olan sosyal tavırları en sürekli biçimde yansıtır” varsayılan bir *common law* mirası tarafından çerçevelenmiştir. Bu bağlamda yargıçların kabul gören işlevi, *common law*’da ve başka hukuki doktrinlerde açıklandığı şekilde “anayasal ilkeleri değişen sosyal tavırlarla ve değerlerle bütünleştirmektir” (White 1976: 18). Hukuk pek de turnusol benzeri testlerle tanınabilir olmayan, daha çok üzerinde tartışılan veya yaratıcı yorum yoluyla oluşturulmuş yargı kararlarından süzülen bir şey gibi görünür.

Klasik *common law* düşüncesi bu yaratıcı hukuki gelişim gerçekliğini hesaba katmada pozitivist analitik hukukbilimden daha yetkin durmuyor. Klasik *common law* düşüncesi hukuku akıl olarak görmekle denklemin (Fuller'in terimiyle) "irade" tarafını görmezden geldi. Yargıçların hukuk yaptıklarını yadsıyarak hukuk sürecini amaçsal, icatçı ve yaratıcı değil, pasif, tepkisel ve evrimsel olarak tasvir etti. Yargıçlar, yasa yapsınlar yapmasınlar, hukuki gelişim sürecinin yönetiminde açıkça önemli aktörlerdir. Bu faaliyetin niteliğini ve onu yöneten ilkeleri açıklamada ne pozitivist analitik hukukbilim ne de klasik *common law* yetkin görünüyor.

Bu bölümün odağında, yargıçların ve diğer görevlilerin hukuku geliştirme faaliyetlerini asli bir iş olarak açıkça tanıyan bir normatif hukuk teorisi oluşturma sorunu var. Her ne kadar bu normatif hukuk teorisinin herhangi bir hukuk sistemiyle ilişkili bir görevi ise de, *common law* düşünce geleneğinin yargıçı hukukun merkezine yerleştirdiği Anglo-Amerikan bağlamı özel bir ilgi konusu olmalıdır. Görüldüğü gibi, İngiltere'de ise pozitivist analitik hukukbilim, hukuk-yapma iktidarının yoğunlaştığı ve tüm özel yargı yetkilerinin özümselediği merkezileşmiş devlet politik gerçekliğini yansıtırken, hukuk profesyonellerinin hukuk bilgisini rasyonelleştirme ihtiyacını karşılamıştı (Arturs 1985).

İngiliz pozitivist analitik hukukbilimde, yargıcın rolüne dair mutlak açıklıkta tek politik teori, muhtemelen Austin'in yargıçı egemenin vekili, teorik bakımdan tıpkı yönetsel karar-verme ile yükümlenmiş başka herhangi biri gibi bir görevli olarak açıklayışıdır. Ne kadar yetersiz olursa olsun bu teori, yargıcın iştigal ettiği yeni hukuk yaratma faaliyetinin ve bu hukuk-yapımını meşrulaştıran (egemen) otoritenin niteliğini en azından açıklama girişiminde bulunur.

Tersine Hart'ın teorisi yargıcın içinde iş gördüğü hukuki yetkileri ve sınırları (ikincil kurallar anlamında) açıklar,

ancak yargısal takdir yetkisinin (faaliyetin kendisinin) incelenmesini hukuk teorisinin konusunun dışında sayar. Gerek Hart gerekse Kelsen, yargıcın özel olarak hukuku geliştirme yetkisini nereden edindiğini değil, yargıcın kararını neyin hukuk bağlayıcı kıldığını açıklar. Kelsen'in ve -ima yoluyla- Hart'ın yaptığı gibi, hukukun kendi üretimini düzenlediğini vurgulamak sorunu çözmez, çünkü hukuk bu süreci düzenlese de onu kontrol etmez. Hâlihazırda konmuş hukuk kurallarının ötesine uzanan insan failer iş başındadır. Onları yönlendiren ve zorlayan nedir?

Anglo-Amerikan normatif hukuk teorisinde bu sorunu çözme girişimine en önemli modern katkıyı, çalışmaları nadiren karşılaştırılan iki Amerikalı yazar sağladı. Teori inşasına dair büyük yöntem ve yaklaşım farklılıklarına rağmen, Roscoe Pound'un ve Ronald Dworkin'in yazıları aynı pratik ilgi alanlarını ve pozitivist analitik hukukbilim karşısında savunmak üzere *common law* düşüncesini yeniden yapılandırmaya yönelik tamamen benzer bir girişimi ortaya koyar. Aralarındaki koşutluklara hukukbilim literatüründe çok az ilgi gösterildi (karş. Burner 1985). Bunun nedeni kısmen şudur; hukuk teorisi yazılarının geniş hedefi bakımından önemli koşutluklara rağmen, içeriğin sunulduğu form büyük ölçüde farklıdır ve çok farklı entelektüel iklimlerden etkilenmiştir.

Harvard Hukuk Fakültesi'nin 1916'dan 1936'ya kadar dekanlığını yapmış olan ve oldukça üretken yazıları 20. yüzyılın ilk yıllarından ölüm tarihi olan 1964'e kadar uzanan tüm dönem boyunca yayılan Pound, eleştirilerini geniş olarak Anglo-Amerikan bağlamında rekabet halinde bulunan bir dizi hukuk düşüncesi yaklaşımlarına yöneltmişti. Yazıları, kurucu biçimde, büyük oranda kıta Avrupası etkilerinin ve özgün Amerikalı eğilimlerin felsefedeki bir karışımı biçiminde sunulan, kendini "sosyolojik" diye adlandıran bir hukukbilim geliştirmeye çalışır. Bu yüzden Pound'un teorileri önceden var olan birçok hukuk felsefesi yaklaşımının gücünü bünyesine alan bir sentez olarak or-

taya çıkar (Hull 1997: 9 vd.). Bu görünür Katolisizm ve açıklık, birlikten ve titizlikten yoksun (Kelsen'in yöntemler senkretizmi diye kınadığı) bir fikirler yumağı üretme riski taşır. Hatta Pound'a yönelik düşüncesinin farklı yönlerini bütünleştirememesi ve sistemleştirememesi eleştirisi, sıklıkla, hukuk teorisine yaptığı katkıların önüne çıkarılmıştır.

Tersine Dworkin kendi orijinal teorisini, Hart'ın çalışmasında temsil edilen pozitivist ortodoksiye aralıksız bir eleştiriye sistematik biçimde geliştirerek, ancak diğer büyük öncülere doğrudan pek atıf yapmadan açıkladı. Aslında, Dworkin'in ana kurumsal konumu yakın zamanlara kadar Hart'ın daha önce sahip olduğu konumdu. Hart'ın 1968'deki emekliliğinin ardından onun Oxford Üniversitesi'ndeki hukukbilim profesörlüğü koltuğunu aldı ve bu makamı, ABD'deki başka akademik sorumluluklarıyla birlikte korudu.

İlginçtir; Dworkin şimdilerde en çok tartışılan hukuk felsefecilerinden biri iken, vaktiyle Amerikan akademik hukukçuluğunda duayenliği su götürmez olan (Wigdor 1974: ix) Pound'un entelektüel şöhreti ciddi ölçüde azaldı. Öyle ki görüşleri ana akım normatif hukuk teorisi tartışmalarında artık önemli bir rol oynamıyor.

Bu bölümde Pound'un öneminin değerlendirilmesindeki bu dramatik değişim ve aynı zamanda Pound'un ve Dworkin'in teorilerinin mevcut statüleri arasındaki yoğun eşitsizlik üzerine bir açıklama getirmek gerekecektir.

Dworkin'in çalışmalarının daha titiz olduğu ve felsefi olarak daha gelişmiş görüldüğü iddiası, bu durumu ancak kısmen açıklayabilir. Bu bölümde, Pound'un çabasının niteliğinin yaygın biçimde yanlış anlaşıldığı, bu yüzden hem başarılarının hem de teorisindeki sorunların gerçek niteliğinin karanlıkta kaldığı, kısmi bir açıklama olarak ileri sürülecektir. Bu da Dworkin'in normatif hukuk teorisinin (bu kitabın kapsamı dışında kalan daha geniş ahlâki, hukuki ve politik felsefesi değil) aslında Pound'un yürüdüğü yollarda başka araçlarla iz sürdüğünü ve bu iki ismin hukuk

teorilerinin geniş pratik önemlerinin bir biçimde benzer nihai değerlendirmeye zaman içinde yeniden ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğunu gündeme getirir. Elbette Dworkin'in çalışmaları halen geliyor, dolayısıyla ona dair genel bir değerlendirme ancak geçici olabilir.

Pound'un Kurallar Modelini Reddi

Pound'un yazılarına kendi teorik bakışına kendisinin verdiği ad ciddiye alınarak yaklaşmak gelenekseldir. Pound bu yaklaşımı sosyolojik hukukbilim diye adlandırdı. Özellikle Chicago Üniversitesi'nde ve Chicago'daki Northwestern Üniversitesi'nde ders verdiği, yüzyılın ilk on yılında, şehirde çalışan sosyal bilimcilerden, özellikle Nebraska Üniversitesi'nde vaktiyle meslektaşı olmuş sosyolog Edward Ross'tan önemli ölçüde etkilendiği doğrudur (Wigdor 1974: 111-113, 141-146). Ross ve diğerleri sosyal gelişimin organik doğası hakkında ve sosyal kontrolün (ki hukuk bunun bir yönü olarak düşünülebilir) niteliği hakkında fikirler ileri sürdüler; bu fikirler, Pound'un hem pozitivist analitik hukukbilimin hem de geleneksel *common law* düşüncesinin kısıtlılıklarından kaçınma çabalarına yardımcı oldu.

Yine de, eğer Pound'un normatif hukuk teorisinin ana temaları -bu kitabın ilgi konusu olan hukuki fikirlerin ilerleyişi bakımından onu önemli bir figür yapan temalar- anlaşılacaksa, en önemli teorik çalışmalarının bu sayfalarda şimdiye kadar tartışılmış diğer yazarlara nazaran daha kayda değer önemde sosyolojik donanımlı olduğuna dair her iddianın derhal bir yana bırakılması gerekir.

Aslında Pound için "sosyolojik"¹ etiketi, hukuku pozitivist analitik hukukbilimin ileri sürdüğünden daha geniş

¹ Kendi yaklaşımına bu kelimeyi eklemekte başlangıçta tereddüt yaşamıştı ama bunun önemli olduğunu da düşünmüştü, zira böylelikle akademik hukukçuluğun eski, steril yöntemlerinden uzak durma gereği meydana okuyucu bir tarzda ortaya konabiliyordu: Hull 1997: 84-85.

ve daha dinamik bir perspektiften ve çoğu başka (klasik tabii hukuk teorisi gibi) hukuk felsefesinden daha gerçekçi, pratik yönelimli ve reformcu bir perspektiften görmeye yönelik ciddi çabayı simgeleyen ve harekete geçiren bir sembol idi². Hukuku sürekli bir akış içinde tespit edebilecek dinamik bir hukuk görüşü oluşturmak için ön gereklilik, hukukun kurallardan ya da normlardan ibaret olarak anlaşılabileceğini ileri süren fikri ıskartaya çıkarmaktır. Pound için hukuk kavramı yalnızca kurallarda ifade bulan hukukun “statik” unsurlarını değil, aynı zamanda hukuki gelişimi yönlendiren ve teşvik eden unsurları da içermek zorundadır. Şöyle yazar: “Hukuk, hukuk kurallarından farklı olarak, politik bakımdan organize olmuş bir toplumda kabul görmüş veya yerleşik hale gelmiş, yargısal ve idari eylemlere temel oluşturan veya onları yönlendiren otorite barındıran gereçler sistemidir” (Pound: 1959 II: 106).

Bu geniş görüşte hukuk sadece bir kurallar modeli değil, hareket halindeki bir doktrin sistemidir. Bu yüzden, yalnızca kelimenin tam anlamıyla hukuk doktrinini (Pound’un hukukun “kaideleri” dediğini) incelesek bile, bu inceleme kurallar (“belirgin bir detaylı hukuki sonucu belirgin bir detaylı olgular durumuna ya da gerçeklik haline bağlayan kaideler”) ile tamamlanmış olmaz. Kaideler aynı zamanda *ilkeleri* (“hukuki muhakeme için otorite sahibi başlangıç noktaları”), *kavramları* (emanet, satış, kefalet gibi “otoriter bir biçimde tanımlanmış kategoriler”) ve *standartları* (özen standardı veya inançlı işlem sorumluluğu standardı gibi “her bir davada davanın koşullarına göre uygulanmak üzere tanımlanmış davranış ölçüleri”) da içerir.

² Holmes J. *Lochner v. New York* 198 US 45 (1905)’de çalışanların çalışma saatlerini sınırlayan bir yasayı anayasaya aykırı bularak devre dışı bırakan Yüksek Mahkeme kararında, çoğunluğun benimsediği mekanik muhakemeyi izlemeyi reddetmişti. Pound Holmes’ün davadaki karşı görüşünü, Amerika’da halen mevcut “sosyolojik hukukbilimin en iyi ifadesi” diyerek selamlamıştır. Karş. White 1972: 1004.

Bunun da ötesinde, Pound'un geniş ifadesiyle, hukuk aynı zamanda şunları da içerir: "kaideleri geliştirmeye ve uygulamaya dair otorite sahibi bir teknik, hukuk düzeninin amacına ya da maksadına dair, yani hukuk kaidelerinin ne olmaları gerektiğine ve nasıl uygulanmaları gerektiğine dair edinilmiş bir idealler bütünü" (Pound 1941: 256-257).

Bu yalnızca pozitivist analitik hukukbilimin tipik olarak hukuki saydıklarını değil, aynı zamanda tabii hukukçuların hukuk anlayışına dâhil etmek isteyeceklerinin çoğunu da ihtiva ediyormuş gibi görünebilir. Ancak Pound'un yazıları klasik tabii hukuka çok az sempati besler. Bu yazılar hukukun bir değerler meselesi ve belirli sorunların çözümü için değerleri açıklama ve uygulama teknikleri meselesi olduğunu vurgular. Değerlerin bizzat kendileri, asla klasik tabii hukukun kanıtlamaya çalıştığı gibi zaman dışı ve evrensel değildirler. Onlar yalnızca belli bir hukuk sisteminin koşullarıyla ve tanınıp tatmin edilmek üzere ona getirilmiş talep türleriyle ilgili olarak, o zaman ve o mekân için değer anlamı taşırlar.

Pound bazen tabii hukuk fikriyatı ile hukukun temelindeki değerlere yönelik kendi vurgusu arasında bir yakınlık görmeye hazırdır, ancak bu ikincisi "pratik tabii hukuk" olacaktır. 20. yüzyılda tabii hukuk düşüncesinin yeniden doğuşunu onaylasa da, bu onun tıpkı kendisinin yaptığı gibi, ("değişen veya büyüyen içerikli" bir tabii hukuk olarak) hukukun temelinde herhangi bir *mutlak* değer kabul edilmemek kaydıyla, hukuktaki değerlere dair yenilenmiş bir vurgu getirdiği içindir (Pound 1923: 149). Pound'un birçok başka görüşünden farklı olarak bu husustaki görüşleri kariyeri boyunca genelde sabit kalmıştır.³

Pound'un normatif hukuk teorisine, pozitivist analitik hukukbiliminkine kıyasen çok farklı yaklaşmasına ilham veren nedir? Erken dönem yazıları arkaik hukuk usulünün reformuna ve hukukta profesyonelliğin genişlemesine yö-

³ Karş. Wigdor 1974: 167, 274, 276.

nelik açık bir sabırsızlık sergiler. Bu sabırsızlık, İngiltere’de yarım yüzyıl önce Austin’in sergilediğine tuhaf biçimde benzer: Muhafazakâr zihniyetli olsa bile, yetkin, hayal gücü yüksek bir hukukçunun, kendi mesleğinin sistemsiz ve irrasyonel pratiğinden duyduğu tedirginlik. Austin’inki gibi Pound’un reform itkileri de sınırlıydı, büyük oranda mevcut hukuki kurumların daha iyi çalışmasını hedefliyordu, yıllar geçtikçe de buharlaşma eğilimine girdi.

Her iki kuramcı da kendi hukuk teorisinin modernleşmekte olan hukuk mesleğinin gelişimine ve yön bulmasına yardımcı olduğunu düşünmüştü. Pound 1880’de Nebraska’da on yaşında bir çocuk iken, Amerikan hukuk mesleği görece daha az organize olmuş idi. 19. yüzyıl boyunca hukuk mesleğinin kamusal imgesi ve statüsü bocalayıp durdu. Wigdor’un aktardığına göre “ülke çapında meşru başka hiçbir meslek hukukçuluk kadar kötü bir itibara sahip değildi”; Pound 1890’da Nebraska’da mesleğe adım attığında “birkaç hafta hukuk okumaya istekli hemen herkes avukat olabilirdi” (Wigdor 1974: 81; karş. Stevens 1983: 25). Başka yerlerde profesyonel hukukçuluk kendini güçlü biçimde gündeme taşımış ama 19. yüzyıldaki düşüş ve düzenlenmemişlik hikâyesini henüz geride bırakmamıştı. Profesyonel pekiştirmeye destek için, acilen hukuk eğitiminin ve akademik hukukçuluğun güçlü bir rasyonel temele kavuşturulmasına ihtiyaç bulunmaktaydı (Stevens 1983: Bl. 1 ve 2).

Austin ile koşutluklar burada sona eriyor; çünkü Pound Austin tarzı bir hukuk biliminin hukuk sisteminde kurumsal reforma ve profesyonel gelişime teorik temel oluşturmak için tamamen yetersiz olduğu kanısındaydı. Görüleceği üzere, Pound’un hukuk teorisi macerası, esas itibarıyla, Bentham ve Austin’in tahammülsüzce bir tarafa bırakmış oldukları *common law* geleneğini güvenceye almaya, saflaştırmaya ve geliştirmeye yönelik bir girişimdir.

Pound’un fikirlerinin ilk kez formüle ediliyor olduğu, çığır açıcı zamanlardan geçmekte olan bir ülkede, (eyalet-

ler ve bölgeler boyunca geniş biçimde dağılmış olan) mahkemeleri hukuki otoritenin odağı olarak görmek gayet anlamlıydı; onları Austinci merkezileşmiş egemenden devredilmiş bir otorite çizgisi bakımından düşünmek ise pek böyle değildi. Pound'un hukuk teorisinin en dikkat çekici yönü, çok daha sonraları bile, modern devletlerin yoğun yasayıcı ve idari iktidarlarının ortaya çıkardığı sorunlar karşısında *common law* tekniklerinin yeniden canlandırılmasını hedeflemesiydi. Pound, aynı zamanda, *common law*'un hukuktaki akla dair anlayışını modern sistematik bilgi formları (özellikle sosyal bilim) ışığında savundu; bunlar yasama ve yargı siyasasının biçimlendirilmesinde giderek artan bir öneme sahip olmuşlardı. *Common law* düşüncesini modern koşullarda yenilemeye yönelik ciddi bir girişim olarak görülen Pound'un sosyolojik hukukbilimi, adındaki "sosyolojik" etiketi ne kadar yanlış yönlendirici olursa olsun, bu kitabın temalarına yönelik önemli bir katkıdır.

Sosyolojik Hukukbilim Yaklaşımı

Yargıçların hukuku geliştirmelerinin temelini açıklamaya yönelik bir girişim iki şekilde ilerleyebilir: Yargısal rolün ya *araçsal* ya da *organik* yönlerini vurgulayarak. David Wigdor, Pound'un bu analiz ve açıklama yönleri arasında başlangıçta nasıl karmaşa yaşadığını açıkça gösterdi (Wigdor 1974: Bl. 9).

Araçsal bir yaklaşım yargısal yaratıcılığın belirleyicilerinin hukukun veya bilinen anlamda hukuk doktrininin dışından geldiğini ileri sürecektir. Çeşitli siyasa mülahazaları, sosyal baskılar, politik faktörler veya ekonomik gereklilikler. Pound'un kendi hukukbilimini (mekanik, körü köre dedüktif hukuki muhakeme ile eşleştirme eğiliminde olduğu) analitik hukukbilime karşıt olarak betimlemek için "sosyolojik" sıfatını kullanması, yine sosyal bilimi sıklıkla hukukun gelişimine bir yardımcı olarak savunması, araç-

salcı bir bakışı ortaya koyuyor. Hukukun görevinin “sosyal mühendislik” olduğu görüşünü tekrar tekrar belirtmesi de öyledir. Ancak yazılarında neyin öne sürüldüğüne daha yakından bakılırsa ve fikirleri on yıllar içinde geçirdikleri evrim ışığında görülürse, farklı bir sonucun ortaya çıkması haklılık kazanır. Wigdor’un ileri sürdüğü gibi, ya Pound’un kariyerinin erken dönemlerindeki araçsalcı görüşü terk ettiği düşünülür ya da (benim tercih ettiğim okuma budur) araçsalcılığın, açıkça *organikçi* olan hukuk görüşünün küçük bir tamamlayıcısı, belki de ona yardımcı kullanışlı bir retorik olmanın ötesinde Pound’da hiç var olmadığı sonucuna ulaşılır.

Organikçi görüş şu fikirlerle ifade edilebilir:

1. hukuk kendi içinde kendi gelişiminin doktrin kaynaklarını barındırır; bunlar evrilmekte olan hukuka içerik ve biçim kazandırabilen değerler ve ilkeler formundadırlar (yasama veya idari karar-verme ile sonuçlanan bilinçli politik eylem formunda “dışarıdan” gelen değişim girdilerine kaçınılmaz olarak bağlı değildir);
2. hukuk tabii bir değişim itkisine, içkin bir gelişme eğilimine sahiptir (içsel olarak dinamiktir, statik değildir);
3. hukuki gelişim, hukuk sisteminin, sistem içinde kayıt altına alınmakta olan beşeri taleplerin değişen örüntülerine düzenli biçimde uyulanması meselesidir (münhasıran olmasa da öncelikle avukatlar ve yargıçlar tarafından, yerleşik hukuk tekniklerinin ve ilkelerinin kullanımı yoluyla yönetilen bir uyarlama sürecidir);
4. hukukçunun görevi bu düzenli hukuki gelişim süreçlerini serbestçe işler halde tutmaktır.

Pound’a göre, hukukçunun görevinin sosyal mühendislik olarak düşünülmesi, her durumda reformlara mühendislik yapmak anlamına gelmiyordu; bu ancak yukarıdaki dördüncü ilke gerektirdiği zaman yapılandı (Wigdor 1974: 230). Erken dönem yazılarında, hukukçuların ve diğer

mesleklerin hukuki gelişim süreçlerini işler halde tutmadaki başarısızlıklarından oldukça kaygılıdır. Bunları, tıpkı klasik *common law* düşüncesinin varsaymış olduğu gibi, doğal süreçler olarak görür. Bu yüzden hukuk sisteminde acilen *usul* reformları yapılması gerektiğini savunur.

Pound'un adı, ironik biçimde, hukuk mesleğinin radikal bir eleştirmeni olarak duyulur oldu; bu, 1906'da Amerikan Barolar Birliği'nde (ABA) "Adalet Yönetimine İlişkin Genel Hoşnutsuzluğun Nedenleri" başlığıyla yaptığı, hayli tartışmalı konuşma sayesinde oldu. Bu ünlü yazının merkezi konusu, aslında adalet yönetimindeki pratik *usul* ve organizasyon kusurlarıdır. Ama konuşmada esasen *her türlü* hukuk sisteminde genel hoşnutsuzluk nedenlerinin mevcut olduğu söylenmektedir. Bunlar arasında, hukuk kurallarının mekanik işleyişi, hukuk ile kamuoyu arasındaki kaçınılmaz ayrışma, adalet yönetiminin üstün profesyonel hünerler gerektirmeyen kolay bir görev olduğuna dair genel varsayım ve hukuki kısıtlara karşı genel tahammülsüzlük bulunur.

Bunun gibi, Anglo-Amerikan *common law* sistemi de (usul ve organizasyon sorunları bir yana) masum değildir. Bu sistemin bireyci ruhu "kolektivist çağa hastalıklı bir uyum sağlar" Büyük sosyal ve ekonomik meseleleri özel hukuki ihtilaflara dönüştürerek tahammülsüzlük ve hınç doğurur. Genel fikirlerden veya hukuk felsefesinden yoksundur. Bu yüzden de "kapsamlı reform gerekmekteyken günü kurtarmayı" teşvik eder. Rekabetçi sistem "duruşmayı bir oyuna çevirir" ve "hukuk sistemimizin büyük bölümü hâlâ içtihat hukuku" olduğu için "form kusurları" ortaya çıkar (Pound 1906: 185).

Bu açıklamalar, hukukun yetersizliklerine yönelik, dikkatlice ılımlı hale getirilmiş olsa bile dobra eleştirilerin alışıldık olmadığı bir dönemde Amerikan hukuk mesleğinde bir fırtına yarattı. Görülüyor ki, Pound'un başlangıçtaki *common law* savunusu ve pozitivist analitik hukukbilimin öne sürdüğü irade olarak hukuk anlayışına yönelik eleştiri-

risi, saati geriye alma girişimi değildir. Bazı erken dönem yazıları, mahkemelerde düşüncesizce yapılan tahripkâr yorumlara karşı yasamayı kuvvetle savunur. İçtihat hukukunun kısırlılığını küçümser ve hukukî gelişim için yalnızca yasamanın yeni bir başlangıç sağlayabileceğini ileri sürer (Pound 1908: 614, 621). Austinci analitik hukukbilim, hukuk anlayışının merkezine yasamayı yerleştirir görüldüğü için değil, yalnızca hukuku yapan resmi otoriteyle ilgilendiği ama o otoritenin uygulanırken yönelmek zorunda olduğu amaçları hesaba katmadığı için eleştirilir.

Öte yandan, Pound'un yasamayı savunması bazı Savigny'ci imaları hatırlatır. Yasamanın mahkemeler aracılığıyla kendiliğinden yürüyen hukuki gelişimin hizmetkârı olduğu ima edilir: Yasama, karışıklık çıktığında doktrini açıklığa kavuşturur, onu pekiştirir ve cari içtihat hukukundan açıkça bir şey çıkmıyorsa gelişim çizgileri önerir. Hukuku "yargı kararının taze bir başlangıç yapmasını sağlayacak" (Pound 1908: 622) biçimde yeniden ifade etmek için yasamaya ihtiyaç vardır. Ancak bu "yargısal gelişimin taze başlangıcı olacak yeni kuralları, sonra yeni öncülleri ve nihayet sistematik bir ilkeler bütünü" (1908: 612) ihtiva eder; dolayısıyla yasamanın sadece pekiştirmeye sınırlı olduğuna dair bir düşünce yoktur. Pound'a göre yasamanın rolü dinamiktir; hukuki gelişimin başka güçleri başarısız olduğunda, modern sosyal ihtiyaçlar ışığında hukuku daha ileriye o taşır.

Pound'un erken dönem eserleri, okuyucuyu, yasama faaliyetinin *common law*'un kalbini yeniden düzenli biçimde çalıştırmak için uygulanan bir tür şok tedavisi olduğunu düşünmeye sevk eder. Bundan da şu çıkar: Yasamanın önemi ortada olduğuna göre, hukukçular onun teknikleri hakkında bilgi sahibi olmak ve içeriğine dair tartışmalarda etkin, profesyonel bir taraf konumunda bulunmak zorundadırlar. Pound'a göre, bu tür bir rol hukukçuların dikkatlerini bu tartışmalar için önemli malzeme sağlayan sosyal bilime yöneltmelerini gerektirir.

Yine bu eserlerden açıkça anlaşılıyor ki, Pound'a göre, mahkemeler tarafından geliştirilmiş hukuk doktrininin çıkmaza girmesinin nedeni, *common law* yönteminin esasının takip edilmemiş olmasıdır. Mahkemeler körü körüne dedüktif muhakemeyi, "mekanik hukukbilimini" kabul ettiler; bu ise *common law*'un kaidelerin "uygulanma koşullarına" yönelik ilgisinin tam zıddıydı (1908: 611-612). *Common law*'un zamana dayanıklı yöntemleri, modern koşullar altında hukukçuların cemaat değerlerine ve ihtiyaçlarına dair bilgi kaynaklarını kullanmalarını gerektirir; bunu da sosyal bilim sağlayabilir.

Pound'un ABA konuşması, profesyonel pratiğe yönelik keskin eleştiriler içermesi bakımından çalışmaları içinde atipik olsa da, onun bazı erken dönem, merkezi, reformcu kaygılarını fiili biçimde ortaya çıkarır. Bu da onun normatif hukuk teorisinin aldığı yönü açıklamaya yarar. Bu konuşmada, geniş sosyal menfaatlere giderek artan ölçüde dikkat gösteren bir toplumda *common law* yöntemlerinin bireyciliği vurgulamasına yönelik eleştiriler kayda geçirilir. O halde bundan ortaya çıkan şey şudur: Modern koşullar altında *common law* yöntemlerini savunan bir teori, dikkatini sistematik olarak bu sosyal menfaatlere, onların yaşama ve yargı süreçlerinde nasıl hesaba katılmakta olduklarını ve nasıl hesaba katılmaları gerektiğini göstermeye yöneltilmelidir.

Keza eğer hoşnutsuzluğun nedenlerinden biri geniş sosyal konuların özel ihtilaf meselelerine indirgenerek tahrip edilmesi ise, bireysel ve sosyal konuların kendi özel düzlemlerinde ele alınarak analitik bakımdan nasıl ayrı tutulabileceklerini göstermek de kesinlikle gereklidir. Bireysel olan bireysel olana karşı, sosyal olan sosyal olana karşı alınacaktır. Geniş çaplı sonuçları olan ihtilaflar özel veya bireysel konularla karıştırılmayacak, öncelikle ortaya çıkan sosyal meseleler bakımından inceleneceklerdir.

Yine, eğer duruşma fazlasıyla bir oyuna benziyorsa, muhtemelen ihtiyaç duyulan şey bir yargılama teorisidir;

bu teori, zıt menfaatlerin sistematik olarak teşhis edildiği, tartışıldığı ve karşılaştırıldığı bir dengeleme süreci olarak yargılamanın objektif niteliğini öne çıkaracaktır.

Son olarak, eğer *common law* içtihatların biktırıcı bir yığını ise, gerekli olan şey kesinlikle teorik bir şemadır. Bu şemada içtihatların içerikleri sistematik biçimde düzenlenebilir: Yalnızca modern mahkemelerin mekanik hukukbilim aracılığıyla ortaya çıkardıkları kaotik bir doktrin olması⁴ hasebiyle değil, içtihatlarda yansıma bulan ve hukuken tanınıp korunan bireysel, grupsal ve toplumsal menfaatler bakımından da bu yapılabilir. *Common law*'a dair bir teori, topluluk hayatının hukuki ifadesi olan hukukun bu ideal niteliği ile yaklaşık bir uyum içinde olmak zorundadır. Bu yüzden de, hukukun yapısına dair (pozitivist analitik hukukbilimde olduğu gibi) şekli bir teori değil, hukukun içeriğine -topluluk hayatının hukuki taleplerde ve ihtilaflarda ifade bulan unsurlarına- dair bir teori olmak zorundadır.

ABA'ya hitabında ortaya konan şikâyetler ile tedricen aldığı biçim içerisinde Pound'un sosyolojik hukukbiliminin merkezi ilkeleri arasında doğrudan bir bağlantı olsun olmasın, yukarıda belirtilen (görüleceği üzere, tümü Pound'un hukuk teorisine bütünleşik olan) genel fikirlerin, 1906'da Amerikan hukuk mesleğinde hoşnutsuzluk duygusu yaratan pratikler listesinin doğal bir sonucu olduğu kolayca anlaşıyor.

Menfaatler Teorisi

Pound'un yazılarında defalarca tekrar edilen sosyolojik hukukbilim programı bir dizi hukuki görev ihtiva eder; bunlar tüm hukukçuları, yargıçları ve avukatları hukuk sisteminin (Pound'un favori ifadelerinden birini kullanır-

⁴ Pound Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün, emsal hukukunun sistematik analizinden damıtılan ilkelerin derlenmesi yoluyla hukukun yeniden ifade edilmesi projesini temkinli biçimde destekledi: Stevens 1983: 136; Hull 1997: 135.

sak) asgari sürtünme kaybıyla işlemesini sağlamaya yönelik aynı iş etrafında bir araya getirir.

İlk görev hukuken tanınmak üzere baskı yapan tüm menfaatlerin (insanların bireysel veya kolektif olarak tatmin etmeye çalıştıkları iddialar, talepler ya da beklentiler) listesini çıkarıp tasnif etmektir. Böylece, hangisinin ne ölçüde korunacağına karar verme görevinde hiçbiri görmezden gelinmeyecektir. İlk bakışta bu Pound'un projesi için belirgin bir sosyolojik temel sağlar görünüyor. Toplumdaki menfaatlerin teşhisi elbette sosyal bilimcinin görevidir. Ancak, Pound'un teorik bakışının başka yönlerinde olduğu gibi, burada da sosyal bilim, hukukçunun profesyonel hnerlerine nazaran daha alt bir düzeye sıkıca yerleştirilmiştir.

Pound menfaatlerin sosyal bilimsel olarak araştırılmasının pratik olmadığı kanısındadır. En azından yakın gelecek için bu böyledir. Menfaatler fiilen mahkeme önüne getirilen (ve böylece içtihat hukukuna belli ölçüde yansıyan) veya yasama organında lobisi yapılan taleplerin kaydedilmesiyle teşhis edilmelidir. Yasama ve yargı kayıtları böylece, hukuken ne ölçüde korunuyor olursa olsunlar menfaatlerin varlığını ortaya koyar. Pound'un bakışına göre, değişen sosyal ihtiyaçlardan kaynaklanan değişim baskıları yalnızca yasal veya yargısal süreçte kayıt altına alındıktan sonra, hukuk sistemiyle, onun teorisyenleriyle ve uygulayıcılarıyla ilgili hale gelirler. Ortaya konan bu manzara, hukuk düzenini sosyal değişimi teşvik eden veya yönlendiren bir makina olarak göstermez; ortada olan, kendisine getirilecek değişiklikleri beklemekte olan bir hukuk düzenidir.

nceki bölümde, hukuk teorisinin temel birimleri olarak menfaatlere yapılan vurgunun, hukukun topluluğun ihtiyaçları ve sorunlarıyla yakın ilişkisine dair *common law* görüşünü merkezde tutma ihtiyacının bir yansıması olduğu ileri sürülmüştü. Pound için bu temel birimlerin, kelimenin tam anlamıyla yalnızca *potansiyel* olarak hukuki ol-

duklarını fark etmek önemlidir. Menfaatler hukuken korunduklarında hukuki *haklara* dönüşürler; tanınmak için hukuk sistemine baskı yapan talepler olarak ise yalnızca hukukun hammaddesi durumundadırlar. Bunlar sosyal etkileşim örüntülerini ve sosyal ilişki yapılarını ifade ederler; hukuken tanınmak için baskı yapan menfaatlerdeki değişimler, sosyal etkileşim ve ilişki örüntülerindeki değişimleri yansıtır. Bu yüzden, menfaatlerin topluluk fikrinin pratik bileşenleri oldukları ileri sürülebilir; bu kitabın önceki bölümlerinde klasik *common law* düşüncesinin kalbinde bu fikrin bulunduğu saptanmıştı.

Pound'un yazıları kapsamlı sınıflandırmalar, menfaat tasnifleri barındırır. Üç tür (toplumsal, bireysel ve kamusal) teşhis edilir. Toplumsal menfaatler bir kolektivite olarak toplumun bütününün taleplerinin genelleştirilmiş halidir. Bunlar toplumun ahlâki iyiliğiyle, genel güvenliğiyle, sosyal kurumların güvence altında oluşuyla, sosyal ve doğal kaynakların korunmasıyla, ekonomik, politik ve kültürel ilerlemeyle ilgili menfaatlerdir. Kamusal menfaatler, politik bakımdan örgütlenmiş toplumun hukuken vücut bulmuş hali olan devlet tarafından ileri sürülen menfaatlerdir. Bireysel menfaatler kişinin özel güvenliğiyle, işlemlerinin, mülkiyetinin, aile ilişkilerinin, mahremiyetinin, itibarının ve inancının güvence altında oluşuyla ilgili tüm menfaatleri içerir. Pound'a göre, bireysel iyiliğin azamileştirilmesinde bir sosyal menfaat bulunduğu için, genel olarak bireysel menfaatlerin olabildiğince geliştirilmesi de sosyal menfaat gereğidir -muhtemelen tüm sosyal menfaatlerin en önemlisi budur.

Pound bu menfaatler şemasını irdelemekten, sınıflamaktan, alt-tasnifler yapmaktan, Anglo-Amerikan içtihat hukukundan bir yığın örnek vererek kategorileri belgelemekten hoşnut görünür. Peki, bu gerçekte ne içindir? Amaç, *common law* bakışıyla uyumlu olacak bir biçimde hukuktaki düzeni ve birliği göstermek (önceki bölümlerde normatif hukuk teorisi için merkezi önemde olduğu gö-

rülmüş olan bir amaç) gibi duruyor. Austin'in ileri sürmüş olduğu gibi, böyle bir yaklaşım "hukuki bir harita" gerektirir; ancak bu -Pound'un anlayışıyla- egemenlik fikrinde mündemiç olup yukarıdan aşağıya otorite örüntülerini gösteren, hukukun şekli yapılarının bir haritası⁵ değildir. Bu harita, tahmini biçimde hukukun güncel topluluk ihtiyaçlarıyla irtibatlı bulunan içeriğiyle, yani sosyal hayatta yansıyan ve sosyal hayatı kuran menfaatlerle ilgili olmalıdır.

Hukuki konulara dair bu tür bir bütünsel görüş bir kez ortaya konduktan sonra, sosyolojik hukukbilim programının kalanı gerçekleştirilmeye çalışılabilir. Pound (1941: 261) bunu açıkça belirtir: (i) hukukun tanınması gereken menfaatlerin seçimi; (ii) bu menfaatlerin korunmasının uygun hukuki sınırlarının belirlenmesi; (iii) hukukun onları nasıl ve ne ölçüde etkin biçimde koruyabileceğine karar verilmesi ve (iv) önceki üç görevin yerine getirilmesi için değerlendirme ilkelerinin formüle edilmesi.

Açıktır ki, tüm bu görevler analitik hukukbilimin betimleyici hedeflerinden çok farklıdır. Bunlar yol gösterici durumdadır -hukuki gelişimin nasıl gerçekleşmesi gerektiğini belirlerler. Aynı zamanda, işler haldeki bir *common law* sisteminde *fiilen* benimsenmiş yol gösterici ilkeleri açıklıyorlar diye de anlaşılabilirler. Yapılan iş bu anlamda, aynı zamanda betimleyicidir de. Böylece Pound'un projesine bir muğlaklık unsuru eklenir. Hukuki süreçlere ve yargı pratiklerine dair yol göstericilik ile betimleyicilik kol kola gider: Birini diğerinden ayırmak zorlaşır. Olan, olması gerekenden ayrılamaz hale gelir. Bu pozisyon da klasik *common law* düşüncesinin (geleneği eşzamanlı olarak olan ve olması gereken olarak gören) konumuyla gayet uyumludur, pozitivist analitik hukukbilimin bakışına ise tamamen zıt durumdadır.

Menfaatler "aynı düzlemde" -yani bireysel olan bireysel

⁵ Karş. yuk. Bl. 3.

olanla, toplumsal olan toplumsal olanla (kamusal menfaatler sonunda Pound'un ana ilgi konuları arasından çıkmış gibidir)- dengelenmelidir (Pound 1943: 2). Bireysel menfaatler hiçbir zaman doğrudan toplumsal menfaatlerle dengelenmemelidir; menfaatler mümkün olduğunca "en genel formları" içinde, yani toplumsal menfaatler biçiminde karşılaştırılmalıdır (Pound 1943: 3).

Şu sonuca ulaşılabilir ki, Pound'un bu noktadaki ısrarının ardında gerçekte bulunan şey, *common law* yargısal süreçlerinin toplumsal menfaatler çatışmasıyla etkin biçimde ilgilenebilmesini sağlama, böylece de *common law*'un fazlasıyla bireyci olduğu eleştirisinden kaçınma isteğidir. Pound bireysel hayatın ve bireysel arzuların korunmasını muhtemelen en öncelikli sosyal menfaat saydığı için, toplumsal menfaatlerin teorik bakımdan üst sıralara yükseltilmesi, *common law*'da içtihadı dayalı gelişimi özellikle odakta tutma teamülüne zarar vermez; aksine onun daha büyük sosyal çatışmalar alanındaki ve toplumsal menfaatlerin dengelenmesindeki önemini teyit eder.

Değerler İçin Bir Ölçü Arayışı

Böyle bakıldığında, genel şekli ve vurguları içinde Pound'un sosyolojik hukukbilimi, *common law* bakışının modern koşullar altında yenilenmesine yönelik gelişkin olmayan bir girişim değildir. Ancak hukuki gelişim için pratik (yol gösterici) bir rehber oluşuyla veya Anglo-Amerikan hukukunun evrilme biçimine dair açıklayıcı (betimleyici) bir teori oluşuyla ilgili ayrıntılara inildiğinde, bu tür normatif hukuk teorisinde gerçekleştirilmeye çalışılan projenin tam kalbine giden ciddi sorunlar açığa çıkar.

Pound'un teorisi "döngüsel" bir hukuk teorisidir; demek istediğim, hukukun niteliğini açıklamak için öyle kavramlara başvurur ki, bu kavramların kendileri açıklanması hedeflenen şeylerden türetilmiştir. Bu menfaat kavramının bizzat kendisi için de doğrudur. Teorinin maksatları için

neyin ayrı bir menfaat sayıldığı açık değildir (Llewellyn 1930a: 14); bu, mevcut hukuk doktrini bütünüünün tartışma konusu olması muhtemel yorumlarına dayanır (ki bu da teorinin aydınlatmayı hedeflediği şeydir). Teorinin menfaatlerin dengelenişini (yani, belli bir davada menfaatlerin ne ölçüde tanınmaları gerektiğine, başkalarıyla çatıştıklarında hukukun ne ölçüde korunmaları gerektiğine karar verirken) yönlendirmesini beklediği “değerler ölçüsü” teşhisi de eşit ölçüde problematiktir. Klasik *common law* düşüncesi gibi, Pound da bu değerler ölçüsünün bir biçimde hukukun bizzat kendisinde içkin olduğunu düşünür –bu ölçü hukuk doktrininin gelişim örüntülerinde saklıdır.

Pound’un yazılarının büyük bir bölümü, gelecekteki hukuki gelişimi yönlendirebilecek bu anlaşılması zor değer ölçüsü arayışına hasredilmiştir. 2. Bölümde, klasik *common law* düşüncesinin hukuki değişimin kültürel değişimin bir yönünden ibaret olduğu kabulüyle zorluğu aştığına değinilmişti: Yönlendirici herhangi bir sarıh ilke tarafından yönetilmeksizin kendiliğinden evrilen gelenek fikrinde ifade edilen budur. Ancak bu konum *common law*’a uygun bir hukuk teorisine temel oluşturmak için tamamen elverişsiz kalır, çünkü değişim için bir hukuki temel ön-görmez ve (*common law*’daki hukuk kavramında merkezde olan) hukukun evrimsel gelişimini hukuki açıklamanın dışında tutar. Pound’un teorisi klasik *common law* düşüncesinin bu mistik özünü sarıh bir değerlendirici ilkeler dizisiyle değiştirmeye çalışır.

Pound, Alman hukukçu Josef Kohler’i izleyerek bunları zamanın ve mekânın *hukuk postulları* diye adlandırır. Bunlar “hukuk kurumları ve hukuk kaideleri tarafından etkin hale getirilecek olan, haklılığa dair fikirlerdir” (Pound 1923: 148). Hiçbir biçimde mutlak değerler değildirler, belli bir toplumda belli bir zamanda sarıhaten ya da zımnen tanınmış haldedirler. Kohler postulları uygarlığın temelindeki değerler olarak görmüştü. Pound (1923: 148) şunları ileri sürer:

“Ebedi bir hukuk yoktur. Ama ebedi bir hedef vardır: İnsanlığın güçlerinin en üst noktaya kadar gelişimi. Zamana ve mekâna özgü hukuku, o zamanda ve o mekânda bu hedefe yönelik bir araç kılmaya çabalamalıyız;” bunu bildiğimiz haliyle uygarlığın ön-kabullerini formüle ederek yaparız. Bu hukuk postulları sayesinde yasakoyucu eski kuralları değiştirebilir ve onlara uygun yenilerini çıkarabilir; yargıçlar kodları ve geleneksel materyali onların ışığında yorumlayabilirler, yani analogi yoluyla geliştirebilir ve uygulayabilirler; hukukçular yasakoyucunun ve mahkemelerin yaptıklarını onlar aracılığıyla organize edebilir ve eleştirebilirler”

Peki, hukuk postulları nerede keşfedilecektir? Pound için cevap hukukun bizzat kendisidir. Hukuk doktrini kendi içkin değerlerini açığa çıkarır. Yine, postullar hukuku daha iyi anlayabilmemizi sağlayacak teorik aygıtlar olmalarına rağmen, postulları anlamak için hukukun kendisi üzerinde yaptığımız çalışmaya dayanmak durumundayız.

Bunun saçmalığı görüldüğünden daha azdır. Pound postulları yalnızca belli bir zamanda belli bir hukuk sisteminin en soyut ve en genelleşmiş normatif bileşenlerinden ibaret olarak anlar. Şu halde onlar, hukuk sisteminin temel dâhili değerler yapısını ortaya koyarlar ve sistem içinde verilen birçok detaylı kararda yansıma bulurlar. Örnek olarak Pound, 20. yüzyıl başında Anglo-Amerikan hukukunun postullarında genel olarak şunların teyit edildiğini saptamıştı: (i) kasıtlı saldırının yanlışlığı, (ii) çeşitli bağlamlarda iyi niyetin önemi, (iii) özel mülkiyetin kutsallığı, (iv) başkalarına zarar vermekten kaçınmak üzere gerekli özenin gösterilmesinin önemi ve (v) sahip olunan potansiyel tehlikeli şeylerin elden çıkmasını engelleme yükümlülüğü (karş. Pound 1942: Bl. 4).

Pound’un açıkladığı postullar listesi birçok yönden tuhaftır: Profesyonel hukuk pratiği merceğinden görülen, uygar değerlere dair garip biçimde sıkıştırılmış, miyopik

bir görüş. Bu yine de, postulaların çok az açıklayıcı veya yol gösterici güce sahip olmalarına kıyasla daha az önemli bir husustur. Belli bir zamanda belli bir hukuk sisteminin doktrininden genelleştirilmişlerdir. Pound hukuk ve uygarlık evrildikçe ve niteliğini değiştirdikçe bunların da sürekli gözden geçirilmeleri gerektiğini kabul etmişti (Pound 1959 III: 11-14; 1940: 83); bu gözden geçiriş yalnızca zaten tamamlanmış olan hukuki değişimin ışığında yapılabilir, gelecekteki hukuki değişime göre değil. Bu nedenle postullar hukukun gelecekteki değişimini açıklayamazlar veya onu güvenilir biçimde yönlendiremezler, zira bizzat kendilerinin nasıl değiştiklerine veya geliştirildiklerine dair bir teorik açıklama yoktur. Değişimin hızlı olduğu bir çağda, mevcut postulların ne olduklarının keşfi imkânsız da olabilir (Pound 1942: 133-134; 1959 III: 14-15).

Pound'u savunmak adına, hukuk postullarının hukuki gelişimin tüm mevcut ve gelecek biçimlerini anlamak için anahtar olduklarına dair bir iddia bulunmadığı söylenebilir. Öncelikli anahtar olarak insanlık hallerinde sürtünme kaybını engelleme gibi muğlâk bir hedef gösterilir (Pound 1942: 133-134). "Hukukun amacına [maksadına] dair hangi teoriler ön plana çıkmış olursa olsun, bu hukuk düzeninin yapagelmekte olduğu şeydir ve geriye baktığımızda da bunu oldukça iyi becerdiğini görüyoruz" (1940: 76).

Postulların ifade edilmesi, hukukun en soyut, en istikrarlı bileşenlerini teşhis etme girişiminden ibarettir ve bu, Pound'un pozitivizmin hukuku kurallar ya da normlar olarak gören sınırlı anlayışına karşıt olarak konumlandığı, hukuk alanının geniş ve çok yönlü olarak anlaşıldığı bir düşünüş içinde yapılır. Postullar *common law*'un içkin dinamik niteliğinin, hukuk doktrininin bizzat içinde yerleşik olan unsurlarının teşhisine yönelik ciddi bir çabanın ürünüdürler. Ürünün bu ölçüde sınırlı olması, hukukun gelişim süreçlerini hukuka dair fikirlerin kendi nitelikleri bakımından açıklamaya çalışmanın (yani onu bir araçsalcının ileri sürebileceği gibi dışsal güçlerin dayatması ola-

rak değil, hukuka içkin bir şey olarak görmenin) bizzat kendisinin hatalı olduğunu gösteriyor olabilir.

Pound'un Hukukbiliminin Dahâ Geniş Bağlamı

Pound'un hukuk düzeninin temel hedefi olarak sür-tünme kaybının önlenmesine sürekli gönderme yapması, *common law*'un organik hukuk anlayışının baskınlığına rağmen, onun düşüncesine kalıcı bir araçsalıcı iz bırakır. Ancak neyin sür-tünme ve kayıp sayılabileceğinin, onu en-gellemek için fiilen ne yapılacağıнын teorik bakımdan irde-lenmesine yönelik ciddi bir çaba harcanmaması gösteriyor ki, düşüncesindeki bu yönün bütün önemi, esas itibarıyla hukuki gelişime dair organikçi görüşe teorik bir destek du-rumunda olmasında yatıyor.

Wigdor, Pound'un erken dönem kariyerindeki bakışı-nın, kendisine ve başkalarına, araçsalıcı hukuk görüşlerine sempati besleyen çeşitli politik konumlarla ve reform ha-reketleriyle tamamen uyumlu görüldüğünü ileri sürmekte kuşkusuz haklıdır (Wigdor 1974: Bl. 8 ve 9). Pound 20. yüzyıl başında Amerikan politikasındaki *İlerlemeci* [*Pro-gressive*] hareketi desteklemişti. Bu hareket, Amerikan haya-tında yerleşik olduğu düşünülen temel değerler çerçevesi içinde yer alan ve onları destekleyen bir sosyal reform doğrultusunda, yönetimin rasyonel ve bilinçli biçimde ha-rekete geçmesi taraftarıydı. İlerlemeciler oldukça pragma-tik bir bakış benimsemişlerdi, böylece “rasyonel insanlar, aralarındaki farklılıkların”, “olgulara ve iyi niyete” dayalı olarak “üstesinden gelebileceklerdi” (Hull 1997: 29).

Pound'un erken dönem yazılarında da başvurulmuş bu yeni pragmatizm felsefesi, Pound'un fikirlerini modern hukuk düşüncesinin temeli olarak destekler. Bazı yorum-cuları onun hukukbilimindeki araçsalıcı yönleri gereğinden fazla vurgulamaya ve onun fikirleri ile hukuka araçsalıcı yaklaşımı yürekten desteklemiş daha genç Amerikalı bilim insanlarının görüşleri arasındaki uyumu gereğinden fazla

öne çıkarmaya iten nedenlerden biri de budur. Pragmatizmde mutlaklara bir güvensizlik besleniyordu, değerlerin (doğruluk değeri dâhil) bilinçli biçimde tercih edilmiş amaçlara başarılı biçimde ulaşmaya yarayan araçlar olarak yalnızca pratikte gerçekleştiğine inanılıyordu.⁶

Ancak Pound için “pragmatizm” kelimesi “sosyolojik” kelimesinden ne daha az ne de daha çok kullanışlı gibi görünüyor. Her ikisi de, hukukun soyut mantığından ziyade hukukun amaçlarını vurgulayan yaklaşımlar için birer etikettirler: “Hukukbilimde sosyolojik hareket, pragmatizmi bir hukuk felsefesi olarak görmeye, ilkeleri ve doktrinleri varsayıllık ilk ilkelere değil, ilgili oldukları insanlık durumlarına uyarlamaya, insan faktörünü merkezi konuma yerleştirmeye ve mantığı da bir araç olmak bakımından doğru konumuna yerleştirmeye yönelik bir harekettir” (Pound 1908: 609-610). Pound’a göre bu araç, pragmatizmden kesinkes esinlenmiş hukukçuların sonradan ileri sürecekleri gibi yönetim ve hukuk aracılığıyla planlama ve sosyal reform maksadıyla değil, *common law*’un topluluk hayatının değişen örüntülerinin daimi ifadesi olma kaderini anlamak maksadıyla kullanılmalıdır. Aslında Pound’un bakışının en açık kanıtı, pragmatizmin tamamen araçsalcı olan hukuk görüşlerine dayanak olarak ciddiye alındığının farkına varır varmaz, bu eğilime itiraz etmiş olmasıdır; bu itirazda, başka eleştirilerinde oldukça az rastlanan bir gayret vardır (Pound 1931; Hull 1997: 189-195).

Doksan yıllık ömrü boyunca Pound’un *common law* yöntemlerinin kaderine dair görüşleri önemli ölçüde değişti. Erken dönem yazılarında problem bu yöntemleri mekanik hukukbilimin (şekilci, soyut hukuk mantığının) ürettiği durağanlıktan kurtarmak olarak görülür. Yasama ve idari eylem, bu problemin çözümüne yardımcı olarak düşünülür; Pound’un yazılarında, hukuki gelişimin mo-

⁶ Daha fazlası için bkz. aşa. 7. Bl. “Pragmatizm ve Gerçekçilik”; 9. Bl. “Pragmatizm”

derm yöntemlerine taraftar olan ve hukuku çağdaş sorunları karşılamada doğru yola sevk etmek üzere sosyal bilimlerin sağladığı kaynakların kullanılmasını savunan, açık, ilerlemeci bir ton bulunur.

Geç dönem yazılarındaki ton oldukça farklıdır. İdari kural-yapımı esaslı bir tehdit, daha büyük bir politik “mutlakçılığın”, kontrol edilemez yönetsel iktidar tehdidinin bir parçası olarak görülür (Pound 1940: Bl. 1); Pound’a göre bu, zaman içinde sosyal reforma yönelik yönetsel programların çoğunda yer edinmeye başlamaktadır (Pound 1950: Bl. 3). Hukukun güç durumunda olduğu, her yönden yasamanın ve idari eylemin tehdidi altında bulunduğu belirtilir, bu da *common law*’un doğal gelişim süreci için zararlıdır. Yargıçlar Pound’un yazılarında artık eleştiri konusu olarak değil, hukuki muhakemenin kahraman savunucuları olarak yer alırlar (ör. Pound 1963). Kendisinin eylemlerinde (örneğin sosyal bilimcilerin hukuk fakültelerine atanmalarına itiraz etmesinde: karış. Wigdor: 1974: 223-224, Bl. 10) ve yazılarında sıklıkla hukukçuların hukukun profesyonel dünyasına yönelik tehditler karşısında sağlam durmak zorunda oldukları ima edilir; bu dünya *common law*’un içkin aklını muhafaza etmesiyle tanımlanır ve onun merkezinde yargı bulunur.

Bu üzücü seyir içinde Pound’un *common law* düşüncesini modern biçimde yeniden düşünme çabası buharlaşır; çağın muhafazakârlığı nedeniyle ve muhtemelen modern devlet tarafından yaratılmış pozitif hukukun ve idari düzenlemenin katışıksız ağırlığı altında, eski profesyonel ayrıcalıkların dar bir savunusuna dönüşür.

Dworkin ve Pound

Dworkin’in yazıları, onunla benzer birçok konuyu barındırırsa da, Pound’a pek az atıf yapar⁷. Diğer yandan,

⁷ Dworkin 1967’de kısa bir tartışma vardır. Dworkin’in normatif hukuk teorisine dair en önemli kitaplarının sadece ilkinin (Dworkin 1977) in-

Dworkin'in yazılarında Pound'un sosyolojik hukukbiliminin içine düştüğü zorlukların çoğundan uzak durma ihtimali vaat eden yöntemler benimsenir.

1960'lı yılların sonlarında, Pound'un ölümünden birkaç yıl sonra etkili olmaya başlayan Dworkin'in erken dönem yazılarının çoğu, Pound'un benimsediğinden daha titiz ve daha sistematik bir tarzda, pozitivist kurallar modeline saldırmakla ilgilenir. Pound yalnızca hukukun geniş anlamda kaideler (kuralları, ilkeleri, kavramları ve standartları içerir), teknikler ve idealler olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmüşken, Dworkin tam olarak kurallar modelinin neden uygun olmadığını göstermeye çalışır. Ancak sonuçta bu çaba, Pound'un yapabildiği kadarıyla vurgulamaya çalıştığı, hukuka dair aynı gerçekleri ortaya koymaya dönüşür. Dworkin, yalnızca kurallar temelinde yapılan analizin, bir yargıcın "zor" bir davada -yani sadece mevcut kuralların mantıksal uygulamasıyla bir cevap bulunamayan bir davada- karar verirken kullandığı tüm hukuki malzeme yelpazesini açıklayamadığında ısrar eder.

Ancak Dworkin'in kurallar modeline dair kaygısı Pound'unkinden oldukça farklıdır. Dworkin'in odağında menfaatler (pozitivist analitik hukukbilim tarafından görmezden gelinen, Pound'a göre hukukun topluluktaki köklerini anlamak için anahtar olan unsurlar) değil, *haklar* bulunur. Bu vurgu, Dworkin'in pozitivistizmin yargısal karar vermeye açık bir meşruiyet kazandıramamasını öncelikle dikkate aldığıın işaretidir. Pozitivist analitik hukukçulara göre, yargıçlar zor davalarda karara ulaşmak için hukuku uygulayamazlar, mecburen yaptıkları şey takdir yetkisinin kullanımıdır. Takdir kullanımına dair bu yetki hukuki terimlerle kolayca açıklanamayacağı için, "yasakoyucu" olarak yargıç figürü, Austinci anlamda egemen seçmenlerin

deksinde Pound'a referanslar bulunur. Bunlar iki kısa ve öze dair olmayan yorum barındırır ve bunlardan biri (s. 4) Dworkin'in Pound'u öncelikle bir araçsalıcı olarak gördüğüne işaret eder gibidir.

temsilcisi olmadığı için, hayli problematiktir. Bir demokraside yargıç daima yasamada ifade bulan demokratik iradeye uymak zorundadır. Sonuçta yargıçların eğilimleri daima bu yolla ifade edilmiş olan çoğunluk iradesi lehine olacaktır. Azınlıkları çoğunluğa karşı korumak üzere yaratıcı takdir yetkisi kullanma yetkisinden mahrum kalacaklardır (Dworkin 1971: 158-159). İşte haklar, tam olarak herkese karşı -onları benimsemeyen çoğunluğa bile karşı- icra edilebilir olması gereken hukuki yetkileri ifade ederler. Bilmem, zor davalarda dayanılacak hiçbir hak olmadığını eklemeye gerek var mı?

Böyle bakıldığında, Dworkin'in pozitivizmin sınırlılıklarından kurtulma kaygısı, hukukun bireysel özgürlük ve özerkliğe dair geniş liberal değerleri, gerektiğinde hükümet siyasalarında yansıyan çoğunluk taleplerine karşı, savunma yetkinliğini teyit etme stratejisinin bir parçasıdır. Tıpkı daha önceki birçok yazar gibi, o da hukukun merkezi görevinin "çoğunluk tiranlığını" desteklemek değil, (karş. Mill 1859: Bl. 1) engellemek olduğunu düşünür. Pound'un öncelikleri ise, görülmüş olduğu gibi, politik otoritelerin hukuk dayatma tehdidiyle yüz yüze olan *common law*'cunun profesyonel özerkliğidir: Oldukça büyük bir tehdittir bu, çünkü bu otoriteler çağdaş Anglo-Amerikan çevresinde demokrasinin (ya da Pound'un bazen ona yaptığı atıfla 'Kral Demos'un: karş. Wigdor 1974: 227, 230) sorgulanamaz (bu yüzden de mutlak) meşruiyetini taşırlar.

Dworkin demokrasinin tiranlık üretme ihtimalleri bakımından açıkça kaygı duysa da, Pound'un demokrasiye yönelik genel kuşkusunu paylaşmaz. Pound'un (hukukçu) uzmanlar tarafından yönetilmeye duyduğu inancı da paylaşmaz (karş. Wigdor: 1974: 199). Aynı şekilde, Dworkin'in konumu çok açık biçimde *common law* düşüncesinin bir savunusu olarak çerçevelenmiş de değildir. Ön plana çıkardığı şey, hakların ve vatandaşın ahlâki özerkliğinin korunmasıdır. Pound, eğer bir biçimde tanımış sayılacaksa, bunlardan ilkinin *common law* yöntemlerinin genel bir savu-

nusu bakımından, ikincisini de hukukçunun profesyonel özerkliği bakımından tanımış görünüyordu.

Dworkin'e göre haklar hukuk kurallarından önce gelirler ve onlara anlam kazandırırılar. Kurallar modelini reddedişi, Pound'un yaptığı gibi hukukta kurallardan fazlasının var olduğu iddiasıyla ifade edilmez. İddia hukukun kurallardan *daha esaslı* olduğu, kuralların da hukukun içeriğinin tam olmayan ve problematik ifadeleri olduklarıdır. Bu konum aslında klasik *common law* düşüncesine oldukça yakındır. 2. Bölümde belirtildiği gibi, klasik *common law* düşüncesinin anlayışı hukukun özünün kurallarda değil, hukuktaki akli ifade eden ilkelerde olduğunu kabul eder.

Dworkin'in hukukta ilkelerin yerine dair fikirleri aşağıda irdelenecek. Burada şunu belirtmek önemlidir ki, yargıcın görevi "mevcut güçlerine çoğunluk iradesinden bağımsız biçimde sahip olan hakları ve yükümlülükleri" (Dworkin 1971: 159) icra etmek olarak tanımlanır tanımlanmaz, yargıçlar Dworkin için (pozitivist analitik hukukçuların düşüncelerine zıt olarak) hiçbir biçimde yasakoyucuya dönüşmezler. Onların otoriteleri, demokratik bir yasakoyucu gibi çoğunluğun iradesini temsil ediyor olmaktan kaynaklanmaz. Bu irade nasıl anlaşılıyor olursa olsun, yargıcın görevi onu uygulamak da değildir. Dworkin'e göre, yargısal otorite yasakoyucudan farklı bir kaynaktan türemeli ve yasakoyucunun rolünden farklı bir rolü desteklemelidir.

Pound gibi, Dworkin de yargıcın hem hukuku geliştirme yetkilerinin hem de bunu yaparken kullanacağı kaynakların hukukun bizzat *içinden* türediğini düşünür, Austin'in egemeni gibi dışsal bir kaynaktan değil; ikinci durumda yargıçların yetkileri ve zor davalarda yorum yapma görevleri için erişebilecekleri kaynaklar egemenin siyasaları tarafından tanımlanır. Görüleceği üzere, Dworkin'in yargıcın yorumlama faaliyetlerine yönelik yetkileri ve kaynakları sağlayan ve hukukta içkin olan şeyin ne olduğuna dair açıklaması, Pound'un açıklamasından oldukça

farklı ve daha zengindir; Pound bunu kaideler, teknikler (ki bu tartışmalarda muğlâk bırakılmıştır) ve merkezinde zamana ve mekâna özgü hukuk postulalarını bulunduran bir değerler ölçüsü bakımından tartışır.

İlkeler ve Siyasalar

Dworkin'in Pound'un çalışmalarına dair nadiren yaptığı değerlendirmelerde onun ilkelerin hukuki önemini tanımasından övgüyle söz edilir, ancak pozitivistizmin etkili bir eleştirisinin yeterince yapılmaması eleştirilir; buna göre Pound ilkelerin hukukun "kurallar gibi" bir parçası olduğunu gösterememiştir, "aslında görevlileri denetleyen ve faaliyetlerini düzenleyen bunlardır" (Dworkin 1967: 217). Bu gösterilmediğinde, pozitivist analitik hukukçular ilkelerin ve hukuka eşlik eden başka genel fikirlerin kuralların yorumlanmasında önemli olduklarını kabul edebilirler; kurallar modelinin bu unsurları hukukun asli bileşenleri yapmak üzere değiştirilmesi gerektiğini ise reddedebilirler. Pound'un kaideleri hukuk kurallarından farklı sayarken söylediklerinin çoğu, pekâlâ, pozitivist analitik hukukçular tarafından yargıçların ve diğer görevlilerin zor davalarda karar verirken hesaba kattıkları takdire bağlı (hukuki olmayan) değerlendirmelerin bir kısmından ibaret diye görülebilir. Böylece pozitivist hukuk imgesi doku-nulmadan kalacaktır. Yargıcın yaratıcı rolü ise hukuken açıklanamaz ve hukuken meşrulaştırılamaz olarak varlığını sürdürecektir.

Dworkin'in stratejisi ise, hukuk kurallarına indirgene-meyecek olan ilkelerin pratikte mahkemeler tarafından görmezden gelinemeyecek birer hukuki otorite olarak kabul edildiklerini göstermektir: Onlar zor davalarda karara varılırken asli (seçimlik ya da takdiri değil) unsurlar sayılmaktadırlar. Hatta Dworkin tüm davalarda, uygulanabilir kuralların ardında duran ve onlara anlam veren bir hukuki ilkeler bütünü'nün bulunduğunu ileri sürmeye ça-

lıdır. O halde zor bir dava ile basit bir dava arasındaki tek fark, ikincisinde uygulanabilir ilkeler ile ilgili kurallar arasındaki ilişkinin kararı veren mahkeme tarafından ve mahkeme kararını yorumlayanlar tarafından açık ve sorunsuz bulunmasıdır.

Dworkin'in yazılarında hukuki ilkelerin gözde bir örneği olarak *Riggs v Palmer* davası⁸ geçer. Bu davada New York Eyalet Temyiz Mahkemesi dedesini zehirleyerek öldürmüş olan Elmer Palmer'in vasiyet alacaklısı olarak dedesinin vasiyetinden mülk edinmesini reddetmişti. Uygulanabilir hukuk kuralı, hukuken geçerli vasiyetlerde öngörülen tereke paylaşımının vasiyetçinin isteklerine uygun biçimde hukuken teminat altında olduğunu söyleyen kural olarak ortadadır. Ancak *Riggs v Palmer* davasında mahkeme bilinçli olarak kuralı uygulamamaya karar verir ve bunu kimsenin kendi hatasından kazanç sağlamasına izin verilmemesi gerektiğini söyleyen genel bir ilkeye dayanarak yapar. Terekeye ilişkin olağan kuralı bertaraf eden bu uygulama yargısal takdir yetkisi kullanımı değil, kuralın yönlendirici ilke ışığında yorumlanmasıdır. Buradaki ilke hukukidir, çünkü mahkemenin sırf takdire bağlı icadı olarak yoktan var edilmemiştir; o önceki davalarda farklı hukuk kurallarıyla ve farklı koşullarla ilgili olarak geliştirilmiş, uygulanmış ve yorumlanmış olan, yani kendi hukuki tarihine sahip olan bir ilkedir.

Bu demek değildir ki, hukuk kurallar gibi ilkeleri de barındırdığına göre, ikinciler birincilerle eşitlenmelidir. Hukuk kuralları tanıma kuralı, temel norm veya egemenin emri biçiminde ifade edilen pozitivist bir test kullanılarak teşhis edilebilirler, ancak hukuk ilkeleri böyle saptanamaz. Onlar, tedricen ortaya çıkar, yükselir ya da düşüşe geçerler; söz konusu hukuk sisteminin süregelen tarihi boyunca tanınır, açıklanır ve belki de sonunda terk edilirler. Böyle olmakla, hukuk sisteminin temelindeki değerleri veya ge-

⁸ 115 NY 506 (1889). Bkz. Dworkin 1977: 23; 1986: 15-20.

lenekleri, bir anlamda onun temelindeki siyaset felsefesini yansıtır ve ifade ederler. Anayasal ilkeler, yine özel hukukun temel yapılarının dayanağı olan ilkeler (örneğin iyi niyete veya sözleşmelerin icra edilebilirliğine dair temel değerleri ifade edenler) bu nitelikleri taşırlar. Hukuk olanı hukuk olmayandan net biçimde ayıran pozitivist teste direndiklerinden, pozitivist açıklamanın bütünsel yapısı üzerine şüphe düşürürler. Bu asli önemdedir, zira *Riggs v Palmer* davasında görüldüğü gibi, ilkeler kuralların pozitivist analitik hukukbilime göre hukuk sisteminin kesin hukuki geçerlilik testine dayanan o unsurların- uygulanabilirliklerini *denetlerler*.

Dworkin'in argümanının bu noktada aldığı yön, hukuki olanı olmayandan ayıran, (başka bir yönden) hukukun içindekileri hukukun dışındakilerden ayıran dâhili-harici dikotomisinin terk edilmesi gerektiği sonucuna ulaştırıyor gibi görünebilir. Ancak durum hiç de bu değildir.⁹ Davaları yöneten ilkelerin *hukuki* ilkeler olabileceklerinin kabulü sadece hukukun kapsamını genişletir, ama Dworkin'in görüşünde hukukun ayrık bir olgu olduğu fikrini tutarsız hale getirmez. Yine, sonra görüleceği üzere, Dworkin hukukun içindekiler ile dışındakiler arasında keskin bir ayırım yapar. İçeridekiler hukuk kurallarının ve ilkelerinin yorumuna katılanlar ve bu yolla neyin hukuk olup olmadığının (pozitivist testleri mekanik biçimde uygulayarak değil) yaratıcı biçimde saptanmasına müdahil olanlardır; dışarıdakiler ise yorum oyununu oynayamayanlar veya onunla ilgilenmeyenlerdir.

İlkeler kurallardan başka esaslar bakımından da ayrılırlar. Kurallar gibi ya hep ya hiç tarzında uygulanmazlar (Dworkin 1977: 24). Kurallar ya uygulanabilirler ya da değildirler; ilkeler ise Dworkin'in deyişiyle bir ağırlık bo-

⁹ Fuller'in hukukun var oluşunun bir derece meselesi olabileceğine dair fikrini Dworkin "mantıksız" bularak eleştirir: Karş. Dworkin 1965: 677-678.

yutuna sahiptirler. Hukuk kuralları mantıksal bakımdan çatışamazlar; eğer böyle görünüyorsa bir kural diğeri-
nin istisnası olmalıdır ve onun içine yedirilebilir. Aksi hal-
de kurallardan biri geçersiz olmak zorundadır (1977: 25).
Ancak aynı davada uygulanabilir olan ilkeler arasında ça-
tışma bulunabilir. Hukuki yorum görevi bu durumda ilke-
leri eldeki davayla ilişkileri içinde birbirine karşı tartmayı
içerir. Burada Pound'un mevcut davada menfaatlerin den-
gelenmesine dair söyledikleriyle koşutluk çok açıktır. Ör-
nek olarak hakkaniyet ilkeleri üzerine düşünebiliriz.
"Hakkaniyet yapılması gerekeni yapmayı gerektirir",
"hakkaniyet kusurlu bir bağışı kusursuz hale getirmez" ve
"hakkaniyet yasanın kötü niyetli kullanımına izin vermez"
gibi maksimler aynı davaya uygulandıklarında farklı so-
nuçlara ulaştırabilirler. Yargıcın görevi somut koşullar al-
tında onların görelî ağırlıklarını değerlendirmek ve onları
uygulayarak bir sonuca ulaşmak olacaktır.

Neden bir pozitivistin söyleyeceği gibi, yargıcın böyle
bir karara varırken sadece takdir yetkisi kullandığını veya
belli bir siyasayı benimsediğini söylemeyelim? Dworkin,
"zayıf" takdir yetkisine olan ihtiyacı reddetmez. Bununla
kastettiği, kurallar olsun ilkeler olsun, hukuk doktrini uy-
gulanırken yaratıcı bir değerlendirme yapılmasıdır. Ancak
"güçlü" (yani hukuken kontrol edilmeyen) yargısal takdir
yetkisinin varlığını, klasik *common law* düşüncesinde yapı-
lacak bir reddiye ile aynı tarzda reddeder. Yargıçlar hukuk
yapmazlar, zira uygun kararı vermeleri için gerekli tüm
kaynaklar, doğru anlaşılacak kaydıyla, mevcut hukuk tara-
fından onlara verilmiş durumdadır. Yargıç bir davada hu-
kuki boşluk içinde değil, mevcut kurallara dayanarak ka-
rar verir; bu kurallar da temeldeki hukuk ilkelerini ifade
etmekte ve aynı zamanda anlamlarını onlardan almaktadırlar.

Dolayısıyla, zor bir dava ile karşılaşan bir yargıcın gö-
revi, mevcut hukukun bütünsel doktrin yapısı tarafından
hangi kararın gerekli görüldüğünü anlamaktır. Pozitivist

anlamda anlaşılan kurallar yargıca yön göstermez gibi ol-
salar bile, hukuk sisteminde tedricen gelişmiş olan ve ku-
rallar ile ilkelerin bileşiminde ifade bulan değerler örüntü-
süne dair daha geniş bir anlayış tam da bunu yapar. Yar-
gıçlar hukuk sisteminin içeriğini bu geniş anlamda anla-
malı ve onu yargılamalarında yapabilecekleri en iyi biçim-
de uygulamalıdır. Görevleri hiç kuşkusuz yaratıcıdır.
Ama yasakoyucu bir görev de değildir. Doğru anlaşıldı-
ğında, yargı rolü ne yasama gibi dinamik bir hukuk yapma
rolüdür ne de hukuk “bulma” gibi sadece pasif bir rol.
Yargıç mevcut hukuk kaynaklarını *yaratıcı* biçimde yorum-
layarak hukuku olabileceği en iyi hale getirmelidir. Dwor-
kin’e göre bu yapıyor diye hukuk dışı malzemeler kulla-
nılıyor olmaz. Böylece Dworkin, birçok eleştirmene uzun
süre şaşırtıcı gelmiş olan, mevcut hukukun her zor dava
için bir cevap sağladığı iddiasını ileri sürme imkânı bulur
(yargıçlar ve avukatlar cevabın ne olduğu konusunda
uzun uzun tartışabilseler de). Güçlü yargısal takdir yetkisi
kullanımına ise hiçbir biçimde yer yoktur (Dworkin [R]
1985: Bl. 5).

İlkelerin uygulanması yargısal işlev için asli önemdedir,
ama Dworkin’e göre bu *siyasaların* -ulaşılacak ekonomik,
politik veya sosyal hedefler koyan standartların- işin içine
katılmasından açıkça ayrılmalıdır (1977: 22; 1986: 221-224).
İkinciler normal olarak yargıçlarla değil yasakoyucularla
ilgili bir meseledir. Her ne kadar Dworkinci yargıçlar tara-
fından yaratıcı biçimde uygulanması beklenen hukuk, si-
yasa hususlarından etkilenmiş olaksa da, siyasa yargıç-
ların hukuki değerlendirmelerini ilkelerin -topluluğun hu-
kukta yansıma bulmuş ahlâki ve politik değerlerinin ifade-
sinin- yapmak zorunda oldukları tarzda şekillendirmeme-
lidir (Dworkin 1986: 244).

Birçok eleştirmen ilke ile siyasanın Dworkin’in arzu et-
tiği tarzda açıkça ayrılabilceğinden kuşku duydu, ama bu
ayrım onun düşüncesi için asli önemdedir. Bunun nedeni,
en iyi biçimde, Pound’un düşüncesindeki organikçi ve

araçsalci boyutlar etrafında dönen tartışmalara geri dönerek anlaşılabilir. Görülmüş olduğu gibi, Pound'un hukuk anlayışı nihayetle basbayağı organikçi olsa da, onun ilkeyi siyasadan ayıramaması geride bir muğlaklık bırakır; bazı yorumcuları yanlış yönlendiren de bu olmuştur. Dworkin'in yazılarında böyle bir muğlaklık bulunmaz. O asla meseleyi organikçi-araçsalci zıtlığı bakımından ifade etmez; ama ilkeyi yargılamanın merkezine koymakla, yargıların hukuku içeriden geliştirerek organikçi bir hukuk anlayışıyla iş görmeleri gerektiğini zımnen teyit etmiş olur. Hukuk, kendi kaynaklarının yaratıcı biçimde yorumlanmasıyla, klasik *common law* düşüncesinin tuhaf ifadesiyle "kendi işini kendi görmek" için muktedirdir.¹⁰

Siyasa ise tersine araçsalcıların meselesidir. Hukuk sisteminin dışından kaynaklanan, hukuku belli hedeflere doğru yönlendiren baskılarla ilgilidir. Dworkin'in buradaki konumu Pound'a kıyasla önemli ölçüde daha açık ve daha az muhafazakârdır, çünkü hukukun esasen kendini kendi "dâhili" kaynaklarıyla, (siyasayı yansıtan) yasamayı sadece bir hizmetkâr durumunda tutarak, *common law* aklının kaynaklarıyla geliştirmek zorunda olduğuna dair bir iddia yoktur. Dworkin, asli siyasa girdilerini sağlayan araçsalci hukuk yaklaşımlarına ihtiyaç olduğundan kuşku duymaz.¹¹ Ancak onun konumu, siyasa-güdümlü yasama ile ilke-güdümlü yargı arasında açık bir iş bölümü ortaya koyar. Dworkin'e göre, Pound'un sahip olduğu türden *common law* bakışı sonuçta mahkemeler ve onların sorumlulukları bakımından gayet işe yarar. Ancak sosyal değişimi teşvik etmeye yönelik geniş kapsamlı yasama faaliyetine köstek olmasını gerektiren bir neden de yoktur.

¹⁰ *Omychund v Barker* (1744) 1 Atk 21 s. 33 (sonradan Lord Mansfield olacak başsavcı Murray'ın argümanı). Bkz. Dworkin 1977: 112; 1982: 187; 1986: 400.

¹¹ Bir liberal olarak, vatandaşların hakları bakımından eşitlik vaadinin pratikte korunması, genişletilmesi ve gerçekleştirilmesi için kayda değer yönetim müdahalesine taraftardır. Bkz. ör. Dworkin [R] 1985: Bl. 14.

Hukuki Yorumun Kapalı Dünyası

Organikçi ve araçsalci hukuk yaklaşımlarının böyle net biçimde uzlaştırılması, ne yazık ki, sonuçta istikrarsız ve hayalidir, çünkü Pound gibi Dworkin de iki karşıt görüşten birine karar vermek zorundadır. Hukuk kendi kaderini kendi kaynaklarıyla tayin edebilir mi -bu anlamda ahlâki ve politik bakımdan özerk midir? Yoksa kendi doktrin kaynaklarının dışından gelen bir kontrole ve yönlendirmeye tâbi olarak, esas itibarıyla politik iktidarın bir aygıtı durumunda mıdır?

Dworkin'in geç dönem yazılarında organikçi anlayışın zafer kazandığı açıkça ortaya çıkar. Başka deyişle, Pound için olduğu gibi, Dworkin için de hukuk sisteminde *common law* yargıcı baskın olmayı sürdürmelidir. İlkelerden ayrılabilirdikleri ve pozitivist tarzda anlaşılabilirdikleri sürece kuralların yargısal yorum arenasına yargıcın uygulamaktan başka bir şey yapamayacağı türden normatif malzeme getirdiği, yani yargıçları bu malzemenin kontrol ettiği düşüncesi mazur görülebilir. Dolayısıyla, hukuk siyasa tarafından şekillendirilmiş yasama kurallarından oluştuğu sürece, yargıç sadece bağımsız yaratıcılıktan yoksun bir siyasa aygıtı olabilir. Yine de, görüldüğü gibi, Dworkin'e göre, kuralların yorumunu ilkeler kontrol eder. Böylece, kural-ilke ayrımı geç dönem yazılarında önemini büyük ölçüde kaybetmiştir. İlkeler kurallar yoluyla ifade edilirler, kurallar anlamlarını ilkelerden alırlar. Hukuk tamamen bir yorum meselesidir.

Bu özgül anlamda, yargıca hiçbir biçimde hukuk *dayatılmış* değildir. Yargıçların kararlarından ortaya çıkan hukuk onların yaratıcı yorumlarının sonucudur, ister yasamayla ister önceki emsallerle ya da nihai anayasa hükümleriyle (örneğin ABD Anayasası'nda yazılı olanlarla) ilgili olsun.

Ortaya çıkıyor ki, ilke bir anlamda siyasadan öndedir, zira siyasa mülahazalarından kaynaklanmış hukukun yo-

rumu, yargıcın hukukun ilke unsurlarını yerine getirme yükümlülüğüne uygun biçimde yürütülmek zorundadır. Yorumcu, hukuku olabilecek en iyi hale getirme çabası doğrultusunda mevcut hukuk malzemesini yaratıcı biçimde yorumlar ve bu yorumun ortaya çıkardığı hukuktan başka bir hukuk yoktur.

Yorum Olarak Hukuk

Dworkin 1980'lerden beri yazılarında yargıcın yaratıcı hukuki yorum yükümlülüğünü açıklamak için edebi yorum analogileri kullandı (ör. 1982: 166-168; 1985: Bl. 6; 1986: 228-238). Yargıç önceki yazarlar tarafından başlatılmış bir hikâyeyi sürdürmeye çalışan bir yazar gibidir. Yazar hikâyeyi olabilecek en iyi hale getirmek zorundadır. Bu, eklediklerinin önceden olup bitmiş olanlarla tutarlı olmasını ("uyum" gereği), mevcut malzemeyi en makul ve en ilgi çekici biçimde yorumlayarak en iyi biçimde kullanmasını ve onu daha ileri taşıyacak bir katkıda bulunmasını gerektirir. Yazarın görevi hikâyeyi sürdürmek olduğundan kalkıp da kişisel edebi hazza yönelemez, yapması gereken daha önce olup bitmiş olanların anlamlarının en iyi yorumuyla tutarlı biçimde bir katkı üretmektir.

Elbette yazarın bu yorumu destekleyecek bir şeyler bulması gerekir. Onun mümkün olan en iyi olduğunu ne belirleyecektir? Sonuçta bu, önceden gelenlerle kendi katkılarının bütünlüklü bir yapı oluşturmasıyla, anlam itibarıyla tutarlılık ve zenginlik, gelişim bakımından açıklık göstermesiyle ilgili bir mesele olacaktır. Benzer biçimde, yargıç da en iyi hikâyeyi anlatmalı, hukuk doktrinine önceden yapılmış olan katkılardan en iyi hukuki anlamı çıkarmalıdır. Kendi katkılarını eklerken (önündeki davada yeni bir karar verirken) mevcut hukuk malzemesine "uyum" sağlama gereği ile sınırlanmıştır. Kişisel tercihiyle benimseyebileceği veya uygulayabileceği bazı yorumlar dışarda bırakılır, zira bunlar hukuku bütünleşik, ilkeli bir bütün olarak tasvir etme ihtiyacıyla tutarlı olmayacaktır.

Böylece Dworkin kendi teorisinin yargıçlara yasakoyucunun özgürlüğünü vermediğini iddia eder, oysa pozitivist yargısal takdir yetkisi fikri bunu yapıyor görünür. Yargıçlar hukuk sisteminin temsil ettiği bütün değerler yapısı ile sınırlıdır. Davalarda o değerleri daha ileri taşıyacak, bir bütün olarak hukuk doktrinini onların bütünlüğü ve tutarlı bir ifadesi olarak gösterecek biçimde karar vermeleri istenir. Tutarlılık ihtiyacı yargıcın emsallere ve açıkça ifade edilmiş yasa hükümlerini uygulama gereğine üstün bir değer atfetmesini gerektirir. Bu, hukuk sisteminin yargıcın tanımak zorunda olduğu temel hukuki değerler yapısının bir parçası olarak *stare decisis* ilkesini ve demokratik yasakoyucunun iradesine uyma ilkesini kendi içinde pekâlâ barındırabilir olması halinden oldukça farklıdır (Dworkin 1986: 401).

Aynı zamanda, klasik *common law* düşüncesi gibi¹² Dworkin'in teorisi de yargıçlara öncekilerin yaptıklarını eleştirel biçimde, hatta onların "hatalarını" beyan etmeye ve bu hataları izlemeyi reddetmeye kadar varacak ölçüde, değerlendirme olanağı tanır. Bunun gibi, yasal hükümler de ilgili bütünsel yasama tarihi ile ilişki içinde dikkate alınmalıdırlar. Bazı hallerde bu yaklaşım yargıcı, yasama hakkında, yasadaki kelimelerin doğrudan uygulanışından çok daha fazlasını içerecek sonuçlara da yönlendirebilir (Dworkin 1986: 343-350).

Dworkin'in teorisinin bütünsel çerçevesi, 2. Bölümde açıklanmış olan klasik *common law* düşüncesininkine dikkate değer ölçüde benziyor. Pound'un sosyolojik hukukbiliminin yol gösterici olduğu düşünülebilir; ama o aynı zamanda kendisini, *common law* sistemini bir değerler ölçüsü desteğiyle oluşmuş dengeleme işlemleri ve usuller dizisi anlamında objektif biçimde betimleme girişimi olarak da sunar. Görülmüş olduğu gibi, değerler ölçüsünün objektif biçimde saptanması gerektiğinde, hatta belki menfaatleri

¹² Bkz. yuk. Bl. 2.

teşhis etmeye, listelemeye ve tasnif etmeye yönelik ilk çabaya girildiğinde, betimleme girişimi ciddi zorluklarla karşılaşır. Klasik *common law* düşüncesi hiçbir zaman betimleyici bir hukuk teorisi olmadı, hep yargıçların işlerini nasıl yapmaları gerektiğine dair bir yönergeler ve beklentiler dizisiydi. Böyle bakıldığında, Dworkin'in teorisi klasik *common law* düşüncesiyle Pound'un teorisine nazaran daha uyumludur; zira Dworkin hukuku mesafeli bir gözlemcinin duruşuyla objektif biçimde betimlediğini ileri süren herhangi bir iddiayı derhal ıskartaya çıkarır.

Hukukun baştan sona bir yorum meselesi olduğu kabul edilir edilmez, onun tartışılmasına müdahil olan herkesin aynı yorum egzersiziyle iştigal etmek zorunda olduğu ortaya çıkar. Aksi halde kendi aralarında hukukla ilgili malumat alışverişinde bulunamazlar. Böylece, Dworkin'e göre yargıç, avukat ve hukuk felsefecisi aynı yorum "oyununun" katılımcıları haline gelirler. Hukukun ne olduğuna dair tartışmalara (ister belli bir dava üzerine tartışma, ister bir emsaller çizgisini anlama, ister belli bir hukuk alanına ya da bütün olarak hukuk sistemine dair bir teori geliştirme maksadıyla olsun) bunların tümü müdahildir. Ancak hukukun ne olduğu, hukuk düzenine anlam kazandırdığı düşünülen değerlerin nasıl yorumlanacaklarına bağlıdır. Dworkin'e göre, bu yüzden hukuki yorumun tüm katılımcıları aynı zamanda hukukun nasıl olması gerektiğiyle de ilgilidirler. Objektif biçimde var olan hukuki verilerin *betimleyicileri* olamazlar. Söz konusu ettikleri belirli hukuk sistemine ait hukuki tartışma söyleminin tam katılımcıları olmak zorundadırlar.

Bu yaklaşımın Pound'unkine kıyasla sağladığı büyük bir avantaj, hukuk sistemindeki değerler ölçüsünü objektif biçimde teşhis etme sorununun ortadan kaybolmasıdır. Bu ölçünün sistemin katılımcıları tarafından sürekli inşa edildiği ve yeniden inşa edildiği, yalnızca bir katılımcı perspektifinde anlam taşıdığı kabul edilir. Bu, dışsal bir tür duruşla betimlenecek bir postullar dizisi olarak değil, hukuk

düzeninde katılımcıların süregiden yorumlama projeleri olarak anlaşılmalıdır.

Hukuki Topluluk

Ancak, bu görünür teorik kazanç karşısında ödenmesi gereken bir bedel de var. Örneğin, bu kitapta klasik *common law* düşüncesinin merkezinde olduğu teşhis edilen, hukuk ile topluluk arasındaki ilişkiye ne olur? Dworkin için, ona klasik *common law* düşüncesinde ne oluyorsa o olur: Empirik olarak incelenemeyen, süregiden bir kolektif hukuki yorum süreci olarak sadece olduğu haliyle veri kabul edilen bir şey. Böyledir, çünkü teori hukukun toplulukla ilişkisinin analiz edilebileceği dışsal ve mesafeli bir bakış açısı önermiyor. Burada Dworkin'in teorisinde tamamen içsel bir perspektifin, hukuka dair içeridekilerin perspektifinin bulunmasından kaynaklanan, teoriye içkin olan malum sınırlılıkların bir örneği var. Bu kitapta buraya kadar incelenmiş diğer tüm büyük teorisyenler, hukuk sistemini objektif biçimde betimleme arayışını (Hart'ın hukuk kavramında olduğu gibi) diğeri ile birleştiren, yani bu tür objektif bir betimleme için içeridekilerin hukuka (içsel) bakışını da anlamanın asli önemde olduğunda uygun biçimde ısrar edenler bile, hukuka dair dışsal ve adanmamış bir bakış imkânını açık bırakmaya çalıştılar.

Dworkin hukukun temeli olarak topluluğa ve onun nasıl kavramsallaştırılabileceğine dair uzun uzadıya yazar (1986: 195-215). Ancak bir topluluğun hangi sosyolojik koşullar altında var olabileceğine, sosyal hayatın empirik olarak gözlemlenebilir örüntülerinin nitelenmesi olarak topluluk kavramının anlamına veya hukukun topluluk değerlerini ifade ettiğinin düşünülmesini elverişli kılan tarihsel bakımdan özgül politik ve sosyal koşullara ilişkin bir analize, kendi hukuk teorisinin çerçevesi içinde yer veremez.

Bu kitaptaki önceki bölümlerde bunların önemli sorular oldukları ve Fuller gibi sosyolojik bakımdan daha duyarlı teorisyenlerin (bkz. yuk. "Fuller ve *common law* geleneği")

bunları cevaplamak için takdire şayan çabalar harcadıkları gösterilmeye çalışıldı. Kendi teorisi için kaçınılmaz önemde olan bir kavramın empirik anlamı hakkında Dworkin'in sessiz kalması şaşırtıcıdır; zira böyle bir analiz olmadan, kolektif yorumları ve anlayışlarıyla hukuk üreten bir topluluğun varlığını veri saymak, kurgudan başka bir şey gibi görünmüyor.¹³

Dworkin böyle sorunları görmezden gelir. Topluluk kavramına dair saf felsefi bir analizin peşindedir. Topluluğu insan etkileşiminin ahlâki-politik yapısı olarak, içinde adalet, hakkaniyet ve bütünlük değerlerinin ortaklaşa geliştirilmeye ve uygulanmaya çalışıldığı bir yapı olarak anlar. Ancak bu, bir hukuk sistemine katılmanın ne demek olduğuna dair kendi imgesinin bir yansımasından ibaret gibi görünüyor. Tıpkı *common law*'cuların bir topluluğu bir çırpıda hukuktan ne anlıyorlarsa onun bir uzantısı ya da yansıması olarak görüvermeleri gibi, Dworkin'in topluluk imgesi de hukuki bir mercekle içinden görülür, hukuki yoruma katılan o içeridekilerin bakışına içkin bir şeymiş gibi anlaşılır. Dworkin'de, bir hukuk sisteminde hukuki yorumun katılımcıları, katılımcı olmaları itibarıyla, bir topluluk durumundadırlar. Ancak katılımın ne anlama geldiğine dair (Kim katılır? Hangi yollarla? Hangi süreçler içinde? Hangi sınırlarla?) birçok soru cevapsız kalmış gibidir.

Bu, Finnis'in topluluğu düşünüş biçiminin karşısına konabilir; fiili sosyal koşullar üzerine yapılmış bir çalışmanın sağladığı empirik temelden aynı biçimde yoksun olsa da, Finnis'in düşünüşü ilk ilkelerden felsefi olarak ilerler.¹⁴ Burada Finnis ile Dworkin arasındaki zıtlık kolayca anlaşılıyor. Hart'a benzer biçimde ama Dworkin'den farklı olarak Finnis, bu teori ahlâki değerlendirmelerin kaçınılmazlığını kabul etmek ve varsayımlı evrensel ahlâki sezgiler üzerine kurulu olmak zorunda olsa bile, yol gösterici ya da

¹³ Tüm bu meseleler hk. ayr. bkz. aşağı. Bl. 9.

¹⁴ Bkz. yuk. Bl. 5.

adanmış olmaktan ziyade betimleyici bir hukuk teorisinin mümkün olduğunu ileri sürer (Finnis 1980: Bl. 1). Finnis'in başlangıç noktası Dworkin'in tamamen içsel hukuki perspektifi değildir, hem hukukun hem de ahlâkın, yalnızca hukuki yorum pratiğinin belli katılımcılarının bakışıyla sınırlı olmayan bir noktadan görülebileceği bir perspektiftir. Dolayısıyla Finnis'e göre topluluk, bilinir haliyle ahlâki önemi itibarıyla analiz edilebilir olan ve böyle analiz edilmesi gereken bir şeydir. O, hukuki "içeridekilerin" kendi hukuklarına bakışlarının bir yansımasından ibaret olarak görünmez.

O halde Dworkin'de yargısal yaratıcılığı hukukun içinden açıklama çabası, bunun sadece söz konusu belirli hukuk sisteminde hukukun yorumlanmasında katılımcı olarak bulunmakla -bir avukatın ya da yargıcın bakış açısını benimsemekle- yapılabileceği sonucuna ulaştırıyor. Ancak bu bölümün son kısmında görülecek ki, sonuçta Dworkin'in yaklaşımı, yargısal karar-vermenin ve doktrin gelişim süreçlerinin bir açıklaması olarak normatif hukuk teorisi için ciddi sorunlara yol açıyor.

Politika, Profesyonellik ve Yorum Toplulukları

Bu kitap boyunca normatif hukuk teorisi, kısmen, hukuki profesyonelleşmenin özgül sorunlarına bir tepki olarak sunuldu. Pound'un *common law* yöntemlerini ve hukuk uzmanlarının rolünü savunmasını bu anlamda yorumlamakta pek zorluk yok. Ancak Dworkin, teorisini profesyonel ayrıcalıkların ya da profesyonel hukuk bilgisinin entelektüel ve ahlâki özerkliğinin bir savunusu haline getirmek için özel bir çaba harcıyor. Bu yüzden hukuki yorum katılımcıları topluluğunun sadece hukukçulardan oluşmadığında ısrar eder. Toplumda yaşayan ve onun hukuk sisteminin değerlerine -ahlâki ve politik temellerine- aktif biçimde bağlılık duyan herhangi biri, pekâlâ, toplumun hukukunu yorumlama işinin bir katılımcısı olarak görülmektedir.

Bu demektir ki, bir vatandaş pekâlâ hukuk sisteminin en yüksek mahkemesi tarafından getirilen bir hukuk yorumu ile aynı kanıda olmayabilir. “Bir vatandaşın sadakati hukuka yöneliktir, belli bir kişinin hukukun ne olduğuna dair görüşüne değil; yine o, hukukun neyi gerektirdiğine dair kendi tefekkür edilmiş ve makul görüşünü izlediği sürece hatalı davranmış olmaz” (Dworkin 1977: 214). Burada neyin makul olduğu, hukukun ne olduğuna karar verilirken işe dâhil olan diğer her şey gibi, yorumcu bir tartışma meselesidir. Ama avukatların ve yargıçların bu değerlendirmelerde tekel olmaları zorunlu değildir.

Böylece Dworkin sivil itaatsizlik için bir meşruiyet getiriyor. Bu, hukukun *ihlalini* haklılaştıran değil, resmi hukuk otoritelerinin yorumlarından farklı düşen ama yine de makul biçimde sahip olunan bir hukuk yorumunun peşinden gitmeyi haklılaştıran bir meşruiyettir. Dworkin için bu bir itaatsizlik izni değil, hukukun anlamının -sadece kurallar olarak değil, hukuk sisteminin doktrinel ve kurumsal tarihinde kristalleşmiş belli ahlâki ve politik değerler dâhil olmak üzere hukuk doktrininin bütünsel yapısı bakımından dikkate alınan anlamın- meşru bir tartışmanın konusu olduğu durumların ortaya çıkabileceğinin gösterilmesidir. Böyle durumlarda muhalif vatandaşların görüşlerine saygı gösterilmek zorundadır ve bu görüşe dayanarak yapılan eylemler de görevlilerce toleransla değerlendirilmelidir.

Dworkin bu görüşünü tutarlı biçimde sürdürdü (bkz. Dworkin [R] 1985: Bl. 4). Ancak hukuk sisteminin zorlama gücünü elinde bulunduranlar bu eylemleri alternatif bir hukuki yorum olarak değil bir hukuk ihlali olarak görecekteler; yani, görevlilerden tolerans istemek pek gerçekçi görünmüyor. Aynı şekilde, hem hukukçu olmayan vatandaşları hem de avukatları ve yargıçları aynı hukuk yorumcuları topluluğunun üyeleri olarak düşünmek de pek gerçekçi değil. Örneğin bir akademik hukuk dergisinde mevcut yasanın anlamı üzerine yazılmış bir makalede ifade edilen görüşler, diyelim evsizlerin, mültecilerin, akıl hastalarının

veya acilen hukukun yardımına ihtiyaç duyan başka grupların, hukuk sisteminin temel değerlerinin ve ilkelerinin yakın dönemin yargı kararlarında gereği gibi ifade edilip edilmediğine dair kanaatleri ile birlikte aynı tartışmanın bir biçimde parçaları sayılabilirler mi? Bu topluluk imgesi tamamen inandırıcılıktan uzaktır.

Eğer hukuk yorum olarak anlaşılacaksa, hukuk teorisinde bu yorumun neredeyse tamamen (bir biçimde daha geniş sosyal grupların temsilcileri de olabilen) hukukçuların tekelinde olduğunun açıkça kabul edilmesi önem taşıyor. Başka bir görüş ya naifçe idealist ya da sosyal deneyimin kanıtlarını görmeyi bilerek reddeden bir görüş gibi durur. Dworkin'in buradaki gerçekçi olmayan garip durumunun önceki kısımda belirtilmiş olan hususlardan kaynaklandığını ileri sürmek; yani sadece topluluktaki katılımcıların perspektifini ifade etmeye niyetli bir teoride, topluluğun var oluşunun gerçek koşullarını ciddi biçimde incelemenin olanaksızlığı fikri, caziptir. Katılımcı perspektifi kaçınılmaz biçimde hukuk yorumcuları topluluğunun içindeki hukukçunun perspektifi olduğuna göre, böyle bir teoride, toplumun başka kesimlerinin profesyonel hukukçular grubu ile ilişkileri bakımından sahip oldukları konunun gerçekçi biçimde anlaşılması zorlaşır.

Dworkin'in vatandaş katılımı için bir dayanak bulup savunma arzusuna rağmen, normatif hukuk teorisindeki en önemli yazıları hemen hemen tamamıyla hukukun yargısal yorumu ile ilgilidir. Yazılarda yargıcın yorum topluluğunun merkezi figürü olduğu tutarlı biçimde kabul edilir. Hukuki anlamın yorumu profesyonellerin bir işi olarak görülür. O halde, Dworkin'in teorisinin bu *profesyonel* yorum topluluğu ve onun işleyiş biçimi hakkında bize ne söylediğini inceleyebiliriz. Acaba hukuki gelişimi ve yargısal yaratıcılığı yönlendiren ilkeler hakkındaki soruların cevapları burada bulunabilir mi?

Ne var ki, teori bu cevapları sağlamıyor. Dworkin'in şimdi ısrar ettiği gibi eğer hukuk baştan sona bir yorum

meşalesi ise, hukuki hükümlerin anlamı objektif herhangi bir tarihsel belgeyle, koşulla ya da olayla kontrol edilemez. Ümit verici olmayan bu konum Dworkin'in objektif biçimde var olan herhangi bir hukuki veya sosyal konvansiyonun (Hart'ın tanıma kuralı gibi herhangi bir pozitivist hukuk kriterinin) neyin hukuk olarak geçerli olduğunu belirlediği fikrini reddetmesine olanak sağlar. Aynı şekilde, hukuk postulalarını hukuk sisteminin objektif biçimde var olan bileşenleri olarak teşhis etme ihtiyacından kaynaklanan Pound'un probleminden de uzak durur. Ama elbette hukuki yorumu *bir şeyin* kontrol etmesi zorunludur.

Bunun ne olabileceği sorusuna verilebilecek radikal bir cevap, bir hukuk dergisinde Dworkin'le tartışması yayınlanan edebiyat teorisyeni Stanley Fish'ten geldi. Fish, hukukun başka herhangi bir edebiyat metni gibi bir yorum meselesi olduğu konusunda Dworkin'le hemfikirdir. Ancak yorumlananın (edebi bir metin veya tarihsel hukuk materyalleri) yorumun bizzat kendisinden ayrılamayacağını söylemeye kadar vardırır işi: Yorum yorumlananı *inşaa eder* (Fish 1982: 1983).

Fish'e göre, olası yorumları sınırlamaya yarayan denetimler hiçbir biçimde yorumlanan nesnenin kendisinde verili değildir (örneğin yasa veya içtihat "doğası gereği" belli yorumları dışlamaz). Yorum üzerindeki hakiki denetimler yorum topluluğunun yapısından, (örneğin bir hukuk mesleğinin veya yargıçların) konvansiyonlarından, beklentilerinden, ortak anlayışlarından ve yorumcuların tartışma becerilerinden doğar. Bu da demek oluyor ki, yorum-olarak-hukuku anlamak için yorum cemaatinin sosyal yapısını, onda fiilen var olan ve hukuku yorumlama işinin fiili işleyişini belirleyen baskıları, kısıtları, uzlaşma oluşturma tarzlarını ve ihtilaf koşullarını anlamak zorundayız. Başka deyişle, gerekli gibi görünen şey, hukuk profesyonellerinin oluşturdukları yorum topluluğuna ve onların pratiklerine dair sosyolojik bir görüşür.

Fish'in görüşü yorum olarak hukuk fikrini muhafaza

etse de, yorum kısıtlarının ancak sosyolojik biçimde anlaşılabilirliklerini kabul eder görünüyor. Ancak bu Dworkin'in taraftar olduğu şeyin, yani tamamen hukukun içindekinin perspektifinden geliştirilmiş bir normatif hukuk teorisinin işe yarar olduğunu kabul etmez. Hukukçulara dair sosyolojik bir görüşte bu tür bir perspektifle kısıtlanma derhal reddedilir. Bu yüzden Dworkin Fish'in yorumun yorumlanana inşa ettiğine dair fikrini "ölçüsüz" bulur ve reddeder (Dworkin [R] 1985: 176). Hukukun tarihsel sicili bir biçimde hukuki yorumun temeli olmak zorundadır, tam tersi değil. Dolayısıyla "uyum" gereğine bağlı kalır. Hukuki yorum hukuk sisteminin tarihsel malzemesine - mevcut anayasal hükümlerden, yasalardan, emsallerden vs. oluşan bütüne- uyum sağlamak zorundadır. Ancak bu da hukuki pozitivizm gibi görünmeye başlıyor. Bu malzemenin hukuki görünümünü objektif bir pozitivist hukuk kriterinden başka ne belirleyebilir? Sonuçta Dworkin bu pozitivist sonuçtan kaçınmak için yargısal yorumu kısıtlayanın objektif anlamda tarihsel hukuk malzemesi değil, yargıçların uyum gereğine yönelik *kanaatleri* -yine bir yorum meselesi- olduğunu kabul etmek zorunda kalır.

Bu kanaatler hangi anlamda kısıtlar? Dworkin, Fish gibi yargıçlar (ve avukatlar) üzerinde üyesi oldukları profesyonel topluluğun kolektif baskı uyguladığı fikrine dayanamaz. Bu kısıtlamaların neden ve nasıl kolektif olduklarını (yani profesyonel grup içinde ortaya çıktıklarını) anlamak için, yine yorum topluluğunu sosyolojik olarak anlamak zorunlu olacaktır.¹⁵ Dworkin'in konumu şudur: Yargıçlar üzerindeki kısıtlamalar onların bireyler olarak *kişisel* ihtiyaçlarından doğar; yargıçların bir yandan kendilerinin uyuma dair kanaatleri vardır, diğer yandan yine kendilerinin benimsemeyi planladıkları yorumun yorum-

¹⁵ Karş. Yargısal yorumda, yargıçların içinde bulundukları profesyonel ve kurumsal ortamdan kaynaklanan "istikrar sağlayıcı faktörler" hakkında Karl Llewellyn'in tartışması: Llewellyn 1960; ayr. bkz. "Dönemtarzı" aşa. Bl. 7.

lanacak hukuk pratiklerini veya hukuk doktrinini en iyi biçimde aydınlatıp aydınlatamayacağına dair kanaatleri vardır; işte yargıçlar bu ikisini bütünleştirme ihtiyacındadırlar. Bu “bir ilkeler sistemi içinde bulunan farklı türden ilkelerin oluşturdukları yapısal bir kısıttır” (1986: 257).

Ama bu hakikaten bir kısıt mıdır? Dworkin şu açık sorunun en azından farkındadır: Bir yargıcın hangi yorumun hukuk pratiklerini ve hukuk doktrinini en iyi biçimde aydınlatacağına dair kanaatleri, onun uyuma dair kanaatlerini şekillendirecek midir, yani böylece bu iki kanaatler dizisi arasında kısıtlama gerilimleri doğmayacak mıdır? (karş. Dworkin 1986: 236-237). Ancak bunun tek tek yargıçların ilgili kanaatlerinin bir bütün halinde oluşturdukları karmaşıklığa ve yapıya bağlı olduğunu söylemenin dışında bir cevap vermez. Böylece yargıçların kişisel felsefelerine dair bir spekülasyon alanına itilmiş oluruz ve yargısal yorum üzerindeki genel kısıtlamaların niteliğini ve etkilerini gerçekçi biçimde incelemek (hem sosyolojik gözlemci için hem de hukukun katılımcısı için) imkânsız hale gelir. Bunun nedeni Dworkin’in kendi kendine yeten bir hukuk felsefesi söylemi alanına dair kendi vizyonundan vazgeçmek istememesinde yatar; bu söylem “içsel” (hukukun içindekilere ait) ve “dışsal” (sosyolojik) perspektifler arasındaki su geçirmez ayrımı dokunulmaz halde muhafaza eder.

Bundan çıkarılacak ders kesinlikle şudur: Yargısal yaratıcılığı yöneten hukuki ilkeler arayışı bizi en az üç farklı projeye yönlendirebilir. En ılımlı olan Pound’un projesidir; yerleşik hukuk pratiğine göre yargıcın zor bir davada karar verirken hesaba katması gereken değer unsurlarını ve diğer mülahazaları gözlemlemeye ve betimlemeye yönelik pek sistematik olmayan bir çabadır. Dworkin’in çabası çok daha tutkuludur; hukuku münhasıran dürüst bir yargıcın ve avukatın perspektifinden görme ve hukukun bileşenlerini böyle rasyonalize etme çabası. Ancak bu münhasıran “içsel” perspektifin sırf kişisel olan yargısal kanaatlere in-

dirgendiği ortaya çıkınca, geriye tek bir olası seçenek kalır gibi görünüyor. Bu, hukuka dair kolektif profesyonel yorumların nasıl imkân dâhilinde olduğunu belirleyebilecek biçimde, yorum topluluğunun yapısını ve ortamını sosyolojik olarak incelemektir. Kalan bu olasılık izleyen bölümün esas konusunu oluşturacak.

7. Bölüm

Şüphencilik ve Gerçekçilik

Önceki bölümlerde Anglo-Amerikan normatif hukuk teorisindeki gelişmeler, bir bilgi bütünü ve profesyonel bir pratik olarak hukukta teorik bir birlik ve sistem arayışı ile ilişkilendirildi. Bu perspektifte bir tür ilerleme görülüyor.

Klasik *common law* düşüncesinin modern egemen devletin ve onun merkezileşmiş hukuk-yapma otoritelerinin belirışıyle başa çıkma mücadelesi içinde oluşunu gözlemledik (2. Bölüm). 19. yüzyılda tarihçi hukukbilim hukuk ile kültür arasındaki teorik bağlantıları belirleme çabalarıyla *common law* bakışına destek sağlamaya çalıştı. Ancak zorluklar böyle pek çözülemedi ve pozitivist analitik hukukbilim hukuk ve politik iktidar ilişkisiyle yüzleşen daha gerçekçi bir çerçeve olarak ortaya çıktı.

Daha sonra, rasyonel yönetime dair faydacı inanç zayıflayınca veya daha karmaşık biçimler alınca, hukuku politik iktidarın bir sonucu olarak değil onun efendisi ya da denetleyici normatif çerçevesi olarak açıklayan hukuk felsefesi devreye sokuldu. Egemenliğe dair varsayıli teorik sorunlar ve daha temelde hukuku tebanın değil vatandaşların muhatap olduğu demokratik yönetime uygun biçimde resmetme ihtiyacı, analitik hukukbilimde en azından kısmi bir dönüşüme yol açtı; buna 4. Bölümde değinilmişti.

Ancak bu teoride de yargıcın rolü sorunu varlığını sürdürdü; onun yetersizliği, Anglo-Amerikan hukukunun içkin değerlerinde yargısal yaratıcılığa (ve daha genelde hukuki yoruma) dair bir açıklama ve meşruiyet bulma çaba-

larını teşvik etti; bu Fuller'in, Pound'un ve Dworkin'in çalışmalarındaki ana konularda değişik biçimlerde örneklenir.

Bir anlamda başlanan noktaya geri dönülüyor, zira önceki iki bölümde incelenmiş yazarların esas kaygıları açıkça klasik *common law* düşüncesinin meziyetlerini (onun hukukun topluluğa veya topluluk değerlerine dair bir fikirden ayrılamayacağına ısrarı, teknik kurallar kadar temeldeki değerlerle de ilgilenmesi, sürekli ve durmaksızın gelişen hukuk imgesi) yeniden ele geçirmektir. Sanki 19. yüzyıl hukuk düşüncesindeki pozitivist devrim başarısızlığa uğramış gibi görünüyor: O, klasik *common law* düşüncesinin yerini *almadı*, sadece *common law* bakışının yetersizliğini teyit etmekle yetindi.

Aynı zamanda, Dworkin'in hukuk felsefesinin en iyi örneğini temsil ettiği, yeni-klasik *common law* düşüncesi diye adlandırılabilir olan görüş de, 6. Bölümde açıklandığı gibi, kendi içinde sorunlar taşır. Her şeyden önce, hukuku fiili bir hukuk yorumcusuna ait katılımcı perspektifine kıyasla daha sistematik ve daha objektif bir açıklama arayışı anlamında bir hukuk bilimi imkânından vazgeçmek zorunda kalmış gibi görünüyor. O da açıkça, hukukun niteliğini profesyonel bir bilgi bütünü ve ayrık bir profesyonel pratik olarak ortaya koyan sistematik ve teorik bir açıklama arayışıydı; bu arayış, görülmüş olduğu gibi, modern Anglo-Amerikan hukuk felsefesine ilk olarak Bentham'ın ve Austin'in çalışmaları aracılığıyla ilham vermiş ve bu felsefeye orijinal meşruiyetini kazandırmıştı.

Bu çıkmazdan bir çıkış yolu var mı? Varsayın ki adımlarımızı geriye doğru izledik ve Austin'in hukuk bilimine yönelik orijinal başlangıç noktasına geri döndük: Hukukun belirgin bir *eylem*in (Austin'in teorisinde emretme eyleminin) sonucu olduğu ve bu eylemi gerçekleştirenler (egemen ya da egemen organ) ve eylemi etkili kılmaya yarayan araçlar (yaptırımlar) bakımından anlaşılması gerektiği fikrine.

Varsayalım ki, egemenliğe veya özgül hukuk formuna dair argümanlar içinde yeniden boğulmadan, hukukun bu *davranışsal* boyutlarını hukuk teorisindeki bilimsel sorgulamanın odağına yerleştirdik. Yine, son olarak, varsayalım ki, hukuk sisteminde doktrinin uygun yargısal gelişimini belirleyen değerleri ve teamülleri saptamada yaşanan, 6. Bölümde değinilmiş sorunlardan kaçınmak üzere analizin başlangıç noktası olarak şu kabul edildi: Hukuk doktrindeki icatlar, hukuk yaratan karar-vericilerin (örneğin yargıçların) arzularının, siyasalarının veya tercihlerinin ifadelerinden ne daha azı ne de daha fazlasıdır. Bu konulardan nasıl bir sonuç çıkardı?

En azından ilk bakışta, bir niteleme ya da irdeleme yapılmadan, bu hareket noktaları hukukun normatif analizine dair güçlü bir *şüphelik* getirir. Böylelikle, doktrinin onu yaratanlardan daha az önemli olduğu, yargıçların ne yaptıklarının onların kararlarını gerekçelendirirken yaptıkları muhakemeden daha önemli olduğu, değerlerin ancak etkili karar-vericilerin belli tercihlerini temsil ettikleri sürece hukuk analiziyle ilgili oldukları, hukuki sonuçların yaygın sosyal ve politik değerleri değil politik iktidar kümeleşmelerini yansıttıkları ileri sürülür. Ancak bu yaklaşım *gerçekçi* diye de adlandırılabilir ve analitik hukukçuyu harekete geçiren orijinal varsayımın tam olarak dikkate alınmasını mümkün kılan başlangıç noktalarını benimsemekten ibaret diye görülebilir: Hukuk beşeri bir yaratımdır ve olabilecek ya da olması gereken haliyle değil, olduğu haliyle anlaşılmalıdır. O halde bu görüşte hukuk, yönetme, ihtilafları çözme ya da sınırlama, yararları ve zararları tahsis etme, devlet gücünü belli hedeflere ulaşmak üzere yönlendirme işini gören insanlarla ilgili bir meseledir. O “göklerde dolaşan bir kadir-i mutlak” değildir (Howe (ed) 1953 II: 822).

Böyle “gerçekçi” bir perspektifte, hukuk kurallarının ve hukuk doktrininin birincil üreticilerinin yasakoyucular ve idari organlar gibi politik otoriteler oldukları fark edilebilir. Aynı zamanda, hukuku yaratıcı yorumla geliştirmeye

yönelik yargı yetkisinin tüm kapsamı da pratik bir mesele olarak görülebilir. Hatta ihtilafları belirleyen karar-vericilerden ibaret diye düşünülen yargıçlar ve mahkemeler, nitelik bakımından idari düzenleme organlarından ve yasakoyuculardan çok farklı görünmeyebilirler (karş. Llewellyn 1930a: 29-31). Hatırlanacaktır ki, Austin de, mahkemeler ile doktrinin hukuki yorumuyla, ona göre hüküm vermeyle ve onun uygulanmasıyla ilgilenen diğer politik birimler arasındaki ayrımın, birçok hukukçunun ve başkalarının iddia ettikleri gibi keskin biçimde belirlenmesi gerektiğine ikna olmuş değildi.¹

Anglo-Amerikan akademik hukukçuluğu bu türden şüpheli veya gerçekçi öncülleri benimseyen geniş bir külliyat üretti. Bu bölümde bu literatürün ve onun “gerçekçilik-sonrası” mirasının normatif hukuk teorisiyle ilgisi üzerinde durulacaktır. Ancak “hukuki gerçekçilik” tartışılırken, Anglo-Amerikan hukuk felsefesindeki bir gelişimin Atlantik’in sadece bir yakasında ortaya çıktığını, öteki yakada esasen bir koşutunun bulunmadığını fark etmek, bu kitapta ilk kez, önemli hale geliyor.

Anglo-Amerikan hukuk düşüncesi literatüründe hukuki gerçekçilik hemen tamamen *Amerikan* hukuki gerçekçiliğidir ve bu adla bilinir. Her ne kadar Britanya’da Amerika’daki gelişim tartışılırken Amerikan gerçekçilerin fikirleriyle belli yönlerden karşılaştırılabilir fikirler geliştirmiş olan İskandinav hukukçuların yazılarına da ilgi gösterilmişse de, Britanya’daki hukuk düşüncesinde benzer bir yerli gerçekçi hareket ortaya çıkmadı.

Üstelik ABD’deki gerçekçi hareketin muazzam önemini anlamak Britanyalı akademik hukukçulara genel olarak zor geldi. Amerika’da akademik hukukçulukta bir önkabuller dizisi olarak bir süre (özellikle 1930’lar ve 1940’lar boyunca) yaygınlık kazanan ve hâlâ hukuk tartışmalarının entelektüel bağlamını büyük ölçüde belirlemeye devam

¹ Bkz. “Egemenin vekili olarak yargıç” yuk. Bl. 3.

eden bu düşünce geleneği, Britanya'daki birçok hukuk felsefecisine hukuk hakkında düşünmeye ve yazmaya dair neredeyse anlaşılmaz naiflikte, tamamen yabancı, yalnızca Amerikan hukukunun ve hukuk tarihinin kendine özgü özellikleri bakımından hesaba katılması gereken, Britanya'daki hukuk felsefesiyle pek ilgili olmayan bir fikir olarak göründü.

Pragmatizm ve Gerçekçilik

Bu durumun açıklanmaya ihtiyacı var ve geniş, çeşitli ve esnek biçimde teşhis edilebilen Amerikan realist [*gerçekçi*] hareketinin filizlenmesine bağlam kazandırmış olan sosyal, ekonomik ve politik koşulların analizi bakımından hiçbir eksiklik de bulunmuyor. Bu kitapta daha önce incelenmiş çoğu teoriden farklı olarak hukuki realizm, kendisinin bağlamsal yorumunu fiilen teşvik etmektedir zira kendi politik ve profesyonel bağlamına *açık* atıflar yapılarak geliştirilmiştir.

Bunun sebebi açıktır. Hukuku davranışsal bakımdan açıklama çabası, onun insan failerin kararlarındaki veya buyruklarındaki nedenlerini veya kökenlerini incelemeyi, etkilerini de bu kararların ve buyrukların sosyal sonuçları bakımından incelemeyi gerektirir. Hukuk *araçsal* olarak görülmelidir; meziyetini bir soyut fikirler sistemi olarak bütünlüğünden veya normatif birliğinden alan bir doktrin olarak değil, pratik amaçlara yönelik bir araç, yönetsel hedefler için uygun bir aygıt olarak anlaşılmalıdır (Llewellyn 1930a: 25-27). Hukuk böyle anlaşıldığında şu da ortaya çıkmalıdır ki, realist bir anlayışta akademik hukukçuluk ve hukuk teorisi de hukuku kendi zamanının ve mekânının etkili bir düzenleme teknolojisi olarak açıklama ve geliştirme amacına yönelik birer araçtır. Bu yüzden, hukuk teorisine dair realist bir görüşün, hukuk felsefesindeki gelişmeleri zamanın ve mekânın hukuki ihtiyaçlarıyla işlevsel irtibatları ya da irtibattan yoksunlukları bakımından görmesi muhtemeldir.

Genellikle *pragmatizm* olarak adlandırılan özgün bir felsefe bu bakışı destekler. Ortodoks pragmatist bir anlayışta, bilgi kullanışlı olduğu ölçüde, yani deneyimle doğrulandığı ölçüde “doğru”dur. Hatta pragmatik perspektifte fikirlerin uygulamadaki pratik başarılarından daha iyi bir doğruluk kriteri muhtemelen mevcut olamaz; bu anlamda bilgi başarılı pratiktir. 20. yüzyıl başlarında William James ve John Dewey gibi Amerikalı felsefeciler, pragmatik felsefeyi hukuki meselelerle de yakından irtibatlı görünen biçimlerde geliştirdiler (karş. Dewey: 1924).

Örnek olarak 4. bölümde gündeme getirilmiş olan tüzel kişiliğin niteliği problemini düşünün. Orada belirtildiği gibi, Oxford’daki açılış dersinde H. L. A. Hart hukuk felsefesindeki çoğu kavramsal analizin verimsizliğini örneklemek üzere bu hususa değinir. Yine görülmüştü ki, ulaştığı sonuç hukuki ifadelerin kendi özgül linguistik bağlamlarında incelenmesi gerektiğidir. Bu yüzden “tüzel kişilik” teriminin hukuki anlamı, sadece kavramın kullanıldığı linguistik bağlamlar dikkate alınarak anlaşılabilir. Hukukun neyi tüzel kişilik olarak gördüğüne dair teşhis edilebilir bir “şey” yoktur. Bunun yerine, hukukçuların pratik hukuk söylemi içinde inceleyebilecekleri ve (genellikle) anlam verebilecekleri hukuk dili kullanımları söz konusudur.

Realist-pragmatist bir perspektifte bu yeterli değildir. Hukuk söylemi kendi kendini geçerli kılar biçimde görülmemelidir. Hukuki kullanımı belirleyen nedir? Bir mahkeme bir tüzel kişinin yerleşimini bir şehirden veya eyaletten diğerine “taşıdığını” söylediğinde gerçekte ne kastedilmiş olur? İfadenin doğru ya da anlamlı olması için fiili pratikler bakımından neyin gerçekleşmiş olması zorunludur? Bir tüzel kişilik (onun yöneticileri ya da çalışanları gibi tekil insanlar değil, soyut varlığın kendisi) bir haksız fiilden, suçtan veya sözleşme ihlalinin sorumlu tutulduğunda gerçekte olup bitmekte olan nedir? Hukukçular için bu fikirlerin veya durumların hiçbirisi tuhaf veya anlaşılması zor değildir; ancak eğer hukuk davranış bakımından,

geçerliliklerini başarılı *pratik* olmaktan kazanan fikirler olarak -yani araçsal olarak- incelenmek istenirse, hukuk dilinin belli formları, yalnızca belli siyasaları düzenleyici bir formda organize ve ifade etmenin oldukça karmaşık ve dolambaçlı biçimleri olarak anlaşılabilirler (eğer bir biçimde anlaşılabilirlerse).

Hukuki realizme dair klasik eserlerin birinde Felix Cohen tüzel kişilik meselelerini tam da bu şekilde yeniden ele alır (Cohen 1935). Cohen'in temel noktası şudur: Her ne kadar hukuk dili sadece pratik amaçlara yönelik bir araç olarak önem ve anlam sahibi olsa da, bu dilin çoğu bu araçsallığı neredeyse tamamen karanlıkta bırakan formlarda ifade edilmektedir.

Bu yüzden Britanya'da ve ABD'de mahkemeler belli sosyal veya ekonomik hedeflere belli bir düzenleyici karar aracılığıyla nasıl en iyi biçimde hizmet edileceğini -örneğin bir sendikanın kendi üyelerinin haksız fiillerinden sorumlu tutulmasının gerekip gerekmediğini- sormak yerine, bir sendikanın hukuken bir "kişi" olup olmadığına kafa yordular²; bu husus, soyut terimlerle ifade edilmiş biçimde, bir iğnenin ucunda kaç tane meleşin durabileceğine dair uyduruk skolastik tartışmayla benzerlik gösterir (Cohen 1935: 35, 38). Soyut kişilik sorunu, açıkça görünüyor ki, bir sorumluluğun mümkün olup olmadığının belirleyicisi sayılıyor.

Başka kavramlar da sıklıkla Cohen'in benzer gördüğü rolleri üstlenirler. Bunlar, "mülkiyet hakkı" (özel bir menfaate veya *statükoya* dayalı olarak müdahaleye bir tür kırmızı ışık göstermeye yarar), "âdil değer", "usule uygunluk", "tapu sahipliği", "sözleşme", "muvazaa", "kötü niyet" (tümü siyasa değerlendirmelerinden ziyade objektif koşullar ortaya koyar) ve "geleneksel hukukbilimin tüm diğer 'sihir çözücü kelimelerini'" içerirler (Cohen 1935: 45).

Burada söz konusu edilen nedir? 1935 tarihli yazısında

² *Taff Vale Railway Co v. Amalgamated Society of Railway Servants* [1901] AC 426; *United Mine Workers of America v. Coronado Coal Co* 259 US 344 (1922).

Cohen'in "aşkın saçmalık" diye küçümsediği şeyin politikanın [*politics*] ya da siyasanın [*policy*] söylemi olmadığı, hukukun özgün söyleminden ibaret olduğu söylenebilir mi? Cohen'in ileri sürdüğü gibi "fiili deneyimin unsurları bakımından tanımlanamayan" tüm kavramların "anlamsız" olduğunu ileri sürmek, yine "gerektiğinde olgulardaki karşılığı gösterilemeyen" herhangi bir kelime "çökmüş haldedir ve artık onunla yapabileceğimiz hiçbir şey yoktur" (Cohen 1935: 48, 52) diyerek hukukbilimsel bir ültimat vermek saçma biçimde naif değil midir? Analitik hukukçular arasındaki realizm eleştirmenleri kavramlara dair bu tür indirgemeci bir görüşe sabır göstermeyi bırakalı çok oldu; onlar genellikle Cohen'inkiler gibi ifadeleri, hukuki realizmin hukukun normatif dilinin özel niteliğini anlamadaki naif yeteneksizliğinin ders kitaplarında yer alacak örnekleri olarak gördüler. Neden hukuki fikirler bir biçimde fiili deneyim bakımından tanımlanmalıdırlar? Bu maksat için "fiili deneyim" ne demektir? Katı davranışsal bir görüş fikirlerin gerçekliğini kabul etmez: Hukuki muhakemenin kendiliği itibarıyla sosyal gerçekliğin bir parçası sayılması gerekliliğini imkân dâhilinde görmez.

Bu eleştiriler güçlü olsalar da, ortaya çıkan merkezi sorulara cevap getiremiyorlar. Hukuki muhakemenin ve hukuki dilin kendine özgülüğü veya özerkliği *neden* yerinde veya doğal kabul edilmelidir? Hukuki muhakemeyi bir yanda, siyasa argümanını diğer yanda tutan bir ayrım çizgisi *neden* apaçık biçimde gerçeğe uygun sayılmalı veya mazur görülmelidir?

Varsayalım ki Cohen ve diğer realistlerle birlikte yargıcın bir tür siyasa-yapıcı veya siyasa-uygulayıcı olduğunu kabul ettik; diyelim ki yargıçların cübbe giymiş politikacılardan ya da idarecilerden ibaret olmadıklarının apaçıklığını reddettik; düşünelim ki bir zor davada yargıcın verdiği kararın yasama işleminden başka bir şey olduğuna (ve Dworkin'in düşündüğü gibi nitelik bakımında yasama dışı ve özel olarak yargısal olduğuna) ikna olmuş değiliz ve

farz edelim ki yargıcı (Austin'in öngördüğü gibi) saptanabilir bir egemenin temsilcisi değil, karmaşık bir politik sistemin (özellikle, belki ABD'de olduğu gibi) bir parçası olarak iktidar kullanan işlevsel bir organ olarak görüyoruz. Söz konusu bu politik sistemde, merkezileşme ve yetki devrinden ziyade, çok sayıdaki yargısal karar-vericiye önemli ölçüde hareket alanı sağlayan, hukuk-yapıcı ve hukuk-uygulayıcı yetki çevrelerinin oluşturduğu bir ağ bulunmaktadır.

Bu varsayımlar altında hukuk dilinin *neden* sıklıkla siyasa tercihlerini karanlıkta bırakan formlarda ifade edildiğini ve bu tercihleri hukuk mantığı içinde açıklanan teknik meseleler olarak sunduğunu sormak makuldür. O halde hukuki kelimelerin "olgularda karşılığı olmasını" istemek demek hukuk doktrininin dipteki politikayı yüzeye çıkarmasını talep etmek demektir. Bu talebin Amerika'da ortaya çıkan, felsefi bakımdan acemice olsa da dramatik biçimi, muhtemelen çoğu Amerikalı hukukçuya, politik organlar olarak mahkemelerin Amerikan toplumuna önemli etkisi olan kararlar için makul, anlaşılır siyasa-gerekçeleri sağlayan *sorumlu* politik organlar olarak görülmeleri gerektiğinin ne kadar acil görüldüğünün bir yansımasıdır.

Başka bir düzeyde, burada söz konusu olan husus, realizmin modern ardılları olan Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin üyeleri tarafından çokça vurgulanan bir husustur. Bu hareket bu bölümde daha sonra incelenecektir. Cohen'in iddiası, dilin ve düşüncenin (özellikle hukuki dilin ve düşüncenin) eleştirel hukukçuların *şeyleşme* dedikleri yönünü aydınlatıyor (Gabel 1980). Hukuki fikirler kendilerine ait bir hayatı sürdürür gibidirler. Şeyleşmiş, "şeybenzeri" görünürler; onlara başlangıçta hayat ve anlam kazandırmış olan sosyal, politik ve başka işlevlerden ayrı bir gerçekliğe sahip sayılırlar. Böylece hukuki muhakeme bir tür gizemlileştirme haline gelir. "Tüzel kişilik", "tapu sahipliği" veya "sözleşme" gibi kavramların anlamları hakkında, bu kavramların yansıttıkları veya en azından

vaktiyle doğuşlarına yansımış olan siyasayı, işlevleri ya da yerleşik pratikleri asli bir konu olarak hesaba katmaksızın, teori üretmek mümkün hale gelir.

Gerçekçilik ve Normatif Hukuk Teorisi

Hızla ulaşılan belli bir noktadan sonra Amerikan hukuki realizmi hakkında genelleme yapmak ters etki doğurmaya başlıyor. En ünlü figürlerinden biri, o zamanlar Columbia Üniversitesi'nde profesör olan Karl Llewellyn 1931'de şöyle demişti: "Realizmin bir okulu yoktur. Böyle bir okulun ilerde olma ihtimali de yoktur. Resmi ya da benimsenmiş, hatta yükselmekte olan bir öğretiye sahip bir grup bulunmuyor... Ancak hukuka dair bir düşünme ve çalışma *hareketi* vardır" (Llewellyn 1931a: 53, 54). Llewellyn 1930'da "realist hukukbilim" terimini kendisinin getirmiş olduğunu iddia etti (Llewellyn 1930a; 1960: 512); otuz yıl sonra da realizmin bir hukuk felsefesi olmadığını, hep bir yöntemden ya da teknikten ibaret olageldiğini ileri sürdü. O, yalnızca "hayatın içinde gör", "çalışır haldeyken gör" gibi muğlâk uyarılarla birbirine bağlanan çeşitli çalışmaları kapsar (Llewellyn 1960: 509-510).

Llewellyn'in 1931'de Roscoe Pound'a (karş. Pound 1931) ve diğer eleştirmenlere karşı yaptığı gerçekçilik savunusu, gerçekçilerin "ortak hareket noktalarını" şöyle özetliyordu:

1. akış halinde bir hukuk ve yargısal hukuk üretimi anlayışı;
2. kendinde bir amaç değil, belli bir amaç için araç olarak hukuk anlayışı;
3. akış halinde bir toplum anlayışı ve hukukun sosyal ihtiyaçlar doğrultusunda güncellenmek için gözden geçirilmesi gereği;
4. hukukun olduğu haliyle çalışılmasının hukukun (etik bakımdan) nasıl olması gerektiğine yönelik spekülasyondan geçici olarak ayrılması;

5. “geleneksel hukuk kurallarına ve kavramlarına, mahkemelerin veya insanların fiilen ne yaptıklarını *betimleme* iddiasında oldukları sürece, güvenilmemesi”;
6. hukuk doktrini formunda ifade edilen kuralların “mahkeme kararlarının üretiminde en yetkin biçimde işler halde bulunan *tek* faktör” olduğu fikrine güvenilmemesi;
7. “davaları ve hukuki durumları, geçmiş pratikte olandan daha dar kategoriler halinde gruplamanın değerli olduğu inancı”;
8. hukuku etkileri bakımından değerlendirmeye ve bu etkileri keşfetmeye çalışmanın önemi üzerinde ısrar;
9. hukuki sorunlarla böyle çeşitli yollardan “sürekli ve programlı biçimde uğraşma” üzerinde ısrar (Llewellyn 1931a: 55-57).

İçerdiği birçok bileşen muğlâk olmasına rağmen, bu liste sadece Llewellyn’in kendi ön-kabullerini değil (izleyen sayfalarda ona özel bir dikkat gösterilecek), aynı zamanda akademik realizmin alabileceği farklı yolları ve sonuçta değişik realist yaklaşımların normatif hukuk teorisiyle farklı ilişkilere sahip olmalarının ihtimal dâhilinde bulunduğu da işe yarar biçimde gösteriyor.

Eğer normatif hukuk teorisi hukukun niteliğini hukuki fikirlerin veya hukuk doktrininin oluşturduğu bir yapı olarak (yani hukuk doktrininin birliği, özerkliği, rasyonallitesi, ahlâki meşruiyeti veya sistematik niteliği bakımından) açıklamaya çalışan teori ise, hukuki realizm bütün normatif hukuk teorisi projesini mecburen reddedecekmiş gibi görünebilir. Bazı en radikal realist yazılarda durum budur: Hukuk doktrin olarak *değil* davranış bakımından incelenmelidir.

Llewellyn’in listesindeki (viii) maddesi realizmin hukukun etkilerine yönelik ilgisine işaret eder. Belirli yasaların ve hukuki kurumların sosyal ve ekonomik etkilerini ciddi biçimde inceleyen bazı hukuki realistler (örneğin medeni usul ve ceza usulünü inceleyen Charles Clark, şir-

ket batışlarını ve iflası inceleyen William Douglas ve özellikle bankacılık hukukunu ve pratiğini inceleyen Underhill Moore) akademik hukukçulukta sosyal bilim modelini epey ciddiye aldılar. Bu modelde doktrin analizi bazen hukukçular ve sıradan kişiler üzerinde yapılan “olgu araştırmalarının” gerisinde, görece önemsiz göründü.

Bununla birlikte, J. H. Schlegel’in gösterdiği gibi, hukuku bir idari faaliyetler, sosyal ve ekonomik bir pratikler demeti olarak empirik biçimde inceleyen bu ciddi hukuki realizmin etkisi görece kısa ömürlü oldu ve radikal bir azınlığın meselesi olarak kaldı (Schlegel 1995). Sosyal bilim en fazla yakınlık duyan realistler için, hukuki kurumlar ve pratikler üzerine yapılan araştırma, hukuk doktrinini yönlendirmek ve meşrulaştırmak üzere realist siyasa analizlerine bir katkı olarak görülmeye başladı (tek önemli istisna olarak muhtemelen Moore kaldı. Schlegel 1995: Bl 3). Bu araştırma, hukukçuların sistematik doktrin analizine ve hukuk düşüncesinin rasyonel gelişimine yönelik pratik ilgilerinin yerini almayacak, söz konusu ilgileri siyasa tartışmasıyla ve sosyal ihtiyaçların yarattığı basınca uygun biçimde ilişkilendirecekti.

Bu, hukukun asli bir bileşeni olarak siyasanın, herhangi bir realist analize sosyal, ekonomik ve politik hususları dâhil ettiğinin kabulünü içeriyordu. Ancak bu, 1. Bölümde empirik hukuk teorisi diye adlandırılmış olan teoriye genel olarak hukuk doktrininin ve hukuk kurumlarının niteliğini tarihsel ve sosyal koşullar bakımından sistematik biçimde açıklamayla ilgilenen teoriye- dair bir sonuç doğurmadı. Siyasa-yönelimli realizm, normatif hukuk teorisinin tüm ortodoks biçimlerinin hukukun gerçekçi biçimde anlaşılması için elverişsiz olduğunu ileri sürdü ama hukuka dair, onların yerini alacak başka tutarlı bir teorik görüş ortaya koymadı.

Llewellyn’in listesindeki, genellikle realist düşüncenin merkezi önermeleri olarak görülen (v) ve (vi) maddeler, ya bütün normatif hukuk teorisi işine radikal bir itiraz getirir-

ler ya da en azından bu kitabın önceki bölümlerinin büyük kısmının konusunu oluşturan normatif hukuk teorisi yaklaşımlarına ciddi bir saldırıda bulunurlar. Hukuk doktrininin ve onun analizinin hukukun niteliğine dair ciddi bir anlayışa temel oluşturmak bakımından önemini büyük ölçüde düşürürler. Madde (v) Cohen'in hukuki kavramların "gerçekdışılığı"na dair ile endişesinin habercisidir ve hukuku sosyal bakımdan önemli pratikler itibarıyla açıklamaya ya da betimlemeye çalışan realist bir girişime doktrinin pek da katkı sunamayacağını ima eder. Madde (vi) özellikle yargıçların davalarda nasıl karar vereceklerinin tahminiyle, ancak sadece bilindik "zor davalar" bakımından değil, aynı zamanda yerleşik hukuk kurallarını ve içtihatları takip ettiklerini ya da onlarla bağlı olduklarını düşündükleri hallerde bile, hukuki doktrinin davranış tahminiyle çok az ilgili olduğunu ortaya koyar.

Realist bakışın bu unsurları, normatif, doktrinle ilgili hukuk araştırmalarını hukukun etkilerine dair güvenilir verilerle desteklemek gerektiğini gösterir; aynı zamanda doktrinin yargısal pratiğin veya sosyal düzenin anlaşılmasıyla açıkça çok az irtibatlı olduğunu da ortaya koyar. Bu yüzden Llewellyn başka bir yerde (1930a) "kâğıt üzerindeki" kurallar (yargı mütalaalarında, yasalarda ve hukuk kitaplarında ifade edilen kurallar) ile "gerçek" kuralları (mahkemelerin fiili karar örüntülerini, yani yargıçların kararlarını doktrine göre rasyonalize etmelerine zıt olarak, düzenli pratik anlamında ne yaptıklarını) karşıt konumlara yerleştirir. "Gerçek pratik öznenin kendisinde, davaların fiiliyatta nasıl sonuçlandıkları araştırılarak aranır. Kâğıt üzerindeki kuralın ne ölçüde gerçek olduğu, ne ölçüde *sadece* kâğıt üzerinde kaldığı saptanmaya çalışılır" (1930a: 24). Llewellyn'in iddiasına göre, eğer meselelere gerçekçi, davranışsal anlamda bakılırsa, yargıçların, en azından yargı sisteminin daha yüksek seviyelerinde bulunan temyiz mahkemelerinde, sayısız olanakları vardır; içtihatları ve açıkça yerleşik olan kuralları daraltırlar ya da genişletirler,

uygularlar ya da ayırırlar, tekrar ederler ya da yeni biçime sokarlar. Hukuk doktrininin ve onun analizinin hukuku anlamak için bir temel oluşturmak bakımından önemi, bu yüzden ciddi ölçüde sorgulanır.

Llewellyn'in çalışmalarında ve başka birçok realist makalede yaygın biçimde yer alan, yargı kararlarının *tahmin edilebilirliğine* dair açık merkezi ilgi bu kitapta daha önce incelenmiş olan teorik yazılarda genellikle bulunmaz. Konunun izi sıklıkla, sonradan ABD Yüksek Mahkemesi'nde yargıç olan ve Llewellyn'in sözleriyle "[realistler olarak] her şeyi kendisinden öğrendiğimiz" Oliver Wendell Holmes'un 1897'de Boston'da yaptığı konuşmaya kadar sürülür. Holmes polemik biçiminde şöyle söylemişti: "Hukuk derken demek istediğim, mahkemelerin gerçekte ne yapacaklarının tahminidir, bundan daha iddialı hiçbir şey değil" (Holmes 1897: 994); bunu da, etik kurallara hiç özen göstermeyen, sadece kendisi için hukuktan, eğer doğacaksa, ne tür sonuçlar doğacağını öğrenmek isteyen bir "kötü adamın" gerçeğe uygun perspektifi olarak açıklamıştı.

Holmes'teki "kötü adam" perspektifi hukuk retoriğini söndürmek ve hukukun pratik sonuçlarına odaklanmak için elverişliydi, ancak bir hukuki realizm takipçisini yanlış yönlendirmemeli; onu, konunun odağında profesyonel hukuk görüşlerinin değil de sıradan kişilerin görüşleri varmış gibi düşünmeye itmemeliydi. Öngörülebilirlik üzerine yoğunlaşma sonuçta, önceki bölümlerde normatif hukuk teorisinin gelişimini belirlediği görülmüş olan konulardan farklı bir konuyu yansıtmıyordu.

Holmes'un realist takipçilerinin peşinde koştukları yargı kararlarının öngörülebilirliği meselesi, genellikle profesyonel hukukçular tarafından istenen şeydir. İlk, böylelikle hukukun yargısal gelişimini yorumlayabilirler -ve makul ölçüde kontrol edebilirler-; ikinci olarak böylelikle, belirli durumların ve işlemlerin hukuki sonuçlarına dair güvenilir, pratik bir yönlendirme yapmaya muktedir sistematik bir profesyonel hukuk bilgisi bütününe sahip ol-

duklarını ikna edici biçimde iddia edebilirler. Bu kitapta daha önce tartışılmış olan diğer teorilerde olduğu gibi buradaki kaygı da, hukukun idari takdir yetkisi kullanımından başka bir şey olmamak üzere dağılma tehdidi altında olduğu bir durumda, ayrık bir profesyonel bilgi külliyatını güvenceye alan bir iddiayı ikna edici biçimde sürdürmektir.

Llewellyn'in kâğıt üzerindeki kurallar kavramı, hukuk doktrini analizinin, buna müteakıl bir yargısal davranış analizi olmadan hukuka dair bilgi üretemeyeceğini vurgular. Ancak kuralların veya hukuk doktrininin diğer unsurlarının analiz için önemli hususlar olduklarını hiçbir noktada reddetmez. Kâğıt üzerindeki kuralların konumlarının açıklandığı eserde şu ifade de yer alır:

“Spot ışığını davranış üzerine tuttuğumda kurallara, kavramlara, ideolojilere, ideolojik klişelere ya da örüntülere yapılan vurguyu bir kenara bırakmanın akılsızlık olduğunu kuvvetle hissediyorum eğer onlar yeterince bir doğruluk ve anlam nüvesi içermeselerdi, onlara dayanarak pratikte işe yarar bir hukukbilim inşa edilemezdi” (Llewellyn 1930a: 37).

Bu ifade bile tek başına, Llewellyn'i, şimdi bile yaygın olan, hukuk doktrininin önemini yadsıyan bir davranışçı olarak gösteren karikatürü geçersizleştirmeye yetmelidir. Aslında burada normatif hukuk teorisine yönelen tehdit, hukuka dair güvenilir hiçbir bilginin münhasıran hukuk doktrini incelemesinden -sanki pratik faaliyet olarak hukuk gerçekliğini o inşa etmiş veya o yansıtıyormuş gibisaglanamayacağını söyleyen aynı güçteki iddiadan kaynaklanır.

Diğer yandan bazı teorisyenler, özellikle de Jerome Frank, bazı teorik yazılarında hukuk doktriniyle ilgilerini neredeyse kesmiş göründüler. Llewellyn'in erken dönem çalışmalarında, kuralların ve içtihatların tek başlarına temyiz mahkemelerindeki karar-verme işinde kesinlik ve ön-

görülebirlirlik sağlayamayacakları anlamında, davranışsal faktörler vurgulanmışken (Llewellyn 1989: 73-84), Frank daha temel bir belirsizlik kaynağını ilk derece mahkemele-
rindeki vakıa-tespiti süreçlerinde teşhis etti.

Kendisini Llewellyn tarzı “kural şüphecilerine” zıt olarak “vakıa şüphecisi” olarak adlandırdı (Frank 1930: x-xi). Kural şüphecilerinin temyiz mahkemelerindeki hukuk doktrini yorumlarına odaklanmalarının, onları ilk derece mahkemelerindeki vakıa saptamasında ortaya çıkan daha temel belirsizliklere karşı körleştirdiğini ileri sürdü. Tanıkların hataya düşebilmeleri, yargıçların veya jüri üyelerinin önyargıları veya ön-kabulleri, mahkeme heyetinin görelilik ediciliği ve mahkeme ortamının başka birçok yönü, vakıa-tespiti sürecini bilim dışı ve öngörülemez kılıyordu. Bu da, öngörülemezliğin, daha ilk derece mahkemesi hukuk kurallarını vakıalara uygulamaya başlamadan bile önce, maddi vakıaların saptanmasını etkilemesi sonucunu doğuruyordu. Bu koşullar altında, temyiz mahkemelerinde bu temel öngörülemezlik kaynağını düzeltmek için genelde pek de bir şey yapılamazdı (Frank 1949: Bl. 3).

Yargısal süreçte kesinliğe ulaşmanın olanaksızlığına dair Frank'ın sıklıkla dile getirdiğı iddiaya, vurgunun çocuksu kesinlik arayışı yerine sonuçların adaletine yönelik olması gerektiğı iddiası eşlik ediyordu (Frank: 1930a: xi). Ancak öyle görünüyor ki, Frank'ın hukuk felsefesi bu tür bir adaletin kesinlikten izole biçimde var olabileceğini kabul eder ve adaletin kesinlikten daha az kaypak olmayabileceğini görmezden gelir. Bu görüşler ortada olduğuna göre, onun 1930'lardaki *New Deal* dönemi boyunca önemli bir dizi yöneticilik pozisyonunun ardından, 1941'de ABD İkinci Daire yargıcı olması biraz şaşırtıcı gibidir. Bu atama belli çevrelerde bir inançsızın Roma Katolik Kilisesi'ne piskopos olarak atanmasına benzetilmişti (White 1988: 275).

Realizmin Üç Türü

O halde normatif hukuk teorisiyle ilişkili olarak üç farklı realist düşünce türü teşhis edilebilir. *Siyasa-bilim realizmi* diye adlandıracağım birincisi “olgu araştırmasının” empirik sosyal bilimsel ya da davranışsal çalışmaların-doktrin analizine bilgi ve destek sağlamasını ön plana çıkarır ve doktrin gelişimini siyasa meselelerine dair daha gelişkin bir anlayışla yönlendirme ihtiyacına bu doğrultuda vurgu yapar. Bu tür bir yaklaşım; siyasa, objektif biçimde saptanabilir veya keşfedilebilir bir şey olarak, hukuk doktrinine rasyonel yoruma ve açıklamaya müsait (kurallar gibi) bir fikirler dizisi biçiminde eklemlenmiş bir şey olarak anlaşılabilirdiği sürece, normatif hukuk analizinin ya da normatif hukuk teorisinin faydasını yadsımak zorunda değildir.

Radikal şüphencilik diye adlandıracağım realist yönelimin ikinci türü, ortodoks doktrin analizinin değerinden esaslı biçimde kuşku duyar. Bu tür bir analizin, yargıçlar gibi görevlilerin ve başka katılımcıların hukuk sürecindeki fiili pratiklerinde cisimleşen hukuki realizmin rasyonalize edilmesinden veya gizemleştirilmesinden ibaret olduğunu ileri sürer. Bu görüşte, yargı kararları veya diğer hukuki sonuçlar, karar vericinin erişilemez veya en azından erişilmemiş kişisel niteliklerine veya tercihlerine dayandıkları için, esaslı biçimde öngörülemez gibidirler. Yahut ancak hukuk doktrini tarafından veya kurumsal ya da usule dair sınırlar tarafından kontrol edilmeyen politik kararlar sayılmak yoluyla anlaşılır gibi görünürler.

Kurucu doktrinel realizm diye adlandıracağım üçüncü “ılımlı” konum, hukuki realizmin niteliğine dair bir anlayış edinmek bakımından hukuk doktrini analizinin önemini yadsımaz. Ancak, yargısal ve diğer resmi kararların üretiminde hukuk doktrininin nasıl ve ne ölçüde önemli olduğunu belirleyen davranışsal faktörleri hesaba katmayan herhangi bir anlayışın çaresiz ve yetersiz olduğunu ileri sürer.

Burada bu üç realist yönelimi ayırmamı sağlayan esas değişken, normatif hukuk analizine, yani hukuk doktrininin rasyonel yorumuna yönelik tutumlarıdır. Siyasa-bilim realizmi değişik herhangi bir konumu benimseyebilecektir: Örneğin hukuk doktrini (i) sosyal bakımdan önemsizdir veya onunla pek ilgili değildir; (ii) etkileri bakımından belirsizdir ve bu yüzden araçsal önemi bilinemez; (iii) önemlidir ama etkileri bakımından zararlıdır veya (iv) önemlidir ama özgül sosyal sonuçları görmezden gelinerek yaratılmış ve uygulanmıştır. Hukuka dair sosyal bilimsel “olgu araştırmasının” önemi bu konumların herhangi biri temlinde değerlendirilebilecektir.

Tersine radikal şüpheci realizm, doktrinin rasyonelliğine ve önemine dair geleneksel iddiaları açıkça reddeden, olumsuz, şüpheci bir usul izleyerek doktrinle doğrudan ilgilenir. Konusu hukuk doktrininin ve geleneksel hukuki muhakeme biçimlerinin gizeminden arındırılması ya da maskesinin düşürülmesidir. Bu radikal görüşte hukuk, esas itibarıyla *doktrin değil* siyasadır, politikadır, güç sahibi karar vericilerin kişisel -veya (idealde) adalete dair- tercihleridir.

Son olarak, kurucu doktrinel realizm konumunda, doktrin önemli ve (en azından potansiyel olarak) sosyal bakımdan değerli görülür, ancak onun niteliğinin ortodoks doktrin analizinde ve normatif hukuk doktrininde büyük ölçüde yanlış anlaşıldığı ileri sürülür. Hukuk doktrininin işlediği ve geliştiği kurumsal ortamların, sosyal, ekonomik ve politik bağlamların incelenmesi ve bu araştırmalar ışığında doktrinin yeniden organize edilmesi veya yeniden yorumlanması yoluyla, hukukun normatif analizine realist bir pozisyon kazandırmanın yeni yolları bulunmalıdır.

Yine belirtilmelidir ki, siyasa-bilim realizmi diğer iki realist yönelimin herhangi biriyle uyum sağlayabilir, ama daha önce değinildiği gibi, ciddi sosyal-bilimsel siyasa araştırması akademik hukuki realistler arasında daima bir azınlığın meselesi oldu. Diğer yandan, radikal şüpheci rea-

lizm ve kurucu doktrinel realizm, her ne kadar bazı realistlerin bu ikisi arasında bocaladıkları ve bazılarının zaman içinde radikal bakıştan kurucu bakışa güçlenerek (başka bir açıdan zayıflayarak) geçtikleri düşünülebilse de, karşılıklı uyumsuzluk halindedirler.

Bu bölümün kalan kısımlarında bu üç konumun realist ve post-realist Amerikan hukuk düşüncesinde yaşadıkları gelişim yönlerinin izleri sürülecektir. Normatif teorinin ortodoks biçimleriyle önemli bakımlardan en doğrudan ve en sürekli biçimde meşgul olan (ne onu Frank'ın vakıa şüpheciliğinin bazen savunur görüldüğü tarzda saf davranışsal araştırmalar lehine polemik olarak gözden düşüren, ne de onu hukuk doktrininin fiili ya da potansiyel içeriğine dair siyasa analizleri yoluyla sadece tamamlamaya veya açıklamaya çalışan) üçüncü (kurucu doktrinel realizm) konumdur (özellikle Llewellyn'in hukukbiliminin evriminde temsil edilir).

Sonuç olarak, siyasa-bilim ve radikal şüpheci yaklaşımlar, görüleceği üzere, akademik hukukçuluğun realist düşüncenin mirası ile başa çıkmaya yönelik modern çabalarının temelini oluştururlar. Llewellyn'in çalışmalarında örneklenen kurucu doktrinel realizm ise, hukuk teorisiyle ilgilenen ciddi realistler tarafından, genellikle normatif hukuk teorisinin ortodoks biçimleriyle en doğrudan ve en üretken yüzleşmeyi sağlayan realist düşünce türü sayılmıştır.

Llewellyn'in Kurucu Doktrinel Realizmi

Hart (1961: 136) "kural şüpheciliği" için "kurallardan bahsetmenin bir efsane olduğunu, hukukun mahkeme kararlarından ve onların tahmininden ibaret bulunduğunu ileri sürerek gerçeğin üstünü örten bir iddia" der. Eğer bu Llewellyn'in teorilerine atfen söylenmişse ki, öyle görünüyor (karş. Hart 1961: 277, 298; Twining 1968: 6), ciddi bir tahrifattir; Britanya'daki analitik hukukçular arasında en

azından yakın zamanlara kadar sıklıkla görülmüş olan, realizmin tipik bir yanlışı anlaşılmıştır.

Llewellyn, erken dönem yazılarının birinde yer alan tek bir cümlemin ("Bu görevlilerin ihtilafa dair ne yaptıkları bana göre hukukun ta kendisidir") bağlamından koparılmasını ve bu cümlemin realizmin birçok eleştirmeni tarafından "bütün bir kişiyi ve onun bütün konumunu nitelemek için yeterli" sayılmasını üzüntüyle kaşılar.³ Daha önce değinildiği gibi, Llewellyn'in 1930'da kâğıt üzerindeki kuralları küçümseyişine, aynı eserde (Llewellyn 1930a) hukuki davranış üzerine bir vurgunun hukuk doktrini çalışmasını kesinlikle önemsiz kılmadığına yönelik katı bir ısrar da eşlik ediyordu. Ancak o, Llewellyn'in görüşünde, yargıçların kendi eylemlerini hukuk kuralları ve ilkeleri aracılığıyla rasyonelleştirme biçimlerine ek olarak, mahkemelerin ne yapıyor olduklarına (kararlarına ve onların pratikteki sonuçlarına) yönelik bir duyarlılık getirmek, akademik hukukçuların doktrini çok daha temkinli ve daha eleştirel biçimde görmelerini sağlamak zorundaydı.

Llewellyn'in yazıları genellikle, Felix Cohen'in hukuki fikirleri "aşkın saçmalık" diye niteleyen eserinde, Thurman Arnold'un hukuki muhakeme ile teolojik tartışma arasında kurduğu analogilerde (Arnold 1935: 29-67) veya Frank'ın bilinçli ve provokatif "modern hukuk sihirbazlığı" bahsinde (Frank 1949 Bl. 4 ve 5) ileri sürülen türden, hukuktaki ortodoks kavramsal düşünceye yönelik bir sinizm göstermez. Bunun yerine Llewellyn, doktrinde yapılan tasniflerde, kâğıt üzerindeki kurallarda ve ders kitaplarındaki kavramlarda yer bulmayan ama yargı pratiğinde örüntüleşmiş fiili ayrımları yansıtan daha özgül ve belirgin kategorilerin kullanılmasına ve böylece hukuki kavramların kapsamlarının daraltılmasına ihtiyaç olduğunu sürekli vurgular (Llewellyn 1930a: 27-28; 1931a: 56-57).

³ Bkz. Llewellyn 1951: 8-10, 12; 1960: 511; Twining 1973: 148-150; karşı. Hart 1977: 124.

İlk kez 1930'da basılmış olan *Cases and Materials on the Law of Sales* [Satım Hukuku - Davalar ve Kaynaklar] başlıklı etkileyici eserinde, satış işlemlerinin farklı sorunlar ortaya çıkaran belli aşamalarına dair doktrin kategorilerine atıfla "sahiplik" kavramını analiz eder. Davranışsal bir çalışmanın kâğıt üzerindeki kurallar üzerine bir çalışmayla bütünleştirilmesi gereğini sağlama yolunu gösterir: "Gelecekteki satış için sözleşmelere konmuş sahiplik kavramını mahkemelerin fiilen nasıl kullandıkları üzerine bir çalışma şu sonuca ulaştırır: Sahiplik kurulması aslında, tekraren, sorunu sahiplik kavramının bizzat kendisine müracaat etmeksizin gayet iyi biçimde çözmeye yarayan sözleşme özellikleriyle belirlenmektedir" (Llewellyn 1930b: xiv; karş. Wiseman 1987: 476-477). Davranışsal yaklaşımda bu, bir bakışta kâğıt üzerindeki hukuki kavramın bir tarafa bırakılması gerektiği anlamına gelmez ama şunu gösterir: "Öğrenci sahipliğin gerçekte ne olduğunu anlamaya başlayabilir. Satış işlemlerine dair tartışmanın davranış kurallarını tarihsel olarak koşullayan bir kavram; belki davaların yarısında eylem gerektirmeyen bir mesele veya bir adabı muaşeret meselesi olarak yer alan tamamen gereksiz bir büyük öncül; başka davalarda, sözleşmenin bir veçhesini sözleşmede eşit biçimde açık olmayan bir diğerine taşımaya yarayan bir köprü; son olarak, bazen eldeki davaya anlamlı bir çözüm bulmayı engelleyen bir şey olarak başa çıkılmak zorunda bırakacak kadar gelenek tarafından kutlanmış bir kavram... Sahiplik kavramı olmadan yola devam etmek, onu kullanmayı, onunla akıl yürütmeyi, onu tartışmayı öğrenmeden yola devam etmek olanaksızdır" ama onu fiili pratik kullanımından (ya da kullanılmamasından) izole biçimde düşünmek "modern gelişmelere dair perspektifi kaybetmek" demektir (Llewellyn 1930b: xiv-xv).

Bu, Hart'ın kavramların hukuki linguistik bağlamlarında anlaşılmaları gerektiğine yönelik ısrarının ötesine geçiyor. Llewellyn kavramların sadece yargıçlar veya avukat-

lar tarafından dile getirilen özgül ifadelerde yer alan unsurlarla sınırlanmadan yorumlanmalarını ister. Kavramlar, ortaya çıkmasına yardımcı oldukları veya ortaya çıkmasını engelledikleri sonuçlar bakımından anlaşılmalıdır. Doktrinin resmi karar verme işinde bir çözüm üretme ihtimalinden daha az olmamak üzere, pratikle ilgili bir sorun üretme ihtimali de vardır.

Etkili bir idari davranış sorunu olarak yargılama ile davranışın rasyonel rehberliğinin ideal bir yapısı olarak hukuk doktrini arasındaki ilişkiye dair genel mesele, hem bir hukuk teorisyeni olarak hem de ABD Ortak Ticaret Kodu'nun orijinal biçimini ve yapısını belirlemekten sorumlu, ünlü bir Amerikan ticaret hukukçusu olarak Llewellyn'in en önemli çalışmalarının çoğunun esas odağını oluşturur. Bu *Kod* bugün Amerikan ticaret hukukunun büyük bir kısmının genel çerçevesini oluşturmaktadır.

Onun yöntemi "kabul görmüş doktrini almak ve ondaki kelimeleri onun sonuçlarıyla karşılaştırmaktır... Eğer bir doktrin [hukuk kuralı, ilke, kavram] yapmayı hedeflediği neyse onu kendine yeter biçimde yapmıyorsa, o doktrinin iş görmesini sağlayan *başka ne* iş başındadır [diye sormak gerekir]" (1940: 135). O halde Llewellyn'in öncelikle ön plana çıkardığı husus (Frank'ın yaptığı gibi) hukukta belirsizliği ve öngörülemezliği teşvik eden faktörler değil, hukuki sonuçlara kayda değer ölçüde öngörülebilirlik kazandıran faktörlerdir; "öncüllerin yanıltmasına", doktrinin belirsizliğine veya onun yargılamadan insani ve sübjektif niteliği uzaklaştıramamasına *rağmen*.⁴ Llewellyn'in doktrinin işlemesini sağlayan "'başka ne iş başındadır" sorusuna da özel bir cevabı bulunur. "Yargıçlarımızın işlerini istikrarlı kılan ve yönlendiren yargıçlık sanatı geleneği vardır;

⁴ Karş. Frank 1949: 31; Llewellyn 1960: 4, 45. Bu görüş erken dönem çalışmalarında mevcuttur. İlk kez 1933'de yayınlanmış olan derslerinde vurguladığı husus şudur: Eğer yargısal süreçler gerçekçi biçimde anlaşılırlarsa, "hukuki bir ihtilafın sonucu oldukça şaşırtıcı ölçüde öngörülebilir" (Llewellyn 1989: 76).

o sanatın, yine istikrarlı kılan ve yönlendiren idealleri vardır” (1940: 135; bkz. 1989: 77-81).

Llewellyn’in hukuka dair davranışsal perspektifi, *kurumlar* olarak mahkemeler ve yargıçlar (ve hukuk dünyasının diğer bileşenleri) üzerine bir perspektif haline geliyor (Llewellyn 1941; karşı. Twining 1973: 176-177): Kurumlar olarak, yani bir dizi normatif beklentiler içinde işleyen istikrarlı davranış örüntüleri ya da yapıları olarak; örneğin yargılama işini yapmanın doğru yolu, bir mahkemeyi veya bir duruşmayı organize etmenin doğru yolu, emsal davaları okumanın doğru yolu, karara ulaşmanın ve onu gerekçelendirmenin doğru yolu gibi. Llewellyn’in kariyerinin son yirmi yılındaki yazılarında, özellikle de 1962’deki ölümünden bir küsur yıl önce yayınlanmış olan zengin hayal gücüyle dolu *The Common Law Tradition* [Common Law Geleneği] başlıklı kitabında, yargılamaya dair bu kurumsal görüş derinlemesine incelenir.

1930’larda ve 1940’larda antropolog E. A. Hoebel ile birlikte birkaç yerli Amerikan kabilesinde sosyal kontrol ve ihtilaf çözme yöntemleri üzerine çalışmalar yapmıştı; bunlar yargı sanatkârlığının hangi sosyal ve kurumsal koşullarda geliştirilebileceği konusunda ona çok önemli kazanımlar sağladı. Bu çalışmaların onun hukuk kurumlarına dair teorik fikirleri üzerinde yarattığı genel etki anlamında en önemlisi *Cheyenne* Yerlileri üzerine yapılmış olandı (Llewellyn ve Hoebel 1941). Alan çalışmasının büyük kısmı Hoebel tarafından yapıldıysa da, Llewellyn geleneksel *Cheyenne* hayatının araştırmacılarca derlenmiş problem çözme tarihine yansıdığını düşündüğü topluluk temelli yargı bilgeliğine çok güçlü bir sempati geliştirdi. Küçük ölçekli bir toplumun geçmişteki görkemine⁵ dair bir çalışma Llewellyn için ciddi bir ilgi konusuydu; zamanının kalan kısmının çoğunu ise bir Amerikan ticaret hukukçusu ola-

⁵ Vakıa malzemesinin çoğu bilgi kaynaklarınca en az yarım yüzyıl önceden beri derlenmiş olaylardan ve pratiklerden oluşuyordu.

rak, dünyanın en karmaşık ve en gelişmiş toplumlarının birindeki girift düzenleme sorunlarına hasretti.

Onun ve Hoebel'in düzen içinde bir geleneksel *Cheyenne* toplumu olarak neyi resmettiklerine gelince, Llewellyn orada yargı yönteminin basit özünü gördüğünü düşündü - hukuk doktrininin rasyonel organizasyonu ve uygulanması olarak değil, iyi yönetime yönelik sosyal görevin yerine getirilmesi olarak: "İşe yarar formların ve aygıtların aranması onların marifetli biçimde kullanılmaya çalışılması

kendi yaşayan aklını, kendi ilkesini herhangi bir form, herhangi bir formül, herhangi bir 'kural' altında hayatta ve zinde tutmaya gayret edilmesi" (Llewellyn ve Hoebel 1941: 307).

Llewellyn'e göre doktrin belirli bir işleyiş biçiminin ürünüdür. Haliyle zamana ve mekâna özgü hukuk kurumlarındaki yaygın davranış tarzını yansıtır. "Yargı yöntemi nitelik bakımından sanattaki tarza benzemez değildir bütün sanatkârlık türlerini değişen derecelerde bir kez etkileyen ama yine de büyük farklılıklara olanak sağlayan, fazlasıyla karmaşık ve incelikli şeyler dizisi" (Llewellyn ve Hoebel 1941: 308). İşleyiş tarzı ve onun sosyal bağlamı, ortaya çıkmasını sağladığı doktrinden çok daha temel olduğu için de, hukuk doktrini hukuk hayatının bütününe, hatta onun en asli unsurlarını bile tek başına ifade etmez.

Dönem-Tarzı

Cheyenne çalışmasından yaklaşık yirmi yıl sonra yayınlanmış olan *The Common Law Tradition*'da, Llewellyn zamana ve mekâna özgü yargı sistemlerinde yargılamaya dair yaygın davranış tarzı dediği fikri detaylı biçimde, özel olarak Amerikan temyiz mahkemeleriyle ilişkili biçimde geliştirir: "Bu, bütün ülke boyunca verili bir zamanda genel ve yaygın olan bir iş yapma biçimidir. Genel bakış açısidir, profesyonel yapma etme yollarıdır, hukuk adamlarının duyarlı oldukları ve uğruna mücadele ettikleri bir şeydir, işleyişe ve onun sonuçlarına genel tınısını ve havasını

veren şeydir. Pekala, 'dönem-tarzi' diye açıklanabilir" (Llewellyn 1960: 36).

Bu fikrin normatif hukuk teorisinin ortodoks biçimlerinin eleştirisi bakımından önemi, Llewellyn için yargı işinin davranışsal analizini hukuk doktrininin normatif analizi ile birleştirme olanağı sağlamasıdır (ve bunu mutlak biçimde gerekli diye meşrulaştırmasıdır) (Llewellyn 1941). Doktrin bir işleyiş tarzının ifadesi ya da yansımasıdır: Onun nedeni değil sonucudur. Yargı sisteminin genel dönem-tarzını belirleyerek o fikirlere biçim ve içerik kazandıran kurumsal ortamları ve daha geniş sosyal ve profesyonel çevreleri analiz etmeksizin, hukuku bir fikirler yapısı olarak anlamaya çalışmak anlamlı değildir. Aynı zamanda, dönem-tarzi, hukuk tutanaklarında mahfuz yargısal muhakemede en açık biçimde açığa çıkarılır. Hatta *The Common Law Tradition* dönem-tarzının zaman içindeki değişimini takip etmek üzere, Amerikan eyaletlerinin yargı çevrelerinden alınmış çok sayıda davanın incelenmesine dayanır.

Llewellyn iki zıt dönem-tarzi teşhis eder. *Büyük Tarz* (ya da Akıl Tarzi) tipi yargılama içtihatları hoş karşılar, ikna edici sayar, ama onları şu ölçütlere göre teste tabi tutar: (i) mütalaayı yazan yargıcın itibarı, (ii) ilke –"kurallara büyük-ölçekli düzen kazandırmaya yarayan sadece bir söz aracı" anlamında değil, "düzene olduğu kadar yenilik his-sine de olanak tanıması gereken büyük bir genelleme" anlamında- ve (iii) siyasa, –"söz konusu kuralın müstakbel sonuçları anlamında" (1960: 36). Büyük Tarz dönemi, "doktrinin sürekli yenilenmesi" için imkân verir; ancak (yapabileceğinin en fazlası bakımından) hukukta bir devrime, hatta reform teşvikine yönelik en ufak bir iz taşımaz. Gelecekteki en iyi hukuka yönelik daimi bir arayışı içerir ama "en iyi hukuk geçmişin sunabildiğinin üzerine inşa edilmeli ve ondan türetilmelidir; arayış mirasın sürekli gözden geçirilmesinden ve onun üzerinde yeniden çalışıl-masından ibarettir" (1960: 36).

Dworkin'in uygun yargı yöntemleri açıklaması ile olan koşutluklar açıktır (bkz. Bl. 6); Llewellyn'in Büyük Tarz'ı ideal *common law* yargılama geleneği diye gördüğü şeyle açıkça ilişkilendirmesi de şaşırtıcı değildir. Fakat Dworkin'den farklı olarak, Llewellyn bu yargı yaklaşımını Anglo-Amerikan hukukunun değer sistemi ve doktrin gelenekleri içinde mündemiç (bir fikirler sistemi olarak hukuka içsel bir şey) olarak nitelemez. Bunun yerine onu karmaşık tarihsel nedenlerle Amerikan hukuk tarihinde kimi zaman yükselen kimi zaman düşen bir tarz olarak tasvir eder. Bu tarihsel nedenler davranış üzerinde kurumsal baskı oluştururlar, bu da (tahminen) sosyolojik açıklamaya ihtiyaç gösterir. Hukuk teorisyeninin sadece belli bir zamanda yorum pratiğine nasıl katıldığını değil, aynı zamanda yorumcular cemaatinin bizzat kendisinin bütünsel bakışında ve yapısında bulunan değişim dinamiklerini de anlaması gereklidir.

Büyük Tarz'ın karşısında *Formel Tarz* (ya da Otoriter Tarz) bulunur; Llewellyn onun Amerikan bağlamında 19. yüzyıl sonlarından beri "ortodoks ideoloji" olduğunu (1960: 38), 20. yüzyıl başlarından itibaren ise yerini belli ölçüde yeniden canlanan Büyük Tarz'a bırakmış olduğunu söyler. Formel tarzda,

"davalarda hukuk kuralları karar vermelidir; siyasa mahkemelerin değil yasamanın işidir ve saf *common law*'un değişimi için bile bu böyledir. Mütalaalar tek bir düşünce hattının kaçınılmazlığını ifade eder biçimde veya böyle bir anlayış içinde dedüktif tarzda çıkarılır. 'İlke' [burada Büyük Tarz yargılamadaki anlamından oldukça farklı bir anlamı vardır] düzen üreten bir genellemedir; bu ilke uygun olmayan 'aykırı' durumların ve kuralların, varsayımlı 'ilke'nin iyi işlemediği yerlerde anlam sağlamak dışında hiçbir işlevi olmayan durumların ve kuralların budanması için kullanılabilir ve kullanılmalıdır -ama anlam, formel-tarzda bir mahkemenin resmi bir konusu değildir" (1960: 38).

The Common Law Tradition'ın büyük bölümü, değişik Amerikan eyalet yargı çevrelerindeki fiili yargı pratiğinin bu iki tarz arasındaki tarihsel hareketi izlenerek işlenir. Daha sonraki yazarlar Llewellyn'in dönemselleştirmesine itiraz ettiler ve hukuki düşünce tarzları arasındaki geçiş süreçlerine ilişkin daha gelişkin yaklaşımlar ileri sürdüler. Anglo-Amerikan bağlamında normatif hukuk teorisindeki tartışmaların ilerleyişi incelenirken önem taşıyan husus şudur ki, Llewellyn'in yazıları sadece gerçekçiliğin hukuktaki "saf" doktrin analizine (ve hukukun bir fikirler sistemi olarak açıklanabileceğini varsayan normatif hukuk teorisine) getirdiği davranışsal eleştiriyi ifade etmezler. Aynı zamanda, hukuku, doktrin analizini *açıklığa kavuşturan ve genişleten* bir biçimde davranışsal (ya da kurumsal) bakımdan görme araçlarını da ortaya koyarlar.

Stanley Fish'in Dworkin eleştirisi⁶, hukuki yorumcular topluluğunun (öncelikle yargıçların) niteliğinin ve orada uyumu ve uzlaşmayı teşvik etmek ya da tahrip etmek üzere iş başında olan güçlerin sosyolojik bakımdan incelenmesi gerektiğini ima ediyordu; Llewellyn'in belli yargı sistemlerindeki özgül dönem-tarzlarının tarihsel önemini teşhis etmesi de, o belli yargı tarzına yaygınlık kazandıran sosyal, ekonomik, politik ve profesyonel koşullara yönelik empirik araştırma ihtiyacına işaret eder.⁷

The Common Law Tradition'ın başka bir yerinde, zamana ve mekâna özgü dönem-tarzı ile birlikte temyizdeki karar-verme işinde tutarlılığı ve öngörülebilirliği teşvik eden bir dizi 'istikrar faktörleri' teşhis edilir; Llewellyn'in kurumsalcı yönelimi böylece daha da ileriye taşınır. Bunlar, yargıçların profesyonel hukuk çevresindeki ortak eğitimlerini ve deneyimlerini, grup içinde ve bütün olarak profesyonel

⁶ Bkz. "Politika, profesyonelleşme ve yorum toplulukları", yuk. Bl. 6.

⁷ Llewellyn (1960: 24-25) örneğin "tek doğru cevap" yaklaşımını (ki şimdilerde güçlü biçimde Dworkin'in hukuk felsefesiyle eşleştiriliyor) sosyolojik bakımdan incelenmesi gereken bu türden bir yargısal tarz meselesi olarak açıklar.

ortamda karar-verme işinde ortaya çıkan kısıtları, paylaşılan yargısal değerleri, yargı işinin kamusal niteliğini ve karar-verme sürecinde dikkate alınması gereken değişkenleri sınırlandıran bir dizi prosedür faktörlerini içerirler.

Demek ki, doktrin içinde bulunduğu kurumsal ortamda anlaşılmalıdır ve sadece böyle anlaşılabilir. Normatif hukuk teorisi, sistematik davranışsal analiz ihtiyacını görmezden geldiği sürece, doktrinin niteliğini yanlış temsil eder ve hukukun niteliğinin gerçeğe uygun biçimde anlaşılmasını engeller. Tüm bunların ışığında denebilir ki, bazı analitik hukukçuların realistleri hukuk doktrininde kuraların ve diğer unsurların asli önemini tekdüze biçimde yadsıyorlarmış gibi gösteren karikatürleri, kurucu doktrinel realizmin önemli iddiaları ile yüzleşme gereğini örtbas eden bir sis bulutundan ibarettir.

Büyük Tarz'ın Geri Dönüşü

Llewellyn kendi realizm versiyonunu daha iyi, daha öngörülebilir bir yargı uygulamasına yönelik pratik bir katkı haline getirmeye çalıştı. Yazılarında Büyük Tarz yargılamasının hukuka kesinlik ve öngörülebilirlik kazandırmak bakımından Formel Tarz'a nazaran çok daha elverişli olduğu savunulur; zira o, diğerinden farklı olarak, doktrinin yargısal muhakemedeki araçsal hedeflerini açığa çıkarır. İlkenin ve siyasanın Büyük Tarz'da işe katılması, hukuk doktrininin yeni formüle edilmiş özgün unsurunun *ne için* olduğunu açık hale getirir. Tersine, Formel Tarz'ın dedüktif muhakemesinin içerdiği "tek-yön kaçınılmazlığı" anlayışı, doktrin gelişiminin nedenlerini karanlıkta bırakma ihtimali taşır; böylece yargı kararlarının ardındaki gerçek motivasyonlar gizli veya muğlâk kalır, doktrinin yargısal gelişiminin muhtemel yollarını öngörmek daha da zorlaşır. Büyük Tarz'ın "bakılır bakılmaz anlamı kavranan, ortalama insanlar tarafından bile anlaşılabilen ve pekala makul biçimde uygulanabilen kurallar" üretme ihtimali daha yüksektir (Llewellyn 1960: 38).

Büyük Tarz'ın meziyetlerinin tartışma konusu edilmesi olanaklıdır. Ancak tüm bu konumların arkasında Llewellyn'in (1989: 80) doktrinin yargıçları *kontrol* edemeyeceği ve etmeye çabalamaması gerektiğine, ama onları *yönlendirmek* üzere yapılanması gerektiğine dair kanaati bulunur. Formel Tarz'ın beklentileriyle kısıtlanmış bilinçli, yaratıcı bir yargıç da dedüktif mantığın sınırlamalarından emsalleri, ince ayrımları zekice manipüle ederek ve yerleşik kuralları örtülü biçimde yeniden yorumlayarak pekâlâ kurtulmaya çalışabilir. Adaletin yerine getirilmesine yol vermeyen kurallarla engellenmiş bir yargıcın öngörülemez biçimde davranması muhtemeldir (Llewellyn 1940: 144). Hayati nokta, yargılamada etkin şekilde işleyen mevcuda uyma baskılarının sadece kurallar tarafından değil, yargılama işinin yapıldığı bütün kurumsal ortam tarafından üretilmekte olduklarıdır. Llewellyn'e göre doktrin yargıçları uygun yönle sevk etmeli, ama onlara yargı kurumunun bir parçası olma rollerine içkin sınırlar içerisinde yaratıcı bir özgürlük de sağlamalıdır.

Llewellyn'in sonradan Amerikan Ortak Ticaret *Kodu*'na dönüşmüş olan 1940'lardaki tasarısının, *Kod* kapsamında hukukun standartlaştırılmasına olanak sağlayan bir kavramlar ve ilkeler çerçevesi getireceği düşünülmüştü. Ancak onun hükümleri "ticari işlem vakıaları üzerine kurulu olan ve esnek karar vermeyi yönlendirmek üzere tasarlanmış, maksat gözeten ilkelerin ifadeleri" olmalıydı (Wiseman 1987: 497). Amaç, hizmet etmeye niyetlendiği maksatlar bakımından kolayca anlaşılabilir bir doktrin rehberi sağlamak olacaktı (Twining 1973: 305). Mahkemeler *Kod* kurallarını bu maksatlar ışığında geliştirmeye teşvik edileceklerdi. *Kod*'da bulunan uzun "Resmi Yorumlar" yargısal yoruma ve uygulamaya yardımcı olmak üzere onun temelindeki nedenleri ve siyasaları açıklayacaklardı. Yargıçlar Büyük Tarz'da akıl yürütmeye zorlanamazlardı ama bunu yapma araçları onlar için yasa formunda erişilebilir hale getirilebilirdi (Wiseman 1987: 498-502; Twining 1973: 321-330).

Llewellyn'e göre *Kod*, doktrin kavramlarının ve kategorilerinin, pratik koşulların çeşitliliğini ve karmaşıklığını daha iyi temsil eden daha az soyut ve daha az genel fikirler halinde alt parçalara bölünerek, daha işlevsel hale getirilebileceklerine dair gerçekçi vurguyu da cisimleştirmek zorundaydı. Bu yüzden *Kod* tacirlerin standartlarını, pratiklerini, anlayışlarını ve ihtiyaçlarını ifade eden "ticaret kurallarını" bünyesine eklemleyecekti (örneğin, ticari teamülün ticari bir işlemin temelindeki ortak olgusal ve normatif kabulleri gösterdiği düşünülebilirdi). Aynı şekilde, *Kod* ticari bağlamları ticari olmayan bağlamlardan ayıracaktı; ticari hükümlerce düzenlenmiş alanda ortaya çıkan ticari vakıa sorunlarının, alana dair uzmanlık bilgisine sahip bir ticaret mahkemesinde görülmesi sağlanacaktı (Wieseman 1987: 503-504, 505).

Llewellyn'in şemasının önemli kısımları Ortak Ticaret *Kodu*'nun uzun gelişim süresince ayakta kalmadıysa da, onun önerileri, kurucu doktrinel realizmi rasyonel bir hukuk doktrini sistemine duyulan pratik profesyonel ihtiyaca hizmet eder hale getirme çabasının açık bir örneğini teşkil eder.

Amerikan Hukuki Realizminin Politik Bağlamı

ABD'de çok dikkat çekmiş ve halen çekmekte olmasına rağmen, realizmin bu ve başka biçimleri neden Britanya'da normatif hukuk teorisinde pek az etki yarattı? Realizm fikrinin Britanya'daki sınırlı etkisi değerlendirilirken, bu bölümün kalan kısımlarında incelenecek olan post-realist hukuk teorisi gelişmelerinin Atlantik'in her iki yakasında da hukuk düşüncesinde giderek artan bir güce sahip oluşu hesaba katılmalıdır. Acaba realist fikirlerin Britanya'da reddedilmesinden ziyade, benimsenişinin uzun süre gecikmesinden söz edebilir miyiz?

Amerikan hukuki realizminin ortodoks bağlamsal açıklamaları, onu ABD'nin özel tarihsel ve politik koşullarının

bir ürünü olarak görmeyi teşvik eder. Onun, Amerikan yönetiminde mahkemelerin olağanüstü tarihsel rolünün (Hart 1977: 124), özellikle de yasama işlemlerinin geçerliliğinin yargısal denetimine olanak sağlayan anayasal çerçevenin bir sonucu olduğu düşünülür. Mahkemeler üzerine bu vurgu, politik iktidarın muntazaman adem-i merkezi ve dağıtılmış olduğuna dair genel bir görüşü yansıtır: Kurumsal bakımdan federal sistem ve kuvvetler ayrılığı doktrini sayesinde; coğrafi ve kültürel bakımdan da böylesine büyük ölçülere ve çeşitliliğe sahip bir ulusta tüm yönetsel sorunlara tekdüze çözümler getirmenin pratik olanaksızlığı nedeniyle.

Aynı çizgideki daha detaylı analizler realist hareketin neden 20. yüzyıl başlarında ortaya çıktığını açıklamaya çalışır. O hukuk doktrinindeki “aşırı birikim” krizine ve sonuçta mahkemelerin yargısal içtihat sistemini geleneksel *common law* modeline dayalı olarak işletememesine bir tepkiydi: “19. yüzyılın sonlarına doğru yayımlanan dava raporlarının ivme oranı kâbus haline geldi. Amerikan kolonilerinde mahkemelerin kuruluşundan 1896’ya kadar - iki yüzyılı aşan bir süre- karara bağlanmış davaların rapor külliyatları hukuk kitaplığında üç raf kaplıyordu. 1896’dan bu yana [1960’a kadar] karara bağlanmış dava külliyatları ise otuzdan fazla rafı dolduruyor” (Gilmore 1961: 1041).

Grant Gilmore’un açıkladığı gibi, sadece 19. yüzyıl sonunda ve sonrasında nüfus arttıkça, mahkeme sayıları ve eyalet yargı çevreleri büyüdükçe çok daha fazla dava karara bağlanıyor değildi, aynı zamanda özellikle 1870’lerde Batı Ulusal Kayıt Sistemi’nin kuruluşunun bir sonucu olarak davalar daha yüksek oranda kayda geçiriliyordu. Kayda geçirilen dava sayıları “sahildeki kum tanelerinin sayısı kadar olunca” içtihat sistemi işleyemez (Gilmore 1961: 1041). Özel hukuk meselelerinin çoğunun tekil eyaletlere ve onlar tarafından da mahkemelere terk edilmiş olması, Amerikan bağlamında sorunları daha da artırdı.

Amerikan realizminin doğuşuna neden olan bu alışıldık

kriz açıklaması genellikle, en azından modern Amerikan tarihçiliğinde, daha özgöl bir politik açıklamayla tamamlanır. Yargıç Oliver Wendell Holmes'un ABD Yüksek Mahkemesi'ndeki ünlü karşıt oy gerekçeleri⁸, Amerikan yönetiminin sosyal ve ekonomik değişime uyum sağlama gibi ciddi bir sorunla yüzleşmekte olduğu bir dönemde (20. yüzyıl başlarında), mahkeme çoğunluğunun düşünmeden mekanik hukuk mantığını uygulamasına karşı bir protesto olarak görülür.

Pound'un yasama müdahalesiyle ve *common law* yargılamasının geleneksel evrim pratiğinin yenilenmesiyle düzeltilmesi gereken "mekanik hukukbilim" (Bkz. Bl. 6) olarak gördüğünü, Holmes hukuki değişim isteyen halk iradesinin yargıda, kararlarına hukuk mantığı örtüsüyle kendi önyargılarını taşıyan yargıçlar yüzünden, hüsrana uğratılması olarak gördü. Ancak Holmes'un görüşleri, onu öncüler olarak benimseyen hukuki realistlerin kabul ettikleri anlamda gerçekçi değildi. Holmes mahkemelerin objektif biçimde çalışabileceklerini ve siyasa kanaatlerinin ifadesini demokratik biçimde seçilmiş yasakoyucuya bırakabileceklerini iddia ederken⁹, hukuki realistler mahkemelerin kaçınılmaz biçimde siyasa kararlarına müdahil olduklarını düşünme eğilimindeydiler. Mesele onların hangi siyasalara destek oldukları ve değer tercihlerini benimserken ne ölçüde açık oldukları meselesine dönüştü.

Demek ki hukuki realizmin ortodoks hikâyesi, onun 1930'larda baskın hukuk teorisi olarak yıldızının parlamasını, aynı dönemde Franklin Roosevelt'in *New Deal* hükümetini de doğurmuş olan politik taleplerin hukuk düşüncesinde neredeyse kaçınılmaz biçimde ifade buluşu olarak görüyor. Bu talepler *Wall Street* borsasının 1929'da çöküşüyle başlayan buhran dönemindeki sosyal ve ekonomik krize karşı mücadele etmek üzere tüm yönetsel organla-

⁸ Özellikle *Lochner v. New York* 198 US 45, 75-76 (1905).

⁹ Ör. *Lochner* davasındaki karşıt görüşünde.

rı birleştiren açık bir siyasa çağrısıydı. Bu yüzden, bazı yazarlara göre hukuki realizm esas itibarıyla *New Deal*'ın hukukbilimsel benzeridir (White 1972; Murphy 1972: Bl. 4).

Bunda kuşkusuz büyük doğruluk payı var. Amerikan Hukuk Fakülteleri Birliği'nin 1932'deki başkanlık bildirisinin konusu, Amerika'yı "sosyal ve politik yıkımdan" kurtaracak bir "sosyal planlama ve perspektif" için yol göstermek üzere, akademik hukukçulukta acilen yeni yaklaşımlara ihtiyaç duyulduğu idi (Harno 1932). Yine, bir bütün olarak realistlerin bazı radikal eleştirmenlerden üzerine çektiği rahatsız edici politik eleştiriler tam da Roosevelt'in *New Deal*'ına yöneltilenlerle aynıydı: Totaliter ve faşist eğilimler sergilediği ve *Hukukun Üstünlüğünü* küçümsemediği düşünülüyordu (Hull 1997: 234-239).

Birçok öncü realist, *New Deal* yönetiminin faaliyetlerini ateşli biçimde destekledi, birçok durumda da aktif katılımcısı oldu (bkz. ör. Twining 1973: 58). Bu bakımdan en dikkat çekici ifade Jerome Frank'a aittir. Frank 1934'te kendisinin ve diğer "deneysel hukukbilim" taraftarlarının "büyük deneyci Franklin Roosevelt'in mütevazı hizmetkârları" olduklarını beyan etti (White 1988: 275'de alıntı). Böylece bazı realistler için, yargısal (ve idari) pratiğin hedefi olarak adalet sorunu, belli siyasaların veya onlara ulaşmanın belli araçlarının içsel doğruluklarına dair bir inanç aracılığıyla çözülmüş oluyordu.

Eğer Amerikan realizmine dair bu türden açıklamalar tüm kapsamı ihtiva ediyor diye görülürlerse, bundan iki önemli sonuç çıkar. İlkin, realizm esas itibarıyla sadece Amerikan hukuku ve hukukçuları ile sınırlı bir ilgi alanıdır. Bu yüzden de daha geniş hukukbilimsel önemi, eğer varsa, çok azdır. İkinci olarak, realizm şimdi artık gerilerde kalmış olan hukuki ve politik krize bir tepkiydi. Örneğin Gilmore (1961) Amerikan hukukundaki içtihatlarla dair "aşırı birikim" krizinin üstesinden gelmeye yarayan birçok gelişim yaşandığını ileri sürer. Özellikle önemli olanlar şunlardı: Mahkemeler tarafından yaygın biçimde benim-

senmiş olan, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün *common law* doktrinine dair sistematik yönergeleri; içtihatlarla, yasama işlemlerinin yargısal yorumuna ve yasaların kaleme alınışına ilişkin belli yaklaşım değişiklikleri; Amerikan hukukunun önemli alanlarında kodifikasyon yapılması ve özel hukukun federalleştirilmesi.

Bu ortodoks realizm açıklamaları yanlış değiller. Fakat bütün hikâyeyi anlatmıyor olabilirler. İlkin, Amerikan yönetiminde mahkemelerin özel rolleri bakımından getirilen açıklama, neden hukuki realizm biçimlerinin çok farklı yargı sistemlerine sahip başka ülkelerde bağımsız biçimde gelişmiş olduğunu anlamayı zorlaştırıyor. Daha önce söz edildiği gibi, 20. yüzyılın ilk yarısında İskandinav ülkelerinde bir hukuki realizm biçimi geliştirildi. Yüzyıla geçilirken Almanya'da "Serbest Hukuk" (*Freirechtslehre*) okulu olarak bilinen bir hareket ortaya çıktı; hukuk uygulayıcılarını ve hukukçuları birleştiren bu hareket, yargı kararlarının tahmin edilmesi bakımından hukuk kurallarının, tek başlarına alındıklarında, belirsiz olduklarını benzer biçimde vurguluyordu. Yine, yargıcın yaratıcı rolü, bu rolün zamanın ihtiyaçlarını karşılamak üzere açıkça tanınmasının ve sorumluluk içinde geliştirilmesinin (doktrin kısıtlarından görece serbest biçimde) önemi öne çıkarılıyordu.

Serbest Hukuk hareketinin ardındaki asli bir itki, 1900'de yürürlüğe girmiş olan Alman Medeni Kanunu'nun fazlasıyla soyut olduğunun, hızlı sosyal ve ekonomik değişimden kaynaklanan sorunların yargısal çözümünü aksattığının düşünülmesi gibi görünüyor. İskandinavya'da da hukuki realizm, hukuki muhakemede ve doktrinde yer alıp sosyal bakımdan ilgisiz veya siyasa taleplerini doğrudan karşılayamayan soyutlamalara karşı bir tepki olarak yaygınlaşmıştı (Castberg: 1955: 389-390).

İkinci olarak, her ne kadar Gilbert'in Amerikan realizmini aşırı içtihat birikimi sorununa bağlaması makul olsa da, sorunun sandığı gibi büyük oranda çözüldüğü veya sadece Amerika'ya özgü olarak görülebileceği kuşkuludur.

Daha muhtemeldir ki, sorunun ABD’de belli bir dönemde (Buhran dönemindeki politik ve sosyal krizle birlikte) ciddiyet kazanması, *common law* sistemlerinde yerleşik bir zorluğa dramatik biçimde ışık tuttu. Bu zorluk, yönetimin sosyal ve ekonomik hayata giderek artan ölçüde müdahil olduğu bir bağlamda, mahkemelerin siyasa yapımına ve siyasa uygulamasına yönelik tavırlarının giderek artan ölçüde kritik hale geldiği bir bağlamda, yargısal karar verme işinin yorumlanmasının ve meşrulaştırılmasının zorluğuydu.

Son olarak, Amerikan hukuki realizmini *New Deal*’ın hukukbilimsel benzeri olarak açıklamak, gerçekçiliğin en önemli teorisyeni olduğu ileri sürülebilecek olan Karl Llewellyn’in onu desteklemediği gerçeğini (Twining 1973: 125) ve onun *New Deal* olaylarını ve meselelerini, realizmin hukuk analizine yaptığı asli katkılarla büyük oranda ilgisiz gördüğü gerçeğini göz ardı ediyor. *New Deal* dönemi “yükselmekte olan tüm soruşturma çizgisini merkezin uzağına fırlatan” bir “kaza” idi ve eğer bir şey yaptıysa, onun gelişimini aksattı (Llewellyn 1960: 14). En azından, Llewellyn için realizm, *New Deal*’dan çok daha önceleri var olmuş ve Roosevelt döneminin ardından hiçbir biçimde ortadan kaybolmamış olan ikilemlere bir tepkiydi.

Tüm bunların ortaya koyduğu şey şudur: Her ne kadar Amerikan hukuki realizmi belli bir zamanda Amerika’ya özgü hukuki, politik ve sosyal koşullar karşısında büyük bir tepki hareketi haline gelmiş olsa da, Batı hukukunun gelişimine dair daha genel sorunların özellikle açık, doğrudan bir ifadesi olarak da görülebilir. Bu sorunlar bu kitapta daha önce tartışılmış olan Anglo-Amerikan normatif hukuk teorisi biçimlerinde çözülmederi kalmıştır. Bu sorunların kalbinde hukuku bütünleşik bir fikirler dizisi olarak resmetme çabalarının hepsinde gizlenemeyen bir husus var: Bir politik aktör olarak yargıcın sınırlanmamış iktidarı. Çeşitli rasyonelleştirme biçimleri öne sürüldü ama hiçbirisi bu meseleyi gerçekten çözmedi.

Modern pozitivist analitik hukukbilim hukuk kurallarının “merkezi” ve “gölgeli” anlamları arasında açık bir ayırım varsayar.¹⁰ Hukuk doktrininin tartışmasız merkezi anlamının varlığı kabul görebildiği sürece, yargısal karar verme işinin, yargıya dair kişisel değerlerin ya da tercihlerin ifadesinden veya yargının siyasa-yapan kural koyucu faaliyetinden ayırık, en azından *bazı* alanlara sahip olarak görülmesi mümkün olabilirdi. Ancak 4. Bölümde değinildiği gibi, bu iddia ancak yargısal rolün niteliğine yönelik, Hart’ın analitik hukukbiliminin üstlenmeye hazır olmadığı türden sosyolojik araştırmalar yoluyla ayakta tutulabilirdi. Bu kitapta tartışılmış olan diğer modern teorilerin çoğu, normatif hukuk teorisinde yargısal rolün açıklanması sorununa çözüm bulmak üzere, zor davalarda yargı kararlarını çerçeveleyen kapsayıcı bir hukuki değerler yapısı varsaydılar. Ancak, önceki bölümlerde ileri sürüldüğü gibi, bu değerleri saptamak ve onların fiili yargı davranışını kontrol ettiğini görmek bir inanç sıçraması gerektirebilir.

Hukuki realizmin Britanya’da marjinalleştirilmesinin kısmi nedeni, ona dair çoğu literatürün hakikaten özgün Amerikan bağlamını ve özgün Amerikan sorunlarını yansıtmamasıdır; argümanlarının Anglo-Amerikan hukukuyla ilgili daha geniş meselelere ve daha geniş teorik tartışmalara uzanması için pek ciddi bir çaba gösterilmemiştir. Hatta “realizm” ve sıklıkla onun zıddı sayılan “formalizm” terimlerinin kendileri bile Britanya bağlamında pek az bir hukukbilimsel yankı buldu. Ancak realizme dair en titiz ve en kapsamlı yazılar, normatif hukuk teorisinin hukukun doktrin olarak niteliğini, o doktrinin ortaya çıktığı ve geliştiği sosyal ve politik koşullar empirik bakımdan ciddiyetle incelenmeden açıklayamayacağını göstermesi bakımından çok değerli oldular.

¹⁰ Bkz. *Yargı kararları ve kuralların “açık yapısı”*, yuk. Bl. 4.

Post-Realist Siyasa-Bilim

Kurucu doktrinel realizmin muhtemelen en bilgilendirici biçimini Llewellyn'in çalışmaları sunuyor. Onun im ettiği normatif hukuk teorisi eleştirisi (yani, hukukun kavramsal analizi hukuki yorumun sosyal bağlamları koşut biçimde analiz edilmezse anlamsız kalır fikri) kitabın kalan bölümlerinde geliştirilecektir. Bu bölümde geriye diğer iki realizm türünün -siyasa-bilim ve radikal şüpheli biçimlerin- yakın dönemde akademik hukukçulukta yaşadıkları gelişimin kısaca incelenmesi kalıyor.

McDougal ve Lasswell

Daha önce belirtildiği gibi, siyasa-bilim realizmi hukuk doktrinine yönelik değişik yaklaşımlarla bağdaşabilir. 1940'larda Yale hukuk profesörü Myres McDougal ve siyaset bilimcisi meslektaşı Harold Lasswell uzun dönemli bir ortak çalışma başlattılar. Bu çalışma, hukuk disiplininin bir siyasa bilimi olması gerektiği kanaati üzerine kuruluydu: Toplumsal hedeflere ulaşmak ve demokratik değerleri pratikte gerçekleştirmek üzere hukuk doktrininin ve hukuk kurumlarını kullanan bir teknoloji.

Hukuki realizmin geleneksel hukuk analizine yönelttiği, doktrinin mantığının siyasa meselelerine hizmet ettiğini görememe eleştirisi, bu yolla kurucu hale getirilebilirdi. O, siyasa-formülasyonu ve uygulama tekniklerine ilişkin rasyonel açıklamayı merkeze koyacak realist bir hukuk eğitime, akademik hukukçuluğa ve avukatlığa yönelik bir yönergeye dönüştürülebilirdi (Lasswell ve McDougal 1943).

McDougal-Lasswell yaklaşımı William Twining tarafından "ayrıntılı bir terminolojiyle işlenmiş, Amerikan sosyal biliminin bazı kazanımlarıyla desteklenmiş, faydacılığın ve Freudcu psikolojinin bir bileşimi" olarak yerindeliğiyle açıklandı (Twining 1973: 385). Bazı uluslararası hukukçular dışında pek kalıcı ve yaygın bir etki bırakmamasının

bir nedeni belki bu ayrıntılı terminolojidir. Sınırlı etki yaratmasının muhtemelen daha önemli bir nedeni, realizmin vurguladığı doktrin rasyonelliğine ve öngörülebilirliğe dair pratik sorunları gerçekten konu edinmemiş, bunun yerine hukukçuları yeni ve alışılmadık analiz tarzlarını benimseyerek onlardan kaçınmaya ikna etmeye çalışmış olmasıdır.

Hukuk ve Toplum

Ölçek ve etki bakımından çok daha önemlisi, halen hayli canlı olan “hukuk ve toplum” hareketidir; 1960’lardan itibaren ABD’de ve başka ülkelerde gelişmiş olan bu hareket, sosyal bilimsel hukuk araştırmasına bağlıydı ve çok disiplinliydi.

En geniş anlamıyla bu, uzun bir tarihe, zengin ve çeşitlilik içinde bir teorik geleneğe sahip olan hukuk sosyolojisinin (hukuk üzerine sosyoloji donanımlı empirik ve teorik araştırmanın) sürmekte olan uluslararası gelişiminde modern bir aşamaya işaret eder (bkz. Cotterrell 1992). Bu bölümün konuları bağlamında, hukuk ve toplum hareketi araştırmalarının erken dönem gelişiminin önemli bir birleştirici unsuru, hukukun “etkisi” ya da etkinliği meselesiyle (görece teori dışı) ilgilenmeleriydi: Yani, belirli hukuk kurallarının ya da başka hukuk doktrininin davranış üzerinde yarattığı etkilerin veya hukuk kurumlarının pratikteki etkilerinin çalışılmasıyla ilgilenmeleriydi. Hukukun uygulamadaki etkisine yönelik bu tür çalışmalar, Underhill Moore, Charles Clark ve William Douglas gibi hukuki realistlerin 1920’lerde ve 1930’larda yaptıkları öncü empirik araştırmaların doğrudan mirasçısıdır (Schlegel 1995).

Bu biçimiyle hukuk ve toplum araştırması -genel olarak hukuk doktrininin niteliğini doğrudan konu edinmediği veya hukukun niteliğine dair genel teorilerle meşgul olmadığı için- normatif hukuk teorisinin konularıyla pek doğrudan ilgili değildir. Bu yüzden çoğu hukuk ve toplum araştırması bu teoriye bir itiraz geliştirmedir. Konularını

davranışla sınırlandırdı ve hukuk doktrininin niteliğine dair teorik analizi hukuk felsefecilerine bıraktı. Görece yakın zamanlara kadar, empirik hukuk teorisi diye adlandırdığım -hukukun doktrin ve davranış olarak niteliğini tarihsel ve sosyal bağlamda teorik bakımdan açıklamayla ilgilenen- köklü hukuk sosyoloji geleneği, hukuk ve toplum çalışmalarında, en azından Amerikan hukuki realizminin anlayurdunda, merkezi bir ilgi konusu haline gelmedi.

Hukukun Ekonomik Analizi

Son olarak, siyasa-bilim realizminin mirasçısı hareketler arasında yakın zamanlarda hızla gelişmiş olan, hukukun ekonomik analizi hareketinden söz etmek önemlidir. Bu, Britanya'da daha az önemli olsa da, Amerikan hukuk okullarında şimdi oldukça yerleşik ve tanınmış bir akademik hukukçuluk biçimidir.

Ekonomi teorilerinin ve yöntemlerinin hukuka uygulanmasının hukuk eğitime ve araştırmasına ciddi biçimde nüfuz etmiş olması, ekonomik akıl yürütmenin çok yönlülüğünün bir göstergesidir. Pozitif ekonomik analiz teknikleri (yani yol gösterici değil, esas itibarıyla açıklayıcı olanlar), rasyonel, kendi menfaatinin peşinde olan bireylerin belli durumlardaki olası davranış tercihlerinin şekillenmesine hukukun nasıl katkı sağlayabileceği incelenmek yoluyla, hukukun etkisine dair çalışmalarda kullanılabilirler. Örneğin suçun suçlu tarafından rasyonel olarak tercih edilmiş bir seçenek olması ölçüsünde, ekonomik analiz, hukukun tercihin suç davranışı lehine yapılmasının potansiyel fail için (olası faydalar ve zararlar hesaplandığında) artık rasyonel olmamasını sağlayacak caydırıcı önlemleri hangi koşullarda temin edebileceğini sorgulayabilir.

Normatif ekonomi (ya da refah ekonomisi) ise, bunun ötesinde, bir dağıtım etkinliği -kaynakların dağıtım yapılacak kişiler arasında tümünün azami yararı gözetilecek biçimde optimum dağıtımı- hedefi varsayar ve etkin olmama durumlarını teşhis ederek onları düzeltmenin yollarını

göstermeye çalışır. Hukuk doktrini de bu türden bir dağıtım yapacağı katkılar bakımından incelenebilir. Çoğu literatür haksız fiil alanındaki ve başka değişik doktrin alanlarındaki sorumluluk kurallarının dağıtım etkinliğini konu edinir.

Bu tür yazında, sosyal bilimsel bir alana dair siyasa analizleri, hukuk mantığında yerleşik olan mevcut doktrini meşrulaştırma tarzlarına bir destek olarak kullanılıyor. Bu yüzden ekonomik analiz doktrin analizi için olağanüstü elverişli görünür. Hukuk söylemine zarar vermez. Koşut bir meşrulaştırma ya da eleştiri açıklaması getirir ki, bu realistlerin doktrin rasyonelliğinin yetersizliğine dair iddialarına güçlü bir cevap sağlar gibi görünür. Realistlerin eksik bulduğu rasyonaliteyi temin etmek üzere ekonomi bilimi işe koşulur.

Bunun en üst noktası muhtemelen, yargı yoluyla gelişmiş *common law* doktrininin örtük hedefinin toplumda etkin kaynak dağılımını sağlamak olduğunu söyleyen betimleyici teoride bulunur. Yargıçlar *common law* kurallarını geliştirirken ekonomik rasyonellik anlamında ne yapıyor olduklarının farkında olsunlar olmasınlar, *common law*'un davadan davaya evriminin gerçekte yüksek derecede bir dağıtım etkinliği sonucunu doğurduğu iddia edildiği sürece, bu bir "görünmez el" teorisidir (Posner 1972). Dolayısıyla, hukuk mantığının rasyonelliğinin ardında ifade edilmemiş ve sıklıkla fark edilmemiş bir tür ekonomik rasyonalite bulunduğu iddia edilir. *Common law* kurallarının yargısal gelişimini ekonomik gerçekliğin görünmez elinin yönlendirdiği ileri sürülür.

Bu tür analiz, sıradan doktrin analizini onu daha geniş sosyal bilimsel bir bağlamda yeniden yorumlayarak desteklemeye ve genişletmeye çalıştığı sürece, kurucu doktrinel realizm ile bazı ortak yönlere sahiptir. Ancak genel olarak hukukun ekonomik analizinin, çoğu itibarıyla doktrinin hukuki bağlamlardaki fiili gelişim, yorumlanma ve uygulanma yollarını davranışsal araştırma yoluyla aydın-

latma işiyle pek az ilgilenir görüldüğü ölçüde, bir tür modern siyasa-bilim yaklaşımı olarak anlaşılması muhtemelen daha uygundur.¹¹ Ekonomik analizin mantığının, yargısal davranışın doktrinle ilgili belirleyicilerinin empirik bakımdan incelenmesinden bağımsız olarak, hukukun var olan ya da olması gereken biçimlerinin önemli yönlerini açıkladığı düşünülüyor.

Hukukun ekonomik analizi güçlü eleştirilere muhatap oldu: Örneğin, kâr-zarar analizine dayalı etkinlik vurgusunun hukuk siyasasını açıklamak veya değerlendirmek için uygunsuz veya elverişsiz olduğu; rasyonel davranış varsayımlarının açıklayıcı modellere veya teorilere temel oluşturamayacak kadar gerçeklikten uzak olduğu; taraftarlarının ekonomik analize daha dar kapsamlı araştırmalarda uygun kabul edilenden çok daha fazla önem atfetmeleri; empirik olma iddiasına rağmen insanların önceliklerini fiilen incelemek yerine onların bazen totolojiye yol açacak biçimde rasyonellik öncüllerinden dedüktif yolla çıkarılması; piyasa çözümleri lehine peşin hükümlü olunması ve piyasa dışı ilişkilerin yeterince dikkate alınmaması. Hukukun ekonomik analizine dair birçok rakip okulun bulunması meseleyi daha da karmaşık hale getiriyor. Ancak gelişmekte olan bu hareketin esaslarını burada incelemeye gerek yok. Önemli olan, hukukun ekonomik analizinin bazı akademik hukukçulara, hukuk mantığının artık yeterli gibi görünmediği gerçekçilik-sonrası dünyayla bir yüzleşme aracı sağlamış olduğunu fark etmektir.

Post-Realist Radikal Şüphecilik

Hukuk doktrini analizinin geleneksel biçimlerini anlamsız ve gizemlileştirici bularak tamamen reddeden radikal şüpheci realizm, Amerikan siyaset biliminde biri hu-

¹¹ Ancak karşı. Ellickson 1991 (ihtilaf davranışına dair empirik bir çalışmanın yapılandırılmasında ekonomik analizin kullanımının ilginç bir örneğini sunuyor).

kuk okulları çevresinde bulunan diğeri ise neredeyse onun tamamen dışında kalan, iki oldukça zıt post-realist ardıl hareket olarak olarak düşünülebilir.

Yargısal Davranışçılık

Bunların ikincisi genellikle yargısal davranışçılık olarak adlandırılıyor. Bu, esas itibarıyla, yargı kararlarının sonuçlarını karar veren yargıçların davranışsal niteliklerinin sistematik analizi yoluyla tahmin etmeye veya açıklamaya çalışma çabalarını ihtiva eder. Yargıçların eğitim arkaplanları, dini veya politik tutumları gibi geniş bir özgül nitelikler dizisini gösteren değişkenler arasındaki karşılıklı ilişkilerin bilgisayar aracılığıyla analizi yapılır.

Söz konusu yargıçların yayınlanmış önceki kararlarının onların kişisel değerleri hakkında önemli bilgi kaynağı sağladıkları düşünülebildiği sürece, hukuk doktrini bu tür analiz için değişkenleri sağlar. Diğer hallerde ise yargısal davranışçılığı, doktrin analizini boş verip tamamen yargıçların ne yaptıklarını önemseyen, ne söylediklerini ise hukukçuların analizine bırakılacak önemsiz bir durum sayan bir araştırma diye görmek daha uygundur. Yargısal davranışçılık normatif hukuk teorisinin konularıyla ilgilenmediği için burayla pek de ilgili değil; (sosyal bakımdan önemli bir olgu olarak) hukuku doktrin *değil* davranış olarak görmeye olan azmi ise bunun istisnasını oluşturmuyor.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Bu bağlamda çok daha önemli olan bir radikal şüphecilik biçimi Amerikan Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) hareketinin 1970'lerden itibaren ortaya çıkardığı bazı çalışmalarda temsil edilir. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı'nın ilk yıllık toplantısı "toplumdaki hukukun incelenmesine yönelik eleştirel bir yaklaşım benimseyen meslektaşların bir araya gelmesi" (Kelman 1987: 297) için çağrıda bulunan bir davet mektubunun sonucunda 1977'de yapıldı. EHÇ yazıları modern radikal felsefenin ve sosyal

teorinin çeşitli etkilerini yansıtır ama aynı zamanda hukuki gerçekçiliğin “birçok bakımdan doğrudan bir ardıdır” (Tushnet 1986: 505).

EHÇ, Holmes’ün “Somut davalar, [hukuk doktrindeki] genel önermelerle karara bağlanmaz”¹² diyerek ortaya koyduğu gerçekçi fikri merkeze aldı. Tıpkı Felix Cohen’in hukuk doktrindeki genel kavramsal araçların çoğunu aşkın saçmalık olarak görmesi gibi, EHÇ yazarları da onu bir gizemlileştirme olarak görme eğilimindedirler. Kavramların mantığını izlemeyi hedefleyen argümanlar tamamen zıt yönlerde yönlendirilebilirler. EHÇ jargonunda kavramlar bir yöne ya da diğerine eşit biçimde “kaydırılabilir” durumdadırlar.

Bazı EHÇ yazarları kavramların manipüle edilebilirlikleri nedeniyle hukuk metnlerinin sonsuz biçimde yorumlanabileceklerini iddia edecek kadar ileriye giderler: Bir okumanın zorunlulukla diğerinden daha iyi olduğuna karar vermeyi sağlayan açık hiçbir yol yoktur (Tushnet 1983). Her şey, doktrin mantığının birçok olası yoruma tâbi olan kritik kavramların kullanıldığı argümanlara nasıl iliştilmek istendiğine bağlıdır. İlginç olan soru “olası” yorumları neyin belirlediğidir ve çoğu EHÇ yazarına göre bu, doktrinin kendisi tarafından değil, yorumların yapılmakta olduğu *politik bağlam* tarafından belirlenen bir husustur.

Buraya kadar EHÇ’nin yaklaşımı radikal şüphecilikle bağdaşır ve onun hukukçuların hukuk mantığına olan inançlarını küçümsemeye yönelik aktif ilgisini paylaşır (Kelman 1984). Ancak bu şüphecilik EHÇ yazarlarının doktrine olan ilgilerini kaybetmelerine yol açmamıştır. EHÇ’nin genel pozisyonu şudur: Her ne kadar ortodoks hukuki muhakeme sıklıkla radikal biçimde belirsiz, hatta keyfi sonuçlar üretiyor görünse de, bu hukuk doktrininin önemsiz olduğunu sonucuna ulaştırmaz. Tam tersine; o sosyal hayatı inşa eden önemli araçlardan biridir. Yani, sosyal dünyaya anlam vermemize ve ona bir tür ahlâki ve

¹² *Lochner v. New York* 198 45, 76 (1905).

entelektüel düzen kazandırmamıza aracılık eden (örneğin mülkiyet, sorumluluk, bağlayıcı sözleşme, iyi niyet, suç, tüzel kişilik, inançlı işlem ilişkisi gibi) düşünce kategorilerini temin eder. Dolayısıyla hukuk doktrini önemli ideolojik ve meşrulaştırıcı etkilere sahiptir; bize toplum hakkında nasıl düşünmemiz gerektiğinin “öğretilmesine” yardımcı olur ve bizi hukukun tanımladığı sosyal ilişkilerin “doğallığına” ikna eder.¹³

Hukuk tarihçisi Morton Horwitz, mahkemelerde tüzel kişiliğe -bu kitaptaki tartışmalarda birçok defa döndüğümüz soyut hukuki fikre- dair belli anlayışların nihai zafer kazanmasının, 19. yüzyıl sonunda ABD’de ekonomik zenginliğin ve gücün büyük şirketlerde yoğunlaşmasının meşrulaşmasında özel bir önem taşıdığını ileri sürdü. Şirketi devletin bir yaratısı veya üyelerinin bir temsilcisi olarak değil, hukuken özerk ve soyut bir varlık olarak gören “doğal varlık” anlayışı, Horwitz’e göre, şirketleri hukuki kısıtlardan, örneğin başka şirketlerin hisselerine sahip olmalarının önündeki engellerden kurtarılmasının meşrulaştırılmasını mümkün kıldı. Doktrin gelişimi bu yolla (burada bir hukuki kavramın anlamının bir yön yerine diğer yöne başarılı biçimde kaydırılması) şirketlerdeki ekonomik yoğunlaşmanın yolunu açtı; hukukçuların veya mahkemelelerin ise, hukuki fikirlerdeki değişimin ve onları meşrulaştırmak üzere kullanılan soyut argümanların ardında yatanın gerçekte bu olduğunu fark etmeleri hiç de gerekmiyordu (Horwitz 1992: Bl. 3).

Horwitz’in çalışması, EHÇ hareketinden doğan en üretken çalışmaların iyi bir örneğidir; o “hukuk kavramlarının özgül tarihsel imkânlarını açığa çıkarmayı -onların gerçek tarihsel koşullar altındaki gerçek somut anlamlarının ‘şifresini çözmeyi’” (Horwitz 1992: 106-107) hedefleyen bir çalışmadır. Doktrin ve onun gelişimi çok ciddiye alınır; ancak doktrin gelişimine hareket verenin hukuk mantığının

¹³ Bkz. ör. Gabel 1980 ve aşı. Bl. 9.

da, hukuk sisteminin kapsayıcı değerlerinde ya da geleneklerinde (Pound, Dworkin) veya pozitivist analitik hukukbilimin ortaya koyduğu tarzda yargısal takdir yetkisinde bulunduğu düşünülmez. Doktrindeki değişime yönelik itici güç profesyonel hukuk alanının dışından, özellikle politik mücadeleden, ekonomik koşullardan, kapitalist toplumdaki değişimlerden veya krizlerden kaynaklanır. Ancak bu gerçek güçler doktrinin kendisinde veya hukuki muhakemede pek açığa çıkarılmaz. EHÇ'nin bir hedefi de "yüzleşmek zorunda kaldıklarında yargıçların bizzat kendilerinin de gayrimeşru sayacakları gizli motifleri" açığa çıkarmaktır; bu "sonuçlara dair yargısal açıklamaların tutarlılıklarının analizini gerektirir Ama maksat ne alternatif bir gerekçe getirmektir ne de sonucu eleştirmek" (Kennedy 1979: 219, 220). Maksat yargıcın karara dair (*hukuki* muhakemeden ibaret diye sunulan) formel gerekçesinin, verilmekte olan kararın gerçek politik anlamını nasıl karanlıkta bıraktığını göstermektir.

Bu tür analizin bir başka örneği Karl Klare'nin Amerikan yargıçların 1935 Ulusal İş İlişkileri Yasası'na dair yorumlarını inceleyen çalışmasında bulunur; "Birleşik Devletler Kongresi'nden bu güne dek geçmiş yasaların muhtemelen en radikali" (Klare 1978: 265) olan bu yasa, çalışanlara işverenler karşısında görünürde önemli haklar veriyordu ve Amerikan iş hukukunda toplu sözleşmenin rolünü büyük ölçüde güçlendiriyordu. Klare, yaygın biçimde çalışanların zaferi diye gösterilen bir dizi kararda mahkemelerin yasayı nasıl toplu sözleşmeye tekil işçiler aleyhine sendikaları güçlendiren bir kurumsal yapı kazandıracak tarzda uyguladıklarını ve nasıl "sınıf ilişkilerini modern biçimde idare eden ve düzenleyen bir sistem" oluşturulmasına katkı sağladıklarını gösterir (Klare 1978: 336). Burada yine EHÇ'nin yönteminin esası, doktrinin söylediğinin aslında yaptığı şey olmadığını göstermektir: Davalar-daki dar "mantık", içinde geliştirildiği ekonomik ve politik bağlam detaylıca açığa çıkarılarak ve dava sonuçlarının

Amerikan toplumundaki ve politikasındaki daha geniş eğilimlerle nasıl ilişkili olduğu gösterilerek çürütülür.

EHÇ'nin projesi liberal kapitalist toplumun çelişkilerini görünmez kılan hukuki fikirleri gizeminden arındırmaktır. Sıklıkla bu çelişkiler (ve çoğu EHÇ saldırısının odağındaki liberalizm kavramı) EHÇ yazılarında şaşırtıcı biçimde muğlâk kalır. Britanya'daki (Amerika'daki harekete çağdaş ve büyük kısmı bakımından ondan bağımsız biçimde gelişmiş olan) eleştirel hukukçuluğun genel olarak bu tür kavramlara dayanmaktan kaçınması kayda değerdir.¹⁴ Ancak en azından şu söylenebilir ki, EHÇ hukuk doktrininin (ve muhtemelen onun rasyonelleştirilmesine yardımcı olan normatif hukuk teorisinin) büyük sosyal önemini dolaylı yoldan teslim eder -onun iddialarına yönelik düzenli bir saldırıyı daha da gerekli hale getiren bir önemdir bu...

Hukuk Profesyonelliği ve Realizmin Mirası

Bu bölümde tartışılmış olan, hukuk araştırmasına dair her türlü "şüpheli" ve "realist" yaklaşımı genel olarak değerlendirmeye çalışmak burası için anlamsız olurdu. Onların bu kitap bağlamındaki önemleri, ilkin normatif hukuk teorisiyle yüzleşmelerinden, ikinci olarak da normatif hukuk teorisi ile Anglo-Amerikan hukukunun politik ve profesyonel ortamı arasındaki ilişkilere dair kazanım sağlamalarından kaynaklanıyor. Hukuki realizmin politikası bu bölüm boyunca tartışıldı, peki bunun hukuk meslekleri ile ilgili yönü nedir?

¹⁴ Bu bakımdan EHÇ'nin "liberalizme" biçtiği rol, tam da hukuki gerçekçiliğin "formalizme" biçtiği role benzer görünüyor. Her iki kavram da saldırının merkezi hedefine işaret eder: Formalizm gerçekçiler tarafından hukuki muhakemede çok fazla soyutlukla ve çok az somutlukla eşleştirilir; liberalizm de eleştirel hukukçular tarafından hukukun sosyal tarafsızlığının çok fazla vurgulanışıyla ve onun uygulanmasındaki politikanın pek görülmemesiyle eşleştirilir. Ancak öyle görünüyor ki, her iki kavramdaki muğlâklık, onlara yönelik saldırıların odaklanmamış kalmalarına ve bu saldırıların nihai başarılarını değerlendirmenin de olanaksızlaşmasına neden oluyor.

Amerikan bağlamında “şimdi hepimiz realistiz” dendiği sık olur (karş. Schlegel 1995: 2). Buna verilecek en makul anlam şudur: Normatif hukuk teorisi ne ileri sürerse sürsün, hukuk pratiğiyle meşgul olanların çoğu, realizmin hukuk mantığına ve genel hukuk kavramlarına dair şüphecilüğünün özünde ortaya konanların çoğunu kabul etmekte zorluk çekmez. Aynı zamanda doktrin olarak hukukun, doktrinin içinde geliştiği ve uygulandığı davranışsal bağlamlar ciddi biçimde analiz edilmeden anlaşılamayacağına dair realist görüşü kabul etmekte de zorlanmaz.

Hukukçular (ABD kadar Britanya’da da) kuralların belirsizliğiyle uğraşırlar; onlar yargılamadaki “insan faktörünün”, yargıçların kişilik özelliklerinin, kararları etkilemek üzere savunma tarzlarının önemini ve “içtihatlardaki manevra alanlarının” pekâlâ farkındadırlar. Gündelik pratikteki deneyim birçok hukukçuya, uygulamadaki hukukun bir doktrin mantığı meselesi değil, ondan çok daha fazla bir davranış (tehdit ve uzlaşma, müzakere ve yüzleşme, blöf ve karşı-blöf, zamanlama ve strateji) ve bir ekonomi (belli hukuki stratejilerin karşıt taraflara getirdiği görece maliyet) meselesi olduğunu öğretir.

Ancak bu kitap boyunca bir meslek ve bir entelektüel disiplin olarak hukukun kendini oldukça farklı biçimlerde sunmaya çalıştığı ve normatif hukuk teorisinin de hukuku bütünleşik bir fikirler yapısı olarak, ayrı bir ezoterik bilgi bütünü olarak resmetme çabasına katkı sağladığı ileri sürüldü. Amerikan hukuki realizminin filizlenişi, “barajın yıkıldığı” ve hukukun rasyonel sistematik bilgi yapılarındaki belirsizliklerin, bir meslek ve bir entelektüel alan olarak hukuka güveni krize soktuğu bir uğrağa tekabül etmiş görünüyor.

1930’ların başında ABD’de nispeten gelişmiş bir üniversiter hukuk eğitimi bulunuyordu; bu krizin teorik içerimleri üzerine kafa yormaya hazır ve buna yetkin olan ciddi sayıda akademisyen iş başındaydı. Tersine, Britanya’da üniversiter hukuk eğitimi o zamanlar yeni gelişmekteydi.

Bu eğitim muğlâk bir Austinci hukuk bilimi anlayışına tutkulu biçimde bağlıydı (karş. Dowdall 1926) ve muhtemelen realizmin meydan okuyuşlarıyla -bunlar kendilerini ABD’de olduğu gibi katı bir biçimde sunmuş olsalardı bile- yüz yüze gelmeye pek hazır değildi. Çok sonraları, 1960’lardan itibaren, Britanya üniversitelerinde kayda değer sayıda tam-zamanlı akademik hukukçuluk ihdas edildiğinde, Amerikan realizmi ve sonrasında ortaya çıkarılan itirazları konu edinmek bakımından gecikmiş bir başlangıç söz konusu oldu.

Şimdi durum nasıl? Bir taraftan, realizmin hukuki değerlere ve hukukun anlamına kayıtsız olduğu yönündeki (bazen haksız) itham, realizmin (idari bir araç olarak hukukun öngörülebilirliğine ve etkinliğine zıt olarak) hukukun mahiyetine dair en temel sorulara cevap vermediği fikrine dönüştürüldü. Bunlar da hukukun doktrin yapılarına (örneğin otorite dayanaklarına, ahlâki bütünlüğüne ve sosyal anlamına) dair sorulardı. Diğer taraftan, hukukun profesyonel yorumcularına, yorumlarının nedenleri ve sonuçları bakımından eleştirel biçimde bakılması gerektiğine dair gerçekçi iddia birçok yeni biçime büründü. Normatif hukuk teorisinin hukuku, bir biçimde, bütünleşik ve yapılaşmış bir doktrin bütünü olarak sunma projesi ise, bu eleştiri tarzının genişlemesi yüzünden geride kaldı.

Bunun bir nedeni, hukuki yorum topluluklarının kendilerinin ciddi ölçüde değişmiş, daha az türdeş ve daha çeşitli hale gelmiş olmalarıdır. Bunların bazı üyeleri kendilerini o topluluklara temel oluşturan baskın varsayımlarla ters düşmüş buldular; bu da hukukun mahiyetini düzenli bir doktrin yapısı olarak görmeye dair teorik uzlaşımın daha da uzak görünmesine neden oldu. Bu koşullar altında temel itki, hukuki anlamda, formda veya deneyimde birlik arayan bir hukukbilimden ziyade, farklılığı vurgulayan bir hukukbilime doğrudur. Bu eleştirel gelişmeler izleyen bölümün konusunu oluşturuyorlar.

8. Bölüm

Farklılık Hukukbilimi:

Sınıf, Toplumsal Cinsiyet ve Irk

1848’de, *Province of Jurisprudence*’ın yayınlanışından on altı yıl sonra, devrim patlak verdiğinde John Austin Paris’te yaşamaktaydı. Her tarafta “komünist ve anarşist fikirlerin” ifade edildiğini duymuş ve hararete kapılan “ateşli kitle” yüzünden Fransa’nın “anarşiye düşeceğinden” endişe etmişti (Hamburger ve Hamburger 1985: 169’da alıntı). Birkaç ay öncesinde, Karl Marx ve Friedrich Engels devrimci *Komünist Manifesto* taslağını kaleme almışlardı. Orada burjuvaziye, sermaye sahibi orta sınıflara, açıkça “Sizin hukukunuz, sizin sınıfınızın herkesi bağlayan bir hukuk haline dönüştürülmüş iradesinden başka bir şey değildir” diye seslenmişlerdi (Marx ve Engels 1888: 21).

Böylece Austin’in çalışmalarında ima edilmiş olabilen¹ ama onun zamanından sonra, normatif hukuk teorisine bu kitapta buraya kadar tartışılmış katkıların hemen hiçbirinde söz edilmeden kalmış olan fikri açıklığa kavuşturdular: Hukukun belli sosyal grupların bakışını ifade ettiği ama bütün toplumun hukuku olarak otorite iddiasında bulunduğu –“herkes için hukuk” diye dayatılan ve meşrulaştırılan, birilerinin hukuku olduğu- fikrini.

Bu fikir Austin için kesinlikle yabancı veya cazibesiz değildi. Kitlelerden ve demokrasinin tahribinden korkusu 1848 olaylarıyla daha da artmıştı ama ondan çok önceleri-

¹ Egemeni ve tebayı aynı insanlar olarak düşünmenin, olanaksız olmasa da, garipliği nedeniyle.

ne dayanıyordu. Daha önce belirtildiği gibi, Maine ve Pound da hukuki meselelerde en geniş anlamda halk iradesine yüz vermenin riskleri hakkında uyarıda bulunmuşlardı. Daha yakın zamanlarda hukukçular genellikle demokrasinin değerini kabul veya teyit ettiler, demokratik sürecin herkes için hukuk kadar *herkesin* hukukunu da fiiliyatta ne ölçüde ürettiğini inceleme ihtiyacı hissetmeden.

Bu sorular normatif hukuk teorisinde görmezden gelinebilirdi, ama temel bir koşulun sağlanması kaydıyla: Hukuku yorumlayan topluluklar görece türdeş olarak kalacaklar ve hukukun asli pratiklerinden veya doktrininden derin biçimde hoşnutsuz olma ihtimali bulunan toplum kesimleri bunlara serbestçe sızmayacak. Bu koşul yerine getirilseydi, normatif hukuk teorisi “sosyal olan” hukukun yaratıldığı, yorumlandığı ve icra edildiği sosyal çevre- ile ilgili sorularla meşgul olmaktan kaçınılabildi.

Bentham’a ve Austin’e ait normatif hukuk teorisi, hukukun düzenlediği nüfusa, sadece onun çoğunluğunun hukuki otoriteye alışkanlıkla itaat ediyor olup olmadığını kontrol etmek üzere atıf yapar. Eğer durum buyorsa, teoride sosyal olan hakkında başka soru sorma ihtiyacı hissedilmez (karş. Conklin 2002). Örneğin egemenin sosyal bileşimi teorik bir sorun değildir. Yine, Hart’ın hukuk teorisinde hukuk sisteminin “görevlileri” merkeze konmuştur ama onların nitelikleri tartışılmaz.

Belirttiğimiz gibi, Anglo-Amerikan hukukbiliminde hukuku yapanların ve yorumlayanların sosyal nitelikleri hakkında ciddi sorular, ancak hukuki realizmin ortaya çıkışıyla sorulmaya başlamıştır. Ancak burada bile soruşturma “Bunu kimin adına yapıyorlar?” ve “Sosyal aidiyetleri nedir?” değil, daha ziyade “Hukukçular yetkililerin nasıl karar vereceklerini kesin biçimde nasıl bilebilirler?” ve “Yargıçlar işlerini nasıl yürütüyorlar?” üzerinedir. Meseleler hukukçulukla ilgilidir: “Yorum topluluğu nasıl çalışıyor?” sorusu önemlidir, “Sosyal niteliği nedir?” değil.

Hukuku bir biçimde topluluğun ifadesi olarak gören

normatif hukuk teorisi türlerinde, sosyal olan kolayca görmezden gelinemez. Görüldüğü gibi, klasik *common law* düşüncesi romantik, kurgusal topluluk imgesini ima etmekteydi. Maine'in teorisi bu tahayyülün bazı yönlerini ciddi tarih araştırması aracılığıyla açıklığa kavuşturmaya çalışmıştı. Daha yakın zamanlarda, Ronald Dworkin yorum topluluğu nosyonunu teorisinin merkezine yerleştirdi. Ona göre hukuku yapan kişileşmiş bir topluluktur. Her ne kadar kaygısı (hukuki realizmden aşağı kalır yanı olmamak üzere) "Bu topluluk nasıl çalışıyor?" diye sormak olsa da, cevaplarının (realistlerin cevaplarında olmayan biçimde) kuvvetli bir topluluk anlayışına yaslanması, hukuk yorumcusu topluluğunun niteliğinin araştırılması gerektiğini ortaya koyar. Böyle bir topluluk ne ölçüde bütünleşiktir? İçinde ne tür bölünmeler veya ihtilaflar mevcuttur? Tek bir topluluk mudur yoksa çok sayıda mıdır? Kimler içeri alınmıştır, kimler dışarda tutulmuştur? Onun niteliği hukuki yorum pratiklerini nasıl şekillendirir?

Ancak gördük ki, Dworkin bu sorulara normatif hukuk teorisinin konuları olarak ilgi göstermez; zira hukuk bir yorum pratiği olarak anlaşılmak zorunda olsa da, bu pratikle kimlerin iştigal ettiğine dair sorular, Dworkin'e göre, hukukun bir pratik olarak asli niteliği üzerinde etki doğurmaz. Dolayısıyla normatif hukuk teorisi yine sosyal olanın niteliğini konu edinme ihtiyacı hissetmez görünür.

Bu bölümde, normatif hukuk teorisi için sosyal olana dair sistematik bilgiyi görmezden gelinebilir kılan koşulların yıkılışı inceleniyor. Önceden tartışılmış olan teori bu yıkılışın izlerini taşır; bu bağlamda önceki literatürü iki büyük kategoriye bölmek faydalı olur.

Bir yanda hukuku egemenin tebaya yönelik emirleri, normlar hiyerarşisi, kurallar (Kelsen ve Hart) veya yargıçların buyurucu kararları (realizm) olarak "yukarıdan aşağıya" tarzda gören teoriler vardır. Bu teoriler hukukun sosyal kaynaklarından çok daha fazla kimin ya da neyin yönettiğiyle (egemen, yargıç, hukukun bizzat kendisinin

soyut ve kendi kendini yenileyen otoritesi) ilgilenirler. Bi-reylere tâbi olanlar veya vatandaşlar olarak işaret eden hi-yerarşik hukuk imgeleri bir *hükmetme* imgesidir.

Diğer yanda *topluluk*-yönelimli teoriler bulunur. Dwor-kin'in, Pound'un, Finnis'in ve Fuller'in teorileri gibi klasik *common law* düşüncesi de (değişik biçimlerde) hukukun düzenlediği nüfusu pasif bir düzenleme konusu olarak değil, bir anlamda onun kolektif ahlâki yaratıcısı (veya onun varlığının ahlâki sorumlusu) olarak öne çıkarır. Hu-kukun *raison d'être*'i [varlık sebebi] ya da kaynağı olarak topluluk (onun kimliği, değerleri veya iyiliği) gösterilir. *Hükmetme-yönelimli* yaklaşımlar hukuku ve ahlâkı analitik bakımdan ayırık tutmanın önemini öne çıkarırlarken, *toplu-luk-yönelimli* yaklaşımların tipik olarak hukukun ve ahlâkın karşılıklı bağımlılığını vurgulamaları şaşırtıcı de-ğildir.

Bu iki tür hukuk teorisi arasındaki ayrım (Cotterrell 1995: Bl. 11) bu ve izleyen bölümde incelenecek olan yakın dönem eleştirel yaklaşımların ortaya çıkışlarını anlamak için katkı sağlar. Hukuk teorisinde hükmetmeyi esas alan çizgi hukukun politikasına ve onun politik otoritesinin temeline dair soruları teşvik edebilir. Görüldüğü gibi, rea-lizmin yargıçlar hakkındaki soruları, eleştirel hukuk çalış-malarında ve "hukuk ve toplum" araştırmalarında, hukuk aracılığıyla kimin iktidar kullandığına ve bu kullanımın sonuçlarına dair soruların ortaya çıkmasını sağlamıştı. Mü-tekabil biçimde, hukuk teorisindeki topluluk yönelimi ise topluluk kimliğinin niteliğine ve sosyal farklılıklara dair soruları teşvik edebilir; hukukun kimin adına konuştuğu ve hukukun ifade edilmesinden kimlerin seslerinin ve de-neyimlerinin dışlandığı sorularını gündeme getirebilir. Topluluk gerçeklikte ne anlama gelir? Sosyal olanın niteli-ği nedir? Hukuk, sosyal çevresi ("alan", "topluluk" veya "toplum") ahlâken bütünleşik bir bütün değil de radikal biçimde çeşitlilik içinde görünüyorsa, ne tür ahlâki temel-lere dayanabilir (ve dayanmalıdır)?

Bu sorular ancak ilgili koşullar sağlandığında normatif hukuk teorisi bağlamında kendilerini kuvvetle göstermeye başlayabilirlerdi: Ancak hukuka dair radikal eleştiri kalıpları (özellikle Marx'ın çalışmaları tarafından) getirildikten sonra ve ancak hukuku yorumlayan topluluklar, konuşacak hevese, duyulacak belagete ve otoriteye sahip olan muhalifleri de kapsayacak biçimde genişledikten sonra.

Marx'ın Hayaleti

Karl Marx'ın düşüncesinde hukuk ve devlet, sınıf sömürüsüne dayalı bir sistemi ayakta tutmak yoluyla toplumun egemen sınıflarının menfaatlerine hizmet eder. Marx'a göre, toplumların bugüne kadarki tarihleri sınıf çatışmasının ve bazı sınıfların diğerlerine tâbi oluşlarının tarihi olmuştur.

Kapitalist toplumda endüstriyel ve ticari zenginliği üretmek için gerekli fabrikalara, makinalara, hammaddele, toprağa ve teknik aygıtlara sahip olanlar, bu türden kendi üretim araçlarına sahip olmayan herkes üzerinde tahakküm kurarlar. Bu ikinciler geçimlerini yalnızca üretim araçlarına sahip olanlardan alacakları maaş için çalışarak sağlayabilirler. Böylece kapitalist toplum esasen, menfaatleri uzlaştırılmaz biçimde zıt olan, üretim araçlarının sahibi olanlar ve olmayanlar şeklinde iki büyük sınıfa bölünür. Üretici girişimlerin sahibi olan burjuvazinin menfaati, çalışan sınıfın ya da proletaryanın emek gücünü olabildiğince ucuza satın alarak (en az ücreti ödeyerek), kârını azamileştirmekte ve sermayesini büyütmekte yatar. Bu tâbi sınıfın menfaati ise kendi emek gücünün tam karşılığını almaya ve sonunda kendini sömürüden kurtarmaya yöneliktir. Bu sınıflar etrafında başkaları da oluşur ama kapitalizmin özü burjuvazi ile proletarya arasındaki yapısal menfaat zıtlığıdır.

Marksist görüşte hukuk, gerektiğinde sömürülenin muhalefetini bastırmak üzere (genellikle ceza hukuku veya

kamu düzenine dair hukuk aracılığıyla) kullanılan bir bas-
kı aygıtıdır. Ancak daha rutin biçimde, hukuk kapitalist
sosyal ilişkilerin olağan çerçevesi olarak hizmet eder. Özel-
likle sözleşme ve mülkiyet hukukları, işlemlerin gündelik
temelini sağlar; kapitalistlerin edindikleri kârların ve tica-
ret özgürlüklerinin güvence altında olmasını garantiler ve
çalışanların iş karşılığında maaş almak üzere işverenlerle
“özgürce” sözleşme yaptıkları istihdam ilişkilerinin şekli
yapısını temin eder.

Ancak hukukun başka bir asli işlevi de vardır: İnsanlara
nasıl düşünmeleri gerektiğinin öğretilmesine yardımcı
olur. Örneğin mülkiyetin “kutsallığını”, sözleşme “özgür-
lüğünü” ve vatandaşların hukuk önünde “eşitliğini” öğre-
tir. Dolayısıyla mülkiyet, kapitalist ne kadar çok biriktirir-
se biriktirsin, hukuken dokunulmazdır. Mülksüzler varlık-
lıların mülkiyet haklarına azami ölçüde saygı göstermek
zorundadırlar, bu haklar ne kadar mağrurca veya cebri bi-
çimde kullanılırsa kullanılsın. Yine, ekonomik güç, bilgi ve
fırsatlar bakımından eşit olmayan kişiler arasında yapılmış
bile olsa, bir sözleşme hukuken bağlayıcıdır. Ne kadar çe-
tin, hakkaniyetsiz veya istenilmez de olsa sözleşmeler ye-
rine getirilmelidir: Hukuk maksimi *pacta sunt servanda*
[ahde vefa veya sözleşmeye bağlılık] bunu söyler. Her
şeyden önce hukuk, bazıları hukuki haklarını kullanmak
için gerekli finansal kaynaklardan yoksunken, başkaları en
iyi avukatları tutabilir ve mahkemelerden yardım almak
için ne kadar dava gerekiyorsa hepsi için ödeme yapabilir
durumda olsalar bile, vatandaşların eşit olduklarını öğre-
tir.

Modern hukuk bu fiili eşitsizliklerin bazılarına yönelik
kurallar ve usuller içerir, ama Marksistler hukukun büyük
mesajının değişmeden kaldığını ileri sürerler: Hukuk bi-
çimsel eşitliği vurgulayarak ve dikkatleri eşitsizlikten baş-
ka yönlelere çekerek tüm sınıfların örneğin mülkiyete, söz-
leşmeye ve sorumluluğa dair fikirlerini biçimlendirir. Böy-
lece insanların genel olarak sosyal ilişkiler hakkında ve

hakların ve görevlerin oradaki yerine dair düşünme biçimlerinin inşa edilmesine katkı sağlar.

Hukuk bu yolla içinde yaşadığımız toplumu şekillendirmiş olur, zira sosyal pratiğimizi ve sosyal düşüncemizi şekillendirir. Başka deyişle onun *ideolojik* bir işlevi vardır: Kapitalizmin sosyal yapılarının normal ve doğal görünmesine yardımcı olur; öyle ki, toplumu organize etmenin başka biçimlerini tasarlamak neredeyse imkânsızdır. Buna tepki olarak Marksist teori “bilinç-yükseltmeyi” yani tâbi sınıflara, gerçek konumlarını görmek ve onun hangi koşullar altında değiştirilebileceğini fark etmek üzere bu ideolojik düşünceden nasıl kaçınacaklarını öğretmeyi öne çıkarır.

Marx’ın fikirlerini istikrarlı biçimde benimsemiş proletarya mensupları hukuku yorumlayan toplulukların güçlü üyeleri haline hakikaten gelselerdi ne olurdu? Normatif hukuk teorisi lime lime olabilirdi; çünkü eğer hukukun yorumcuları mevcut sosyal düzenin asli niteliği ve meşruiyeti hakkında anlaşmazlığa düşerlerse, Pound’un yaptığı gibi menfaatlerin dengelenmesinden ve insan ihtiyaçlarının değişen örüntülerine hukuk aracılığıyla düzenli biçimde uyarlanmaktan sakince söz etmek pek kolay olmazdı. Topluluk fikrine anlam vermek veya nüfusun büyük kısmının Austinci bir egemene neden ve ne zaman itaat edeceğini sormaktan kaçınmak da zor olurdu.

1917 Rus devrimi Marksist proleterleri hukuku yorumlayan topluluklara dâhil etti ve kısa süre sonra aralarında zıt kanaatler baş gösterdi. Bir (radikal) görüşe göre, niteliği itibarıyla sınıf tahakkümünün baskı aygıtı olan veya kapitalist mülkiyet ilişkilerinin çerçevesini oluşturan hukuk tedricen sönmölenecek ve yerini burjuva hak fikirleriyle bozulmamış idari önlemlere terk edecekti (Pashukanis 1978: 130-133). Diğer (muhafazakâr) görüşe göre, hukuk elde tutulmalı, güçlendirilmeli, proletaryanın menfaatlerine ve toplumun sosyalizmi yaratmak için yeniden yapılandırılmasına hizmet etmek üzere yeni maksatlara yönlendirilmeliydi; hatta “eski toplumun bilimsel mirasının”

bir parçası olan burjuva normatif hukuk teorisi bile bu projede kullanılabiliirdi (Vyshinsky 1951: 318-319). Sonuçta Rusya'da kazananlar muhafazakârlar oldu ve Marksizm Sovyet devletlerindeki hukuk pratiğinde hukuku bir iktidar ve siyasa aygıtı olarak gören eklektik, hükmetme yönelimli bir hukuk teorisi olarak vücut buldu. Teoride herhangi bir maksat için erişilebilir olan hukuk, şimdi sosyalist toplumlar inşa etmeye yönelik nihai iyiliğe sevk edilmeliydi (Spynowich 1990: 24-26).

Marksist hukuk teorisi çoğu Batılı hukukçu için sadece bir merak kaynağı olageldi. Austin devrimden korkmuş olabilir ama Anglo-Amerikan normatif hukuk teorisi hiçbir zaman Marksizm tarafından kayda değer biçimde tehdit edilmedi, zira "hukukbilimsel ortodokside ciddi gedikler açmayı başaramadı" (Douzinas ve Warrington 1991: 144). Bunun bir nedeni Marx'ın yazılarının mülkü veya iktidarı olmayanlara, yani yargıçlardan, avukatlardan ve hukukçulardan oluşan hukuk yorumlayıcı toplulukların merkezlerinde pek de temsil edilmeyen halk kategorilerine hitap etmesidir. Bunun ötesinde, Marx'ın hukuk düşüncesi mevcut hukukun yerine ne konulabileceğine dair açık rehberlerden yoksun oluşu nedeniyle de eksiktir. Onun fikirleri üzerine teori inşa etmeye çalışan hukuk teorisyenlerinin yaşadıkları ikilem bundan kaynaklanır.

Bir görüşe göre, eğer hukuk kapitalizme olduğu kadar sosyalizme de hizmet edebiliyorsa, gerekli olan yeni bir normatif hukuk teorisi değil (hukuki pozitivizmin bir türü pekâlâ işe yarayabilir), bundan daha çok hukuk siyasalarında radikal bir dönüşümdür (karş. Spynowych 1990: 36). Diğer görüşe göre, eğer hukuk asli niteliği itibarıyla tam gelişmiş haline ancak kapitalizmde ulaşan meta ilişkilerine bağlı ise, Rus hukukçu Evgeny Pashukanis'in gösterdiği gibi, bunun hukuk teorisi için önemli içerimleri vardır.

Bu ikinci görüşte hukukun esası, çoğu normatif hukuk teorisinde olduğu gibi hakları, görevleri ve hukuki ilişkileri yaratan normlar ya da kurallar değildir. Bunun yerine

hukukun temeli normları ya da kuralları anlamlı hale getiren *sosyal ilişkiler*dedir; sosyal ilişkiler olmadan hukuk “cansız şekli yapılar” olurdu (Pashukanis 1978: 93, 106). Kapitalist toplumda (özerk kişileri hukuki ilişkilerde birbirine bağlayan haklar ve görevler olarak) hukukun biçimi “üretimin maddi koşullarında köklenmiştir” (Pashukanis 1978: 94). Dolayısıyla hukukun mahiyeti sosyal olanın mahiyeti tarafından yönetilir: Kapitalizmde mülk sahipleri arasındaki hukuki ilişkiler biçimini alan, esas itibarıyla ekonomik ilişkiler tarafından.

Bu yüzden, hukukun düzenlediği sosyal ilişkiler, etrafında tüm hukuki usullerin ve kavramların inşa edildiği iskeleti oluştururlar. Hukuk analizi bu ilişkileri önceden varsayar ve onları biçimsel eşitlik ilişkileri (yani hukuk önünde eşit kişiler arasındaki ilişkiler) olarak yeniden formüle eder. O halde, Marksistlere göre, ortodoks hukukbilimin -sosyal dünyaya hukuk merceğinden bakarak- kapitalist toplumun yapılarını tamamen doğal saymasında şaşılacak bir şey yoktur. Marx'ın hukukçuların temel sınıf aidiyetlerini anlayış biçimine göre, çok az hukukçu meseleleri farklı görme dürtüsüne sahip olacaktır.

Marx'ın hayaleti izleyen sayfalarda tartışılacak olan çoğu çağdaş eleştirel hukuk düşüncesinin yakasını bırakmıyor. Marksizm sosyal olanda herhangi bir ahlâki ve politik birlik görmeyen ve onu uzlaştırılmaz zıtlıktaki menfaatlardan ve radikal biçimde farklı sosyal anlayışlardan oluşan bir alan olarak tasvir eden ilk önemli modern teori bütünüdür. Marksizm diğer yaklaşımlar için yolu temizler ve eleştirel bir söz dağarı temin eder.

Eğer normatif hukuk teorisi, sosyal olana dair Marksist görüşlerle yüzleşmekten kaçınabildiyse, bunun nedenleri entelektüel olmaktan ziyade politik ve profesyonel oldu. Marksist hukuk teorisi modern Batı toplumlarındaki politik sorunlara ikna edici cevaplar geliştirmede: Pratik bir model olarak Sovyet devletlerinin hukuk deneyimlerinden daha dikkat çekici hiçbir şey vaat etmedi. Ek olarak Mark-

sizm, hukukçuları esasen sermayenin hizmetinde, sosyal ilerlemenin düşmanları sayarak ve onları bu parya statüsünden kurtarabilecek tarihin yargısıyla onaylanmış hiçbir profesyonel role işaret etmeyerek, hukuk profesyonelliğine herhangi bir anlamda pek katkı sağlamaz. Marksist hukuk teorisi kendi entelektüel itirazlarını desteklemek için yeterince dikkat çekici ne profesyonel ne de politik tatbikata sahip oldu.

Eşitlik, Farklılık ve Liberal Feminizm

Marksizm Anglo-Amerikan hukuk teorisinin sosyal olanın içindeki temel bölünmeleri fark etmesini sağlamadı; ama başka hareketler sosyal farklılıklar üzerine odaklanan bir hukukbilimin geliştirilmesini sağlamakta daha başarılı oldular. Böyle oldu, çünkü hukuk teorisindeki baskın görüşleri desteklemeyi reddetmiş ve önceden marjinalize edilmiş toplum kesimlerinin mensupları yakın zamanlarda hukuku yorumlayan topluluklara dâhil oldular.

Bu yeni hareketlerin en güçlü etki yaratanı hiç kuşkusuz *feminizm* oldu. Neden Marksizm bunu yapamazken feminizm Anglo-Amerikan hukuk teorisine meydan okumakta başarılı oldu? Bunun bir nedeni başlangıçta normatif hukuk teorisinin karşısına onun kavramsal çerçevelerinin radikal bir eleştirisiyle çıkmamış olması, onları kabul ederek hukuk pratiğinde bilinçli biçimde uygulanmaları gerektiğini ileri sürmüş olmasıydı.

“Feminist olmak demek... kadınların erkekler tarafından yine erkeklere tâbi kılınmış ve halen kılınmakta olduğu bir dünyaya, hatta böyle bir medeniyete ait olduğumuz, böyle olmasaydı hayatın elbette kadınlar için ama muhtemelen herkes için daha iyi olacağına inanmak demektir” (Dalton 1988: 2). Feministler bu değişimi gerçekleştirmek için başlangıçta yerleşik normatif hukuk teorisinin herhangi bir çerçevesine itiraz etmeden yola koyuldular. Ancak, birçok hukukçunun teorik yaklaşımıyla uyumlu bir içeri-

den bakışla yola çıkmış olsalar da, tedricen bütün hukuk teorisi alanına dair giderek radikalleşen eleştiriler geliştirildiler.

Feministler başlangıçta eşitliği teşvik edecek yeni hukuk siyasalarına yönelik pratik talepler üzerinde yoğunlaştılar; örneğin işyerindeki cinsiyet ayrımcılığının engellenmesini, erkeklerin ve kadınların eşit işe eşit ücret almalarının teminat altına alınmasını ve ceza adaleti sisteminde kadınlara hakkaniyetle muamele edilmesinin sağlanmasını talep ettiler. Bu talepler normatif hukuk teorisinin temelindeki çoğu fikirler teyit edilerek de yapılabilir durumdaydı: Kuralların, yorumun, takdir yetkisinin, *Hukukun Üstünlüğünün*, hukuk önünde eşitliğin merkezi önemde oluşu veya politik topluluğun hukukun ahlâki yaratıcısı olduğu teyit edilerek. Bu nosyonları en azından argümanlarının hedefleri uğruna kabul eden liberal feministler, sadece hukukun kendisi için çizdiği imgeye pratikte de uymasını istediler: Rasyonel biçimde yorumlanan, kurallı, herkese eşit uygulanan, hedefleri ve ilkeleri bakımından tüm topluluğa karşı ahlâken duyarlı bir hukuk. Hukuk reformunu etkilediler ve hukuk analizinin sosyal olanın (cinsiyetçi) mahiyetine doğru dürüst dikkat göstermesini ısrarla talep ettiler.

Liberal feminizm sadece hukukun kendi olağan güç kullanımı pratikleri içinde davranmasını ve güç kullanımının daha kabul edilebilir bir öngörülebilirliğe sahip olmasını ister. Hukuku teorik bakımdan verili sayar. Nasıl örneğin ceza hukuku, inançlı işlemler hukuku veya tüketici- nin korunması hukuku keyfi şiddet kullanımını veya bireylerin mağdur edilmelerini engellemek üzere hareket ediyorsa, ayrımcılık karşıtı hukuk da başka türden mağduriyetler yaratan “bireysel sapmalara” karşı aynı şeyi yapmalıdır (karş. Beger 2002: 176). Yine, hukuk nasıl kaynak dengesizliğini hafifletmek için (örneğin yeniden dağıtıcı vergilendirme veya sosyal refah hukuku yoluyla) kullanılıyorsa, büyük ölçüde erkekler lehine fırsat eşitsizliği ola-

gelmiş hallerde kadınların fırsatlarını genişletmek için pozitif ayrımcılığa olanak sağlamalıdır. Dolayısıyla liberal feminizm, büyük oranda pratik meseleleri ön planda tuttuğu için, normatif hukuk teorisinin kavramsal temellerine dair esasen hiçbir şey söylemez.

Ancak modern feminist düşünce oldukça hızlı biçimde bu konumların ötesine geçti. Hukuki eşitliğe erişme vurgusu “özellikle kadınların en kaçınılmaz ve en somut biçimde erkeklerden farklı oldukları hayat alanlarını cinselliği ve doğurganlığı- kapsayan hukuk alanlarında” ters etki yaratıyor gibi görünüyordu. Yargıçların örneğin hamilelik döneminde çalışmaya ve doğum sonrası izinlere dair davalardaki “eşitlik analizlerinin tamamen kadınlara özgü bu hususları kavrayamadığı ortaya çıktı” (Dalton 1988: 5). Pratikteki hukuk normatif hukuk teorisinin sosyal olanda örüntülenmiş herhangi bir farklılığa karşı kör olduğunu gösteriyordu. Sonuç olarak, farklılığın tanınması hukuk önünde eşitlik fikri anlamında meşrulaştırılması mümkün olmayan bir “özel muamele” olarak ortaya çıkabilirdi.

Farklılığa yönelik bu ilgi başka bir açıdan birçok soruyu, örneğin hukukun kadınların bakışlarını ve deneyimlerini tanımaya ne ölçüde muktedir olduğu ve kadınların konumunu önceden yerleşik hale gelmiş erkek standartları ve bakış açılarına göre ölçmek dışında yapılabilecek başka bir şey olup olmadığı sorularını gündeme getirir. Bu yüzden çoğu feminist yazı eşitlik-farklılık meseleleri etrafında döndü. Bir yandan erkekler ve kadınlar arasındaki açıkça doğal görünen bazı farklılıklar tanındı: “Ekonomik sınıftan farklı olarak cinsiyet sınıfı doğrudan biyolojik gerçeklikten kaynaklanır; erkekler ve kadınlar farklı yaratılmışlardır... Biyolojik aile özü itibarıyla eşitsiz bir güç dağılımıdır”; erkeğin “yapısal tecavüz kapasitesi ve kadının mütekabil yapısal savunmasızlığı, tıpkı güdüsel cinsellik eyleminin kendisi gibi, her iki cinsiyetimizin psikolojik temelinde bu-

lunur”.² Yakın zamanlarda Robin West (1992: 823) “biyolojik, doğurgan rolleri ... nedeniyle” kadınların hayatlarının, erkeklerin hayatlarında olmayan bir biçimde, özerk değil “esaslı biçimde ilişkisel” olduğunu yazdı.

Ancak feministlerin en güçlü biçimde vurgu yaptıkları husus, erkek egemenliğini daimi kılan sosyal koşullar, kurumlar ve tutumlardır; yani toplumun eril güç, eril ayrıcalıklar ve algılar bakımından örgütlenmiş ve örüntülenmiş olduğudur. Cinsiyet farklılığının bizzat kendinde içerimlenebilen ne tür koşul farklılıkları söz konusu olursa olsun, toplumsal cinsiyet farklılıkları sosyal olarak inşa edilmiş görülürler. Başka deyişle, onlar örneğin iş koşullarında ve fırsatlarında, aile kurumlarında, eğitimde, kültürde ve hukukta ifade bulan sistematik tahakküm örüntüleri olarak var olurlar.

Farklılığın nasıl kavramsallaştırılacağı ve onun varlığından ne tür sonuçlar çıkarılacağı, hukuk düşüncesindeki feminizm için en temel sorular olmayı sürdürüyorlar. Toplumsal cinsiyet farklılığının ana bileşenleri nelerdir? Farklılık hangi bakımlardan (toplumsal cinsiyet ayrımcılığı ve onun sonuçları olarak) itham edilebilir ve hangi bakımlardan olumlu karşılanabilir? Hukuk toplumsal cinsiyet farklılığına nasıl tepki vermelidir?

Bu sorular empirik hukuk teorisine olan ihtiyacı, hukukun mahiyetinin belli zamanlarda ve mekânlarda nasıl şekillenmiş olduğunu anlamak üzere tarihe ve sosyal koşullara sistematik olarak bakma ihtiyacını ortaya koyuyorlar. Ancak eğer araştırmanın odağında hukukun doktrinel yapısının bütünselliği, onların temelindeki otorite, anlam kaynakları veya onları üreten yorum pratiklerinin mahiyeti var ise, normatif hukuk teorisiyle de ilgili olmak durumundadır. Bir sosyolog şunu sorabilir: Belli bir toplumda hukuk nasıl ataerkillik tarafından biçimlendirilmiş ve

² İlk cümle Shulamith Firestone’a, ikinci cümle Susan Brownmiller’e aittir; her ikisi de MacKinnon 1989: 55-56’da alıntıdır.

onun pekişmesine hizmet eder hale gelmiştir? Bir hukuk felsefecisi de şunu sorabilir: Biri hukukun yorumuna katıldığında ve hukuk tarafından muhatap alındığında erkek ya da kadın olarak mı bu konumda bulunur, yoksa toplumsal cinsiyetiyle ilgisiz biçimde mi? Hukukun doktrin yapıları kişinin bir kadın ya da erkek olarak deneyimini ve bakışını hangi yollarla yansıtır veya yadsır? Hukuk tam da özü itibarıyla mı cinsiyetçidir?

Hukukta Farklı Ahlâki Sesler

Sosyal psikolog Carol Gilligan *In a Different Voice* [Kadının Farklı Sesi] (1982) başlıklı kitabında “Heinz ikilemi” diye adlandırdığı varsayımsal sorunu tartışır:³ Heinz eşinin hayatının kurtulması için zorunlu olan ama fiyatını karşılayamayacağı bir ilacın varlığını bilmektedir; ilacı onu stoklamış olan eczacıdan çalmalı mıdır? Gilligan Jake ve Amy adında on bir yaşındaki iki çocuğun ağzından bu sorunun cevaplarını nakleder.

Jake, Heinz’in ilacı çalması gerektiğine ikna olmuştur: “İnsan hayatı paradan daha değerlidir”. Heinz yakalanırsa yargıcın bu kanaatte olacağını ve ona hafif bir ceza vereceğini düşünür: Yasalar hatalar içerebilir ve “hayal edebileceğiniz her şey için bir yasa kaleme almaya kalkışamazsınız” Ahlâki ikilemi “insanlarla ilgili bir tür matematik problemi gibi” diye adlandırır. Gilligan şöyle yorumlar: “Onun çözümü rasyonel biçimde türetilmiş olduğundan, aklını kullanan herhangi birinin aynı sonuca ulaşacağını varsayıyor” “Çocukluktan gençliğe geçiş dönemi” içindeki Jake’in “formel düşünceye yönelik kapasitesi, şeyler hakkında mantıksal biçimde düşünebilme ve akıl yürütebilme yeteneği gelişmiştir ve bu da onu otoriteye bağımlı olmaktan kurtarmakta ve sorunlara çözümleri kendi başına bulmasına olanak sağlamaktadır”. Onun “ahlâki ikilem-

³ Bu ve izleyen üç paragraftaki alıntılar Gilligan 1982: 25-31’de bulunuyor.

lerin çözümünüyle dedüktif muhakemeyi ilişkilendirebilmesi, ahlâkı hukuktan ayırabilmesi ve yasaların hatalar içerdiğinin de düşünölebileceğini görebilmesi” sıklıkla ahlâki olgunluk diye anlaşılan şeye işaret eder.

Amy’nin soruya cevabı ise tersine “kaçamak ve kararsızdır”. Heinz çalmalı mıdır? Der ki “Yani, sanmıyorum ... onu çalmaktan başka yollar da olabilir; borç alabilir, kredi çekebilir veya buna benzer bir şey yapabilir, ama gerçekten ilacı çalmamalıdır -ancak eşinin de ölmemesi gerekir... Eğer ilacı çalarsa eşinin hayatını kurtarabilir, ama bunu yaparsa hapse girmek zorunda kalabilir, sonra eşi daha da hastalanabilir ve ona yeniden ilaç temin edemez... O yüzden konuyu gerçekten konuşmalı ve parayı elde edebilmek için başka bir yol bulmalılar”

Gilligan’ın yorumuna göre Amy ikilemi “insanlarla ilgili bir matematik problemi olarak değil, zaman içinde gelişen ilişkilere dair bir anlatı olarak” görmektedir. Mesele eczacının kendi haklarını ileri sürmesi değil, ihtiyaca cevap verme başarısızlığıdır. Amy durumla ilgili herkesi dikkate almaya çalışır. Meseleyi iyi tanımlanmış bir ahlâki mantık problemi olarak değil, bütün bir ilişkiler ağını (burada sadece eczacıyı, Heinz’i ve eşini değil, onlarla ilgili veya onlara bağımlı olabilecek muhayyel başkalarını da içerecek biçimde) ayakta tutma ve onu bir biçimde herkesin ihtiyacına cevap verir hale getirme problemi olarak görür. İletişim anahtardır. Ancak bu kalıplaşmış sonuçlara götürmeyen, süregiden, açık, belirsiz bir süreçtir: Amy’nin tartışması bu yüzden araştırmacı ve tereddütlüdür.

Jake’in yöntemi ise tersine objektifliği vurgular ve sorunun bağlamını yönetilebilir hale getirmek için sıkı biçimde sınırlar. Ulaştığı sonuç hakların hiyerarşik bir sıralamasını içerir, “kazanma ve kaybetme tahayyülünü ve şiddet potansiyelini” (Gilligan 1982: 32) hesaba katar, zira bir tarafın zararı pahasına diğer tarafın faydası için bir sonuç dayatılmak zorundadır.

Ahlâki gelişime dair yaygın kriterler Amy’nin tepkisini

Jake'e kıyasla daha az olgun bulurdu. Gilligan dört yıl sonraki takip çalışmasında Amy'nin fikrini açıkça değiştirmiş olduğunu gördü. Heinz ikilemine getirdiği çözüm artık Jake'in çözümü ile aynıydı. Ancak, şurası önemli ki, meselelere dair duyguları değişmeden kalmıştı. Gilligan'ın deyişiyle bir başka ahlâki "ses" ile konuşmayı öğrenmişti - bir zamanlar benimsemiş olduğundan çok daha fazla gözde olan ve sosyal bakımdan daha fazla itibar gören bir ses ile. Yine de, şimdi benimsemiş olduğu yeni yaklaşım onun için oldukça gerçek dışı ve problematik kalmıştı, onu "daha derinden kuşkulu, düşündüğü ile gerçekten aklında olanlar arasındaki gerilime daha hassas, sesinin duyulacağına dair daha az ikna olmuş" bir hale getirmişti (Gilligan 1985: 40, 41). Tersine Jake dört yıl önceki çözümünden artık çok daha emin hale gelmişti.

İhtimam Etiği ve Adalet Etiği

Bu hikâye, Gilligan'ın ahlâki gelişime dair ünlü çalışmasının merkezi konusunu ortaya koyuyor: Hukuk düşüncesine doğrudan etkisi olan keskin biçimde zıt iki *ahlâki sesin* (Gilligan 1985: 44) mahiyetleri ve önemleri. Bir ses (Jake'e ait olan) adaletin, hakkaniyetin, karşılıklılığın ve hakların sesidir. Tonu soyut, mesafeli ve şeklidir. Kurallara göre eşit muameleye değer verir ama tahayyülü hiyerarşiktir: Kurallar uygulandığında kazananlar ve kaybedenler olur. Tersine öteki ses (Amy'nin telaffuz etmek istediği ama sonuçta baskıladığı) bağlılığı, ihtimamı ve ihtiyaçlara cevap vermeyi vurgular. Tonu meşgul olmakla, tekillikle, uyarlanabilirlikle ve bağlama duyarlılıkla ilgilidir ve tahayyülü bir ilişkiler ağı şeklindedir.

Gilligan bu farklı sesin, erkeğin sesine zıt olarak bir kadının sesi olmak zorunda olmadığını söylemeyi ihmal etmez (1985: 44). İddiası şudur: Hangi nedenle olursa olsun, kadınlar (*ihtimam etiği* veya *sorumluluk etiği* diye adlandırdığı) bu sesi erkeklerden daha sıklıkla, daha münasip veya daha doğal bulurlar; öteki ses yani *adalet etiği* veya *haklar*

etiği içinse tersi doğrudur. Adalet etiği “ilgisizliği ve kayıtsızlığı potansiyel olarak meşrulaştırması nedeniyle kadınlara daha korkutucu görünebilir”; “erkek bakış açısından” ise ihtimam etiği “sonuçsuz ve dağınık görünür” (Gilligan 1982: 22).

Gilligan bir hukukçu olmasa da, görüşleri feminist hukuk teorisini büyük ölçüde etkiledi. Görüşlerinin “hukuk okullarında ve hukuk pratiğinde kadınların hissettikleri yabancılaşmayı” açıkladığı ve “ihtimam, ilişkiler ve sorumluluk konuları etrafında alternatif bir hukukbilim inşa edilebileceğini ortaya koyduğu” söylendi (Whitman 1991: 499). Gilligan’ın alternatif bir etik teşhisi, başka türlü tamamen adalet etiğine yönelir gibi görünen hukuk pratiği için yeni imkânlar getirir. Hak kazanılan ve hak kaybedilen yargılamalara karşı arabuluculuğun savunulmasını teşvik etmiştir (Menkel-Meadow 1985b); “tamamen farklı bir süreç biçimini, taraflar arasında diyalogu” önerir (Menkel-Meadow 1985a: 52) ve belki de hasımcı hukuk kültürüne temel bir itiraz getirir. Hukuk tartışması mahkeme salonunda “huzurlu bir söyleşi” olabilir (Menkel-Meadow 1985a: 57), fikirler savaşı yerine bir ortaklaşma şeklini alabilir. Dava turnuvalarında ringi koruyan hukuk imgesi yerini, enerji kaybı kaynaklarını ortadan kaldırmak üzere tasarlanmış bir işbirliği çerçevesi olarak hukuk fikrine bırakabilir.

İhtimam etiği muhtemelen hakkaniyetin pratikte nasıl olması gerektiğini de gösterir: Bazı 19. yüzyıl *Chancery* yargıçlarının geliştirdiği katı biçimselliğe zıt olarak, hukuk kurallarının mevcut durumlara hassas biçimde uyarlanması gerektiğini. Yine, her ne kadar yargı süreçlerinin çok merkezli problemlerin (dikkatle tanımlanabilen merkezi birkaç husustan ziyade birçok uzantıları ve bileşenleri olan problemlerin) çözümüne pek uygun olmadıkları söylenmişse de (Fuller 1978), muhtemelen bu da rahatça kabul edilmemelidir (karş. Allison 1999). Hukuk ihtimam etiğinin çoklu perspektiflerine, örneğin kapsamlı ve yaratıcı bi-

çimde organize edilmiş soruşturma süreçleri aracılığıyla, daha duyarlı hale getirilebilir.

Normatif hukuk teorisi için uzantılar oldukça geniştir. Adalet etiği kurallarda ve haklarda ifade edilebilir ise, ihtimam etiği de sosyal ilişkileri tüm esnekliği ve akışkanlığı içinde hesaba katan hukuki biçimlerde ve süreçlerde ifade edilebilir mi? Hukuk kişiler arası sorunlara “âdil” çözümler yerine “kapsayıcı” çözümleri (Gilligan 1985: 45), bir tarafa kazandıran diğerine kaybettiren değil, tarafların konumlarını her iki tarafın ihtiyaçlarına saygı gösteren daha tatminkâr bir ilişkiye dönüştüren çözümleri teşvik edebilir mi?

Kuşkusuz bu çizgideki hukuk düşüncesi bilinmeyen, hatta ütopik yerlere gidiyor; ancak feminist perspektifler, sadece kurallar veya normlar anlamında bir hukuk modelinin kendine yeterliliğini veya hukuktaki yorum pratiğinin odağında hakların bulunması gerektiğini öne süren herhangi bir hukuk teorisi varsayımına meydan okuma potansiyeline açıkça sahiptirler. Daha kötümser bir görüş ihtimam etiğinin hukuka dair yorum pratiğinde veya anlayış yapılarında önemli bir yer edinemeyeceği olurdu. Bu durumda, hukukun her zaman kesin, ayrık ama etik bakımdan oldukça sınırlı bir bakış açısıyla konuştuğunu söylemek zorunda kalırdık. Bu, pozitivistlerin ve tabii hukukçuların tartıştıkları hukuk-ahlâk bağlantılarından çok farklı bir husustur. Mesele aslında hukukun sosyal olanı daimi bir çarpıklık içinde anladığı olurdu: Hukukun düzenlediği nüfusun büyük kesimlerinin gerçekten yaşamaya çalıştıklarından çok farklı bir ahlâki ortam olarak.

Gilligan *özcülük*le, yani kadın olmaya veya kadına özgü baskın ahlâki bakışa dair öz bir nitelik varsaymakla suçlandı. Kendisi ihtimam etiğinin hem kadınlar hem erkekler tarafından takdir ve kabul edilebileceğini, aynı zamanda bireylerin sıklıkla her iki etik bakışı da açıkça anladıklarını ve değerlendirdiklerini vurguladığı sürece, bu eleştiri haksızdır. Ancak tezi, feminizm üzerindeki etkisini büyük

oranda, erkeklerin ve kadınların ahlâki yorum çerçevelerinin önemli ölçüde farklı olduğunu iddia etme yönüyle sağladı.

Feminist hukuk teorisine etkili katkı sunan bir başka yazar, Amerikalı hukukçu Catharine MacKinnon, Gilligan'ın tezinin "açıklayıcı seviyeyi ihmal etmesi" nedeniyle "sinir bozucu" olduğunu söyler (MacKinnon 1985: 73-74). MacKinnon için mesele, kadınların bakışlarının *neden* sıklıkla Gilligan'ın betimlediği biçimde olduğudur. Onun cevabına göre, kadınlarının toplumdaki konumları, erkeklerin tahakkümü altında olmaları, koşullara uyum sağlama icabı olarak bu bakışı yaratır. MacKinnon sonuçta sosyal olandaki örüntüleşmiş bölünmelerin tam olarak fark edilmesini talep eder: İhtimam etiği toplumsal cinsiyet baskısının bir ürünüdür, görece güçsüzlüğe kendini uyarlamaya yönelik bir tepkidir (MacKinnon 1985: 27-28). "Kadınlar ihtimamı değerli bulurlar, çünkü erkekler bizi onlara gösterdiğimiz ihtimama göre değerlendirmişlerdir... Dahası, eğer güçsüzseniz farklı konuşmakla yetinmezsiniz. Çoğunlukla hiç konuşmazsınız. Konuşmanız sadece farklı biçimde kelimelere dökülmüş değildir, sessizleştirilmiştir" (MacKinnon 1987: 39; karş. 1989: 51-52).

Yakın dönem çalışmalar bu uyarlanmanın bazı mekanizmalarını gösteriyor olabilir. İngiltere'de Belinda Fehlborg, eşlerinin ya da partnerlerinin iş sorumlulukları için kendi mülklerini teminat gösteren, sonra da büyük borçlarla boğuşmak durumunda kalan kadınların durumlarını inceledi. Onların kefil olmaya, ilgili haklara pek dikkat göstermeksizin, ilişkiyi korumak, sadakatlerini göstermek ve çatışmadan -bazı durumlarda şiddetten ya da şiddet tehdidinden- kaçınmak için karar verdikleri sonucuna ulaştı. O halde, ihtimamı ve sorumluluğu öne çıkaran ahlâki tercihlerin ardında, kişinin kendine özgü koşullar veya daha genelde tipik olarak kadınları etkileyen koşullar altında, mevcut veya potansiyel bir bağımlılık hissinden kaynaklanan incelikli veya pek de incelikli olmayan baskı-

lar bulunuyor olabilir (Fehlberg 1997: Bl. 6; ayr. bkz. Auchmuty 2001). Sosyal olana dair sistematik bir çalışma esasında ihtimam etiği hakkında çok şeyi açıklayabilir; ancak bu söz konusu etiğin hukuki önemini ortadan kaldırmaz. Normatif hukuk teorisinin asli kavramsal sorunları hukuk sosyolojisi tarihindeki empirik araştırmalarla nasıl gereksiz hale gelmediyse, burada da durum aynıdır.

Radikal Feminizm ve Hukukun Cinsiyeti

MacKinnon'un kendi teorik fikirleri yönelim bakımından Gilligan'inkilerden tamamen farklıdır. Onun feminizmi önemli bakımlardan Marksizm üzerinden biçimlenmiştir. Tıpkı Marx'ın sınıflar arasındaki tahakküm ve sömürüye odaklanması gibi, MacKinnon da bu olguların cinsiyetler arasındaki görünümelerini vurgular. Marx kapitalistlerin işçilerin emek gücüne el koyduklarını düşünürken, MacKinnon erkeklerin kadınların cinselliklerine el koyduklarını düşünür: Öyle ki, cinsellik "kişinin azami ölçüde kendisine ait olan, ama çoğunlukla elinden alınan" (1989: 3), ambalajlanan, gösterime sunulan, sömürülen, kötüye kullanılan, tahrip edilen ve çiğnenen bir şeydir. Marx'a göre ideoloji hukuki eşitlik, sözleşme özgürlüğü ve mülkiyetin dokunulmazlığı gibi biçimler arkasında var olan ekonomik eşitsizliği görünmez kılar. Benzer biçimde, MacKinnon'a göre, eril tahakküm, rızanın (özellikle cinsel ilişkiye rızanın) mahiyetine, normal karşıt cins ilişkilerine, aileye ve dişiliğe dair egemen sosyal fikirler tarafından görünmez kılınır.

Marx ve MacKinnon için politik stratejiler de, teorinin ve pratiğin birleştirilmesinin öne çıkarılması ve tabi kılınmışları özgürleşme olanaklarına karşı körleştiren ideolojiye saldırma ihtiyacı bakımından, bir noktaya kadar benzerdir. Hem Marksizm hem de MacKinnon'un feminizmi bilinç yükseltmeye, sosyal koşullardaki gerçekliğe dair, onunla nasıl mücadele edileceğini göstermek için, farkındalık yaratmaya büyük önem verir. Ancak Marx için bilinç

yükseltme sadece eyleme bir hazırlıktır. MacKinnon'a göre ise, toplumsal cinsiyetle ilgili anlayışlarda ve tutumlarda sağlanan değişim başlı başına bir sosyal değişim sayılabilir (MacKinnon 1989: 7-8).

Bu teori tümüyle politik eyleme yönelmiştir. Cinsel ilişkilerin kişisel alanı ve onun etrafında biçimlenmiş (sosyal olarak inşa edilmiş) toplumsal cinsiyet rolleri radikal değişimi hedefleyen bir politikanın odağındadır: Feminist sloganın söylediği gibi, kişisel olan politiktir. Ancak Marksizmin hukuka dair kafa karışıklığı (pratik politik stratejiler geliştirilirken hukukun sorunun bir parçası mı yoksa çözümünün bir parçası mı olduğu) MacKinnon'un çalışmasında tekrarlanır: Hukuka müracaat etmeyi en azından bazı bakımlardan feminizmin projeleriyle temelden çatışan pratiklere ve fikirlere güvenmek anlamına gelebileceğini düşünen başka birçok feminizmde olduğu gibi (Smart 1989; Lacey 1993: 109-111).

Ancak MacKinnon'un bir avukat olarak kendi pratiği hukukun imkânlarını ön plana çıkarır. Feminist mücadeleci Andrea Dworkin ile birlikte çalışarak, iki Amerikan şehri için pornografi karşıtı yönergeler kaleme aldı; bunlar, yazarlarının kadınların tabi kılınmalarının ve aşağılanmalarının birincil örneği olarak gördükleri bu duruma karşı özel hukuk davalarını kolaylaştırmayı hedefliyordu.

Bu özgün hukuk inisiyatifinin daha geniş amacı, pornografinin niteliğine dair popüler anlayışları yeniden şekillendirmeye yardımcı olmak (MacKinnon 1985: 34-35) ve böylece bilinç yükselmesine katkıda bulunmak üzere açıkça hukuku kullanmaktı. Pornografi karşıtı model yönerge pornografiyi, yönergede uzunca listelenmiş hallerde kadını herhangi bir biçimde kelimelerle ve/veya resimlerle insanlık dışı, aşağı, şiddet içinde ve değersiz durumda göstererek "kadının görsel olarak cinsel yönden açıkça ikincileştirilmesi" olarak tanımlar.⁴

⁴ Indianapolis'te hayata geçirilmiş haliyle MacKinnon-Dworkin yönergesi sonradan Anayasa'nın ifade özgürlüğü hükümlerini ihlal gerekçesiyle

Yönergenin maddeleri MacKinnon'un teorik fikirlerini doğrudan uygulamaya geçirir: Pornografi cinselliğe el konmasının bir örneğidir ve kadınların ikincilleştirilmesi (özellikle şiddet içeren biçimde) onların cinselliklerine el koymanın merkezinde bulunur. Yönerge, tanımda belirtilen ikincilleştirme hallerinde erkeklerin, çocukların ve transseksüellerin kullanılmasının da pornografi olduğunu düzenler; böylece feminizmin saldırması gereken kötülük olarak (kadına özel bu tür sosyal konumdan ziyade) cinsel ikincilleştirmenin kendisinin merkeziliği vurgulanır.

Bu tür pratik müdahalelerin normatif hukuk teorisiyle ilgisi nedir? Marksizm gibi MacKinnon'un feminizmi de, sosyal olanda, görünürde pratik işbirliği ve hatta uyumlu bir birlikte varoluş mevcut gibiyken, temel ve çatışmacı bir bölünme fark eder. Bu bölünme hukukun profesyonel yorum topluluklarında yeniden üretildiğinde ne olur? Feminist hukukçular özellikle 1980'lerden itibaren Britanya'da, ABD'de ve başka Batı ülkelerinde tedricen bu toplulukların önemli üyeleri haline geldiler. Bu durumda, MacKinnon'un tezi de ortadayken, hukukun asli mahiyetine dair ihtilaf mevcut olduğunda hukuki yorumun nasıl bir "doğru cevaplar" arayışı olabileceğini anlamak zorlaşır. Yine, hukuki fikirlerin nasıl "en aydınlık biçimde" (Ronald Dworkin'e ait öteki formülasyon) yorumlanacaklarını bilmek de zordur; bu yorum uzlaşısı konusu olmayan temel hukuk ilkelerine ya da değerlerine yapılan müracaata dayanıyorsa ya da insanların "gerçekten kafalarında olanları" değil (Gilligan'ın Amy'si gibi) sadece "düşündüklerini" temsil ediyorsa (karş. Gilligan 1985: 49).

Böylece radikal feminizm (yani MacKinnon'a göre liberal ön kabullere dayalı olarak modifiye edilmemiş feminizm) *hukukun bizzat kendisinin cinsiyetçi olduğunu* söyler.

anayasaya aykırı bulundu: Bkz. *American Booksellers v. Hudnut* 771 F 2d 323 (7th Cir 1985); onaylanma: 106 S Ct 1664 (1986). Model yönergenin maddeleri Dworkin [A] 1985: 24-28'de yeniden basıldı.

Hukukun tüm kavramları, muhakeme biçimleri, pratikleri ve usulleri onun deyişiiyle “eril bakış açısını”, “eril deneyimi” cisimleştirir ve “cinsiyetçi olmayan bir gerçeklik veya cinsiyetçi olmayan bir perspektif yoktur” (MacKinnon 1989: 114, 169). Örneğin tecavüzü düzenleyen hukukun “rıza” anlayışında, ceza hukukunun haksız tahrike karşı makul saydığı tepkilerde ve eşya hukukunun ev içindeki hakları düzenleyişinde, kadının konumuna ilişkin belli bir görüşün hukuk doktrinde sürdürölmesi söz konusudur. İlgili kavramlar sıklıkla rutin biçimde kadınların deneyimlerini tanımakta başarısız olurlar ve söz konusu durumun mahiyetine dair yaygın eril varsayımları yansıtır.

Feminist bakış açısından bu ve başka birçok durumda sorunun özü, hukuk normlarının tipik olarak kısmi ve sınırlı biçimde anlaşılan sosyal ilişkileri varsaymaları ve onlardan anlam kazanmalarındır. Tecavüze dair hukukta veya cinsel istismar davalarında rızaya veya zorlamaya verilen anlam, cinsel ilişkilerde neyin normal olduğuna ilişkin belli bir görüşü önceden kabul eder (MacKinnon 1989: 111-113; 172-183). Ceza hukukunun saldırı karşısındaki makul tepkiye dair görüşü (ör. Edwards 1996: Bl. 6) normal sosyal etkileşime ve onda neyin tehditkâr sayılabileceğine ilişkin bir düşünceye dayanır. Yine, İngiliz hukukunda ev içindeki mülkiyet haklarını eşyanın işe yarar halde tutulmasına değil edinilmesine yapılan katkıya dayandırma eğilimi,⁵ ev içindeki olağan karşılıklı desteğe dayalı ilişkileri eşya hukukuyla ilgisiz gören bir görüşü barındırır.

Bu tür özgül durumların ötesinde, radikal feminizm genel olarak hukuk düşüncesini objektifliğe ve evrenselliğe yönelik sürdürülemez iddialar ileri sürmekle itham eder. Sosyal hayata ve hukukun onunla ilişkisine dair toplumsal cinsiyetten bağımsız bir bakış açısı olmadığı için, pratikte “objektiflik” eril bakış anlamına gelir, “evrensellik” de eril deneyim tekilliğini ifade eder (MacKinnon

⁵ Bkz. özellikle *Lloyds Bank v. Rosset* [1991] 1 AC 107.

1989: 162-163). Dolayısıyla, MacKinnon'a göre normatif hukuk teorisinin soyutlamaları ve "hukuk bilimi" olma iddiaları, ondaki tüm bakış açılarının olumsuzluğunu görünmez hale getirir. Yine, MacKinnon açıkça söyler ki, feminizm kendiliği itibarıyla *öteki* bakış açılarını görünür kılmanın ötesinde daha üst hiçbir iddia getiremez. "Kadınların konumu durulacak veya bakılacak bir dışarı ve kaçılacak bir içerisi öngörmez" (1989: 117). Bu yüzden feminizm umut edilecek en fazla şeyin, tekil deneyime dayalı geçici ve pratik bilgi olduğunu öğretir. Hukuki yorum, profesyonel bir topluluk içinde muhakemenin düzenli biçimde geliştirilmesi değil, deneyimden gelen farklı beyanlar arasında süregiden bir ihtilaftır.

Feminizmin hukuk teorisine en önemli katkısı, tüm pratikleriyle ve doktriniyle mevcut hukukun cinsiyetçi olduğunu, hiçbir hukuk yorumunun veya uygulamasının toplumsal cinsiyet anlamında objektif ya da nötr olmadığını söylemesi oldu. Ancak MacKinnon'un feminizm versiyonu çok eleştiriyle karşılaştı. Marksizm gibi onun da gelişmiş Batı toplumlarının çağdaş koşullarından habersiz sosyal analiz biçimlerine dayandığı ileri sürüldü. Tıpkı Marx'ın merkezi kavramı olan sınıfın artık akışkan sosyal çeşitlilik yelpazesini analitik bakımdan kavrayamaz görünmesi gibi, MacKinnon'un kadınların ikincil konumuna dair görüşleri de hem kadınların hem erkeklerin konumlarındaki karmaşıklığı ve çeşitliliği kavrayamıyor olabilir, bireylere teorik anlamda kabul etmek istemeyebilecekleri sabit kimlikler giydirerek onları ve deneyimlerini geniş biçimde kategorize etmenin zorluğunu (belki de dayatmacılığını) göremiyor olabilir.

Yukarıda Gilligan ile ilgili olarak tartıştığımız gibi, buradaki tehlike de özcülüktür: "Kadını" öze dair niteliklere sahip bir kategori saymak. MacKinnon feminizmin "kadın bakış açısı iddiası gerçekliğe dair bir iddiadır" diye yazar (MacKinnon 1989: 121). Peki ya tek bir bakış açısı yoksa ve bazı kadınlar toplumsal cinsiyet ilişkilerini MacKinnon'un

teorisinin gösterdiğinden farklı anlıyorlarsa? Marksizm gibi onun radikal feminizmi de bireylerin deneyim çeşitliliğinin ötesinde bir üst gerçeklik iddia eder. Buna muhalif bakış açıları bilinç yükseltme yoluyla muhatap alınmalıdır. Ancak, MacKinnon'un ve Andera Dworkin'in örneğin şiddet üzerinde güçlü biçimde odaklanmaları, kesinlikle meşru olmakla birlikte, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin daha az görünür ve daha dolaylı olan birçok başka bağlamını dikkatlerden uzaklaştırıyor ya da çarpıtıyor olabilir. Dahası, kendilerini hiç de mağdur ya da ikincil görmeyen, evrenselleştirilmiş bazı "kadın" deneyimleriyle ilişkilenecek yerine kendi deneyimlerinden öğrenmeye ve kendi hayatlarını onlara dayanarak inşa etmeye çalışan birey kadınlar için, MacKinnon'un genel ikincilleştirilme mesajı, amacının özgürleştirmeye yönelik olduğu söylene de, rahatsız edici biçimde katı ve gerçeklikten uzak görünüyor olabilir (Abrams 1990).

Ana akım normatif hukuk teorisinin hem Marksizmi hem de feminizmin en radikal versiyonlarını görmezden gelmek için çok çaba harcamış olması şaşırtıcı değil. Bu entelektüel hareketlerin her ikisi de sosyal olana dair spekülasyonlarından hukukun asli mahiyetine dair belirgin sonuçlar türetir. Onlar, normatif hukuk teorisinin hukukun yorum pratiklerine, doktrin yapılarına veya otorite temellerine yönelik ilgisini, tüm bunlar sosyal olanın bizzat kendisinin niteliği tarafından (örneğin, ekonomik koşullara dayalı sınıf çatışması anlamında veya ataerkiye dayalı toplumsal cinsiyet ilişkileri anlamında) nihai biçimde belirlendikleri ölçüde, önemsiz bulabilirler. Normatif hukuk teorisi ise, kendi adına haklı olarak, bu radikal teorileri kendi analitik projeleriyle (bu projelerin gereksiz olduklarını söylemek dışında) büyük ölçüde ilgisiz bulur. Dolayısıyla hiçbir temas noktası yoktur.

Ancak eğer feminizm daha nüanslı bir hukuk görüşü - hukukun cinsiyetçi doktrin niteliklerini ne kaçınılmaz ne de hukukun diğer önemli yönlerini boşa çıkarır gören bir

görüş- edinirse, normatif hukuk teorisi tartışmalarında la- yıkiyla bir söz hakkı talep edebilir. Normatif hukuk teori- sinin hukuka dair kendi kavramsal araştırmalarının, onun sosyal olana ilişkin kendi ön kabulleriyle nasıl şekillendi- rilmekte olduğunu incelemesini ister. Bu talepler görmez- den gelindiği ölçüde, normatif hukuk teorisi mevcut koşul- lar altında sadece kendi analitik yetersizliğini sergilemiş olur.

Postmodern Feminizm

Objektifliğin olanaksızlığına dair iddialar, MacKin- non'un ki gibi teorilerdeki özcülük eğilimine yönelik eleştiri- lerin eşliğinde, birçok çağdaş feministi feminist teorinin sadece hukuktaki "eril anlatıları" yerinden edebileceği (onun yerini alamayacağı) ve hiçbir teorinin "tüm kadınla- ra ait tek ses olarak konuşamayacağı" sonucuna ulaştırdı (Dalton 1988: 7). O halde sürdürülebilir bir çağdaş femi- nizm kadınların konumlarındaki olumsuzluğu ve çeşitliliği tanımak zorundadır. Farklı sınıflardan, ırklardan, dinler- den ve etnik gruplardan kadınların deneyimlerindeki fark- lılıklar sadece bir başlangıç noktası oluşturur. Anahtar so- ru şudur: Kadınların veya erkeklerin deneyimlerinde bir birlik var mıdır? Eğer yoksa feminizm her zaman yapmaya çalışmış olduğu şeyi nasıl yapabilir: Kadınlar adına kadın- lara hitaben nasıl konuşabilir ve onların konumlarını nasıl temsil edebilir? Toplumsal cinsiyet farklılığı tanınmalıdır, ama "onun anlamları her zaman özgün bağlamlardaki bel- li inşalarla ilişkilidir" (Scott 1988: 47).

Bunun içerimleri açıklayıcı bir teori fikrinin bizzat ken- disini için radikaldir. Diyelim ki, tüm hukuk düşüncesi, sos- yal olanın mahiyetine dair belli deneyimleri veya varsa- yımları yansıtan belli bakış açılarını temsil ediyor. Diyelim ki, sosyal olanın kendisi olumsuzdur, değişebilir, çeşitli- lik içindedir ve onu anlamaya yönelik uzlaşmış hiçbir kri- ter yoktur. O zaman, hukuku yorumlamakla veya açıkla-

makla ilgili potansiyel bakış açıları da fazlasıyla çeşitli olur; bu yorumları ve açıklamaları karşılaştırmak veya değerlendirmek için hiçbir yol bulunmaz.

Modern düşünce bu durumda göreciliğin veya nihilizmin tehlikelerini görür; bu bir şey söylemenin olanaksızlığı demektir, zira söylenenin önemine dair hiçbir uzlaşma temeli, bilgiye dair hiçbir güvenli dayanak, evrensel olarak kabul görmüş hiçbir değerlendirme ölçütü yoktur. Bu sinizme yönelik bir tariftir; rasyonaliteden ve herhangi bir tutarlı ilke, bilimsel titizlik veya ahlâki anlam arayışından vazgeçme davetidir (karş. Carrington 1984).

Tersine postmodern bir görüş, sonu olmayan bu olumsuzsalık durumunu açıkça kabul edebilir ve ondan çıkarılabileceğinin en iyisini çıkarabilir. Hatta onun özgürleştirici potansiyelini memnuniyetle karşılayabilir: Teori temellere sahip olamayacağına göre, onun kullanımı daha açık biçimde, sadece ulaşabileceği pratik sonuçlar bakımından önem taşır; yani, ön kabullere sahip olmadan, bağlama sonsuz duyarlı olarak, eski felsefenin epistemolojik (neyin bilgi sayılacağına dair sorular) ve ontolojik (ne hakkında bilgi arayabileceğimize dair sorular) yüklerinden kurtulmuş olarak.

Bu yüzden Amerikalı postmodern feminist hukukçu Mary Joe Frug, “Yerel parçalılıklardan yanayım. Bütünleştirici teorilere karşıyım” diye yazar (Frug 1992: 125). Onun görüşünde, hukuk söylemi cinsiyet farklılıkları üzerine bir politik mücadele ortamıdır: “Hukuk kuralları -diğer kültürel mekanizmalar gibi- kadın bedenini anlamlarla kodlar” (1992: 129). Frug’a göre, cinsiyet farklılıkları semiyotiktir - yani “ürettiğimiz ve yorumladığımız bir göstergeler sistemi tarafından inşa edilmiştir” (1992: 126)- ve hukuk da bu göstergeler sisteminin çok önemli bir parçasıdır. MacKinnon’un “kadın bakış açısı” üzerine odaklanışının tersine, Frug “tekil bir kadın kimliği” varsaymaya değil, sadece “özneye dair merkezsiz, çok biçimli, olumsuz bir anlayışa” (1992: 126, 129) ihtiyaç olduğunu düşünür. Kadınların ba-

kış açıları fazlasıyla çeşitlidir ama hukuk “kadın bedeninde sanki doğası itibarıyla sabitlenmiş gibi görünen ortak bir anlam mekânı” (1992: 129) yaratılmasına katkı sağlar. Hukuk, kadın/erkek ilişkileri kültürünü, söyledikleri kadar söylemedikleri aracılığıyla da, hukuken icra edilenler kadar icra edilmeyenler aracılığıyla da pekiştirir.

Frug’a göre, hukuk kadın bedeninin “terörize edilmesi”, “analaştırılmasına” ve “cinselleştirilmesine” katkıda bulunur. Kadınları yetersiz biçimde koruyarak ve onları emniyetsizliğe karşı sığınılacak yer aramaya teşvik ederek terörize eder (trajik bir ironidir ki, Frug’un kendisi de 1991’de vahşi bir cinayetin kurbanı olmuştur; en güvenli olabileceğini düşündüğü yerde, sakin bir semtte cadde kenarındaki evinin yakınında bilinmeyen bir saldırgan tarafından öldürülmüştür).⁶ Hukuk anneliği birçok biçimde ödüllendirerek ve buna uygun olmadığı düşünülen kadın davranışlarını cezalandırarak, analaştırır (çocuk bakımıyla, istihdamla, doğum kontrolüyle ve kürtağla ilgili tüm yasalar burayla irtibatlıdır). Yine, hukuk kadın bedenini, örneğin evliliğe, boşanmaya, fahişeliğe, pornografiye, reklamcılığa, eğlence dünyasına, tecavüze ve cinsel istismara dair hukuk kurallarını icra eden ve etmeyen türlü karmaşık bileşimler aracılığıyla (tek eşliliğe, karışık cinsle ilişkiye ve pasifliğe yönelik, aynı zamanda dolaylı yoldan cinselliğin ticarileşmiş biçimlerine yönelik olarak) cinselleştirir. Hukuk kadınlar için hangi sosyal rollerin makbul sayılacağını şekillendirir, ama bunu hep belli bağlamlarda yapar.

Çalışmalarının ölümünden sonra yayınlanmış parçalarında ortaya konmuş olan, Frug’un titiz yaklaşımı, açıkça kadının hukuk tarafından denetlenmesine yoğunlaşır; ancak kadın deneyimini veya bakış açısını özleştirmeye çalışmaz. Hukukun ve kültürün kadınlar üzerindeki etkisi

⁶ Katledildiği zaman Massachusetts, Boston’da bulunan New England Hukuk Fakültesi’nde profesördü. Cambridge kasabası civarındaki varlıklı semtlerde yaşadı.

koşullara bağlı olarak büyük değişkenlik gösterir. Yine de, bunlar o koşullarda kadın olmanın ne demek olduğunu tanımlarlar. Frug hukuk doktrininin denetimi nasıl sağladığını inceler, ama aynı zamanda uygulamanın nasıl çeşitlendiğini de vurgular; böylece, sosyal ilişkilerin örüntülenmesinde ve sosyal kimliklerin biçimlendirilmesinde hukukun kullanılması veya kullanılmaması üzerine sosyohukuki araştırmanın önemini ima etmiş olur.

Frug feminizmin, genel “kadın” kategorisine kendisinin önerdiği biçimde itiraz etse bile, onu hızlıca ortadan kaldırmayacağını düşünür (1992: 130-131); birçok yazar da feminizmin bu kategoriyle çalışmanın politik gerekliliğiyle ve teorik zorluğuyla yüzleşmek zorunda olduğunu ileri sürdü (Minow 1988). “Kadın deneyimi” kavramı sorunlarına rağmen kaçınılmaz da olabilir. Soru şudur: “Kimlik hakkında onu özleştirmeden nasıl yazabiliriz?” (Scott 1992: 33). Cevaplardan biri, kesinlikle, “deneyimi” belli tarihsel ve sosyal bağlamlar içindeki deneyim olarak görmektir.

Ancak bazı feministler farklılığın sosyal inşası hakkında çok daha aşırı iddiaları ileri sürmek istediler: Açık görünen doğal zıtlıkların da belli sosyal pratikler (hukukta olanlar dâhil) tarafından üretildikleri (inşa edildikleri) yönündeki iddiaları.

Çoğu modern feminist, biyolojik olarak belirlenmiş cinsiyet ile sosyal olarak inşa edilmiş (kadın rollerine, yeteneklerine, tutumlarına ve yetkilerine dair beklentiler biçiminde) toplumsal cinsiyet arasında bir ayrım yapmıştı. Ancak yakın dönemde bazı yazarlar bu ayrımı reddettiler ve cinselliğin de inşa edilmiş olduğunu ileri sürdüler: Toplumun “zorunlu bir heteroseksüellik sistemi” (Butler: 1990: 18) dayatması ve özellikle gey ve lezbiyen cinselliğinin ifadesini marjinalize etmesi ve cezalandırması anlamında. Toplum sadece “normal” dişiliği veya erilliği tanımlamaz, aynı zamanda “normal” cinsel tercihlerin ne olduklarını da belirler. Bu görüşe göre, özcülük problemi “kadın katego-

risi" içine, onu tamamlamak üzere "ırk, sınıf, yaş, etnisite ve cinsellik gibi birçok bileşen" doldurularak uygun biçimde konu edinilmiş olmaz. Gerekli olan şey, kadın ve erkek arasındaki mutlak cinsel zıtlığın sabit olduğunu var-
sayan "mevcut kimlik kavramlarını" dönüştürmektir (But-
ler 1990: 15; bkz. Beger 2002).

Bu konuların burada daha fazla incelenmesine gerek yok. Onların hukuk teorisi bakımından önemi şunun orta-
ya konmasıdır: Sosyal olan, spekülatif biçimde deneyim
(örneğin belli bir hukuk yorumcusunun veya gözlemcisi-
nin deneyimi) anlamında görülürse, hiçbir kategori her-
hangi bir bireyin deneyim bütününe kapsayamayacağı
için, herhangi bir sabit kategorileştirmeyi reddeden bir ko-
numa doğru kolayca dağılıyor gibi durur.

Bir uç ve neredeyse çelişik sonuç, eşitliğin *sonsuz farklı-
lık* biçiminde geri dönüşü olabilir. Başka deyişle, sosyal
olan sayısız farklı durumlardan, kimliklerden ve ilişkiler-
den oluştuğuna göre, sadece bireysel hayatların eşit tekil-
likleri anlamında genelleştirilebilir. Hatta bu durumda,
hukukun sosyal olanı tâbi olanların veya vatandaşların
şekli eşitlikleri bakımından (insanlar arasındaki fiili maddi
farklılıkları görmezden gelerek) konu edinmesi bile uygun
olur. Herhalde hukuk bundan daha fazlasını yapamaz. O
halde, hukuk teorisine etkisi olan feminist argümanlar et-
rafında dönüp dolaşıp geldiğimiz yer, hukukun şekli eşit-
lik hedefine ulaşması gerektiğini söyleyen liberal feminiz-
min temel iddiasından ibarettir.

Ancak bu ölçüde radikal eleştiriden çıkan bu şaşırtıcı
sonuç kaçınılmaz da değildir. Hukukun soyut şekliliği, bu
feminist analizlerin bir sonucu olarak, yeniden değeri-
lendirilebilir, hatta ona yeni bir açıdan bakılabilir; ancak onun
artık sosyal alana dair bir objektiflik veya nötr bir yaklaşım
içerdiği düşünülemez. Austin'in yazılarında geçen egeme-
ne tâbi olanlar veya Hart'ın yazılarında geçen hukuk ku-
rallarını içsel ya da dışsal bakış açısından gören vatandaş-
lar veya görevliler söz konusu olduğunda, normatif hukuk

teorisinde kavramsallaştırılmış bu soyut kişilerin aynı zamanda fiili sosyal pratikte yer alan gerçek insanları basit bir biçimde temsil ettiklerini tahayyül etmek artık mümkün olmaz. Hukuki düşünüş ve sosyal deneyim çeşitliliği arasındaki uçurum bir kez açığa çıkarıldığında, hukuki dilin ve fikirlerin incelenişinin tek başına bir betimleyici sosyoloji, sosyal olana açılan bir pencere olabileceğine dair Hart'ın varsayımı artık ciddiye alınamaz.

Örneğin Hart (1960: 82-83) gündelik dil kullanımında “yükümlülüğe sahip olmak” (normatif bağlılığı kabul etmek) ile “yükümlü kılınmak” (sadece uymaya zorlanmış hissetmek) arasında keskin bir ayrım görür. Eğer hukukun yükümlülükler getiren yapısının tam da temelleri yabancı görünüyorsa bu ayrım nasıl işler? Bir kişi yükümlülüğe sahip olduğunu “düşünebilir” ama Carol Gilligan'ın Amy'si tarzında “kafasında olan” sadece itaate zorlandığı olabilir. Hart'ın gündelik dil ayrımı içeridekilerin ve dışardakilerin açıkça farklılaştıkları bir dünya varsayar; oysa feminizmin farklılık hukukbilimi hukukun ve toplumun böyle olmadığını ileri sürer: İçerisi ve dışarısı yoktur, sadece hukuka dair çatışan yorumlar ve değerlendirmeler çokluğu ve onlara kaynaklık eden geniş bir bakış açıları yelpazesi vardır. Bunların hiçbirisi normatif hukuk teorisindeki kavramların kendi özel analitik maksatları için gereksiz hale gelmelerini gerektirmez. Ancak bu maksatların nasıl sıklıkla ne kadar dar olduklarını ve hukukun sosyal olanla ilişkisini anlamaya yönelik ciddi bir projeyle ne kadar az ilgili olabildiklerini vurgular.

Eleştirel Irk Teorisi

Normatif hukuk teorisine ve hukukun kavramsal yapılarına dair bu görüşün oldukça geniş içerimleri, hukukun sadece toplumsal cinsiyetle değil, aynı zamanda ırkla da olan ilişkilerini araştıran yazılarla daha açık hale getirildi. Eğer feminist hukukçular hukuk karşısında kendilerini

sıklıkla yabancılaşmış ya da kararsız bir durumda gördülerse, birçok bağlamda hukukla bağlantılı ırkçılığı kayda geçiren siyah ve etnik azınlıktan hukukçular ve aktivistler için de durum kesinlikle bundan daha iyi değildi.

Bunlar uzun ayrımcı güvenlik uygulamaları tecrübeledir, etnik ve ırksal azınlıkların tüm vatandaşlara eşit biçimde tanındığı varsayılan hakları etkin biçimde talep edemediklerine ve kullanamadıklarına işaret ettiler. Doğrudan ya da dolaylı olarak, bu azınlıklar için bir hukuki yükümlülüğe sahip olma deneyiminin hukukla yükümlü kılınmaktan (zorlanmaktan) önemli ölçüde farklı olup olmadığını (Hart'ın hukuk kavramı ne derse desin) sordular -hukukun yabancı niteliği, onun *kendi* hakları olmadığını hissi, açıkça gözlerinin önüne serilmekteyken.

Feminizm kadınların toplumdaki kısıtlanmış konumuyla yüzleşti. Ancak şimdi eleştirel ırk teorisi diye adlandırılan (EIT) teori, en uç haliyle, sadece bazı azınlıklar için kısıtlı bir sosyal konum varsayan değil, aynı zamanda bazen sosyal olanda onlara *herhangi bir yer* bile tanımayan hukuki ve sosyal geleneklerle yüz yüze geldi.⁷ Bu uç haller tarihsel olarak kölelikle, soykırımla ve sömürgecilikle ilişkilendirilirler. Britanya İmparatorluğu'nda köle ticareti 1807'de, köleliğin kendisi 1833'de yasaklandı.⁸ ABD'de kölelik nihai olarak anayasa değişiklikleri yoluyla 1860'larda kaldırıldı. Bundan başka, Anglo-Amerikan tarihinde yerli halkların ulus inşasının veya emperyal işgalin bir parçası olarak boyunduruk altına alınışlarında, sömürgeleştirme ve soykırım deneyimleri karmaşık biçimlerde iç içe geçmiştir.

Hukuk tarihindeki (bu eylemlerin çoğu hukuken makbul veya mazur görülmüştür) bu tür lekeler tamamen si-

⁷ Toplumsal cinsiyet ilişkilerinin tarihi, kadınların hukuk tarafından sosyal-olandan neredeyse her bakımdan sıklıkla dışlanmış olduklarını gösterir; bkz. ör. Goodrich 1995: Bl. 5. Irkçılığın tarihi ise, pek nadiren olmaksızın, ötekinin dışlanışının bazı durumlarda korkunç biçimde imha etme aşırılığına varacak kadar daha ileri taşınmasını açığa çıkarır.

⁸ Stat 47 Geo III, c 36; Stat 3 & 4 Will IV, c 73, s 12.

linmiş değildir. Ünlü eleştirel ırk teorisyeni, siyah Amerikalı hukuk profesörü Patricia Williams “büyük-büyük büyükanne”, yani köle olan Sophie’nin “satış sözleşmesi olabilecek” bir belgeyi incelerken ne hissettiklerini yazar (Williams 1991: 157). Williams’ın işaret ettiği gibi, kölelerin bakış açısından, kölelerle ilişkileri ve onların konumlarını düzenleyen köle hukuku diye herhangi bir şey yoktur. Hukuk köle için görülebilir değildir. Sophie hukuk önünde bir özne değil, bir mülkiyet konusuydu. Dolayısıyla, böyle bir aşırılık hali sosyal olanın tamamen dışında olmak durumundadır, onda ikincil bir konuma sahip olmasına bile olanak tanınmamıştır.⁹

Bu durumun kölelikten çok sonraya kalan mirası, kişinin sosyal olanın tam olarak içinde ve tâbi olan ya da vatandaş sıfatıyla hukukun görüş alanında bulunduğunun kesin biçimde teyit edilmesine yönelik ihtiyaçtır. Williams New York’a taşınırken nasıl kiralayacak bir daire aradığını anlatır. Hukuk profesörü meslektaşı Peter Gabel de aynı zamanlarda şehre taşınmıştı. Gabel müstakbel ev sahibiyle tokalaşarak ve iyi duygular içinde dairesi için bir ön kira anlaşması yapmaktan mutluydu; ama Williams şunları yazar: “İyi niyetimi ve güvenilirliğimi gösterme telaşıyla, beni mesafeli bir sözleşme tarafı olarak konumlandıran, hayli ayrıntılı, uzun uzadıya düşünülmüş ve kâğıda hassasiyetle aktarılmış bir kira sözleşmesi imzaladım” (1991: 147). Gabel -beyaz, orta sınıf, eleştirel hukukçu, haklarına dayanarak başkalarını yabancılaştırmak istemeyen, bir topluluk duygusu kabul etmeye hazır ve gayriresmiliğinden memnun biri- için resmi kira sözleşmesi ikincil durumdaydı. Ancak Williams için, güvenilir hukuki ilişkiler getiren resmiyet güçlkle edinilmiş ırksal kazanımları simgeliyordu: Sosyal olanı düzenleyen hukuki güvenceler,

⁹ Karş. *Dred Scott v. Sandford* 60 US 691, 701 (1857). Taney CJ Yüksek Mahkeme’de o vakitler Amerikan eyaletlerinde yerleşik hukuk anlayışı haline gelmiş olduğunu düşündüğü, bir siyahi ‘bir beyazın saygı göstermesi gereken hiçbir hakka sahip değildir’ fikrini benimsemişti.

yetkiler ve yükümlölükler çerçevesi içinde açıkça tanınmış olmaya dayalı bir emniyet duygusunu.

Eleştirel ırk teorisi Amerikan akademik hukukçuluğunda, 1980'lerin ortalarından itibaren "hukuk dergilerinde alışılmadık, çarpıcı yazıların patlak vermesi" (Marsuda 1996: 48) ile açık bir hareket olarak gelişti. Feminist hukuk teorisi akademik hukukçuluk ötesinde başka alanlardaki feminist yazıların zenginliğinden ilham almıştı; EIT ise baştan itibaren kendini esasen akademik hukukçuluktaki diğer eleştirel hareketlerle ilişkili biçimde konumladı; öncelikle beyaz eleştirel hukukçuların haklara dair tipik güvensizliğini, onların "ikincilleştirilmiş topluluklardan kaynaklanan hak ve ırkçılık anlayışlarını anlamakta başarısız oldukları" iddiasına bağladı (Matsuda 1996: 30).

Williams'ın ifadesiyle (1991: 148): "Kişinin güçlölük duygusu [veya bu duygudan yoksunluğu] onun hukukla ilişkisini tanımlar" EIT'nin haklara yönelik tipik tavrı, hukukun sosyal etkileşimin nötr çerçevesini sağlama yeteneğine ve dolayısıyla *Hukukun Üstünlüğünün* renk körü hakkaniyet imkânına yönelik bir liberal inanca dayanmaz. EIT daha ziyade hukuku, tüm sosyal grupları samimiyetle birbirine bağlayabilen topluluk ilişkilerinin bir ikamesi sayar gibi görünür (yetersizdir ama var olan tek şey odur). Yaklaşım haklara inanmaktan çok, belirsiz bir dünyada kazanım ve güvence elde etmek üzere onları silah olarak pragmatik biçimde kullanmayı önemser.

Liberal hak vaadi herhangi bir zamanda düş kırıklığı yaratabilir: İleri sürölen hak ırkçı yorum pratiğinin süzgecinden geçince namevcut hale dönüşebilir. Eğer hakların icra mekanizmalarının azınlıktan gelen talepler için işlemediği görülüyorsa, onun elde edilmesi bir Pirus zaferi olabilir. Ancak, her şeye rağmen, tüm yanılsamalar bir yana bırakıldığında "haklar retoriği siyahlar için etkili bir söylem biçimi olageldi ve olmayı sürdürüyor" (Williams 1991: 149; bkz. Matsuda 1996: 6-7).

Normatif hukuk teorisi için bu görüşlerin önemi huku-

kun kavramsal yapılarının önemli olduklarının teyit edilmiş olmasıdır, ancak birçok teorisyenin sandığı biçimde değil. Kurallar ve haklar önemlidirler, çünkü hukuki yorumda keyfiliğe değil (keyfiliğin somut bir örneği de elbette hukuki durumları derinin rengi gibi bir esasa göre ayırmaktır) rasyonel tutarlılığa doğru bir eğilim vardır. Tutarlılık yönündeki bu eğilim hukuk teorisinde kendini, hukuk doktrininde yinelenen birlik, sistem ve ilke arayışlarında, hukukiliğin öngörülebilirlik ve kurala bağlılık anlamında nitelenişinde veya (modern tabii hukuk teorisinde) evrensel ya da apaçık insan ihtiyaçlarında bulunan bir ahlâki meziyet olarak anlaşılışında gösterir.

EIT hukuk düşüncesindeki bu tür eğilimlerin faydalı olduklarını kabul eder. Ancak normatif hukuk teorisinin başka ön kabulleri için durum bu olmayabilir. Örneğin kuralların ve hakların mahiyetleri kaynaklandıkları (politik veya resmi) otorite bakımından anlamlı biçimde değerlendirilebilirler mi? Egemenin bir emri, Kelsenci temel norm tarafından yetkilendirilmiş bir norm veya bir tanıma kuralına atıfla geçerli kılınmış bir kural; bunların tümünün önemini, kaynakları kültürde olan, yani içinde ırkçılığın da var olabileceği genel değerler, anlayışlar ve inançlar iklimi içinde olan, başka otorite türleriyle, başka emirlerle, normlarla veya kurallarla nasıl karşılıklı ilişki halinde oldukları (ve onlar tarafından nasıl dönüştürüldükleri) hesaba katılarak değerlendirmek gerekebilir. Bu koşullar altında hukukun vaadi radikal biçimde zayıflar. Bu vaat “ölçüsüz sorumsuzluk bataklığında” sadece bir korunma ihtimali haline gelir (Williams 1991: 158).

Hukuka yönelik aşırı kafa karışıklığı -belki de bir tür “sinik iyimserlik” (karş. Matsuda 1996: 49)- EIT’de feminizmden bile daha belirgindir. Bu, hukuk düşüncesiyle ya da hukuk deneyimiyle ilgili olarak bir tür içerisi/dışarısı ayrımının yaşayabilirliğine dair normatif hukuk teorisinin tüm varsayımlarının altını oyar. EIT açıkça tüm zamanlarda hukukun içindedir ve dışındadır; eşzamanlı olarak

onun adaletsizliklerini gözlemler ve ona dair yorum projelerine katılır; hukuku öznelere bakış açısından görür ama bu öznelere aynı zamanda hukukun sadece nesnesi olmanın acısını oldukça kolay hissedebilen kişilerdir.

EIT, bazı yönlerden feminizmden daha güçlü biçimde, hukuku yorumlayan toplulukların nihayetinde açık hale gelmelerini temsil eder; öyle ki, hukukun sosyal olanın örüntülü çeşitliliğini görmezden gelebilmesinden çok daha fazla, tüm çeşitliliği içinde sosyal olan hukuki yorum pratiğine müdahil olmuştur.¹⁰

Bir anlamda, şimdi sosyal olan da kendi sınırlarının hukuk tarafından daraltılmasını reddediyor. Hukukun bu sınırların dışında tutmak istedikleri (örneğin yabancılar, göçmenler, mülteciler, mahkûmlar) sıklıkla insan haklarını gündeme getirerek hukukun ahlâki anlamının yorumlanmasında kendi seslerinin duyulmasını istiyorlar. Sosyal olanın indirgenemez atomu ya da en küçük birimi sayılan “aileye” dair hukukun geleneksel kabullerine karşı gelen yaşam tarzları ve cinsel tercihleri olanlar da öyle. Şunu söyleyebiliriz ki, sosyal olan şimdi, kendisinin sıklıkla çelişik de olan kendine dair tüm öz-anlayışlarının hukukun anlayışları olması gerektiğini ileri sürüyor. Bunun hukuk teorisi için içerimi şudur: Bu teoride sosyal olan hakkında halen dile getirilmemiş olarak kalan varsayımlar şimdi gün ışığına çıkarılmalı ve onların teorideki bakış açılarını nasıl etkilemiş oldukları gösterilmelidir.

EIT’nin özgül bulguları birçok yönden feminist hukuk teorisinin bulgularına ayna tuttu. Onun liberal, medeni

¹⁰ Bunun bir göstergesi, EIT literatüründe hukuki meseleleri daha genel sosyal meselelerden ayırmanın sıklıkla zor oluşudur. Bir başkası ise, bu bölümde incelenmiş olan çoğu teoride, hukuk analizi için sosyal ilişkilerin kavramsal bakımdan kurallardan ve haklardan daha temel önemde olduklarına dair ısrardır; bu sosyal ilişkiler ister öncelikle mülkiyet ilişkileri (Pashukanis), ister cinsel tahakküm ve boyun eğdirme ilişkileri (MacKinnon), ister ırksal veya etnik ilişkiler (EIT), ister rekabet içindeki etik yorumlar (Gilligan) olarak görülsünler.

haklar mücadelecisi öncüleri, hukukta ayrımcılık karşıtlığı, fırsat eşitliği ve pozitif ayrımcılık inisiyatiflerini teşvik etti; tıpkı liberal feminizmin *Hukukun Üstünlüğünün* eşit vatandaşlık vaadinin korunmasını talep etmesi gibi. Liberal hukukçuluğun yetersizliğine dair eleştiriler, feminizm gibi EIT'ni de doğrudan çeşitli radikalleşme türlerine doğru yönlendirdi (Minda 1995: 169-171). EIT yazıları, azınlıkların “farklı seslerinin” dile getirilmesinin zorluğunu, bu seslerin sıklıkla uyumcu otosansür yoluyla kolayca susturulma yollarını kayda geçirdiler. Toplumsal cinsiyet farklılığı bağlamında olduğu gibi bu bağlamda da kişinin ne düşündüğü ile “gerçekten aklında olanlar” arasında bir uçurum olabilir. “Konuşmanın tabu olduğu bölgeler ve katı nezaket çitleri oluşturularak, bireylerin ve ırkların istek dışı sürgünleri sessizce sağlanabilir” (Williams 1991: 65). Kişi “hislerinizin gayet iyi bildiğini dile getirme hakkınız üzerinde ısrar etmek” yerine, “görünmez bir siyah, hayali bir siyah olmak üzere ırklar karşısında tarafsız bir dünya görüşüne uyum sağlamayı” öğrenebilir (Williams 1991: 108, 119).

Yine, radikal feminizm gibi EIT de, soyut ve mesafeli muhakeme tarzları yoluyla hukukta ve başka yerlerde yaratılan tarafsızlık ve objektiflik yanılsamalarına saldırır (Matsuda 1996: 8-9; Williams 1991: 47-48). Bazı EIT yazıları, kısmen bu nedenle, kişisel anlayışları, hikâye anlatımlarını, otobiyografileri ve hatta rüya anlatımlarını öne çıkaran çarpıcı bir anlatı tarzını benimsediler. Amaç iddiaları diri tutmak, hayatın ham deneyimlerini olabildiğince güçlü biçimde hukuktaki kavramsal tartışmalara dâhil etmektir. Tıpkı postmodern feminizm gibi EIT'nin bugüne kadar geldiği nihai nokta da, tüm kimlik kategorilerinin katılıkları itibarıyla potansiyel bakımdan engelleyici olduklarını fark etmek olabilir. Kimliğin ve menfaatin göstergeleri olarak etnik ve ırksal kategoriler gerçekte akışkan ve belirsiz biçimde deneyimleniyor olabilirler. Bu kategoriler bazı insanlara oldukça problematik veya dayatmacı görünebilir-

ler, tıpkı evrensel “kadın” kategorisinin birçok postmodern feministe böyle görüldüğü gibi.

Politika, Profesyonellik, Farklılık

Feminizm ve EIT hem hukuk politikası hem de profesyonel hukuk topluluklarının yapısı üzerinde, en azından potansiyel olarak, önceki bölümlerde incelenen hukuk teorisine yapılmış katkıların herhangi birinden daha esaslı bir etkiye sahiptir. Feminist hukuk teorisi ve EIT, sosyal olandaki farklılık fikrini hukuki yorum pratiğine açıkça taşıyarak, örneğin gey, lezbiyen ve transseksüel deneyimlerini yansıtanlar veya dini ya da kültürel farklılıkları öne çıkararaklar gibi, farklılık odaklı başka türden hukuk analizlerinin yolunu açtı. Tüm bu teorik yaklaşımların hepsine birden yeni bir *farklılık hukukbilimi* diyebiliriz.¹¹

Bu hukukbilim içinde, özellikle feminizm, vaktiyle tamamen politika dışı olduğu düşünülmüş birçok hukuki meselenin (örneğin ailenin ve ev içi hayatın organizasyonu, cinsel ilişkilerin düzenlenmesiyle ilgili olanların) aslında yeni politika türlerinin ön cephesini oluşturduğunu gösterdi. Bu perspektifte hukukun politikayla ilişkilerinin yeniden kurulmasının anahtarı, feminizmin hayatın *kamusal* ve *özel* alanları arasındaki sınırlara dair liberal anlayışa saldırmasında yatar (ör. bkz. O'Donovan 1985; Lacey 1993).

Ortak bir liberal bakış açısına göre, hukuk tamamen farklı iki düzenleme alanı arasındaki sınırları tayin eder: Bir yanda kamusal alan ki, orada siyasa [*policy*] politika [*politics*] tarafından belirlenir ve sonra, kısmen, kamusal biçimde icra edilen hukuk kurallarına tercüme edilir; diğer yanda ise özel bir özgürlük alanı ki, ev ve aile samimiye-

¹¹ Bu terim, kitabın kalanı boyunca, sosyal-olanda örüntüleşmiş farklılık olarak her ne görüyorlarsa onu hukukun mahiyetine dair görüşleri için asli önemde sayan tüm hukuk felsefesi türlerini kapsar biçimde kullanılıyor.

tiyle sembolize edilir ve kamusal düzenlemenin dışında tutulur. Feminizm hem ev-içi ilişkilerin düzenleme dışı niteliği hem de bu alanda korunan “özgürlüğün” mahiyeti hakkındaki efsaneleri yıkmak için çok çaba harcadı (ör. Olsen 1983).

Feminizm ve EIT, normatif hukuk teorisinin sosyal olanın mahiyetine dair huzurunu kaçırdılar ve onu politik meselelerle eskiye kıyasla çok daha geniş biçimde yüzleşmeye çağırdılar. Normatif hukuk teorisine yönelik güncel bir itiraz şudur: Teori, hukukun kavramsal yapıları (*Hukukun Üstünlüğü* fikrinin temelinde olanlar dâhil) hukuk yorumcularının sosyal olandaki kendi farklılık deneyimlerine yeterince duyarlı hale getirilemedikçe, politik ihtilaf karşısında hukuk alanının bütünlüğünü korumaya dair eski iddiayı ayakta tutamayacaktır.

Yeni farklılık hukukbiliminin hukukçuların profesyonellikleriyle yani profesyonel bir grup olarak hukukçuların öz kimlikleri ile ilişkisi ne oldu? Bu etkiler büyük ölçüde olumsuz oldu ve bunun önemli bir anlamı vardı. Hukuk hakkındaki düşünüşe dair bu yeni hareketlerin amacı, kısmen, hukukçuları aşına oldukları kendi pratiklerinden memnuniyetlerini sarsmak ve bu pratiklerin kabul edilemez ahlâki keyfiliğini beyan etmektir.

Farklılık hukukbilimi, yerleşik profesyonel yöntemlerin gücüne karşı durmak üzere, yeni hukuki yorum, ikna ve değerlendirme yöntemlerini savunur. Eğer Carol Gilligan’ın teşhis ettiği farklı etik ses hukukta duyulursa, “hukukçu gibi düşünmenin” ne anlama gelmesi gerektiği radikal biçimde sorgulama konusu olur. Gilligan’ın öngörülerini, hukukçuların geleneksel argüman ve analiz yapılarının, yaygın ahlâki beklentileri ve anlayışları tanıma ve yansıtmaya başarısızlıkları nedeniyle kusurlu olduklarını ortaya koyar. Bu kusurun giderilebileceği de kesin değildir. Diğer yandan, hukukta adalet etiğini ve ihtimam etiğini birleştirme çağrıları bir iyimserliği ima eder; hukuk pratiği sosyal olana yerleşik ahlâk anlayışları çeşitliliğine samimi-

yetle duyarlı hale getirilebilir ve böylece hukukçu da sosyal bütünleşmenin gerçek ahlâki faili haline gelebilir.

Farklılık hukukbilimindeki başka bazı yollar hukukçuya şu soruyla dobraca meydan okur: Kimin tarafındasın? Marksizm bu soruyu en açık biçimde sormuş ve kapitalist toplumda hukukçunun olağan konumunu mülk sahibi sınıfların hizmetkârlığı olarak resmetmişti. Dolayısıyla Marksist hukukçuluğa geçişin ilk gereklilikleri (i) hukuk pratiğinin sınıfsal bakımdan mecburen taraflı olduğunu açıkça anlamak ve (ii) mülksüzlerin menfaatleriyle tereddütsüzce özdeşleşmektir. Bazı radikal feminizm ve eleştirel ırk teorisi hukukçuları da benzer yollardan ilerler görünüyorlar.

Bu görüşte hukuk pratiği bir politik pratik biçimidir: Eleştirel hukuk çalışmalarının ve onların öncesinde de bazı hukuki gerçekçilerin zaten ulaşmış oldukları bir sonuç. Ancak nihai politik hedefleri genellikle belirsiz, muğlâk veya çelişik olan EHÇ'nin durumundan farklı olarak, radikal farklılık hukukbiliminden beslenmiş hukuk pratiği politikası görece olarak doğrudandır. Hedef, hukuku belli bir grubun yararına bir ikna ve zorlama aracı olarak pragmatik biçimde kullanmaktır: Örneğin genel olarak kadınların veya bir ırksal, etnik, dinsel, cinsel azınlığın veya daha geniş ya da daha özgül herhangi bir grubun yararına.

Meseleyi polemik biçimde koyarsak, bu radikal anlayışta hukuk pratiği, avukatı onu tutanın menfaatlerini gerçekleştirmek üzere elde edilebilir bir "kiralık silah" olarak gören klişeyle uyum halindedir. Ancak kiralayan, avukatlara dair olumsuz imgede sıklıkla olduğu gibi, zengin bir mülk sahibi veya güçlü bir şirket değildir. Hukukçuları kamucu profesyoneller olarak kendi ortak iyiliğine hizmet etmek üzere tutan geniş toplum da değildir. Bunun yerine, radikal hukukçu belli ikincil grupların menfaatlerine hizmet etmek üzere tutulmuştur (ve genellikle kişisel bağlılık nedeniyle gönüllü olarak bunu yapar); önyargıdan, görmezden gelmeden veya yapısal eşitsizliklerden kaynaklanan özgül *kısmi* adaletsizlikleri gidermek üzere hareket eder.

Bu fikirdeki bir hukukçunun ne hukukun bütünsel ahlâki bütünleşikliğine inanması gerekir, ne de onu rasyo- nel bir sistem olarak olumlu biçimde değerlendirmesi; hu- kukun bu niteliklerine yoğunlaşmış hukuki profesyonel birlik fikrine herhangi bir bağlılık hissetmeden davranabi- lir. Radikal hukukçunun sonuna kadar açık gözleri, huku- ku normatif bir çerçeve olarak değil, belli bir grup lehine devlet gücüne erişmek için, hukuk eğitiminin ve deneyi- minin silah olarak kullanıldığı bir mücadele alanı olarak görür.

Hukuk doktrinini olduğu haliyle yorumlama görevin- den ziyade sosyal olandaki farklılık üzerine sıkıca odakla- nan bu tür hukukçular için, normatif hukuk teorisinin hu- kukun kavramsal birliğini veya yapısını açıklama kaygısı gereksiz ve gerçek dışı görülebilir: Bu ayda saatin kaç ol- duğunu sormak gibidir. Başka deyişle, her ne kadar teoris- yenin kavramsal soruları şeklen düşünülebilir olmayı sür- dürseler de (ve belli pratik ve stratejik maksatlar için bu şekle itibar etmek bazen yararlı olabilse de), bu sorular ra- dikal hukukçunun deneyiminde açıkça yeri olmayan bir dizi referans noktasını varsayarlar.

O halde normatif hukuk teorisi, bir anlam ve deneyim alanı olarak sosyal olanda örüntüleşmiş farklılıkları ciddi ölçüde görmezden gelerek ettiklerinin, bir anlamda sonuç- larını biçmiştir. Hukuka çeşitli türlerden radikal hukuk pratiği olarak yansıyan farklılaşmış sosyal olan, şimdi normatif hukuk teorisini ciddi ölçüde görmezden geliyor. Ancak hukukta doktrin bütünlüğü, birlik ve sistem isteğini ıskartaya çıkarmak ve normatif hukuk teorisinin hukukun temelinde rasyonalite, ahlâki anlam ve ilkeli yapı inşa et- me projesini tamamen reddetmek, pek memnuniyet verici bir gelişme olmayabilir.

Radikal bir hukuk politikası, hukuku özel menfaatler (bunlar önemli sosyal grupların menfaatleri bile olsalar) peşinde gören dar bir yaklaşım haline kolayca gelebilir. Belki de, hukukun birleşik bir bütün olarak sosyal olanı

sistemli bir biçimde düzenlemek üzere var olduğu fikrini muhafaza etmek gerekir. Daha önce belirtildiği gibi, bu ancak normatif hukuk teorisi hukukun teorik birliğini göstermeye çalışırken bile sosyal olanın örüntülü farklılıklarını tanıdığı zaman mümkün olur.

Bunun ötesinde, sosyal olanın bizzat kendisinin hareket halindeki sınırlarına, onun kapsamındaki ve mahiyetindeki değişimlere ve dolayısıyla hukukun düzenleme sorumluluklarının menzilindeki ve niteliğindeki değişimlere yönelik yeni bir hassasiyet kesinlikle gereklidir. Normatif hukuk teorisine halen en güçlü itirazları getiren bu meseleler son bölümün konusudurlar.

9. Bölüm

Hukukun Dekonstrüksiyonu ve Yeniden inşası

Farklılık hukukbiliminden alınan derslere dair bir yorumda hukuk teorisi için ciddi bir kriz işareti beliriyor. Sosyal olandaki farklılıklarla yüz yüze gelen hukuk, belli grupların menfaatlerine erişmelerine ya da erişememelerine neden olan bir araçlar veya stratejiler dizisinden fazla bir şey değilmiş gibi görülebilir. Eğer hukuk doktrini *ad hoc* politik kararların rasyonelleştirilmesinden veya bir ikna retoriğinden ibaretse, şu sorulabilir: Hukuktan bir doktrin yapısı, bir kavramsal sistem, bir ilkeler bütünü veya bir yorum pratiği olarak, normatif hukuk teorisine analiz edilecek ne kalmıştır?

Eğer tüm hukuk düşüncesi belli sosyal bakış açılarından üretiliyorsa, hukukta objektiflikten bahsetmek zordur. Yine, eğer yorumcular birçok *rakip* (örneğin etnisite, ırk, din, toplumsal cinsiyet, cinsel yönelim, ekonomik sınıf gibi farklı deneyimleri ve menfaatleri ya da bunların değişik bileşimlerini yansıtan) gruplara bölünmüşlerse, hukuki yorumun tek bir yorum topluluğunun kolektif projesi olarak düşünülmesi de pek kolay olmaz. Eğer yorum toplulukları hukukun ve sosyal olanın asli mahiyetini zıt biçimlerde anlıyorlarsa, hukuk doktrininin anlamının “en iyi” okunuşu üzerinde uzlaşma, hatta onun hakkında kurucu biçimde tartışma ihtimalleri oldukça az demektir.

O halde sosyal olanın örüntülenmiş farklılıkları, bir anlamlar sistemi olarak hukuku parçalarına ayırır görünüyor (karş. Schlag 1991). Sosyal olanın çeşitliliği hukuku bir an-

lamda istila etmiş ve hukuk teorisinin geleneksel konusu olan kavramsal analiz projelerine meydan okumuş iken, normatif hukuk teorisinin hukuku bir teorik birlik -tutarlı, ilkeli bir pratik veya rasyonel bir fikirler sistemi- olarak anlamlandırması nasıl mümkün olabilir?

Radikal anlaşmazlığın hukuk düşüncesinin bütün yönlerine fiilen yayılmış olduğu sonucuna ulaşmak zorunlu değildir. Ulaşılan sonuç, daha ziyade, hukuk hakkındaki *herhangi bir şeyin* potansiyel olarak tartışma konusu olabileceğidir, zira hukuk en azından bazı hususları uzlaşmazlık ihtimalinin dışında tutacak emniyetli temellerden yoksundur. Sosyal veya hukuki bilginin tartışmasız temelini oluşturacak hiçbir objektif doğruluk ya da değer ölçütü yoktur.

Bu aslında modern düşüncenin temelindeki tüm kesinliklerin itiraza maruz kaldığı, yaygın biçimde “postmodern durum” (karş. Lyotard 1984) diye adlandırılmakta olan fikir tarafından hukuk teorisine getirilen ana sorundur. Birincil itiraz *temeldencilik* [*foundationalism*] üzerinedir; yani, “belli kategoriden iddiaların -bilgi iddiaları, ahlâki iddialar, politik iddialar- felsefi soruşturmayla gün yüzüne çıkarılması gereken temellere sahip olduklarını veya böyle temellerin varlığına ihtiyaç duyduklarını söyleyen fikir” (Luban 1994: 134) üzerinedir. Normatif hukuk teorisi hukuk için bu türden nihai temelleri hep aradı. Bilime, ahlâki gelişime, politik ideolojilere dair fikirler, felsefi olarak gösterilebilir ve savunulabilir anlayış temellerine yönelik modern inanışa yaslandılar.

Bu inanca itiraz etmek demek, yani anti-temeldenciliği benimsemek demek, modern düşünceye görecilik ve hatta nihilizm hayaleti getirmek, ona ümitsiz bir belirsizlik ve çaresizlik görünümü yüklemek demektir. Eğer düşünüş yollarımız güvenilir temellere sahip değilse, neyi bilebiliriz? Herhangi bir şeyden nasıl emin olabiliriz? Bir görüş diğerinden neden daha iyidir? Şüphe götürmez doğruluklar yok mudur?

Modern düşüncenin görünürdeki bu sert krizi, post-modern düşünürler için bir başlangıç noktası, hatta belki de bir fırsat, bir özgürleşme ihtimali, “keyif verici bir mest anı” haline gelir (Douzinas ve Warrington 1991: 15). O, yeni düşünüş biçimlerinin, yeni yorum ve değerlendirme biçimlerinin, yeni hukuk ve toplum vizyonlarının önündeki gereksiz bariyerleri kaldırmak üzere, modernitenin hatalı kesinliklerini “yapı-bozuma uğratma” olasılığının yolunu açar. Bu gelişimin normatif hukuk teorisiyle ilgili içerimleri bu bölümün konusudur. Ancak, postmodern anlayışlar ışığında yapı-bozuma uğratıldıktan sonra, hukukun yeni biçimlerde *yeniden inşasının* nasıl mümkün olabileceğini ve hukuk teorisi için ne türden yeni hayati görevlerin ortaya çıkabileceğini sormak da önemli olacak.

Postmodernizm ve Dekonstrüksiyon

Batı toplumlarının, her türden mutlaklara yönelik inancın kaybolmasıyla nitelenen, çağdaş kültürel koşullarına genel olarak atıf yapmak üzere sıklıkla “postmodernite” terimi kullanılıyor. “Postmodernizm” ise bazen bu koşulları yansıtan bir tarza, “yüzeyde olanı, ironiyi ve öykünmeyi olumlayan, ana anlatılardan uzak duran” (Balkin 1992; 1973) “uçarı, küçümseyici ve alaycı tonlara sahip” (Frug 1992: 127) bir tarza işaret eder.

Anlatılar, belli bakış açılarından, belli menfaatler nazarından anlatılmış hikâyeleri veya getirilmiş açıklamaları ifade ederler. Postmodern yazarlar tarafından kullanılan “ana anlatı” (veya “büyük anlatı”) terimi, anlayış için temel bir anahtar, bir doğrular dizisi, düşünceyi yönlendirmek ve deneyimi yorumlamak için bir yol olarak sunulmuş bir yaklaşımı ortaya koyar. Ana anlatılar her türden genel teoriler veya felsefelerdir; şimdi bunların anti-temeldencilik tarafından gözden düşürüldüğü söylenir. İlerleyişe, bilime, akla, doğaya, dine, etiğe ve tarihe dair ana anlatılar, rasyonel bilginin peşindeki modern aydın-

lanma projesinin bir parçası olarak, objektif geçerlilik iddiasına sahip soyut teoriler veya felsefeler biçimini almıştı.

Postmodernizm aynı zamanda sıklıkla, moderniteye özgü tüm ana anlatılar da dâhil olmak üzere, “kültürü ve kültür ürünlerini yorumlamaya ve değerlendirmeye yönelik bir genel bakış açıları dizisi” (Balkin 1992: 1971) anlamına gelmek üzere de kullanılır. Hukuk teorisinin özgün bağlamında ise, tüm genel hukuk ve toplum teorilerine itiraz edilir; onlardaki mantığın ardında saklı duran baskılanmış çelişkiler ve fark edilmemiş olumsuzluklar gösterilmeye çalışılır. Bu bazen teorinin var olma “imkânına” dair kuşku duymaya kadar götürür (Gabel ve Kennedy 1984: 47-48; Hunt 1990: 521-522), ancak daha sık olarak, olumsuzluğu, değişebilirliği ve çelişkiyi tam olarak hesaba katabilen farklı bir tür teorik analiz arayışına yönlendirir. Bu yolla, ılımlı ve geçici bir formdaki teorinin çağdaş sosyal deneyimin akışkan, açık, temelsiz, güvencesiz, belirlenmemiş, tartışmalı niteliğini yansıtabileceği ileri sürülür.

Tüm bunların bir anahtarı (yakın dönem Anglo-Amerikan akademik hukukçuluğu için özellikle önemli olmuş bir anahtar) Fransız felsefeci Jacques Derrida ile ilişkilendirilen *dekonstrüksiyon* fikridir. Kelimenin tam anlamıyla söylenirse, dekonstrüksiyon ne bir yöntem ne de bir tekniktir; tamamlanmış bir bilgiye ya da anlayışa ulaşma ihtimali olmasa da, modern düşüncedeki sınırlı anlama biçimlerinin değişik yollarla aşılması olayıdır. Ancak terim sıklıkla, metinleri veya fikirleri eleştirel biçimde yorumlayarak bu aşmayı hedefleyen yaklaşımlara genel olarak atıfta bulunmak üzere kullanılıyor.

Derrida konvansiyonel düşünüşün normal/anormal, basit/karmaşık, merkezi/periferik, mevcut/namevcut, aynı/farklı ve bağımsız/bağımlı gibi zıtlıklar etrafında oluştuğunu kaydeder. Her durumda ilk terim baskın görünür ve ikincisi ona zıt olarak tanımlanır. Ama aslında her terim sadece ötekiyle ilişkisi içinde düşünülebilir. Hiçbiri öteki için kendine yeter bir temel sağlamaz. Örneğin merkezilik

neyin periferik sayılacağına dair bir fikrimiz var ise anlam kazanır; yine periferik ancak merkezi olana referansla değerlendirilebilir. Ortada “karşılıklı bağımlılık ve farklılık anlamında tavuk ve yumurta meselesi” (Balkin 1987: 752) vardır ki, Derrida buna *différance* der.

Derrida’nın erken dönem fikirlerini hukukla ilişkileri içinde yorumlayan Jack Balkin’in ifadesiyle, Derrida “bir düşünce sistemi için kendine yeter, kökensel bir temel bulunduğunu reddettiğini söylemek ister Zihnimizde bir fikir taşıyorsak, hem o fikri *hem de onun zıddını* taşıyoruz” (Balkin 1987: 753, vurgular orijinal). Bu, her birinin anlam kazanması için zorunludur, ama fikir çiftinin bir tarafı genellikle ayrıcalıklıdır; öyle ki, sanki o bağımsız asli bir varlığa sahipmiş ve zıddı olmadan da var olabilirmiş gibi düşünme eğilimi söz konusudur, hâlbuki ona anlam vermek için gerekli olan onun zıddıdır. Bu yüzden konuşma sıklıkla yazıdan daha asli sayılır, ikincisi ilkinin bir türevi ya da ifadesi gibi görülür; ancak Derrida şunu gösterir: Yazıyı konuşmaya nazaran ikincil kıldığı varsayılan nitelikler, aslında konuşma için de doğrudur; eğer istersek tüm argümanları tersine çevirip yazının konuşmadan daha asli olduğunu göstermek için de kullanabiliriz.

Mesele şudur: Neyin asli sayıldığı neyin daha az asli görüldüğüne bağlıdır; asli olma veya asli olmama nitelikleri her zaman tersine çevrilebilir, zira kendisine referansla başka hususları ikincil, türev, periferik veya bağımlı sayabileceğimiz, tartışmasız nihai bir temel düşünce noktası yoktur.

Balkin’e göre, dekonstrüksiyon hukuk teorisi için önemlidir; her ne kadar hukuk felsefeden daha pragmatik ise de, onun “doktrinleri asli bir kavramlar ve ilkeler grubu üzerine kuruludur” ve Derrida’nın yöntemlerini kullanarak “her bir hukuki kavramın, aslında bir kavramın diğeri aleyhine ayrıcalıklı kılınmasından ibaret olduğunu keşfederiz” (Balkin 1987: 754). Bu esasında, bir yönüyle eleştirel hukuk çalışmalarının hep ileri sürmüş olduğu

şeydir: Hukukta doğal, katı ve güvenilir görünenler, unutulmuş tartışmalı politik tercihlerin bir sonucudurlar; meseleler farklı da olabilirlerdi ve hukuki fikirler bazen göründüklerinden çok daha fazla olumsuzdurlar.

Ancak dekonstrüksiyon buna önemli bir fikir ekler: Öteki zıt kavramın izleri daima şimdi ayrıcalıklı kılınmış olanın içinde varlığını sürdürür. Dekonstrüksiyon politikası, zıt olanın ya da ötekinin (tamamlanmamış) baskılanmasına dair gizli tarihi gün ışığına çıkarmayı içerir. Öteki, Derrida'nın "tehlikeli tamamlayıcı" diye adlandırdığı bir şey olarak varlığını sürdürür -tehlikelidir, çünkü ayrıcalıklı kılınmış kavramın veya metnin içinde bir iz olarak var olmaya devam eder. Gün ışığına çıkarıldığında, kısmen baskılanmış, ama sonuçta eğer ayrıcalıklı kavram veya metin anlaşılır kalacaksa tamamen dışarı atılamayacak olanı, yıkıcı biçimde hatırlatır. Bu yıkıcı hatırlatıcıların ortaya çıkarılma sürecinin bir sonu yoktur, zira her tamamlayıcının kendisi de sonsuz bir döngü içinde tamamlayıcılara sahip durumdadır. Dekonstrüksiyon, hiçbir zaman elde edilemeyecek bir "aracısız, tam ve kendine yeter bir varoluşa doğru yönelimi" ima eder (Balkin 1987: 760). O, "bitmiş" ya da aslına uygun bir anlayışın mümkün olduğuna işaret etmez; sadece, özellikle büyük anlatılarda ifade bulan, modern düşüncenin hatalı biçimde bilginin temelleri diye kabul ettiği şeye yönelik bitmeyen bir eleştiriye işaret eder.

Her ne kadar dekonstrüksiyon en çok edebi veya diğer metinlerin yorumlanmasına dair bir yaklaşım olarak etki kazandıysa da, "Derrida'nın söz ettiği [dekonstrüksiyona uğratılacak] 'metin' kelimelerden ibaret değildir, hayatın kendisidir" (Balkin 1987: 760). Dolayısıyla, hukuka uygulanan dekonstrüksiyon "insan hayatının, sorguladığımız baskın hukuk anlayışının gereklilikleri yüzünden arka plana itilmiş yönlerini hatırlama" çağrısıdır (Balkin 1987: 763).

Dekonstrüksiyonun hukuk incelemesi için yıkıcı ve öz-

gürleştirici potansiyelinin bu hatırlamada bulunduğu ileri sürülür. Hukuka başka bir biçimde bakmak önerilir; öyle ki, “önemsiz” sayılanlar bilinçli biçimde gündeme getirilebilir ve onların başarılı biçimde önemsiz sayılmaları ile neyin feda edilmiş olduğu gösterilebilir. Yine, hukuk doktrini bilinçli biçimde “yanlış okunabilir” ve onun baskın okunuşları tarafından dışlanmış olan anlamlar ortaya çıkarılabilir. Bu yolla, baskın kavramlar baskılanmış olan kendi zıtları ya da “ötekiler” ile yüzleştirilirler.

Dekonstrüksiyonun eleştirmenlerine göre, bunun sonuçları sıklıkla dağınık, belirsiz kılmaya, gizemlileştirmeye ve alakasız göstermeye yönelik iradi alıştırmalardan, hatta tam da önemsizliklerin peşine düşerek yapılan yanlış okumalardan veya egzersizlerden ibaret görülürler. Sempatizanlarına göre ise, dekonstrüksiyon modern düşüncede baskılanmışlıkları nedeniyle konuşulmaları bile neredeyse olanaksız hale gelmiş olan meseleleri gün yüzüne çıkarabilir. Modern hukuki hassasiyetlerde kaybolmuş, ama yine de onların yakasını bir biçimde bırakmayan fikirlerin, geleneklerin, arzuların ve duyguların yeniden kazanılması için bir yol sunar.

Minör Hukuk Yaklaşımlarını Diriltmek

Hukuk analizindeki bu yaklaşımın ilginç örnekleri Peter Goodrich’in çalışmalarında bulunur. Goodrich’in üzerinde Derrida’nın ve Lacancı psikanalizin etkisi vardır (Goodrich 1990: Bl. 8; 1997). Goodrich’in hedefleri sıklıkla Derridacı dekonstrüksiyonun hedefleridir; bunlar bazen psikanalitik olarak “hukukun bilinçdışını” aydınlığa çıkarmak veya modern hukuk bilincinde artık açıkça tanınmayan, baskılanmış fikirlerin veya deneyimlerin izlerini sürüp onları yeniden inşa etmeye çalışmak diye ifade edilir (Goodrich 1994: 127).

Goodrich yazılarında Anglo-Amerikan sözleşme hukukundaki bilmecemsi bir detayın yorumuna sık sık dönüş

yapar. Bu “postayla ilgili kurala” göre, sözleşmeye yönelik bir icabı kabul eden taraf kabul beyanını postaya verdiğinde sözleşme tamamlanmış sayılır, yani bu beyanın icapçıya ulaşması beklenmez, hatta icapçıya hiç ulaşmasa bile sözleşme tamamlanmış sayılır.¹ “[Sözleşmenin tamamlanması için neyin gerekli olduğuna dair] çizginin bu keyfi çizilişi yorumcuların çoğuna göre en iyisinden işin yürütülmesine dair yanlış anlaşılmış bir kesinlik ihtiyacı uğruna verilmiş bir tavizdir, en kötüsünden ise, sözleşmenin rızailik ilkesiyle uyumsuz bir irrasyonelliktir” (Goodrich 1995: 198). Sözleşme yapılırken tam bir iletişime ve yükümlülüklerin rızai biçimde üstlenilmesine ihtiyaç vardır; Goodrich, söz konusu kuralın buna bir istisna getirmekte olduğunda ısrar eder.

Posta kuralı genel sözleşme ilkesinin “öteki”sidir, ama başka bir açıdan bakıldığında “posta istisnası standart kuraldan pekâlâ daha önemli olabilir” (1995: 202). O, tarihsel olarak icap ve kabule dair standart kurallardan daha önce oluşturulmuştur. Daha da önemlisi, “tam iletişim linguistik bakımdan gerçekçi olmayan bir mutabakat ideolojisini öne çıkarırken, posta kuralı sübjektif sözleşme teorisini daima tehlikeye düşürme tehlikesi taşıyan teslim edememenin ya da iletişimsizliğin sonuçlarını karşılar” (1995: 202). Başka deyişle, posta kuralı tam iletişim kuralının görmezden geldiği, yani “hukukun kör olduğu” (1995: 202) gerçekliğe dair bir izi muhafaza eder: Bir sözleşmenin “uygun biçimde rızaya dayalı” olması önem taşımayabilir, yani onun ciddi anlamda bir *anlaşma* olması gerekmeyebilir.

Derridacı anlamda, sözleşme hukuku bir “mevcudiyet metafiziği” ile işler: Karşı karşıya gelen, konuşan ve anlaşılan insanlar imgesi. Ancak sözleşmenin baskılanmış öteki-

¹ *Adams v. Lindsell* [1818] 1 B & Ald 681; *Eliason v. Henshaw* 4 Wheat 225 (1819), bu davanın notlarında atıf yapılan Amerikan otoriteleri 4 Law Ed 556’da kayıtlıdır. Bkz. Goodrich 1990: 149-153; 1994: 120-126; 1995: 198-210.

si olup yine de onun tam da gerçekliği olarak kalan şudur: Yazı sözden daha aslidir ve taşıyıcı mekanizma (burada posta servisi) taşınandan daha aslidir. Herhalde posta kuralı aynı zamanda şunu da sembolize eder: Sözleşme taraflarının özgür olmaları fikri, her zaman onların kontrol edemedikleri hukuki ve sosyal kurumlara bağlıdır. Özgürlük kendi ötekisine ya da zıddına, yani kısıtlara dayalıdır. Sonuçta, neyin asıl neyin türev veya istisna olduğu, bizim ona nasıl baktığımıza bağlıdır.

Goodrich buna dair bir kanıt, hatta ikna edici bir rasyonel haklılaştırma ortaya koymaz. Bilimle, mantıkla veya tarihsel nedenselliklerle ilgili hiçbir büyük anlatı yardıma çağrılmaz. Tartışma retorik bakımdan zengindir ve onun çokça ilgilendiği şey bu kayıp sanatın kaderidir. Okuyucu bu yorumlar etrafında rasyonel bir tartışma yürütemez, yapabileceği onların anlamlı olduklarını ya kabul etmek ya da reddetmektir. Amaç “klasik ama özünde ilginç olmayan” o “genel olarak hukuk nedir?” sorusunun peşine düşmek değildir, onun “ritüellerine, tekrarlarına, metinlerine, sembollerine, ikonlarına”, neyi görmezden geldiğine ve baskıladığına (dolayısıyla tersinden tanıyıp teyit ettiğine) odaklanarak “hukukun nasıl yaşandığını” araştırmaktır (Goodrich 1990: 2-3).

Diğer birçok postmodern akademik hukukçu gibi Goodrich de, hukukun dışladığı ve böylece zımninden tanıdığı “öteki” ile ilgilenir. Bu öteki, muhtemelen vaktiyle hukukla ilgili olmuş ama şimdi tamamen ona yabancı görülen yargılama, değerlendirme, deneyim ve ifade türleri gibi *fenomenleri* ihtiva edebilir: Şimdi hukuktan dışlanmış olan ama onun “ruhsuz modernliği” içinde kaybolmuş önemli bir şeyleri yansıttırıyor olabilen bir maneviyat veya bir şiirsellik (Goodrich 1995: 247). Aynı şekilde, öteki, hukukun kendi muhatapları arasında saymadığı ya da tam olarak öyle görmediği *insan* kategorilerine -örneğin kadınlara (Goodrich 1995: Bl. 5 ve 6) veya o yargı çevresindeki yabancılara (Douzinas ve Warrington 1994: Bl. 6)- ya da tan-

zim ettiği kişilere bakarken görmezden geldiği insani *niteliklere* matuf olabilir.

Analizin nasıl okunmak istendiğine bağlı olarak önemli ya da önemsiz sayılabilecek bir başka örneği düşünelim. Goodrich hukuk kayıtlarında karşılaşılma ihtimali olmayan türden bir dava tasvir eder. Bir adam cinsel saplantı duyduğu bir kadın tarafından kesin biçimde reddedilmektedir. Erotik tutkusunu gidermek üzere kendisiyle sadece bir kez yatması karşılığında büyük miktarda para teklif eder. Kadın kabul eder. Ancak sözleşmenin yerine getirileceği günden bir önceki gece rüyasında o kadınla beraber olduğunu görür; sabah uyandığında fark eder ki, o canlı ve heyecan verici rüya tutkusunu gidermiştir. Ancak kadın, kendi imgesinin onu iyileştirdiğini, dolayısıyla öngörülen den başka bir yolla da olsa sözleşmeyi yerine getirdiğini ileri sürerek paranın ödenmesini talep eder. İhtilafı çözmekle görevli yargıç adama vaat ettiği parayı mahkemeye getirmesini emreder. Yargıç tarafların gözleri önünde maddenî paraları alır ve pirinç bir kâsenin içine boşaltır. Karar kadın lehine çıkar ama paralar adama geri verilir, çünkü adam nasıl kadının imgesiyle ve hayali bir zevkle tatmin olduysa, kadın da paranın görünüşüne ve sesine muhatap olmakla parayı almış sayılır (Goodrich 1996: 38-39).

Bir başka davada davacı adam, bir kadının sevgilisi olmak istemektedir, ancak kadının zaten bir sevgilisi vardır. Kadın mevcut sevgilisini kaybettiği takdirde bu adamı kabul edeceğine söz vermiştir. Sonradan sevgilisiyle evlenir ve davacı, kadından sözünde durmasını ister, zira artık bir sevgilisi değil bir kocası vardır. Kadın sevgililiğin evlilik yoluyla bittiğini kabul etmez. Mahkeme [*The Court of Queen Eleanor of France*] sevgililer arasındaki ilişki ile evli çift arasındaki ilişki arasında esaslı biçimde fark bulunduğunu, evli adamın artık karısı olan kadının sevgilisi olma vasfını mecburen kaybetmiş olduğunu kabul eder ve davacı lehine karar verir (Goodrich 1996: 29).

Bu “davalar” “aşk mahkemeleri” önündeki davalardır.

Bu mahkemelerin Orta Çağ zamanlarında mevcut oldukları edebiyat eserlerinde geçer ama bunlar yaygın biçimde “romantik kurgu ürünleri, böylelikle de bir yapmacıklık, gerçeklikten ironik ve teatral bir kopuş” olarak görülürler (Goodrich 1996: 37). Modern bakış açısından bunlar hukukbilimsel anlamda hiçbir önem taşımazlar. Ancak yıkıcı, baskılanmış, hatta oyundan ve ciddiyetsizlikten ibaret bir “minör hukukbilim” araçları olarak, hukukun gerçek işleyiş dünyasından dışlanmış insanların (kadınların) ve şeylerin (duyguların oyunu, ilişkilerin şiiri) nasıl onun şekline bürünmeye, onda kendilerine bir yer edinmeye çalıştıklarını gösterebilirler.

Hukuk analizi hayatın böyle sunulan yönlerine öyle yabancıdır ki, bu meselelerin hukukta hiçbir yeri yoktur ve orada saçma bulunurlar; aşk mahkemeleri ise bu meseleleri bir tür hukuk söylemine dâhil eder. Goodrich modern hukukun görüş alanı dışında kalan veya onun tarafından hiç tanınmamış olan ama yine de bir biçimde onunla ilgili bulunan, bu türden çok sayıda minör hukukbilim bulunduğunu ileri sürer. Dolayısıyla, kendilerini aşk mahkemelerinin nükteli yargıçları olarak görüp eğlendirmiş olabilen (ve başka bir mahkemede yargıç olma ihtimalleri bulunmayan) aristokratik kadınlar, hiç var olamayacak bir hukukun öğretici modellerini sunarlar: Fiilen mevcut hukuka farklı, belki melankolik bir bakış atan bir hukuk fantezisi.

Farklılık hukukbilimi hukukun esası olarak kuralları değil ilişkileri ön plana çıkarır; postmodern hukukbilim ise “hukuk içinde, bir yaşam -bir edebiyat, bir şiir, bir etik, bir samimiyet veya tahayyül- hakkını ileri sürer” (Goodrich 1996: vii): Onun çorak, bitkin formlarına hayatıyet kazandırabilecek bir şey. Hukuk, normatif hukuk teorisinin ona temel saydığı soyut kavramlardan çok daha fazlası olarak düşünülür. Ancak bu “çok daha fazla” olanın tam olarak neye işaret ettiği kesin biçimde tanımlanamaz, tıpkı dekonstrüksiyonun kendi analizi için bir nihai nokta varsayamaması gibi.

Temelleri Olmayan Hukuk

Postmodern düşünce, normatif hukuk teorisinin bu kitapta daha önce belirtilmiş bir özelliğini son haddine kadar götürür: Hukuk kendi üretimini düzenler.² Normatif hukuk teorisi bu nosyonun (yani hukuki muhakemenin sonuçta *döngüsel* olduğu sonucunun) radikal içerimlerinden her zaman kaçınır; bunun için hukukun temellerini, egemenliğe dayanak olan itaat alışkanlığı (Bentham, Austin), tanıma kuralının görevliler tarafından kabulü (Hart) veya temel normun etkililiği (Kelsen) gibi kavramlarda arar. Hukuk için “kendine özgü bir köken, onu başka bir kumandan, başka bir norm yapısından ayıran bir kaynak” aranır (Davies 1996: 65).

Hukukun temellerinin, eğer belirlenebiliyorlarsa, hukuka kimlik ve birlik kazandırdığı, onun kapsamını ve sınırlarını sabitlediği, onun otoritesinin kaynağını gösterdiği kabul edilir. Dolayısıyla, temel arayışı normatif hukuk teorisinin merkezi sorularının cevaplandırılması için bir anahtar olmak hasebiyle kaçınılmaz olagelmıştır. Ancak postmodern anti-temeldencilik hukukun ve hukuki otoritenin nihai temellerinin var olma ihtimalini reddeder. Postmodern düşünce, normatif hukuk teorisi araştırmalarının yolunu izlemez, onlara önceki bölümde incelenmiş olan farklılık hukukbiliminden bile daha uzlaşmaz biçimde itiraz eder.

Postmodernlere göre normatif hukuk teorisinin en alışıldık fikirlerindeki döngüsellliği göstermek kolaydır. Örneğin Hart’ın tezinde “görevliler kendilerini görevli olarak tanıyan [tanıma] kuralını tanırlar” (Davies 1996: 27). Başka deyişle, her ne kadar Hart’ın görevliler diye adlandırdığı kişilerin kurallara dair ne düşündükleri, bir hukuk sisteminin var oluşunun asgari koşullarının belirlenişinde oldukça önemli olsa da,³ bir hukuk sisteminin görevlileri an-

² Bkz. yuk. Bl. 4.

³ Bkz. yuk. Bl. 4.

cak hukuk sistemi zaten mevcutsa saptanabilir. Analiz döngüseldir. Benzer biçimde, Kelsen'in teorisinde bir temel normun etkili mevcudiyeti bir hukuk sisteminin var oluşunu ve kimliğini gösterir; ama bir devrim sonrasında temel norm ancak hukuk istikrarlı biçimde işlemeye başlayınca kesin biçimde teşhis edilebilir (Davies 1996: 82-83). Hangisi önce geliyor? Hukuk sistemi mi yoksa temel norm mu? Yine, tabii hukukçular beşeri (pozitif) hukuka nihai otorite sağlayan üstün bir hukuk kabul ederler. Ancak "tabiat emirlerini bize açıkça ifşa etmek istemez"; bir "beşeri kurum ya da birey" kendisine bahşedilmiş (Kim tarafından? Nereden?) "tabii hukukun içeriğini açıklığa kavuşturma" otoritesine ihtiyaç duyar. Demek ki, onlara aşkın olacak biçimde tasarlanmış bir teori için, "beşeri olumsuzluklar" gerekli olmayı sürdürürler (Davies 1996: 29).

Bentham'ın veya Austin'in egemenlik teorisiyle ilişkili olarak başka tür bir probleminden söz edilebilir. Bir itaat alışkanlığının varlığının bir egemene hukuk yapma otoritesi verdiği neden kabul edilmelidir? İtaat alışkanlığı hukuki bakımdan analiz edilemez (Conklin 2002). Birine düzenli olarak itaat ediliyor oluşu, o kişinin hukuk yaratma otoritesine sahip kılındığını kabul etmek için *mantıksal bakımdan* herhangi bir neden üretmez.

Ronald Dworkin'in hukuk teorisiyle ilgili olarak da koşut bir argüman getirilebilir. Ona göre, hukukun anahtarı onun yorumlanma niteliğinde yatar. Ancak yönetme iktidarının kullanımı etrafında dönen mücadeleler, sanki onları hukuk olarak geçerli kılan bizzat buymuş gibi, neden bir yorum topluluğunun müzakereleri olarak düşünölsün? Ortaya konan, hukuka temel oluşturan bir şeyden ziyade "konvansiyonel sosyal değerlerin idealize edilmiş ve sınırlanmış bir bütünleşikliğidir" (Davies 1996: 99); "hukukun büyük anlatısı daha ziyade aksak bir kahramana sahip olmakla sonuçlanıyor: Hukukbilim profesörünün (dostlarının) yerine geçen işlevsel bir yargı süpermeni [Herköl]" (Douzinas ve Warrington 1991: 24). Yorum pratiği nasıl

oluyor da, bir şeyi onu bir tartışmada sarf edilmiş kelimelerden daha fazlası yapan bir temel sağlıyor ve onu hukuk diye tanınmaya layık bir şey olarak yaratıyor? Yorum üzerine odaklanma karar veya hüküm verme eylemini açıklamaz. Ki, bu eylem iktidar yapılarına bağlı olarak tartışmada “mantıkla ilgili olmayan bir hareket” ve sonuçta tartışmanın cebren bitirilişi demektir (Davies 1996: 34, 91-100); yorum teorisi bu iktidar yapılarının analizi için gerekli kaynaklardan yoksundur.

Bu türden problemler, hukukun otoritesinin efsaneler üzerine kurulu olduğunu ve bu yüzden onun doktrin yapılarında mevcut başka birçok şeyin temellerinin de, benzer biçimde (rasyonel bakımdan) dayanaksız olduğunu söyleyen postmodern iddiaları destekliyor (karş. Fitzpatrick 1992: 2001).

İddialar kuşkusuz çarpıcıdır ama sanki önemli bir şey onlarda eksik gibi görünüyor ve bu onların normatif hukuk teorisini sınırlı ve muhtemelen dar biçimde okumalarından kaynaklanıyor. Saldırı esas itibarıyla hukuk teorisinin kavramsal analizine yöneliktir ve saldırının yöntemi de bu türden tüm analizlerin dairesel ya da rasyonel biçimde gerekçelendirilemeyen keyfi postulalara dayalı olduğunu göstermektedir. Peki, bir normatif hukuk teorisini tüm bunları kabul ediyor olsaydı? Bu normatif hukuk teorisinin gereksizliğini kabul etmek anlamına mı gelecekti? Teorisyen hukukun kavramsal analizinin empirik olarak incelenmesi gereken sosyal koşulları daima varsayıyor olduğunu da kabul ediyorsa, elbette hayır. Eğer hukuk kendi özgül sosyal bağlamından izole biçimde kavramsal olarak analiz edilirse, tabii ki döngüsel görünür (buna yavanlık ve skolastiklik de eklenebilir). İşte mesele onun bu tarzda uygun biçimde analiz edilemeyeceğidir ve çoğu hukuk teorisi bunu zımnen kabul eder.

Örneğin Austin’in “itaat alışkanlığı” hukukun içinde var olabileceği sosyal koşullara kısa yoldan atıf yapar; ona göre bunlar barışın ve yönetimin popüler kabulünün var

olduğu koşullardır. Belli bir ülkede bu koşullar fiilen yerli yerindeyse, hukukçular ve hukuk teorisyenleri otoritenin kabulünü olgusal bir durum olarak gözlemleyebilirler. O zaman normatif hukuk teorisinin görevi, bu tür politik ve sosyal istikrar koşulları altında var olabilen hukukun rasyonel niteliğini ve hukuki otoritenin yapısını kavramsal bakımdan anlamlandırmaktır.

Benzer biçimde Hart'ın görevlilerinin tanınması da esasen empirik bir meseledir (Hart muhtemelen onu, lingüistik felsefenin yöntemleriyle tutarlı biçimde, dil kullanımı bakımından incelemeyi savunurdu). Bir sosyolog danışmanlardan, avukatlardan, yargılayanlardan ve kural icracılarından oluşan profesyonel sınıfların tarihsel olarak ortaya çıkışlarını, toplumların evriminde muhtemelen teşhis edilebilir aşamalarda meydana gelen bir sosyal süreç olarak gösterirdi (Schwartz ve Miller 1964). Görevlilerin hukuk kurallarına yönelik içsel bakışlarının kavramsal analizi, sosyal gelişim bunun ortaya çıkış koşullarını üretince, mümkün ve gerçeğe uygun hale gelir. Meseleyi sanki bu koşullar onunla ilgili değillermiş gibi, salt kavramsal analiz olarak ele almak onu açıkça dairesel hale getirir: Kavramsal incelemeler sosyal bağlam içinde anlaşılmalıdırlar ve sosyal bağlam da empirik (sosyolojik ve tarihsel) analiz gerektirir.

Yine, hukuku bir yorum süreci olarak teorileştirmek, eğer bu yorum topluluklarının sosyal yapısı empirik olarak incelenmeden yapıldı ise, uygunsuz olur: Onların nasıl ortaya çıktıkları, bileşimlerinin ne olduğu, onlarda iktidarın nasıl icra edildiği, birbirleriyle nasıl ilişkilendikleri ve hedeflerinin ne olduğu incelenmeden. Eğer bu meselelerle sistematik biçimde ilişkisi kuruldu ise, bir yorum pratiği olarak hukuk fikri aydınlatıcı olabilir.

Postmodernizmin hukuk teorisine yönelik döngüsellik eleştirilerinin büyük kısmı için de benzer cevaplar getirilebilir. Postmodern eleştiriler kuvvetlidirler ama normatif hukuk teorisinin projelerine zarar vermezler. Sadece (ya-

zarlarının onları biçimlendirdikleri haliyle sıklıkla oldukça dar olan) bu projelerin sosyolojik bir bağlamda yeniden yorumlanmaları gerektiğini gösterirler. Sadece bu mu? Burada düşünüş biçiminin yeni bir yöne doğru yönlendirilmesi gereği küçümsenmemelidir. Bazı hukuk felsefecileri, kavramsal analizlerinin tamamen sosyolojik gerekçelendirmeye bağlı olduğunu duymaktan, kendilerine projelerinin döngüsellik nedeniyle anlamsız olduğunun (postmodernler tarafından) söylenmesinden daha az rahatsızlık hissetmeyebilirler. Tercih, hukuk teorisinin postmodern dekonstrüksiyonu ile sosyolojik yeniden inşası arasındadır. Aslında birincinin ikinciye yönlendirmesi gerekir.

Postmodern analizler genellikle sistematik empirik araştırmalardan kaçınırlar, zira sosyal bilim teorilerinin ve yöntemlerinin çoğu postmodernizmin reddettiği türden ana anlatılar ihtiva ederler. Ancak bu ilgi yoksunluğu nihayette zarar vericidir. Örneğin, hukukun tüm döngüsellikle beraber ilk başta nasıl ortaya çıktığı ve geliştiği sorulduğunda, postmodernler cevaben tipik olarak “şiddetten” (cebri eylemlerden, güçle desteklenmiş kararlardan) söz ederler (ör. Derrida 1992: 13-14, 31). Ancak bu kavram anlaşılmaz, genelleşmiş, belirsiz ve genellikle detaylı bir tarihsel ve sosyal araştırmayla bağlantısız kalıyor. Postmodern itiraz, hukuka dair sistematik empirik araştırmalara olan desteğin altını oyacak kadar da ileri gitmemelidir. Daha sonra normatif hukuk teorisinin, eğer çağdaş hukuki koşullarla bağını korumak istiyorsa, bu araştırmalarla ittifak kurması gerektiğini ileri süreceğim.

Derrida, Adalet, Autopoiesis

Postmodern anti-temeldencilik yeni bir hukuk teorisine doğru nasıl geliştirilebilir? Yakın dönem literatüründe iki farklı yöne işaret ediliyor.

Derrida ve Adalet

Bunlardan biri Anglo-Amerikan akademik hukukçuları

tarafından çokça tartışılmış olan, Derrida'nın '*Force of Law*' [Yasanın Gücü] (1992) başlıklı eserinde gösteriliyor. Onun buradaki amacı dekonstrüksiyonun (dolayısıyla ima yoluyla postmodernizmin) "sırf spekülatif, teorik, akademik söylem içine kapanmış" olan uçsuz bucaksız bir eleştiri meselesi olmadığını, "şeyleri *değiştirmeye* yönelik daha sonuçsalıcı bir şey" olma arzusunda bulunduğunu açıklığa kavuşturmadır (Derrida 1992: 8, vurgu orijinal). Derrida bu etkiyi potansiyel olarak yaratabilecek fikirlerin uygun yuvasının, çalışmalarının en çok etki sahibi olduğu üniversitelerin edebiyat veya felsefe bölümlerinden ziyade hukuk fakülteleri olduğunu düşünür.

Hukukun peşinde olduğu ideal açıkça adalettir. Bu yüzden, hukukun dekonstrüksiyonu (hukuk kavramlarının kendi "tehlikeli tamamlayıcıları" ile sürekli yüzleştirilmeleri ve bu kavramların daima kaypak olan temellerinin gösterilmesi) her zaman adaleti bulmayı hedefler; ama bunu asla yapamaz, zira tıpkı dekonstrüksiyonun sınırlarının olmaması gibi, adalet de sonu olan bir nitelik olarak kavramsallaştırılamaz. Derrida (hukuka dair) dekonstrüksiyon *adalettir* bile der; bununla tahminen adaletin hukukun hiçbir zaman erişemeyeceği aşkın bir durum olduğunu, ancak yine de hukukun dekonstrüksiyoncu sorgulama yoluyla daima ona doğru yönlendirilmesi gerektiğini kasteder. Adalet "sonsuzdur, hesaba gelmez, kurala karşı asidir ve simetriye yabancıdır" Tersine hukuk "istikrarlı ve yasal kılınabilir, hesaba gelir, tanzim edilmiş ve kodlanmış bir yönergeler sistemidir" (1992: 22).

Bu bir bakımdan hukuk teorisi ve hukuk pratisyenleri için pek haber değeri taşımaz; zira onlar tamamen farkındadırlar ki, hukuk sistemlerinde hukuk ve hakkaniyet kavramlarının yan yana getirilmesi fikri, idealde, tekil davalarda kuralları adaletin gereklerine uyarlama gibi zamandışı bir sorunun tanınması anlamına gelir. Ancak Derridacı anlamda yeniden ifade edilirlerse, bu olağan fikirler yeni bazı veçheler kazanırlar. O'na göre, hukuka dair herhangi

bir modern bilim imkânsız ama hayati olan bir görevi hedefler: Bırakın erişilebilir olmayı, tanımlanabilir bile olmayan adaletin peşine düşmek.

O halde hukuk ve hakkaniyet (bireyselleştirilmiş, tekilleştirilmiş adalet) basitçe birbirleriyle karşı karşıya gelmezler, Anglo-Amerikan hukukçular böyle düşünebilseler de. Esasında, hukukun *var oluş nedeni* adalete ulaşmaktır ve adaletin peşine de hukukun aracılığı *olmadan* etkili biçimde düşülemez. Bu yüzden, hukukun temellerden yoksun olduğunu söylemek onu bir bilgi ve pratik türü olarak küçümsemek anlamına gelmez. Belki hukuk teorisi kendi bilgisinin ve muhakemesinin temelsizlik niteliğine tamamen kayıtsız kalmalı ve bunun yerine adaletin peşinde olmanın ne demek olduğunu açıklığa kavuşturmaya odaklanmalıdır. Dekonstrüksiyon ötekinin (bastırılmış zıddın veya dışlanmışın) tanınmasına yönelik hiç bitmeyen bir çaba olduğuna göre, Derrida'ya göre, bundan çıkan sonuç adaletin ötekine yönelik sorumluluğun sınırsız biçimde tanınması olduğudur.

Amaç, büyük anlatılara olan inancın ortadan kaybolduğu postmodern koşullarda hukuku yönlendirecek ve ona anlam kazandıracak bir etik bulma çabası haline geliyor. Ancak Jack Balkin'in işaret ettiği gibi, ötekiyle sonsuz biçimde ilgilenme anlamında sorumluluğun sınırsız tanınması pratik değildir ve muhtemelen hukuki ve ahlâki değerlendirmeleri mümkün kılan tüm ölçütleri ortadan kaldırır (Balkin 1994: 1149-1154). "Başkalık etiği" ancak etiğin işleyeceği (yani içinde adaletin aranacağı) bağlamların, davaların ayırt edilmelerini mümkün kılacak biçimde kategorize edilebilmeleri halinde işleyebilir. Adalet kategorilere, genellikle de hukuki olanlara bağlıdır ve kategoriler ancak özgül *bağlamlarla* ilişkili olarak oluşturulabilirler.

Sonuç olarak yine ortaya çıkıyor ki, postmodernizmin hukuk teorisiyle yüzleşme çabaları, hukukun sosyal bağlamlarının empirik olarak incelenmesi ihtiyacını tanımları durumunda, sadece kurucu sonuçlara yönlendirebilir. Bu

olmadan, postmodern düşünce sadece, pratik hukuk bağ-
lamlarında işlevselleştirilmeleri mümkün olmayan dairesel
muhakemeyi veya soyutlamaları ifşa etmekle yetinir. An-
cak Derrida hukukun sosyal bağlamlarının empirik incele-
nişine hiç ilgi göstermez (karş. Teubner 1997).

Autopoietik Hukuk

Anti-temeldenciliğe çok farklı bir tepki Niklas Luh-
mann'ın *autopoietik* hukuk teorisinde bulunur; bu teori
Anglo-Amerikan bağlamında özellikle karşılaştırmalı özel
hukukçu Gunther Teubner tarafından geliştirilmiştir. Au-
topoietik hukuk teorisine hukukun temelsizlik özelliğini
açıkça kabul ederek işe başlar. Bu görüşte olanlara göre,
hukukla ilgili en önemli husus onun kendi üretimini dü-
zenleyişidir ve bu bir zayıflık anlamına gelmez, hukuku
modern işlevlerini yerine getirmek bakımından etkili kılar.
Modern hukukun autopoietik olduğunu söylemek demek,
onun belli biçimlerde kendi kendini ürettiğini, kendi ken-
dini işler halde tuttuğunu ve kendi kendini betimlediğini
söylemek demektir (Teubner 1993: 24).

Elbette hukuk işler haldeyken ekonomik menfaatler, bi-
limsel malumat ve siyasa talepleri gibi “dışsal” gelişimler-
ce sürekli uyarılır, ama bu kaynaklardan gelen malumatı
daima kendi tarzıyla, yani hukuk sistemine “içsel” olarak
işlemden geçirir. Burada bu tarzdan kasıt, bir kurumlar di-
zisi değil bir diskur veya bir iletişim sistemidir; öyle ki bu
iletişimin asli ve tanımlayıcı niteliği onun “hukuka uy-
gun/hukuka aykırı” zıtlığı üzerine kurulu olmasıdır (bkz.
Priban ve Nelken 2001). Hukuk sisteminin dikkate almayı
tercih ettiği tüm malumat özgül hukuki bakımdan, yani
hukuka uygun olanı hukuka aykırı olandan ya da hukuki
doğruyu hukuki yanlıştan sürekli biçimde ayırıştırma ihti-
yacı bakımından işlemden geçirilir. Hukukun tüm iletişim-
leri bu ikili kodlamaya odaklanır.

Sadece normatif hukuk teorisine olan ilişkisi bakımın-
dan dikkate alınırsa, autopoiesis teorisine bu teorisinin post-

modern eleştirilerine bir tepki olarak görülebilir. Normatif hukuk teorisinin analizlerinin dairesel olduğu veya rasyo-nel biçimde haklılaştırılamayan keyfi postulalara dayandığı iddiası karşısında, bu teorisyenlerin cevabı şundan ibarettir: “Doğru! Ne olmuş yani? Hukuk budur, böyle çalışır; görevini böyle yerine getirir” Autopoiesis teorisi hukuku bir diskur olarak görür; öyle ki, bu diskur içinde hukuki fikirler daima başka hukuki fikirlerden üretilir, hukuki gerekçelendirmeler daima başka hukuk kuralları bakımından yapılır ve hukukun mahiyeti de sonuçta dairesel biçimde tasvir edilir. Bu özelliklerin hiçbirisi hukukun neyin hukuka uygun ve neyin aykırı olduğuna dair karar üretme özgül işlevini yerine getirmekten alıkoymaz. Bu kararlar da diğer sistemlerin kendi tarzlarıyla, *kendi* kriterlerine göre okuyabilecekleri malumatı sağlarlar.

Demek ki hukuk modern karmaşık toplumda bulunan birçok sistemden sadece biridir. Örneğin bilim, ekonomi ve politik sistem de autopoietik birer sistem olabilirler -her biri bağımsız olarak kendi müstakil ikili kodlamasıyla işler (örneğin bilimde doğruluk/yanlışlık, ekonomide verimlilik/verimsizlik). Sistemlerin ayrılmaları, yeniden bütünleşmeleri ve autopoietik olarak temayüz etmeleri, Luhmann’ın analizinde modern toplumlardaki karmaşıklığa karşı evrimsel bir tepki olarak görülür. Modern sosyal hayatın farklı veçheleriye ilgilenmek üzere sonuçta farklı diskurlar ortaya çıkar.

Autopoiesis teorisinin içerimleri normatif hukuk teorisinin konularının çok ötesine taşar. Ancak sadece bu konularla ilgili olarak alınırsa, hukukun temelsiz olma niteliğine dair postmodern iddialara verilmesi gereken, tam da daha önce sözünü etmiş olduğum cevabı getirir: Hukuk düşüncesindeki daireselliğin önemi *sosyal ve tarihsel bağlam içinde* anlaşılmak zorundadır. Luhmann ve Teubner, hukukun autopoiesis teorisinin açıkladığı tarzda kendi kendine referans yapar hale gelmesini (kaçınılmaz olmasa bile) gerekli kılmış olan sosyal gelişmelerle (esasen giderek artan sosyal karmaşıklıkla) ilgilenirler.

Teoriyle ilgili en önemli sorun, sosyolojik olduğunu iddia etmesine rağmen yeterince sosyolojik olmamasıdır. Teori, “hukuk” (bir diskur ya da iletişim sistemi olarak hukuk) soyutlaması üzerine odaklanır, hukukun özerk bir sistem olarak sunulmasını mümkün kılmış olan profesyonel, politik, örgütsel ve ideolojik koşullar üzerine değil (Cotterrell 2001). Autopoiesis teorisyenlerine göre, hukuk eyler, “düşünür” (Teubner 1989) ve soyut bir sistem olarak gelişir. Ancak bu kitapta ileri sürüldü ki, normatif hukuk teorisinin soyutlamaları, kısmen, özel ilgileri ve kaygıları olan insanların (özellikle hukukçuların) profesyonel ve politik ihtiyaçlarına bir cevap olarak görülmelidirler.

Autopoiesis teorisi hukukun soyutluğuna dair saf bir sosyoloji ortaya koyar. Bireyleri bu soyut hukuk sisteminin failleri sayar, ancak sistem bir anlamda kendi hayatına sahip olarak resmedilir. Ona bu görünür hayatı kazandıran sosyal bağlam oldukça zayıf biçimde tasvir edilir. Hukukun gelişimini sağlayan, onun yorumlarına ilham veren ve otoritesini teminat altına alan belli güçler ve menfaatler autopoiesis teorisinde muğlâk kalır. Bu görüşteki teorisyenlerin öne çıkan hukuk imgesi kendi kendine yeten bir soyutluk imgesidir.

Hukukun Boş Kalıbı

Çağdaş hukukun kendi kendine yeterliliği fikri çoğu postmodern hukuk teorisine sinmiş durumdadır; bu fikrin makul görünmesini sağlayan sosyal bağlamın açıklanmasındaki genel başarısızlığa rağmen, fikrin bizzat kendisi postmodernizmin hukuk teorisine yaptığı en önemli katkıdır. İçerim şudur ki, hukuk büyük anlatılara olan inancın çökmesinden etkilenmemiştir ve hatta onun sonucunda daha da güçlenmiş bile olabilir. Çağdaş hukuk, bilginin mükemmel postmodern formu bile olabilir: Süreksiz, tek kullanımlık, bir yöne ya da diğerine gidebilen kararlardan (mahkemelerin veya politik otoritelerin kararlarından)

başka hiçbir şeye dayanmayan, etik bakımdan kayıtsız ya da muğlâk, herhangi bir maksat için kullanılabilir bir teknik, sırf araçsal veya pragmatik bir bilgi, sadece yüzeylerle ve maskelerle ilgilenen (önündeki kişileri esasen birbirlerinin yerini alabilir özneler olarak gören ve her bir insanı biricik yapan niteliklerle pek ilgilenmeyen) bir bilgi.

Birçok postmodern hukukçu çağdaş hukuku böyle gö-
rerek onun etik bakımdan içi boş oluşunu, insan ilişkileri-
nin nihai değeriyle ilgisizliğini vurgular. Onun “kasvetli
niteliğini” ve onun içinde “onu daha baştan ayıplı hale ge-
tiren ya da tahrip eden” “zayıf veya bozuk bir şey” bulun-
duğunu kaydederek (Derrida 1992: 39; Douzinas ve War-
rington 1994: 51, 194). Yine de, büyük anlatıların çöküşü ve
anlamın parçalanması hukuku “evrensellerin sonuncusu,
farklılıkların boca olduğu bir dönemde aynılığın bir sim-
gesi, içeriğin parçalanmışlığı karşısında şekli bir birliğin
sembolleşmesi” haline getirebilir (Goodrich 1995: 242).

Sonuç itibarıyla ve muntazam bir postmodern ironiyle,
etik bakımdan içi boş hukuk, bazı yazarlar tarafından, di-
ğer tüm otoritelerin itiraza açık olduğu çağdaş toplumlar-
da tek evrensel düzenleme olma hasebiyle ahlâki otorite
üstlenmiş gibi görülüyor. Hukuki “biçimin bizzat kendisi
ahlâki bir değer kazanır ve hukuk gözden düşmüş bir me-
ziyetin modern muhafızı haline gelir” (Douzinas ve War-
rington 1994: 157).

Demek ki, postmodern hukuk teorisinde bir başka te-
mel konu, başka istikrarlı anlam kaynaklarının tartışmalı
ve güvenilir hale geldiği postmodern bir dünyada, hu-
kukun kendisinin anlam üretiyor olmasıdır. Hukuk bu an-
lamda toplumun kurucusudur (Davies 1996: 51-56); başka
çok az kesinlik kaynağının var olduğu koşullar altında,
sosyal hayatın dayalı olduğu görece istikrarlı anlayışlar
üretir. Böylece hukuk sorumluluğa, öznelliğe, yükümlülü-
ğe, yetkiye, kusura, mülkiyete, sözleşmeye, otoriteye ve bi-
reysel hayatın bütün parametrelerine dair istikrarlı fikirle-
re destek sağlar (karş. Goodrich 1990: 281-283).

Açık olmalı ki, postmodernler normatif hukuk teorisinin hukukun mahiyetine dair “özü bakımından ilginç olmayan” sorusundan uzak dursalar da, hukukun hem kavramsal yapılarının mahiyeti hakkında (dairesellikle malul ve keyfilik üzerine kurulu) hem de onun ahlâki anlamları hakkında (nihai olarak içi boş ama pratik bakımdan güçlü) sıklıkla söyleyecek çok sözleri var. Hukuk teorisi bu nedenle postmodern eleştirilerle yüzleşmekten kaçınamaz.

Diğer yandan, hukuka dair postmodern yazılarda sıklıkla mevcut retorik tarz, hukukun sosyal bağlamlarının empirik olarak sistematik incelenişine ilgisizlikle birlikte, onun eleştirel gücünün çoğunu zayıflatma tehdidi barındırıyor. Örneğin Goodrich hukukun mahiyetine dair genel sorularla ilgilenmediğini belirttiğinde, ilgilendiği hukukun ne olduğunun ve tartışmalarının kapsamı dışında kalan hukukun ne olduğunun belirsiz olduğu eleştirilerine kendini açık hale getirir. Çoğu başka postmodern hukukçu gibi o da esasen kendi ulusunun hukuki geleneklerine, yani bu durumda İngiliz *common law*’una odaklanır. Ancak ortada tarihsel gelişime dair (analizin tarihsel nedenselliğe veya ilerlemeye dair büyük anlatıları onaylayabileceği) ciddi bir ilgi bulunmadığından, örnekler 17. yüzyıldan güncel örneklermiş gibi kolayca alınır, sanki kronoloji konuyla ilgisizmiş gibi. Eleştiri somuttan uzak ve telkin edicidir, modern değil postmodern diskur ölçütleriyle uygunluk içindedir.

Sonuçta bu, hukuku toplumun kurucusu sayan iddialarda da görülen, ciddi bir ikileme yol açar. Postmodern (ve diğer eleştirel) iddiaların bağlamsal sınırları, eğer varsa, nedir? Değişik teorik kanaatlere sahip birçok yazar şimdi hukukun kurucu gücü fikrini vurguluyor. Bu vurgu örneğin, hukukun kadın bedenini anlamlarla kodladığını ve cinsiyet farklılıklarının inşasında önemli bir rol oynadığını söyleyen Mary Joe Frug’ın feminist iddialarında mevcut durumdadır.⁴ Başka yazarlar ırk kimliğinin ve ırksal

⁴ Bkz. yuk. Bl. 8.

farklılıkların inşasında hukukun güçlü bir etkisi olduğunu ileri sürüyorlar (Lopez 1996). Bir görüşe göre, hukuk “dünyamızın hemen hemen tüm diskurlarını, tüm konuşma biçimlerini dolayımlayan bir diskurdur” (White 1990: 261).

Herhalde hukuk bu büyük güce bazı toplumlarda ve kültürlerde sahip durumdadır. Ama iddia başkaları için saçma görünebilir. Hukuk bağlamda analiz edilmelidir. Hukukun kayda değer ölçüde kültürel merkezde bulunduğu ABD’de, onun müthiş kurucu gücü ilk bakışta makul görülebilir, özellikle de modernitenin büyük anlatılarına itiraz edilmekteyken. Ama başka yerlerde, hukukun anlayışlar ve değerler kuran neredeyse özerk bir güce sahip olduğu fikri çok daha az ikna edicidir (Douzinas ve Warrington 1991: 120; 1994: 172). Bu fikir hukukun kültürel bağlamları etkilediği kadar onlar tarafından şekillendirildiğinin unutulması için bir bahane getiriyor olabilir postmodern koşullarda, kültürel bağlam hukuku postmodern yazarların açıkladığı biçimlere doğru şekillendiriyor olsa bile.

Pragmatizm

Anglo-Amerikan bağlamı söz konusu olduğunda, bu bağlamsal mülahazalar, bir yanda Amerikan hukuk teorisinde diğer yanda Britanyalı ve başka bazı Amerikalı olmayan anglofon teorilerde yakın dönemde ortaya çıkan bazı ciddi yönelimler arasındaki farklılıklarının açıklanmasına muhtemelen yardımcı olur.

Amerikan hukuk düşüncesinde pragmatizm yakın dönemde güçlü bir Rönesans yaşadı. Amerikan hukuki realizminin felsefi bir dayanağı olarak pragmatizmin önemine daha önce değinilmişti.⁵ Bilginin tüm felsefi temellerine meydan okunduğu çağdaş postmodern iklimde, pragmatizm yeniden güvence veren, pratik, ticari iş benzeri bir

⁵ Bkz. yuk. Bl. 7.

konum ediniyor. “Bağlamda her ne işe yarıyorsa o teorik incelemenin ve değerlendirmenin standardı haline geliyor” (Minda 1995: 230): Bildiğimiz şey, sonuç üreten ne ise odur, kullanıma sokulabilecek olan bilgidir. Anlayışa temel oluşturan daha derin hiçbir şeye ihtiyaç yoktur:

“Pragmatizm, pratikten kopuk spekülâtif ayrımları ve olasılıkları reddederek ve gündelik kavramların teorik temele ihtiyaç duymadıklarında ısrar ederek, hukuk teorisyenlerine özgürleştirici bir olanak temin ediyor: Felsefenin skolastik batıklarına saplanıp kalmadan doğrudan pratik meselelerin düzenlenişine doğru yönelme olanağı” (Luban 1994: 127).

Pragmatizm en iyimser haliyle şunu ileri sürer: “İnsan doğası güncel iç karartıcı parametreler içinde sabitlenmiş değildir” (Luban 1994: 127). Böyledir, zira pragmatist anti-temeldencilik, tarihe, topluma ve hukuka dair determinist, kısıtlayıcı, sabit fikirlerden yeni bir özgürleşme vaat eder. Felsefenin geleneksel spekülasyonları ıskartaya çıkarılabilir. Bağlamda işe yarar pratik fikirler derecesine indirgenmiş olan bilgi, geleceğin sorunlarını geçmişin entelektüel bagajıyla kısıtlanmış olmadan çözmek üzere işe koşulur.

Bilgiye dair araçsal bir yaklaşım olarak pragmatizmin, araçsal hukuk görüşleriyle (örneğin hukuki gerçekçilikle) bir arada var olması kolaydır. Onun mizacı, örneğin Goodrich’in çalışmalarında ileri sürülen, hukuku ahlâken içi boş ama kuvvetli sayan melankoli görünümünden oldukça farklıdır. Pragmatik hukuk teorisi hukukun yapabileceklerinin ve sınırlarının, kullanıldığı özgül bağlamlarda değerlendirilmesini gerekli görür. Bu anlamda normatif hukuk teorisinin, bu bölümde daha önce belirtilen biçimde (sosyal bağlama daha duyarlı hale getirilmek üzere) gözden geçirilmesi ihtiyacını öne çıkarır. Ancak onun tavizsiz araçsalcı yaklaşımı, postmodern hukuk teorisinin bu bölümde vurgulanmış olan hukuk eleştirisinin ahlâki gücünün çoğunu gözden geçirir. Amerikan pragmatik hukuk teorisi, huku-

ku bir zamanlar felsefenin temin etmesi beklenebilmiş olan ahlâki dayanaklara artık ihtiyaç duymayan, içi herhangi bir içerikle doldurulabilecek boş bir kalıp olarak resmetme eğilimindedir (Luban 1994: 136): Pragmatistler için hukukun ahlâki ve felsefi boşluğu ele geçirilecek imkanlar açar.

Tersine, Britanya’da çok daha yakın dönemdeki post-modern hukuk teorisi bu boşluğu, en azından, ahlâki bir sorun ve bir kaygı nedeni olarak görür. Pragmatizm bu bağlamda genellikle çekici bulunmaz, zira o çağdaş hukukun mahiyetine dair esaslı ahlâki meselelerle teorik bakımdan ilgilenmekte genellikle başarısızdır. O, hukukun akıl dolu teknik ayrıntılarının anlamlı hayattan postmodernlerin deyişiyle “yabancılaşmış” (Goodrich 1996: vii) olması karşısında halinden memnun görünür. Ancak bu görüşte, hukuka dair sırf araçsal yaklaşımların gelişimi kutlanacak bir özgürlük değil, üzüntü duyulacak bir kayıptır.

Amerika’da yeniden dirilen pragmatizmin “hayata dair deneysel, dene ve gör yaklaşımı” (Luban 1994: 140) içindeki daha iyimser veçheleri ile daha geniş bazı Amerikan yaklaşımları arasındaki bağlantılar hakkında spekülasyon yapmak kolay olurdu, özellikle ABD’nin tek süper güç olmanın rahatlığını yaşadığı bir dönemde. Bilginin başarılı pratik yoluyla doğrulandığını söyleyen pragmatist görüş, başarıyı ya da başarısızlığı ölçecek uygun kriterlerin varlığını kabul eder; öyle ki, bunlar hayatın karmaşıklıklarına, muğlaklıklarına ve ironilerine uygulandıklarında güvenilir anlamlara sahiptirler. Her durumda, ABD dışındaki çoğu postmodern hukuk teorisi (Britanya’daki için bu kesinlikle söylenebilir) pragmatizmden farklı bir bakış ortaya koyuyor: Çağdaş hukukun (ve belki de genel olarak sosyal olanın) şimdilerde ne tür etik dayanaklarının olabileceğine dair derin bir belirsizlik duygusunu, ancak aynı zamanda bu dayanakların yeniden inşa edilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin kuvvetli bir hissiyatı, bunlar olmadan hukukun aslında boş bir kalıp, etik bakımdan yönlendirilmediği

veya ahlâken tutarsız olduğu için de güçlü ama tehlikeli bir şey olduğu fikrini.

Hukuk Teorisine Yeni Bir Yön Vermek

Normatif hukuk teorisini şimdilerde çevreleyen eleştiri akımları onu bir anlamsızlığa sürüklemek zorunda değildir. Çoğu değerli olan bu eleştiriler, bir girişim olarak normatif hukuk teorisinin değerini ortadan kaldırmaz. Hukukun kavramsal haritalarını çizmek, hukuki otoritenin temellerini incelemek, hukuk doktrininin birliğini veya yapısını dikkate almak, hukuki yorumun niteliklerini açıklamak, hukukun ahlâktan veya etik tartışmadan bağımsız olarak ne ölçüde kullanışlı biçimde analiz edilebileceğini sorgulamak yine gereklidir. Ancak bu ve önceki bölümlerde incelenmiş olan çağdaş eleştiriler gösteriyor ki, tüm bu meselelerin klasik normatif hukuk teorisyenlerinin onları genel inceleyiş tarzlarından farklı yollarla incelenmeleri zorunludur.

İlkin, hukuk teorisi evrensel olarak doğru tek bir kavramsal hukuk haritası çizmeyi hedefleyemez; bunlar çok sayıda olabilirler ve her biri haritayı yapanın farklı bakış açısıyla irtibatlı farklı maksatlara hizmet edebilir. Ama yine de, her birini hukuk deneyimine dair geçerli, kısmi bir perspektif sayan geniş bir anlayış geliştirebilir ve bu farklı hukuk görüşlerini belli ölçüde bütünleştirmeyi ya da üretken biçimde karşılaştırmayı umut edebiliriz.

İkinci olarak, hukukun otoritesinin normatif hukuk teorisi tarafından aranmış olan temellerinin çok sayıda ve mahiyeti itibarıyla tartışmalı olduğu görölmek zorundadır: Bunlar bir görüşte mitiktirler, bir başka görüşte ise, hukukçuların anladığı biçimiyle hukukun arkasında bulunan, hukuki düşünüşün sadece varsayabileceği sosyal koşullarda yatarlar.

Üçüncüsü, hukukun sistematik birliğine ve yapısına dair soruların yeniden düşünülmesine ihtiyaç vardır. Hu-

kuk doktrininin belli bir yapıya ve birliğe sahip olma gerekliliği hukukçular için önemli olmayı sürdürüyor; normatif hukuk teorisi onların bunu bulma çabalarını planlı hale getirdi ve rasyonalize etti. Ancak şimdi hukukun birliğinin ve yapısının tasviri, aynı zamanda sosyal-olanın birliğini ve yapısını temsil edecek bir girişim olarak da görülmelidir. Yine, bunun ne tür bir birlik ve yapı olabileceğini sormak gereklidir.

Dördüncüsü, hukuki yoruma gelirsek, yorum toplulukları hakkında çok daha fazla hususun bilinmesine ihtiyaç var: Nasıl çalıştıklarını ve yorumları hukuk olarak bağlayıcı hale getiren iktidarın veya otoritenin nerede yattığını...

Son olarak, ahlâk hukukun yakasını bırakmasa da, hukuk ile ahlâk arasındaki ilişki belirsiz olmayı sürdürüyor. Postmodernlerin resmettiği haliyle çağdaş hukuk etik bakımdan çoraktır, ama yine de bir tür ahlâk bu hukuk tarafından üretilebilir. Hukukun ahlâki anlamı bugün oldukça problematik gibidir. Yine de, insan ilişkilerinden doğan etik meseleler bağlamında bu anlamın ne olabileceğini ve çağdaş sosyal hayatın mümkün ahlâki çerçevelerini açıklığa kavuşturmak hayati önemde görünüyor.

Çağdaş eleştiriler ışığında normatif hukuk teorisini yeniden inşa etmek nasıl mümkün olur? Postmodern anti-temeldencilik hukukun otorite temellerine dair standart iddialara itiraz etti. Görüldüğü üzere, bu kendi kendini kuran bir hukuk görüşünü (autopoietik teoride olduğu gibi) teşvik edebilir; ancak hukukun muhakeme biçimlerinin iddia edilen döngüsellğine atfedilecek anlam, sadece hukukun sosyal bağlamda incelenmesiyle değerlendirilebilir. Normatif hukuk teorisinin kavramsal sorgulamaları özgül tarihsel ve sosyal koşullarla ilişkilendirilmelidir. Hukuki muhakemenin belli bağlamlarda ne tür sosyal görevleri yerine getirmek durumunda olduğu sorulmalıdır. O halde, postmodern eleştirinin hukuk teorisini *sosyal olanın sistematik incelenişine* doğru yönlendirmesi gereklidir.

Bu eleştiri aynı zamanda hukukun sınırlarını alışıldık

tarzda egemenlik, tanıma kuralı veya temel norm gibi kavramlar aracılığıyla resmetme biçimlerinin üzerine de şüphe düşürür. Eğer bu kavramlar neyin hukuk olarak kabul edilmesi gerektiğine dair temel rehberler değilseler, hukukbilim alanı hukukçuların genelde varsaydıklarından daha az belirgin olabilir; “hukuk-olmayanı, hariçte kalanı, hukukun ötekisini” (Douzinas ve Warrington 1991: 25) dışarda tutmak üzere neyin hukukun kapsamı içinde olduğunu veya olmadığını açıkça belirlemek daha zor olabilir. Hukukçuların hukuki olanı olmayandan, hukukun içindekileri dışındakilerden, hukuka içsel bakışı dışsal bakıştan ayırmaya dair tipik güvenleri yersiz olabilir (Cotterrell 1998). Eğer hukuka dair herhangi bir hukuki (hukukçulara ait) anlayışın, baskıladığı “ötekilerin” -yani, mahkemeler veya diğer devlet organları tarafından resmen tanınmayan, ama vatandaşların deneyimlerinde önem taşıyan düzenleme biçimlerinin (Tie 1999)- izlerini mecburen taşıdığı (ve onlara dayandığı) fikri kabul edilirse, daha geniş, *daha çoğulcu bir hukuk görüşü* gerekli olabilir.

8. Bölümde incelenmiş olan farklılık hukukbilimi başka kazanımlar getiriyor. Normatif hukuk teorisinin, sosyal olanın çeşitlilik içinde bir anlayışlar ve deneyimler alanı olma niteliğine görece kayıtsız kalmasına itiraz ediyor. Özellikle de, hukukun kavramsal bir birlik olarak resmedilişinin sosyal olanın birlik olma niteliğini doğru biçimde temsil ettiği varsayımına itiraz ediyor. Farklılık hukukbilimi toplumun hukuken anlam taşıyabilecek biçimde bir birlik içinde olup olmadığını ve hukukun sosyal olanın tüm kesimleri için aynı anlamı taşıyıp taşıyamayacağını sorar. Hukukun, kişilerin şeklen hukuki eşitliğini öne çıkarırken, aynı zamanda sosyal deneyim ve anlayıştaki örüntülü farklılıkları da tanınması gerektiğini ileri sürer. Böylelikle bu teori, hukukun sosyal deneyimin farklılaşmış niteliğini gözler önüne seren *farklılaşmış toplulukları ve bu topluluklar arasındaki ilişkileri* düzenleme işiyle ilgili olduğunu ima eder. Ancak farklılık hukukbilimi toplulukları nasıl

kavramsallaştırmak gerektiğini, onların sınırlarının ne olduğunu veya hukukun onlarla nasıl ilgilenmesi ve aralarındaki ilişkileri nasıl muhatap alması gerektiğini uygun biçimde göstermez. Bu hususların açıklığa kavuşturulması hukuk teorisi için hayati bir görevdir.

Görölmüş olduğu gibi, farklılık hukukbilimi normatif hukuk teorisine başka bir yön de gösterir: *Hukuki düşünüşün temel odağı olarak sosyal ilişkileri görmek*; herhalde kurallar, normlar ve haklar gibi diğer odaklardan daha temel bir husustur bu. Bu kavramlar da önemlidir ama eleştirel literatürde gösterildiğı üzere, merkezde olmak yerine sıklıkla türev durumundadırlar. Kurallar hukukun temel bir tedavül unsurudurlar; ancak âdil olsunlar olmasınlar, sosyal ilişkilere destek sağlamak üzere vardılar. Benzer biçimde, hakların ileri sürölüşü farklılık hukukbilimi tarafından tatminkâr sosyal ilişkileri güvenceye almak üzere kullanılan (gerekli ama güvenilmez olan, abartılmaması gereken) bir taktik olarak görülür.

Bu fikirler normatif hukuk teorisindeki mevcut yaklaşımlarla nasıl irtibatlı hale getirilmelidirler? 8. Bölümde hükmetme yönelimli ve topluluk yönelimli hukuk teorileri arasında bir ayırım yapılmıştı. Birinciler hukukun hiyerarşik yapısını, onun emretme ve kontrol etme gücünü öne çıkarırlar. Hukukun otoritesinin izini, hukukun bir sistem olarak birliğı için bir anahtar sağlayabilecek (egemen, tanıma kuralı veya temel norm gibi) tek bir köken noktasına kadar sürme ihtiyacını vurgularlar. Göröldüğü gibi, eğer postmodern eleştiriler hukukun otoritesinin bu biçimde resmedilişini sorguluyorsa, mesele hukukun otoriteden yoksun oluşu değil, bu otoritenin temelinin mistik, mitik veya hayali -yani irrasyonel- biçimde ortaya konuşudur. O halde temeli olmayan hukuk bir tür inançla desteklenmelidir (Goodrich 1990: 283-284) ve bu inancın mahiyetine ve onun sürdürölmesi için gerekli koşullara dair sorular sormak gerekir. Şaşırtıcı olmayan biçimde, hukukun dinle olan bağlantılarının incelenmesine yönelik ilgide yakın

zamanlarda bir canlanma yaşandı (ör. Oliver, Douglas-Scott ve Tadros (ed) 2000; Ahdar (ed) 2000).

Hukukun dikte ettiklerinin ahlâken içi boşluğu veya belirsizliği hakkındaki postmodern kaygılar yükselişte olsa da, vatandaşları veya tâbi olanları yöneten ve sosyal olanı denetleyen emredici bir yapı olarak hukuk imgesi bugün Batı toplumlarında güçlü olmayı sürdürüyor. Ancak normatif hukuk teorisinin hukukun otoritesinin temeline dair açıklamaları döngüsel görüldüğünden, hükmetme yönelimli hukuk teorileri kendi kavramsal analizlerinin merkezinde bir boşluk taşırlar. Onların, hukukun otoritesinin nihai biçimde dayandığı *inanç temelini* aydınlığa kavuşturabilecek, açıklayabilecek, hatta haklılaştırabilecek, sosyal olana dair araştırmalarla tamamlanmaya ihtiyaçları vardır.

Topluluk yönelimli hukuk teorileri de koşut sorunlarla karşı karşıyadırlar. Topluluk ne anlama gelir? Çağdaş politik toplumları (yani ölçü bakımından ulus devlet hukuk sistemlerinin yargı çevrelerine tekabül eden toplumları) topluluklar olarak düşünmek anlamlı mıdır? Bu anlamda bir toplum gerçekçi biçimde kendi hukukunun ahlâki yaratıcısı olarak düşünülebilir mi? Yoksa böyle bir toplumun sadece bazı kesimleri için bu şekilde düşünülebileceğini mi söylemek gerekir? Kimin hukuk yaptığı ve kimin için yaptığı incelenirken sınıf, toplumsal cinsiyet, ırk ve diğer değişkenler ne ölçüde hesaba katılmalıdır?

Ronald Dworkin'in liberal hukuk teorisi toplulukları ahlâki failer olarak kişileştirir ve devletleri ya da ulusları politik topluluklar olarak görür (Dworkin 1986: 171-175; 1989: 494, 496 vd.). Ancak bu, devlet hukukunun bir topluluk hukuku olarak ahlâki birliğini, bazı sosyolojik çarpıtmalar pahasına varsayar. Farklılık hukukbilimi hukukun yorumlayıcılarını, en iyisinden, hiç de birlik içinde olmayan bir topluluk olarak gösterir. Bunun da ötesinde, önemli bakımlardan sosyal olanın da birlik oluşturmadığını ve bir ulus devlette herkese dayatılan hukukun sıklıkla herkesin hukuku olarak deneyimlenmediğini ima eder.

Mesele karmaşıktır. Sosyal olanı örneğin ekonomik sınıf, ırk, etnisite, toplumsal cinsiyet, dini aidiyet veya cinsel yönelim gibi sabit kategorilere (hatta topluluklara) bölen bir hukuk teorisi için bir gelecek yok gibi görünüyor. Feminizmdaki ve farklılık hukukbiliminin diğer alanlarındaki postmodern yazılar özcülüğün tüm biçimlerini reddederken bunu kabul etmiş oluyorlar. Açıkçası hukukun çoğu, tüm katı kategorileştirmeleri çaprazlama kesen menfaatleri, deneyimleri ve özelemleri temsil ediyor. Hukuk teorisi için kullanışlı herhangi bir cemaat kavramı postmodernlerin vurguladıkları *sosyal karmaşıklık*ı uygun biçimde temsil etmek zorunda kalacaktır.

Hukuk Topluluklarını Teorileştirmek

Normatif hukuk teorisi hukuku farklı toplulukların düzenleme gereksinimleri anlamında açıklayarak sosyal çeşitliliği tanımalıdır. Sonra bunlar hem sübjektif hem de objektif bakımdan görülmelidirler: Belli bir toplulukta yaşayan insanlar oradaki kendi üyeliklerini, üye olmayanlardan farklı biçimde, sübjektif olarak, bizzat kendi deneyimleri olarak yaşarlar; üye olmayanlar ise topluluk ilişkilerine dışardan bakarlar. Bu, Hart'ın hukuka içsel ve dışsal bakışlar arasında yaptığı ayrımı hatırlatıyor. Ancak eleştirel hukuk teorisi (özellikle farklılık hukukbilimi) öğretir ki, *hukukta tek bir içerisi ve dışarısı yoktur*. Hukukun anlamı kişinin çeşitli yorum cemaatleri içindeki konumuna bağlıdır.

Hartçı bakış açısında, içeridekiler münhasıran hukuk görevlilerinden oluşurlar, tersine “sıradan vatandaşlar” (Hart 1961: 39, 60, 117) sıklıkla hukuk kurallarına yönelik sadece dışsal bir bakışı benimseyen dışardakiler olabilirler. Dworkinci bakış açısında, politik bir toplumun tüm vatandaşları, hukuku yorumlayabilen ve hatta ülkenin en yüksek mahkemesinin kararlarına itiraz etmeye varabilecek kadar onun hakkında değerlendirme yapabilen, potansiyel içeridekiler olabilirler (Dworkin 1977: Bl. 8; 1985: Bl. 4).

Ancak bu teorik konumlar olasılıkları tüketmiyor. Hukukun görevlileri arasında bile hukuku farklı anlayan farklı yorum toplulukları bulunur (örneğin alt derece mahkemeleri ile üst derece mahkemeleri arasında, yargıçlar ile idareciler arasında, avukatlar ile hukuk icracıları arasında yorum ihtilafları bulunabilir). Yine, görüldüğü gibi, farklı sosyal gruplar arasında ve kendilerini o grupların temsilcisi olarak gören akademik hukukçular arasında birçok yorum farklılığı olabilir.

O halde, hukukun içindekiler ve dışındakiler arasında veya hukukun katılımcıları ile gözlemcileri arasında yapılacak herhangi bir basit ayrımı bir yana bırakmak gerekiyor. Hukukla ilgili birçok farklı sosyal gruplaşmada içeride veya dışarıda olunabilir. Aynı zamanda “içsel” katılım ve “dışsal” gözlem arasındaki ayrım da sabit değildir. İnsanlar farklı bağlamlarda ve farklı yollarla hukuka katımcı olurken onu gözlemlerler. Yine, hukukun süreçlerini gözlemleyerek, hukukla ilişkilendirdikleri pratiklerin anlamlarını değerlendirerek, kendi konumlarını anlamlandırmak üzere kendi gözlemlerini kullanarak, hukukun katılımcısı olurlar.

Hukuk toplulukları mecburen sabit sınırlara sahiplermiş gibi düşünülemezler; surlarla çevrili köyler veya güvenli ülke sınırları olan ulus devletler gibi değildirler.⁶ Yine, feminizmin ve eleştirel ırk teorisinin bazı iddialarına rağmen, onlar toplumsal cinsiyet, ırk veya etnisite toplulukları da değildirler, zira bu kategorileştirmeler sosyal

⁶ Dworkin’in liberal topluluk fikri, topluluk kelimesinin tüm sosyolojik içeriği boşaltılmadıkça, ulus-devletleri politik topluluklar olarak görme fikrinin nasıl problematik olduğunu gösteriyor. Dworkin ulusal bir politik topluluğa üyeliği, ulus-devletin kurumlarına fiili veya potansiyel kamusal katılımı ima eder gibi görür (Dworkin 1989: 496). Ancak birçok insan için bu katılım minimaldir veya hiç yoktur. Muhtemelen bu sorunun farkında olarak şunu ekler: Bir politik topluluğun kolektif eylemlerinden “bilhassa etkilenmiş” olmak, kişiyi aynı zamanda onun bir parçası haline getirir. Ancak bu bir köleyi onu köleleştirmiş olan topluluğun bir üyesi haline getirir. Topluluk fikri anlamsızlaştırılıyor.

deneyim, özlem ve menfaatlerin karmaşıklığını yansıtmak için çok katıdır. Topluluk, güçlü komşuluk ilişkilerine sahip ve statik, değişmez hayat tarzlarıyla ilişkilendirilen nostaljik yerel topluluk fikrine de artık eşitlenemez.

Eğer topluluk bugün sosyal olanın (hukukun sosyal çevresinin) bileşenlerini betimlemek için kullanışlı bir kategori olacaksa, akışkan, esnek, değişken ve örtüşen sosyal ilişki örüntüleri anlamına gelmek zorundadır. Topluluk bu değişen örüntüleri kavramsallaştırmak için kullanılabilecek soyut bir fikirdir. Normatif hukuk teorisi her zaman egemenlik, norm veya kural gibi soyutlamalar kullanmış olduğuna göre, topluluk da onlara eklenecek bir başka anahtar kavramdır.

“Topluluk” terimi en kullanışlı biçimde ideal *sosyal ilişki tiplerine* gönderme yapar. İdeal tip, bir sosyal fenomenin kavramsallaştırılmasıdır (örneğin “kapitalizm”, “aile”, “ekonomik faaliyet”); öyle ki, fenomenin gerçeklikteki tüm karmaşık varyasyonlarını bilinçli olarak hesaba katmaz, onu mantıksal incelemeye olanak sağlayacak biçimde saf, sadeleştirilmiş biçimde sunar. İdeal tip, sadece saf bir fikir, bir soyutlama olmak anlamında “ideal”dir. O bilinçli biçimde yaratılmış bir aygıttır, ilgili olması istenen fiili fenomenlerin incelenmesi için bir çerçevedir, sosyal veya tarihsel deneyimin karmaşıklığını organize etme veya ondan bir anlam çıkarma aracıdır.

Bu ideal tipler nosyonunu Max Weber geliştirdi ve onu tüm sosyal eylemleri sadece dört tür şeklinde nitелеmek üzere kullandı (Weber 1978: 24-25). Sosyal olanı kuran kişilerarası ilişkilerin sayısız fiili biçimlerini birleştirebilmek üzere, Weber’in düşüncesinden yararlanarak, dört temel topluluk türünden söz etmek mümkündür (Cotterrell 1997). Bunlardan biri *araçsal topluluktur*: Ortak ya da yakın-sak hedeflerin peşinde olmaya odaklı sosyal ilişkileri ifade eder; bu hedefler sıklıkla ekonomik olsalar da bununla sınırlı olmak zorunda değildirler. İkinci tür *inanç veya değerler topluluğudur*: Burada sosyal ilişkiler paylaşılan üstün

inançlar veya değerler üzerine kuruludurlar; bunlara başka bir maksada ulaşmak için değil, sırf kendi adlarına sahip çıkılır. Üçüncü olarak *duygusal topluluk* kişiler arasındaki duygusal bağlar üzerine kurulu sosyal ilişkilere gönderme yapar. Son olarak *geleneksel topluluk* paylaşılan örf ve adetler, deneyimler veya tarih üzerine kuruludur ya da sadece aynı çevrede yaşamakla veya aynı dili konuşmakla ilgilidir.

Bu topluluk türleri gerçeklikte sıklıkla karşılıklı ilişki halindedirler ve örtüşürler. Bireyler bu dört topluluk türünü birleştiren farklı sosyal ilişkiler içinde yaşarlar; sosyal olanı şekillendirmek üzere fiilen var olan bu bileşimlere topluluk ağları denebilir. Burada önemli olan husus, her tür topluluğun düzenleme gerektiren sorunlarının değişik olmasıdır. Bu farklılıkların teşhisi, farklılık hukukbilimi ve postmodern hukuk teorisi tarafından normatif hukuk teorisi için gündeme getirilen meselelerle ilgilenmeye katkı sağlar.

Örneğin duygusal topluluğu düzenlemek müthiş zordur. Postmodernlerin belirttiği gibi, hukuk duygularla ilgilenmekten kaçınır. Weber (1978: 24-26), rasyonel kuralların denetimine tabi olmadığı için duygu-temelli sosyal eylemi esasen irrasyonel saymıştı. Yine de, sevgi ve nefret güdümündeki duygusal ilişkiler genellikle yoğunurlar ve kesinlikle düzenleme sorunları çıkarırlar. Hukuk bunlarla sıklıkla yüz yüze gelir. Bu hususlar sadece Orta Çağ aşk mahkemelerinde vaktiyle bulunmuş kurgular ya da fanteziler değildirler. İnsan etkileşiminin herhangi bir bağlamında ortaya çıkabilirler, ama hukuka en çok cinsel, ev içi ve ailevi ilişkilerle bağlantılı olarak düzenleme sorunu çıkardıkları bilinir.

Geleneksel topluluk -gelenek, ortak çevre veya yerellik bağları üzerine kurulu sosyal ilişkiler- çağdaş karmaşık toplumlarda giderek zayıflıyor olabilir. İnsanlar giderek daha mobil hale geliyorlar ve mekâna olan bağlılık eski zamanlara nazaran daha az önem taşımakta gibi görünür-

yor. Ancak bu ilişkilerin düzenlenmesi hukukun en bilindik görevlerinden biridir: Örneğin haksız fiil ve ceza hukuku aracılığıyla huzur içinde bir arada var oluşun temel koşullarının temin edilmesi.

Geleneksel topluluk küreselleşmeyle ve belli bir coğrafi mekânla kuvvetli bir bağı olmayan ilişkilerin artışıyla birlikte, belli bakımlardan zayıflıyor. Ancak tehlike altındaki doğal çevrelerin korunması gereğine odaklı yeni uluslararası ilişkiler de gelişiyor ve ulus devlet sınırlarıyla bağlı olmayan yeni hukuki düzenleme biçimlerini gerekli kılıyor. Bunlar geleneksel topluluğun yeni ifade biçimleridirler. Yine, ulus devlet içinde olan ya da devlet sınırlarını aşan bazı azınlık sosyal grupları için ortak tarih, örf ve adet bağları büyük önem taşımayı sürdürüyor. Her ne kadar normatif hukuk teorisi hukukun örf ve adetle modern ilişkisine pek dikkat göstermediyse de (karş. Kryger 1986; Luban 1994: Bl. 2), hukuk ve topluluk ilişkisine teorik odaklanma bu fenomenlerin, sosyal olanın belli kesimleri bakımından, topluluk ilişkileri için önemli bir temel oluşturmaya devam ettiklerini hatırlatan bir işlev üstlenir.

Bunun gibi, inançlar veya değerler topluluğu da sıklıkla kuvvetli bir sosyal bağ oluşturabiliyor. Ronald Dworkin'inki gibi bir teori, hukuk yorumcularının kendi hukuk sistemlerini tutarlı bir değerler bütünüünün ifadesi olarak resmetmeye çalıştıklarını varsayar. Eleştirel akademik hukukçuluk ise hukuki yorumun ortak bir temele sahip olusundan sıklıkla kuşku duyar. O halde, çağdaş karmaşık koşullar altında sosyal olana dair tutarlı bir kapsayıcı çerçeve, eğer bu mümkünse, hangi değerler bütünü tarafından oluşturulabilir?

Bu tür bir değer sisteminin temeli olarak, en açık ve doğrudan hukuki ifadesini insan hakları hukukunda bulan, birey insanın özerkliğinin ve onurunun değerine yönelik inanç gösterilebilir.⁷ Ancak bu türden bir değerler top-

⁷ Çağdaş karmaşık Batı toplumlarında birlik sağlayabilecek ve onların hukuku için genel bir ahlâki temel temin edebilecek *tek* değer sisteminin

luluğu herhangi bir ulus devlete özgü değildir. O sıklıkla, devlet sınırlarıyla bağlı olmayan bir “insanlık bağı”nın veya ırktan, sınıftan, toplumsal cinsiyetten, inançtan bağımsız olarak her bir insanın değerli olduğu fikrine odaklanan ulusaşırı bir değer sisteminin varlığını ileri sürecektedir kadar genişletilir. Bundan başka, ulus devletler içinde ya da ötesinde insanları ortak dini veya başka türden inançlar ya da bağlılıklar aracılığıyla sosyal ağlarda birleştiren birçok farklı ve rakip değerler topluluğu biçimleri mevcuttur.

Bu inanç bağlılıkları, kürtaj gibi meseleler etrafında dönen sert tartışmalarda örneklediği üzere, aynı zamanda vatandaşları böler de. Değerler sıklıkla değişik yorumlara açıktırlar. Kendini açıkça onların ifadesi olarak haklılaştıran bir hukuk sıklıkla zayıf bir hukuktur, zira tartışmalıdır. Ancak hukukun nihai inançlarla veya değerlerle olan ilişkisi, hukukun ahlâki yaşayışının sadece bir vechesidir, yani onun tümünü kapsamaz. Hukuk birçok ahlâki meseleyle rutin biçimde ilgilenir; diğer yandan, örneğin tabii hukuk etrafında dönen tartışmalar, normatif hukuk teorisinde ortaya çıkan, nihai değerler veya inançlar üzerine kurulu cemaat ilişkilerini hukuken tanımlamaya ve düzenlemeye dair belli sorunları gözler önüne serer.

Son olarak, araçsal topluluk diğer üç topluluk türüne kıyasla, teorik bakımdan daha az hukuki sorun çıkarır gibi görünüyor. Araçsal ilişkiler eldeki ortak projeye sınırlıdır ve bu proje tamamlandığında ya da rafa kaldırıldığında sona ererler. Kapsam itibarıyla sınırlıdır. Bu yüzden araçsal topluluk, kurulması ve sona erdirilmesi kolay olan, sıklıkla görece zayıf bir topluluk biçimidir. Ancak onu düzenleyen hukuk (en aşikâr olanları sözleşme, şirketler ve ticaret hukukudur), genellikle iyi tanımlanmış kapsamı ve sınırlı maksatları sayesinde, sıklıkla kuvvetli ve etkili olabilir. Pragmatist hukuk teorisi muhtemelen en çok bu bi-

bu olduğunu söyleyen sosyolojik argümanlara dair bkz. Cotterrell 1999, özellikle Bl. 7.

çimde düşünölen ve bu topluluk türünü konu edinen hukukla uyumludur. Hukukun, kendileri de araçsal olan sosyal ilişkileri çerçeve içine aldığında, bir teknikten ya da bir araçtan ibaret olduğu kolayca fark edilir. Hukukun onlarla olan bağı sıklıkla basit ve yeterli gibidir. Hem sosyal ilişkiler hem de onları düzenleyen hukuk bir amaca yönelik bir araç gibi görünürler: Ekonomik ya da başka hedeflere yönelik bir araç.

Yukarıda belirtilen şekliyle topluluk türlerinin ayrıştırılması, sosyal ilişkilerin mahiyetini teorik bakımdan onların düzenleme gerektiren genel sorunları bakımından düşünmek için bir yol gösterir. Hukuk-ve-topluluk yaklaşımı normatif hukuk teorisinin sosyal olandaki farklılaşmalardan kaynaklanan hukuki anlam, anlayış ve deneyim çeşitliliklerini tanıma ihtiyacını göz önüne alır. Örneğin hukukun ahlâkla ilişkisi bu perspektifte yeni bir ışık altında görülür, zira farklı topluluk türlerinin farklı ahlâki gereklilikleri vardır. Hukuk topluluk ağlarını düzenlerken onların ahlâki veçhelerini birbirleriyle ilişkilendirme görevini üstlenir. Tersinden, hukuk ahlâki otoritesini topluluk ağlarını düzenliyor olma niteliğinden alır. Hukukun ilgilendiği topluluk türleri arasındaki etkileşimin karmaşıklığı ortada olduğuna göre, bu da karmaşık bir ahlâki temel olacaktır.

Ulus Devlet Ötesinde Hukuk Teorisi

Hukuk-ve-topluluk yaklaşımı, sonuçta hukukun normatif hukuk teorisi tarafından ulus devletlerin yargı çevreleriyle sınırlı olmadan anlaşılması gerektiğini kabul eder. Austin için uluslararası hukuk, belirgin ve bölünemez bir egemen iktidar kaynağından yoksun olduğu için hukuk değildi. Tersine Kelsen ve Hart uluslararası hukukun hukukilik statüsünü kabul etmekte zorluk çekmediler.⁸ Otorite sahibi gücü hala birçok bakımdan güvencesiz olmayı

⁸ Bkz. Hart 1961: Bl. 10 ve Kelsen için bkz. yuk. "Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü".

sürdürüyorsa da, çağdaş dünyada uluslararası hukukun hukuk olarak tanınmasını reddetmek esasen tuhaf olurdu. Şimdilerde hukuk sadece bir devlet içindeki bireyler arasındaki veya devletler arasındaki ilişkileri değil, aynı zamanda devlet sınırlarının ötesine taşan veya onlarla ilgisiz olan ilişkileri de düzenliyor. İnsan hakları, ceza adaleti, finans, ticaret, çevre denetimi, fikri mülkiyet, bilgi teknolojisi ve başka birçok alanda ulusaşırı düzenleme rejimlerinin yükselişini görmezden gelmek mümkün değildir.

Bu düzenleyici rejimlerin çoğunun statüsü belli bakımlardan belirsizdir. Bunlar sıklıkla, meşruiyetlerini sonuçta devletlerin rızasından alan mahkemeler ve kurallaştırıcı otoriteler gibi uluslararası organlar ve kurumlar tarafından geliştirilmiş durumdalar. Onları ve ürettikleri düzenlemeleri destekleyen politik otorite, sonuç itibarıyla ulus devletlerde hukuk üreten yerleşik politik otorite yapılarına, yani normatif hukuk teorisinin uzun zamandır analiz etmekle ilgilendiği otorite türüne bağımlı haldedir. Şu açık görünüyor ki, ulusaşırı düzenleme (ve ulus devletler içindeki daha yerel düzenleme biçimleri) eğer gelişecek, kuvvetlenecek ve normatif bakımdan istikrarlı hale geleceksen, daha güçlü başka bir otorite arayışındadır ve ona gereksinim duymaktadır. Yani, eğer normatif hukuk teorisinin analiz etmiş ya da varsaymış olduğuna benzer bir formda Hukukun Üstünlüğü ulus devlet yargı çevrelerinden başka alanlara doğru genişletilecekse, bu gereklidir.

Buradaki hukuki gelişim ihtimallerini tahmin etmeye çalışmak üzere, hükmetme yönelimli ve topluluk yönelimli hukuk teorileri arasındaki zıtlığa dönebiliriz. En basit ve en çok eleştiriye maruz kalmış olan hükmetme yönelimli Anglo-Amerikan teorileri destek olabilirler mi? Yeni bir tür Austinciliği, yani egemenin emirleriyle ve tebanın itaat alışkanlığıyla sabitlenmiş bir egemen-teba ilişkisinin yeniden hukuki gerçekliğin ikna edici bir temsili olabileceğini öngörmek mümkün müdür? Austin'in düşüncesine dair 3. Bölümde yürütülmüş olan tartışma onun hukuku keskin

biçimde iktidarın bir ifade ediliş biçimi olarak resmettiği vurgulanmıştı: Hukuki realizme ve sonuçta bazı modern pragmatist araçsal hukuk görüşlerine taşınmış olan bir görüştü bu. Austinci tarzda yeni bir *uluslararası* egemen şekillenme sürecinde olabilir mi? Devletlerin kendi birincil hukuk yapma organlarını sonuçta bu yeni egemenin vekilleri haline getirebilecek, devletlere özgü bir itaat alışkanlığı geliyor mu?

Austin'in hatasının, sonraki yazarların kendi zamanlarının bağlamlarında ciddi buldukları sorunları teorisinin merkezine koymamak anlamında pek de mantıksal bir hata olmadığını daha önce ileri sürmüştüm. Austin için egemenin düzenlemesindeki *leitmotiv* [ana tema] özgürlük veya *Hukukun Üstünlüğü* değil, fayda ilkesidir: Hukuk bir tâbi kılma aygıtıdır; sosyal olanda, yani daima kaos, irrasyonellik ve şiddet tehdidi altında bulunan bir ortamda bir düzen sağlama aracıdır. Austinci ideal, egemenin genel iyilik için neyin gerekli olduğuna dair anlayışıyla yönlendirilen tabi olma halinin rasyonel kabulüdür. Yeni dönemde, bu türden bir egemenliğe dayalı bir dünya hukuk düzeni ortaya çıkabilir mi? Austin'in öne çıkardıkları (ve sessiz kaldığı noktalar) yine konuyla ilgili görünebilirler.

Dünya, uluslararası görünüme bürünmüş Austin tarzı normatif hukuk teorisinin yeniden zamanın teorisi olabilmesini sağlayacak konumun çok uzağında bulunuyor. Yine de, devletler arasında büyük güç dengesizliklerinin bulunduğu ve ulusaşırı kural sistemlerinin üretiminin bu güç ilişkilerini ciddi ölçüde yansıttıkları bir dünyaya, otorite hiyerarşilerini ve hukukun kural, norm veya emir olarak dayatılışını vurgulayan hukuk düşüncesi uygun düşer gibi görünüyor.

Topluluk yönelimli hukuk teorileri geleneği ise farklı hususları gündeme getiriyor. Görülmüş olduğu üzere, bunlar topluluğu (nasıl tanımlanmış ya da varsayılmış olursa olsun) hukukun ahlâki faili veya garantörü sayarlar ve hukukun anlamının ve otoritesinin bu topluluktaki

kaynaklardan türediğini kabul ederler. O halde, hukuk ulusaşırı bir düzenleme olarak düşünüldüğünde bu topluluğun ne olabileceğini sormak gerektiği ima edilir.

Buna cevap vermenin bir yolu topluluk ideal tiplerine dair önceki tartışmada dile getirilmişti. Tüm düzenleme maksatlarını kapsayan tek bir ulusal hukuk topluluğu (farklılık hukukbilimi tarafından açık kılındığı üzere) olmayacağı gibi, tek bir ulusaşırı hukuk topluluğu da var olamaz. Ulusal hukuk gibi ulusaşırı hukuk da ahlâki otoritesini çok sayıdaki topluluk ağları ile olan bağlantılarında aramak zorundadır. Bu ağlar, tartışılmış olduğu gibi, radikal biçimde farklı topluluk türlerinin çeşitli bileşimlerinde ifade bulurlar.

Normatif hukuk teorisi, şimdilerde gelişmekte olan çok sayıda yeni ulusaşırı (ve ulusiçi) düzenleme türlerinden teorik bir anlam çıkarma gibi zor ama acil bir görevle yüz yüze bulunuyor. Bu kavramsal analiz yapılırken, mevcut olan ve ulus devlet yargı çevrelerinin sınırlarından bağımsız biçimde gelişmekte olan farklı topluluk ağlarının mahiyetini teorik bakımdan anlamaya çalışmaktan başka seçenek kesinlikle yoktur. Nihayetle, o halde, normatif hukuk teorisinin ve empirik hukuk teorisinin tek bir girişim haline gelmelerine ihtiyaç olduğu sonucuna ulaşmak zorunludur. Bu, normatif hukuk teorisinin geleneksel kavramsal analiz projelerinin değerini reddetmek ya da küçümsemek anlamına gelmez. Hukuk ortamının hızla değişmekte olduğu bir bağlamda hukuk teorisinin görevlerinin statik kalamayacağına ısrar etmek anlamına gelir. Bu görevlerin nasıl değişmekte olduklarının ve nasıl konu edinilebileceklerinin anlaşılması için ortamın bizzat kendisinin sistematik biçimde anlaşılması zorunludur.

Hukuk Teorisi ve Hukuk Meslekleri

Bu kitap boyunca normatif hukuk teorisindeki eğilimlerin Anglo-Amerikan hukuk mesleklerinin ilgi alanlarıyla

bağlantısı gösterilmeye çalışıldı. Sonuç olarak, hukuk teorisi ile hukuk profesyonelliği arasındaki ilişki bugün nasıl anlaşılmalıdır? Bazı çağdaş postmodern hukuk analizleri hukuka dair profesyonel meselelerle tamamen bağlantısız gibi görünebilirler. Örneğin Balkin (1992: 1985-1986), ABD'deki teori yönelimli akademik anayasa hukukçuluğu ile Amerikan mahkemelerindeki oldukça sığ anayasa hukuku pratiği arasında ortaya çıkan kayda değer ve muhtemelen rahatsız edici ayrılığı ortaya koydu. Hukukta teorinin pratikten radikal biçimde ayrılmış olduğu belirtiliyor (Luban 1994: 3).

Bu, teorisyenlerin ve pratisyenlerin ortak entelektüel alanlarına dair olağan bakış farklılıklarının ötesine geçen bir duruma işaret ediyor: Artık ortak bir alan olmayabilir. Akademik hukuk çalışmalarının bizzat kendileri de parçalı hale geldiler: "Hukuk akademisyenleri arasında ortak bir dil, ortak bir söz dağarı fikri, hatta hukuk materyallerine dair ortak bir ölçüt giderek artan ölçüde bir kurgu haline geldi" (Levinson ve Balkin 1991: 1653). Bu durumda hukukta herhangi bir anlamda birlikten, büyük ölçekli bir ilkeden veya bir bütünlükten ciddiyetle söz etmek mümkün müdür?

Akademik hukukçular hukuk teorisiyle giderek daha fazla ilgili hale geldiler; ancak, görülmüş olduğu gibi, birleşik bir yorum topluluğu pek oluşturamıyorlar. Bu koşullar altında, politikaya dair veya hukukçu profesyonelliğiyle ilgili hususlara dair tek sesle konuşma gibi bir beklentileri pek var gibi görünmüyor. Bunun yerine, bir mücadele alanı olarak politika, bazı durumlarda hukuk fakültelerinin bizzat içinde konumlanma eğilimi gösteriyor -en azından, eleştirel ve postmodern hukuk çalışmaları çoğaldıkça ABD'deki bazı hukuk okullarında yaşanan deneyim bu oldu. Politik eylem odağı, sıklıkla kendileri de avukat olan eleştirel ve postmodern akademik hukukçularla özdeşleştirildi: Bazı akademik hukukçular için neredeyse bütün politika, avukatların hukuk pratiği yöntemlerini veya öğren-

cilerin hukuk öğrenme yollarını etkileme haline geldi. Bu yüzden, politika ve profesyonellik ile ilgili meseleler, bu anlayışta, Anglo-Amerikan akademik hukukçuluğunun modern tarihindeki önceki herhangi bir döneme kıyasla, çok daha bütünlüklü biçimde kaynaşmış durumdadırlar.

Bazı postmodernler bu kaynaşmayı haklı olarak kendi kendini tahrip eden bir gelişme olarak görüyor: “Amerikalı hukuk profesörü” diye yazıyor Goodrich, “politik bağlılığa ihtiyaç duymayacak kadar iyi para kazanır ... statüsünün fazlasıyla bilincindedir ve fazlasıyla dış dünyadan kopuktur hukuk akademik disiplinler içinde en az tehdit altında olandır ve en iyi para kazandıranlardan biridir” (Goodrich 1996: 194, 218). Goodrich’e göre, sadece hukuk fakültelerine odaklanan bir politika pek de narsisizmden ve etkisiz bir yapmacıklıktan daha fazlası gibi görünmeyebilir. Bu sorun hiçbir biçimde Amerikan bağlamları ile sınırlı değildir.

Hukukun büyük iddialarına veya modernitenin kendi kendini yanlışlayan özelliklerine ne kadar hararetle eleştiri getirirse getirsin, genel olarak postmodernizmin politik bakımdan etkisiz olduğu söylenir. Postmodern politika büyük temalar ve ideolojiler yerine yerel ve özgül olan üzerine odaklanır. Bu bakımdan sosyal hayatın parçalılık niteliğini ve politik özgürleşmeye dair büyük anlatıların postmodern koşullarda cazibeden yoksun oluşlarını gayet uygun biçimde fark eder. Yine de, topluluk ağları çeşitliliği üzerine yapılmış empirik araştırmalar yoluyla, bu ağların ve aralarındaki ihtilafların düzenlenişi bakımından hukukun karşısına çıkan (ve hukuk tarafından çıkarılan) çağdaş sorunlara dair detaylı incelemeler yoluyla, bilgiyle donatılmış daha enerjik bir politika mümkün olabilirdi.

Deneyimin çağdaş eleştirel teori tarafından fark edilen parçalanmışlığı elbette hukuk mesleklerini de etkiliyor. Bunlar bakış açısı bakımından daha çeşitli hale geliyorlar; daha aşikâr biçimde farklılık hukukbiliminin etkisinde kalıyorlar; bazı bakımlardan kolektif dayanışmayı, kolektif

kimliği ve (*ad hoc* girişimsel faaliyetin tersine) istikrarlı profesyonelliğin dayandığı ya da arzu ettiği yerleşik pratik normlarını sağlamakta daha az yetkin hale geliyorlar. Bu bağlamda, hukukçuların yerleşik profesyonel geleneklere doğru içe bakmak yerine, hukukun hızla değişen sosyal ortamına doğru dışa bakma ihtiyacını daha baskın biçimde hissetmeleri şaşırtıcı değil. Ahlâken anlamlı düzenleme gerektiren ulusaşırı (ve ulusiçi) toplulukların oluşturduğu bir dünyayı giderek daha çok gözlemliyorlar ve kendilerini onunla irtibat kurmak için uyumlu hale getirmeye daha çok çabalıyorlar.

Hukuk teorisi, ulus devlet yargı çevrelerinin sınırlarından kurtulan hukuki düzenleme biçimlerinin gelişiminin teorisini yaparak ve bu düzenleme biçimlerinin devlet hukukuyla olan etkileşimini inceleyerek, söz konusu bu bakışla ittifak kurabilir. Hukuk teorisi, düzenlemenin, topluluk sosyal ilişkilerinin var oluşunu sağlayan ahlâki koşullarda nasıl köklenme ihtiyacı duyduğunu sorabilir. Elbette hukuk pratiği normatif hukuk teorisine doğrudan bir biçimde bağlı değildir. Ancak, bu kitapta ileri sürüldüğü üzere, hukuk teorisi sıklıkla hukuk pratiğini bilgilendiren ve ona destek sağlayan hukuk nosyonlarını geliştirir ve rasyonalize eder. Sonuçta, bir hukuk profesyonelliği duygusu, hukuk pratisyenleri arasında hukukun mahiyetine dair paylaşılan bazı temel fikirlerin önceden varlığını gerektirir. Normatif hukuk teorisinin pratik görevlerinden biri bu fikirleri açık ve tutarlı hale getirmek olmuştur.

Normatif hukuk teorisine yönelik çağdaş eleştiriler, belli ölçüde, güncel Anglo-Amerikan koşullarında güçlü bir hukuki profesyonellik duygusunun sağlanmasında açıkça giderek artan bir zorluk yaşanmakta olduğunu gösteriyor. Bu eleştiriler ortaya koyuyorlar ki, hukuk teorisi kurallara ve normlara yönelik ilgisine, sosyal ilişkilerin mahiyetine dair daha sistematik bir ilgiyi de eklemek zorundadır. Bunlar, kanımca doğru biçimde uyarıyorlar ki, sosyal olandaki değişimlere dair sistematik bir anlayış geliştir-

mek üzere hukuk doktrininin bilindik kavramsallaştırılma biçimlerinin ötesine bakmadığı sürece, normatif hukuk teorisi hukukun değişen konumundan giderek artan ölçüde uzaklaşmış hale gelecektir. Normatif hukuk teorisi hukukun değişen koşullarını anlamlandırmak için empirik hukuk teorisiyle ittifak kurmak zorundadır. Normatif hukuk teorisinin geleneksel ilgi alanlarının ötesine doğru yönelen bu dışa bakış, hukuk pratisyenlerinin bugün araştırılmasına giderek artan biçimde ihtiyaç duydukları yeni ufuklara ışık tutuyor.

Elbette hukuk sadece profesyonellere özgü bir alan değildir. Normatif hukuk teorisinin değeri, hukuk profesyonelliğine yapabileceği (veya geçmişte yapmış olduğu) katkıların ötesine taşar. Onun entelektüel gücü ve süregiden cazibesi hukuki bilgiyi akla uygun bir sistem haline getirmeye, onu bir entelektüel yaratım olarak, çağlar boyunca pratik sosyal düzenleme sorunlarına çözüm aramış zihinlerin çabalarına hakkını veren bir düşünce yapısı haline getirmeye adanmışlığından kaynaklanmıştır. Bu kitabın ana maksadı, bu adanmışlığın en değerli bazı ürünlerini eleştirel ve kurucu biçimde takdim etmek oldu.

Notlar ve Okuma Önerileri

İzleyen notlarda, çalışmaların ana başlıklarının yeterince açık bir teşhisi sağlamaları kaydıyla, bazı alt başlıklara yer verilmemiştir. Metin referansları listesinde de yer alan kaynaklar sadece yazar adları ve yayın tarihleriyle belirtilmiştir.

1. Bölüm - Bağlamsal hukuk felsefesi

Hukukbilim, hukuk felsefesi ve hukuk teorisi: Metinde kullanılan “normatif hukuk teorisi” ve “empirik hukuk teorisi” ifadeleri, Kelsen’in normatif hukukbilim ve sosyolojik hukukbilim diye ifade ettikleriyle kabaca koşuttur (Kelsen 1941b). Ancak, Kelsen’den farklı olarak, bunları farklı konuları olan farklı bilimler olarak değil, farklı türde perspektiflerin, bir deneyim alanı olarak hukuka dair açıklamaları olarak görüyorum. Her ikisi de, bir normatif ve empirik fenomen olarak hukukun mahiyetiyle ilgilenir. Ancak tipik olarak bu fenomeni farklı biçimde kavramsallaştırırlar, ona ilişkin bilgiyi farklı yollarla ararlar ve bu bilgiyi farklı maksatlarla kullanırlar. Empirik hukuk teorisi hukuka dair tarihsel ve sosyal deneyimle ilgili çalışmalardan genelleme yapar. Normatif hukuk teorisi hukuk doktrininin ve hukuki muhakemenin tipik hukuki anlaşılışlarından genelleme yapar.

Hukuk felsefesi ve hukuk uygulaması: Hukuk felsefesi ve hukuk pratiği hakkında ayrı bkz. R. H. S. Tur, ‘Jurisprudence and Practice’ (1976) 14 Journal of the Society of Public Teachers of Law (ns) 38; R. Cotterrell ‘Pandora’s Box: Jurisprudence in Legal Education’ (2000) 7 Internatio-

nal Journal of the Legal Profession 179. Hukuk pratiğinde kullanılan asli kavramların açıklığa kavuşturulmasında hukuk felsefesinin kullanımı hakkında bkz. ör. A. L. Goodhart, 'An Apology for Jurisprudence' in P. Sayre (ed) *Interpretations of Modern Legal Philosophies* 1947. P. W. Kahn, *The Cultural Study of Law*, Bl. 1'de hukuk felsefesinin ve akademik hukukçuluğun hukuk pratiğinin ihtiyaçlarına hizmet etmeye yönelişi olarak gördüğü hususu eleştirir.

Normatif hukuk teorisini gerekçelendirmek: Hukuk felsefesinin işlevleri hakkında ayr. bkz. W. Twining, 'Some Jobs for Jurisprudence' (1974) 1 British Journal of Law and Society 149; P. Soper, 'Making Sense of Modern Jurisprudence' (1988) 22 Creighton Law Review 67. Hukuk felsefecisi olarak hukukçular hakkında bkz. W. Friedman, *Legal Theory* 5th edn 1967, s 3-4. Friedman bu alanda hukukçuların 19. yüzyıldan beri baskın olduklarını söylüyor: "Felsefecilerin veya politikacıların hukuk felsefesinden hukukçuların hukuk felsefesine bu belirgin geçiş oldukça yakın tarihlidir. Hukuki araştırmalarda, hukuk tekniğinde ve profesyonel eğitimde büyük gelişmelerin yaşandığı bir dönemin ardından bu gerçekleşir. Hukuk felsefesinin yeni dönemi, esasen profesyonel hukukçunun kendi hukuki çalışma alanında sosyal adalet sorunlarıyla yüz yüze gelmesiyle doğar." Bunu sadece şunları ileri sürerek değiştirdim: (i) hukuk felsefesi Friedman'ın atıf yaptığı gelişmeleri yansıttığı gibi onların ortaya çıkmasına katkıda bulunmuş da olabilir; (ii) hukukun bir entelektüel alan ve bilgiye dayalı bir profesyonel pratik olarak bütünleşikliğini açıklama sorunları, modern Anglo-Amerikan hukuk felsefesinin şeklinin ve etkisinin belirlenmesinde, sosyal adalet sorunları kadar önem taşıyıp taşıyabilir.

Sosyal ve politik bağlamda hukuk felsefesi: Bağlamı dikkate alan bir görüş kendi özel ilgililik kriterlerini temin eder. Bu kitap Anglo-Amerikan bağlamıyla ilgilendiği için, içindeki tartışmalar bu hukuki profesyonel ve politik bağ-

lamda en çok öne çıkmış olan teoriyle sınırlıdır. Entelektüel kalitenin geniş politik ve profesyonel etkiyi garantilemediği gerçeği, Adam Smith'in hukukbilim öğretisinin ve İskoç Aydınlanması'nın öteki gelişkin, hukukla ilgili literatürünün (örneğin Adam Ferguson ve John Millar'ın yazılarının) gidişatı tarafından açıkça gösteriliyor. Smith'in 1760'lardaki Glasgow dersleri (yayınlanışı: *Lectures on Jurisprudence* 1978) Britanya'daki hukuk tartışmalarında görece ihmal edilmiş olmayı sürdürüyor. Ancak bkz. K. Haakonssen, *The Science of a Legislator* 1981; D. N. McCormick, *Legal Right and Social Democracy* 1982, Bl. 6.

Hukuk felsefesi nasıl bağlamsal olarak yorumlanmalıdır?: Başka entelektüel alanlarla ilgili "bağlamsal" yaklaşımlar hk. bkz. ör. Tully (ed) *Meaning and Context* 1988. Karl Mannheim'ın bilgi sosyolojisi yazıları da fikir akımlarının sosyal bağlamda yorumlanması için değerli rehberler içerir. Bkz. ör. *Ideology and Utopia* 1936; *Essays on the Sociology of Knowledge* 1952; Mannheim 1956; *Structures of Thinking* 1982. Doğru anlamıyla kullanıldığında, bilgi sosyolojisi fikirlerin sosyal koşullara indirgenmelerini ya da sadece onlar bakımından açıklanmalarını gerektirmez. O bizi entelektüel tahayyül ile bu tahayyülün filizlenmesini sağlayan koşullar arasındaki diyalektiği akılda tutmaya zorlamalıdır. Quentin Skinner'inki gibi yaklaşımların hukuk felsefesi çalışmalarıyla olası ilgisi şurada belirtilir: W. Twining 'Talk About Realism' (1985) 60 New York University Law Review 329, s. 336.

2. Bölüm - Common law teorisi

Common law düşüncesinin niteliği: Klasik common law düşüncesine dair en iyi tartışmalardan biri, common law düşüncesinde hukukun temeli olarak cemaat fikrinin önemli olduğunu vurgulayan Postema 1986'da bulunur. Postema common law muhakemesinin esaslı bir niteliği olarak cemaate müracaat edilişin görece açık olduğunu ileri

sürer, ancak bana kalırsa bu müracaat genellikle zımnidir ve hukukun kendisinden otorite ve anlam kazandığı sosyal varlığı ifade etmek üzere birçok terim (örneğin; alan, uluslar topluluğu [*commonwealth*], teba, halk, ulus) kullanılır. Aynı zamanda Postema, topluluğun ve hukuk ile topluluk ilişkisinin mahiyetine ilişkin olarak, *common law* düşüncesinin kısıtlı teorik vizyonunun genelde temin edebileceğinden daha gelişmiş bir anlayış ima etme eğilimi gösterir. *Common law* düşüncesi bir hukuk teorisi sunmaz. Sadece, başlangıç düzeyinde bir teorinin inşa edilebilmesine yarayan unsurları temin eder. *Common law*'un "asli teorisinin" hukuku "çözümüne ulaşmak üzere çok sayıda kaynağa" başvuran "bir giderimler sistemi" olarak gördüğünün ileri sürülüşü için ayr. bkz. Lobban 1991 (s. 14). H. J. Berman 'The Origins of Historical Jurisprudence' (1994) 103 Yale Law Journal 1651'de şunları ileri sürer: "Hukukun geçerliliğinin ilksel kaynağının onun tarihi niteliği olduğuna, onun cemaatin örf ve adetlerindeki kaynağı olduğuna dair güçlü kanaat" (s. 1655) 17. yüzyıla kadar ortada yoktu; bu, *common law*'cular arasında özellikle Edward Coke, John Selden ve Matthew Hale'in etkileriyle yükseldi. Blackstone'un *common law* görüşleri hk. bkz. D. Boorstein, *The Mysterious Science of the Law* 1941; D. Lieberman, *The Province of Legislation Determined* 1989, Ks. 1; Lobban 1991, Bl. 2.

***Common law* yargıcı:** Genel olarak bkz. Levy-Ullmann 1935, Ks. 1, Bl. 3; Lieberman, *Province of Legislation*, op. cit., Ks. 2. Blackstone'un emsallere ve yargıcın rolüne dair görüşleri için özellikle bkz. Blackstone 1809 I, s. 69-71.

***Common law* düşüncesi hukuki gelişimi açıklayabilir mi?:** Gelenek olarak *common law* hk. bkz. Simpson 1973; Postema 1986, s. 4-13. *Common law*'a dair kayıtlar ve raporlar hk. bkz. F. Pollock, *Essays in the Law* 1922, Bl. 9 ve 10; Levy-Ullmann 1935, Ks. 1, Bl. 4.

***Common law* ve yasama:** Bkz. Levy-Ullmann 1935, Ks.

2; Postema 1986, s. 15-19; C. K. Allen, *Law in the Making* 7th edn 1964, s. 444-469; Sommerville 1999, s. 91-96; McIlwain 1910, Bl. 4; T. F. T. Plucknett, *Statutes and Their Interpretation in the First Half of the Fourteenth Century* 1922; Lieberman, *Province of Legislation*, op. cit. Gelenek ve *common law* bağlamında yasamanın rolüne dair tartışmalar hk. bkz. J. Waldron, *The Dignity of Legislation* 1999; Waldron, 'Custom Redeemed by Statute' (1998) 51 Current Legal Problems 93.

Politik ve sosyal ortam: Parlamento egemenliğine dair modern anlayışların kendilerine hukuk teorisinde sağlam bir konum edinmeye başladıkları, erken 17. yüzyılın kritik yıllarında *common law*'cuların tipik bakışlarının özeti için bkz. Sommerville 1999. *Common law*'daki hatırlanamayacak denli eski gelenek fikrinin politik önemi hakkında şunlar da değerlidir: Pocock 1957; G. Burgess, *The Politics of Ancient Constitution* 1992. Ayr. bkz. J. U. Lewis, 'Coke's Theory of Artificial Reason' (1968) 84 Law Quarterly Review 330. Gough 1955, tabii hukuk fikriyatının İngiliz hukuk tarihinde kullanımı hakkındaki standart modern yaklaşımı ortaya koyar. J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament* 1999, parlamento egemenliğine dair İngiliz fikriyatının *common law* düşüncesiyle bağlantılı olarak yedi yüzyıl boyunca yaşadığı gelişimi tarar. Klasik *common law* düşüncesi geleneği içinden politik otoriteye dair önemli bir tartışma, Hobbes'un egemenlik ve hukuki otorite fikirlerinin, 17. yüzyıl ortalarında Matthew Hales tarafından yapılmış eleştirel analizinde bulunur: Bkz. Yale 1972.

Savigny: Bir *common law* teorisi mi?: Genel olarak tarihçi hukukbilim hk. bkz. Stein 1980. Savigny hk. bkz. Symposium on 'Savigny in Modern Comparative Perspective' (1989) 37 American Journal of Comparative Law, no. 1; S. Gale, 'A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School' (1982) 18 Stanford Journal of International Law 123. Daha eski literatür arasında bkz. özellikle H. Kantorowicz, 'Savigny and the Historical School of Law'

(1937) 53 Law Quarterly Review 326. Savigny'nin İngiltere'deki etkisi hk. bkz. Stein 1980, s. 72 vd. Amerikan literatüründe Carter 1907, baştan sona Savigny'nin düşüncesini yansıtır; ünlü Savignyci Amerikan akademik hukukçu T. M. Cooley hk. ayr. bkz. H. G. Reuschlein, *Jurisprudence: Its American Prophets* 1951, s. 58-63. R. Zimmermann, 'Savigny's Legacy' (1996) 112 Law Quarterly Review 576'da Savigny'nin düşüncesinin çağdaş Avrupa hukuk fikriyatının gelişiminde önem taşıdığını ileri sürer. Hukuk çalışmalarında "kültür" kavramını kullanmanın zorlukları hk. bkz. R. Cotterrell, 'The Concept of Legal Culture' in D. Nelken (ed) *Comparing Legal Cultures* 1997.

Almanya'daki kodifikasyon tartışmalarının arkaplanı ve sonuçları için bkz. J. P. Dawson, *The Oracles of the Law* 1968. Bl. 6. İngiltere'de Bentham irrasyonel gördüğü *common law* yöntemlerini ortadan kaldırmak için kodifikasyonu savunmuştu: bkz. aşağı. Bl. 3. Alman tartışması Birleşik Devletler'de yineleni ama farklı sonuçlara yol açtı (kodifikasyon argümanları pek gelişmedi; Almanya'da ise büyük Alman medeni hukuk kodifikasyonu, Savigny'nin erteleyici etkisine rağmen, 1900'dan itibaren yürürlüğe girecek biçimde gerçekleşti). Reuschlein, *Jurisprudence*, op. cit., s. 63-71'de şunu belirtiyor: "Amerikan hukuki düşünce tarihinde hiçbir mücadele, kodifikasyon ve gelenek arasında 19. yüzyılın ikinci yarısı boyunca gerçekleşen sert mücadele kadar ciddi biçimde sürdürülmemiştir" (s. 69). Ayr. bkz. P. J. King, *Utilitarian Jurisprudence in America* 1986, Bl. 5.

Maine'in tarihçi hukukbilimi: Kendi dönemi bağlamında Maine'nin fikirleri için en iyi modern genel kaynak Cocks 1988'dir. Ayr. bkz. ör. Stone 1966, s. 119-147. Feaver 1969 mükemmel bir biyografidir. Diamond (ed) 1991, Maine'nin çalışmalarının çoğu yönlerine dair yorumlar içerir.

Maine'de politika ve toplum: Bkz. ör. Collini, Winch ve Burrow 1983, Bl. 7; Burrow 1966, Bl. 5; Diamond (ed) 1991, Ks. 1; G. A. Feaver, 'The Political Attitudes of Sir

Henry Maine' (1965) 27 Journal of Politics 290; B. Smith, 'Maine's Concept of Progress' (1963) 24 Journal of History of Ideas 407; Barker 1928, Bl. 6. Maine'in hukuki sorunlara yönelik "idareci" bakış açısı, Hindistan sömürge yönetiminde 1862-1869 arasında Genel Valilik Konseyi'nin hukukçu üyesi olarak çalışma deneyiminden kuşkusuz etkilendi: bkz. Diamond (ed) 1991, Ks. 4. Bunun bir sonucu, Hindistan bağlamında bir modernleşme aracı olarak hukukun kodifiye edilmesinin değerini açıkça takdir etmedi: Bkz. Feaver 1969, s. 76-77; Cocks 1988, s. 82-84. Maine'in *Popular Government*'ı için bkz Cocks 1988, s. 131-140.

Tarihçi hukukbilim ve hukuk mesleği: Profesyonelleşme: Bazı yazarlar 17. yüzyıla kadar "İngiliz kürsüsü ve barosu profesyonelleşmişti" diye yazar: White 1976, s. 19. Öyle görünüyor ki söylenmek istenen şey, hukuki görevlerin, dava avukatlığı, danışman avukatlık ve dosya avukatlığı [*barristers, advocates, solicitors*] şeklinde temayüz etmesidir. Benim profesyonelliğe dair ilgim ise, ezoterik ama bilimsel olan bilgiye sahip olma iddiası taşıyan, meslek grubuna dahil olmak için eğitimden geçmeyi ve belirgin özelliklere sahip olmayı gerektiren, modern profesyonel örgütlenmenin öz bilinçli gelişimi üzerine odaklanıyor. Cocks 1988, Maine'in fikirleri ve özelemleri ile o dönemin hukuk pratisyenlerinin tutumları arasında var olan gerilimi vurgular. Maine ve hukuk eğitimi hk. bkz. Feaver 1969, Bl. 3; Stein ve Twining'in Diamond (ed) 1991'de yer alan yazıları; R. C. Cocks, 'That Exalted Science of Jurisprudence' (1999) 20 Journal of Legal History 62.

Maine'in yeni biliminin yazgısı: Maine'in delilleri güvenilmez ("bilimsel olmaktan ziyade polemik") biçimde kullanımı hk. bkz. Kuper 1991, s. 103. Maine'in genel olarak etkileri hk. bkz. Cocks 1988, Bl. 6. Sosyal bilimlerin gelişimindeki yeri hk. bkz. Shils, Makarşarlane, Peel ve Abrahams'ın Diamond (ed) 1991, Ks. 2'de yer alan yazıları ve G. Stocking *Victorian Anthropology* 1988. Maine'in, teknik

ayrıntılara boğulmuş ve kendisinin savunduğu geniş kültürel hukuk araştırmaları yaklaşımıyla alakasız bulduğu için, hukuk eğitimine ve hukuk mesleğine dair sonradan duyduğu hoşnutsuzluk için bkz. Cocks 1988, s. 93-99. William Robson ('Sir Henry Maine Today' in W. I. Jennings (ed) *Modern Theories of Law* 1933, s. 178-179) Maine için duyarlı biçimde şunları yazar: "Sadece orijinal değildi, tekti. Mesele bizim hukukçular olarak ağır itibarsızlığımızla ilgilidir. O büyük bir yolu aydınlattı ve açılımlar getirdi Fakat sormak gerekir, kim onu takip etti? Biz hukukçular boşvermiş bir halde eski yolları arşınlamaya, dar duvarlarımız arasında kapalı kalmaya devam ettik"

3. Bölüm - Egemen ve teba: Bentham ve Austin

Bentham'ın normatif hukuk teorisiyle ilgili temel eseri Bentham 1970'dir. 1782'ye kadar ciddi ölçüde tamamlanmış ama yazarı tarafından bir yana bırakılmış olan eskizi, bir buçuk asır boyunca Bentham'ın kâğıt yığınları arasında gömülü kaldı ve 1939'da Charles Everett tarafından keşfedildi. Everett onu elden geçirdi ve yayınladı: *The Limits of Jurisprudence Defined* 1945. Bentham'ın eskizinin kökenlerinin ve onun bulunup yayınlanmasına yol açan bilimsel dedektiflik çalışmasının hikâyesi, Everett'in 1945 basımına yazdığı önsözde ve *Of Laws in General* adıyla gözden geçirilmiş ve genişletilmiş biçimde yayınlanan 1970 basımı için H. L. A. Hart'ın kaleme aldığı giriş yazısında bulunur.

Austin Bentham çevresinin bir üyesiydi, her ne kadar aralarındaki şahsi ilişki Austin 1829-1833 arasında Londra Üniversitesi derslerini verene kadar geçen dönemde soğumuş görünse de (karş. Rumble 1985, s. 15-18, 34-35). Austin'in ilk birkaç dersi 1832'de *The Province of Jurisprudence Determined* adıyla genişletilmiş biçimde yayınlandı. Kalanı ise 1859'daki ölümünün sonrasına kadar yayınlanmadan kaldı. Sarah Austin *The Province*'in ikinci basımını 1861'de, Austin'in notlarından yeniden oluşturulabildiği kadarıyla, kalan dersleri ise 1863'de yayınladı. *The Provin-*

ce'in birçok basımı halen erişilebilir durumdadır. Metinde atıf yapılan Cambridge edisyonu Austin'in orijinal metnine sonradan yapılan editoryal eklemeleri açıkça gösterir. Baştan sona Austin'in çalışmalarına değinen üç farklı modern araştırma vardır. Rumble 1985, Austin'in bütün kariyeriyle ilgilenir ve onun düşüncesinin birçok veçhesiyle ilgili esaslı tartışmalar içerir. Hamburger ve Hamburger 1985, daha konvansiyonel bir biyografidir ve hem John hem de Sarah Austin'e dair değerli portreler sunar. Morison 1982, özellikle normatif hukuk teorisi öğrencilerinin ilgilerine yöneliktir ama Austin'in amaçlarını ve yöntemlerini biraz dar biçimde yorumlama eğilimi taşır.

Karanlık imparatorluğu ve aydınlık bölge: Bentham'ın *common law* eleştirisi ve kodifikasyon üzerine görüşleri için bkz. Postema 1986, Bl. 8 ve 12; Lobban 1991, Bl. 5 ve 6. Austin'in kodifikasyona dair görüşleri için bkz. Austin 1885, s. 660-681, 1098-1100. Austin üzerindeki Alman etkileri için bkz. M. Lobban 'Was there a Nineteenth Century "English School of Jurisprudence"?' (1995) 16 *Legal History* 34; Lobban 1991, s. 227-232; Morison 1982, s. 60-63; Rumble 1985, s. 31-34. Savigny'nin kodifikasyon eleştirilerinin çoğunu saçma ve irrasyonel bularak reddetse de (Austin 1885, s. 675-680), Austin onun bazı yazılarını, özellikle de zilyetlik kavramına dair etkili kitabını büyük ölçüde takdir etmiştir. Austin'e göre bu kitap, Alman Romanist akademik hukukçuluğunun en iyi türünü örnekliyordu: Rasyonel, sistematik, tarihsel olarak gelişmiş doktrinden özlü mantık ilkelerini damıtarak çıkaran bir eser. Savigny'nin *Of the Vocation* başlıklı eserini ise Austin talihsiz, duyguların etkisinde kalmış bir sapma olarak gördü. Bentham'ın fayda ilkesi onun *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789) başlıklı eserinde açıklanır (Athlone edn. 1970).

Pozitif hukuk ve pozitif ahlâk: Hukuk düşüncesinde hukukuki pozitivizm diye bilinen yaklaşımın temel özelli-

ği, akademik hukukçuluğun tek ve müstakil çalışma konusunu pozitif hukuk olarak görmekteki ısrarıdır. Bkz. aşağıda. Bl. 4.

Hukuk kuralının cebri yapısı: Austin'in hukuka dair emir teorisinin klasik eleştirisi Hart 1961, Bl. 2-4'de yer alır. Austin'in yaptırımlar üzerine tartışmaları için bkz. C. Tapper, 'Austin on Sanctions' [1965] Cambridge Law Journal 271.

Yaptırımlar ve yetki-veren kurallar: Austin'in yetki veren kurallara bakışının en etkili modern eleştirisini Hart 1961 sunar. Bu kuralların mahiyetiyle ilgili fikir açıcı bir tartışma için bkz. MacCormick 1981, Bl. 6. Austin lehine bir savunma girişimi için bkz. Moles 1987, s. 65-70. Her ne kadar Moles'in bu konuyla ilgili yaklaşımı geniş açıdan doğru yolda gibi görünüyorsa da, Hart ve başkalarınca yöneltilen ana eleştirilere yer vermez ve Austin ile Hart arasında görülen kritik amaç (farklı politik felsefeleri yansıtan) farklılıklarını açığa çıkaramaz. Bu husus bu ve izleyen bölümde vurgulanıyor.

Egemenlik: Hinsley 1986 ve J. Hoffmann, *Sovereignty* 1998 egemenlik kavramının gelişimine dair kullanışlı yaklaşımlar sunar. Ayr. bkz. M. Francis, 'The Nineteenth Century Theory of Sovereignty and Thomas Hobbes' (1980) 1 History of Political Thought 517. Austin'in egemeninin soyut niteliği hk. bkz. Manning 1933, s. 207; Moles 1987, s. 71; karşı. Fuller 1940, s. 46'da Austin'deki muğlâklık konusunda ısrar eder. Lobban (1991: s. 245 vd.) da metinde geçene yakın bir görüş benimser ve Austin'in egemeninin "soyut bir kavram" olduğunu vurgular; ancak Austin'in yazılarında yönetimi ve egemenliği (zorunlu olmamasına rağmen) karıştırma eğiliminin Hart'inkiler gibi eleştirileri teşvik ettiğini ileri sürer. Bentham'ın fikirleri hk. ayr. bkz. J. H. Burns, 'Bentham on Sovereignty' in M. H. James (ed) *Bentham and Legal Theory* 1973.

Austin'in egemeninin bazı nitelikleri: Bir yorum ve eleştiri örneği için bkz. ör. Buckland 1949, Bl. 9; Maine 1875a, Bl. 12 ve 13. Lobban 1991, s. 243-253'de, metinle uygun biçimde, Austin'in egemeninin, egemenliği kullanan gerçek kişi ya da kişilerden ayırmak üzere, "onun tanım dizilerinin başında duran teorik bir postula" ve "yasaların soyut kaynağı" olarak anlaşılmak zorunda olduğunu belirtir. Austin'in egemenlik teorisinin Birleşik Devletler'deki duruma uygulanmasıyla ilgili olarak birçok eleştirmen tarafından vurgulanan görünür sorunlara rağmen, 19. yüzyılın Amerikalı Austincileri bunu yapmakta pek büyük zorluk çekmemiş görünüyordı: Bkz. King, *Utilitarian Jurisprudence in America*, op. cit., Bl. 7. Eleştiriler için bkz. *ibid* Bl. 8 ve J. Dewey, 'Austin's Theory of Sovereignty' (1894) 9 *Political Science Quarterly* 31 (Austin'in analizindeki tutarsızlıklar bir halk egemenliği anlayışına ihtiyaç olduğunu gösteriyor). Ayr. bkz. S. M. Woody, 'The Theory of Sovereignty: Dewey versus Austin' (1967-1968) 78 *Ethics* 313 (Dewey'in eleştirisine karşılık kısmen Austin'i savunuyor).

Egemen hukuken sınırlanamaz olmak zorunda mıdır?: Bentham'ın görüşleri hk. bkz. Postema 1986, s. 237-256; Hart 1982, Bl 9; O. Ben-Dor, *Constitutional Limits and the Public Sphere* 2000 (Bentham'ın anayasal sınırlamalar anlayışıyla ilgili bir çalışma: Özellikle Bl. 2 ve 3 Bentham'ın egemenlik anlayışına odaklanıyor).

Egemenin vekili olarak yargıç: Austin'in "yargısal hukuk" üzerine görüşleri için bkz. Austin 1885, s. 641-660. Detaylı ve Austin'e yakın duran bir inceleme için ayr. bkz. Rumble 1985, Bl. 4. Bentham'ın görüşleri hk. bkz. Postema 1986, Bl. 10-13.

Austin'in merkezi devlet teorisi: Austin'in merkezi devlet organizasyonuna ve onun bağdaşığı olarak gördüğü yetki devrine dair görüşleri onun şu eserinde ifade edilir: 'Centralization' (1847) 85 *Edinburgh Review* 221. Son-

raki politik görüşleriyle ilgili zihin açıcı bir tartışma için bkz. Rumble 1985, Bl. 6; Austin'in politik bakışındaki değişimlerin derslerinde ifade ettiği fikirlerle irtibatı hk. bkz. Hamburger ve Hamburger 1985, Bl. 9.

Austin ve hukuk mesleği: Genel arkaplan için, Sugarman 1986'da yer alan, İngiltere'deki hukukbilim eğilimleri ile hukuk profesyonelliği arasındaki ilişki hakkındaki mükemmel tartışmaya bakınız. Aynı zamanda şu yazı da ilginçtir: W. Twining, '1836 And All That: Laws in the University of London 1836-1986' (1987) 40 *Current Legal Problems* 261. Austin'in akademik hukukçuluk üzerindeki etkisinin örneklenişi için bkz. R. A. Cosgrove, *The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist* 1980, s. 23-28.

4. Bölüm - Analitik hukukbilim ve liberal demokrasi: Hart ve Kelsen

Empirisizm ve kavramsalcılık: Kelsen'in kendi çalışmalarını Anglo-Amerikan analitik hukukbilimi ile karşılaştırması için bkz. Kelsen 1941b. Austin'in çalışmaları etrafındaki yöntem tartışmaları için bkz. Morison 1958 ve 1982; Hart 1958, s. 65 (geniş ölçüde empirisist yorumlar); Manning 1933; Stone 1964, Bl. 2; Moles 1987, Bl. 1; Lobban 1991, Bl. 8 (geniş ölçüde kavramsalcı yorumlar). Rumble 1985 zekice dolaylı yoldan söyler: Her ne kadar Austin faydacıların tipik empirik yönelimini benimseme eğilimi göstermiş olsa da, 'hukukbilim sorunlarına yönelik fiili yaklaşımı pek de Morison'un sandığı kadar empirik değildir' (s. 96); ancak karşı.. W. Rumble; 'John Austin and his Nineteenth Century Critics: the Case of Sir Henry Sumner Maine' (1988) 39 *Northern Ireland Legal Quarterly* 119 (Austin'in empirik ilgilerini ve onun bakışı ile Maine'nin bakışı arasındaki önemli benzerlikleri vurguluyor). Bu tartışmanın tarafları sıklıkla Austin'in yöntemlerindeki çeşitli muğlâklıklardan bahsederler, bu bölümde konu edilen özgül metodolojik ayrımlardan değil.

Hart'ın linguistik empirisizmi: Hohfeld'in temel eseri şudur: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* 1923. Hohfeld hk. bkz. Stone 1964, Bl. 4: İçinde Kocourek'in fikirleri de tartışılıyor. Hart'ın çalışmalarına dair temel incelemeler için bkz. McCormick 1981; M. Martin, *The Legal Philosophy of H L A Hart* 1987; M. D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy* 1992; J. Coleman (ed) *Hart's Postscript* 2001. Leith ve Ingram (eds) *The Jurisprudence of Orthodoxy* 1988'de yer alan yazıların çoğu ve Moles 1987, Hart'ın fikirlerine oldukça eleştirel yaklaşırlar. Ayr. bkz. M. H. Kramer, *Legal Theory, Political Theory and Deconstruction* 1991, Bl. 3.

Kuralların niteliği: Kuralların mahiyeti hk. bkz. Hart 1961, s. 55-61, yükümlülükler hk. s. 82-91; M. Gilbert, 'Social Rules: Some Problems for Hart's Account and an Alternative Proposal' (1999) 18 *Law & Philosophy* 141. Kuralların içsel yönü hk. ayr. bkz. D. N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* 1978, s. 275-292; R. Holton, 'Positivism and the Internal Point of View' (1998) 17 *Law and Philosophy* 597-625. Hart, kurallara dair "pratik teorisi"nin (yani kuralların, gözlemlenebilir davranış düzenlilikleri ile onların davranış rehberi ve eleştiri standartları olarak "içsel" kabullenilişlerinin bir bileşimi olarak inşa edildiklerini söyleyen teorinin), çıkarıldıkları anda hukuk kuralı olarak var olan yasal kurallara, tatbik edilmeleri için bir vesile ortaya çıkmadan önce uygulanamayacağını sonunda kabul etmiştir: Bkz. Hart 1994: 255-256.

Sosyolojiye temayül: Hart'ın hukuk felsefesinin sosyolojik sorunlara duyarsızlığına yönelik eleştiriler için bkz. ör. G. Hughes, 'Professor Hart's Concept of Law' (1962) 25 *Modern Law Review* 319; J. Gibbs, 'Definitions of Law and Empirical Questions' (1968) 2 *Law and Society Review* 429; S. Roberts, *Order and Dispute* 1979, s. 24-25; M. Krygier, 'The Concept of Law and Social Theory' (1982) 2 *Oxford Journal of Legal Studies* 155; B. Edgeworth, 'Legal Positiv-

ism and the Philosophy of Language' (1986) 6 Legal Studies 115; P. Fitzpatrick, *Modernism and the Grounds of Law* 2001, s. 97-99. Tekrarlanan bu eleştirileri karşılamaya yönelik ciddi bir çaba, Hart'ın normatif hukuk teorisini, hukuk sosyolojisiyle ilişkilendirilen empirik hukuk teorisiyle (bana göre üretken biçimde) bütünleşmeye yönlendirirdi. Ayr. bkz. E. Colvin. 'The Sociology of Secondary Rules' (1978) 28 University of Toronto Law Journal 195; özellikle H. Ross, *Law as a Social Institution* 2001, Hart'ın çalışmalarının 'yorumcu sosyolojiye bir başlangıç' olarak düşünülebileceğine dair detaylı bir iddia geliştiriyor (s. ix).

Bu satırların yazarı ile yaptığı özel bir söyleşide (30 Haziran 1988) Hart *The Concept of Law*'dan betimleyici sosyoloji eseri diye bahsetmiş olmaktan pişmanlık duyduğunu, aslında onun betimleyici bir sosyoloji için gerekli kavramlara dair bir inceleme olarak adlandırılmasının daha iyi olacağını belirtmişti. Eğer "gerekli" yerine "kullanışlı" kelimesi konulursa, böyle bir formülasyon metindeki birçok eleştiriyi etkisiz hale getirir. Diğer yandan bu tür bir yeni formülasyonun Hart'ın empirisist yöntemiyle ne ölçüde tutarlı olacağı açık değildir.

Hukuk sisteminin yapısı: Bkz. Hart 1961, s. 91-110. Hart'ın açıkladığı haliyle birincil ve ikincil kurallar arasındaki ayrımın yaşayabilirliğine ya da faydalılığına dair kuşklar uzun süredir ifade ediliyordu. Bkz. ör. L. J. Cohen, Book Review (1962) 71 Mind 395; C. Tapper, 'Powers and Secondary Rules of Change' in A. W. B. Simpson (ed) *Oxford Essays in Jurisprudence* 2nd ser, 1973; Fuller 1969a, s. 134-137. J. W. Harris, *Law and Legal Science* 1979, s. 92-106, hukukun görev-yükleyen ve görev-bekleyen kurallar biçiminde anlaşılması gerektiğini ileri sürer. Tanıma kuralının varlık nedeninin hukuki belirsizliği gidermek olduğunu söyleyen orijinal iddiasına (1961: s. 94-95) rağmen, Hart sonraki yazılarında onun işlevinin 'sadece doğru hukuki kararların taşınmaları gereken genel koşulları belirlemek' olduğunu ve onun belirsizliği gidermediğini, gidermek zo-

runda olmaması gerektiğini ileri sürer (1994: 251, 258). Bu, bir tanıma kuralına müracaatla kesin bir hukukilik kriteri aramanın hatalı olduğunu söyleyen Dworkin'in iddiasına (bkz. Bl. 6) karşı savunmacı bir tepki gibi görünüyor.

Hart'ın hermenötiği: Ayr. bkz. J. Jackson, 'The Concept of Fact' in Leith ve Ingram (eds) *Jurisprudence of Orthodoxy* op. cit. Hart'ın şimdi Dworkin'in itirazıyla karşılaşmış olan betimleyici hukuk teorisi projesi için bkz. S. R. Perry ve L. Murphy'nin Coleman *Hart's Postscript*'de (op. cit.) yer alan yazıları.

Yargı kararları ve kuralların 'açık yapısı': Bkz. Hart 1961, Bl. 7; Hart 1977; MacCormick 1981, Bl. 10. Ayr. bkz. B. Bix, 'H L A Hart and the "Open Texture" of Language' (1991) 10 Law and Philosophy 51; D. Lyons, 'Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation' (1999) 18 Law and Philosophy 297; K. E. Himma, 'Judicial Discretion and the Concept of Law' (1999) 19 Oxford Journal of Legal Studies 7. A. C. Hutchinson, 'A Postmodern's Hart' (1995) 58 Modern Law Review 788'de, bu metindeki gibi, Hart'ın yaklaşımının hukuk kurallarındaki anlamın kesinliğinin kuralların (bir merkeze ve bir gölgeli alana sahip) genel mahiyetine değil, onların kullanımına dair sosyal pratiğe dayalı olduğunu ima ettiğini ileri sürer. Hart'ın yargısal takdir yetkisiyle ilgili görüşlerini nihai olarak yeniden ifade edişi için bkz. Hart 1994: 272-276.

Kelsen'in Kavramsalcılığı: Kelsen'in İngilizce bir biyografisinin olmaması literatürde üzücü bir boşluk olarak kalmayı sürdürüyor. Onun hayatına, kariyerine, çevresine ve çalışmaları üzerindeki etkilere kısa bir giriş için bkz. A. Calsamiglia, 'For Kelsen' (2000) 13 Ratio Juris 196. Tüm 20. yüzyıl hukukçuları arasında uluslararası alanda en çok tartışılmış olan muhtemelen Kelsen'dir. Genel İngilizce çalışmalar için bkz. W. Ebenstein, *The Pure Theory of Law* 1945; R. Moore, *Legal Norms and Legal Science* 1978; R. Tur ve W. Twining (eds) *Essays on Kelsen* 1986; S. L. Paulson ve

B. L. Paulson (eds) *Normativity and Norms* 1998. Kelsen'in saf teorisinin yeni-Kantçı yönleri hk. bkz. Paulson ve Paulson, op. cit, Ks. 3; Tur ve Twining op. cit., Ks. 1. Kavram-salcılıkla ilgili olarak Hart'ın Kelsen'den farkı Hart (ed) 1983'de yer alan 'Kelsen Visited' yazısında açıktır.

'Makina şimdi kendi kendine çalışıyor': Temel norm (*Grundnorm*) kavramı için bkz. Kelsen 1945, s. 115-122; Kelsen 1967, Bl. 34; değişmiş formülasyon için bkz. Kelsen 1991a, Bl. 59. Yorum için bkz. Paulson ve Paulson, *Normativity and Norms*, op. cit. (yazılar: J. Raz, T. Honore, G. Edel, ve G. Luf); S. L. Paulson, 'On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm' (2000) 13 *Ratio Juris* 279; U. U. Bindeiter, 'Presupposing the Basic Norm' (2001) 14 *Ratio Juris* 143. Kelsen'in sonuçta temel normun mahiyetini teorik olarak belirlemekte yaşadığı ciddi sorun, bu metinde geliştirilen konularla bağlantılı olarak, hukuk felsefesinin bir hukuki bilgi epistemolojisi inşa etmesini isteyen kavram-salcılığının doğrudan bir sonucu olarak düşünülebilir. Hart'ın empirisizmi (sorunları ne olursa olsun), tanıma kuralının var oluşunu görevlilerin fiili sosyal pratikleriyle ilgili bir meseleden ibaret görmesi sayesinde, bu zorluklardan kurtuluyor. Kelsen'in teorisinin zaman içindeki değişimi hk. bkz. L. Gianformaggio (ed) *Hans Kelsen's Legal Theory: A Diachronic Point of View* 1990 ve S. L. Paulson'un *Normativity and Norms*'a giriş yazısı.

Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü: Kelsen'in demokrasi üzerine fikirleri için bkz. Kelsen 1945, s. 284-300 ve haksız biçimde gözardı edilmiş kayda değer bir eser olan Kelsen 1955'deki berrak tartışma. Felsefi ve politik görecilik arasındaki bağlantı Kelsen 1957'de yer alan 'Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics' içinde de irdelenir. Kelsen'in devlet ve hukuk düzeni özdeşliğine dair anlayışı için bkz. Kelsen 1967, s. 284-319 ve Kelsen 1945, s. 181-192: 'Analizimizin sonucu, hukuk düzeni kavramından farklı bir sosyolojik devlet kavramı bulunmadığıdır'

(1945, s. 192). Kelsen'in devlet gibi Tanrı'yı da aşkın varlık olarak kabul etmemesi doğrudan ateizme işaret eder, ama teolojik literatürde ortaya konan meseleler yazılarına sık sık konu edilir. Öyle görünüyor ki, Kelsen'in ön plana çıkardığı husus, eylem sorumluluğunun ve vicdan ve iman meseleleri dâhil olmak üzere inançların sonuçlarından sorumluluğun doğrudan ve şahsen bireyler tarafından üstlenilmesi, başka bir yere devredilmemesi gerektiğidir.

Batı toplumlarında modern devlet müdahalesinin hukuki çerçevesiyle ilgili sürmekte olan kaygılar için bkz. ör. T. Lowi, 'The Welfare State, the New Regulation and the Rule of Law' in A. C. Hutchinson ve P. Monahan (eds) *The Rule of Law* 1987; W. E. Scheuerman, 'The Rule of Law and the Welfare State' (1994) 22 *Politics and Society* 195; G. Lawson, 'The Rise and Rise of the Administrative State' (1994) 107 *Harvard Law Review* 1231; R. Cotterrell, 'The Rule of Law in Transition' (1996) 5 *Social and Legal Studies* 451. B. Kriegel *The State and the Rule of Law* 1995, Hukukun Üstünlüğü üzerine kurulu devleti başka tarihsel hukuk anlayışları ile karşılaştırarak savunuyor. Hobbes'un hukuk teorisinin *Hukukun Üstünlüğü* nosyonlarına önceden işaret ettiğine dair bir argüman için bkz. D. Dyzenhaus, 'Hobbes and the Legitimacy of Law' (2001) 21 *Law and Philosophy* 461.

5. Bölüm - Tabii hukukun cazibesi

Hukuki pozitivizm ve tabii hukuk: Hukuki pozitivizmin en çok bilinen özeti Hart 1958'dedir. Austin'in tabii hukuka dair görüşleri Austin 1885, ders 32'de yer alır. Tabii hukuk teorisinin tarihi için bkz. ör. H. McCoubrey, *The Development of Naturalist Legal Theory* 1987; Weinreb 1987; H. A. Rommen, *The Natural Law* 1948. Tabii hukuk teorisine dair güncel tartışmaların genel kaynakları için bkz. J. Finnis (ed) *Natural Law* (2 cilt) 1991; R. P. George (ed) *Natural Law Theory* 1992. Faydalı kısa bir tarama için bkz. A. J.

Lisska, 'Bentham and Recent Work on Natural Law' (1998) 51 Current Legal Problems 299. Tabii hukuk ve *common law* üzerine bkz. Gough 1955.

Tabii hukuk ve hukuki otorite: Aquinas'ın hukuk teorisyle ilgili yakın dönem tartışmalar arasında özellikle bkz. A. J. Lisska, *Aquinas' Theory of Natural Law* 1996; Finnis (ed) *Natural Law* op. cit. C. 1, Ks. 2; J. Finnis, *Aquinas* 1998, Bl. 7 ve 8; N. Kretzmann, 'Lex Iniusta Non Est Lex' (1988) 33 American Journal of Jurisprudence 99 ve Finnis 1980'deki değerli tartışmalar.

Tabii hukukun 'yeniden doğuşu': Genel olarak bkz. J. Stone, *Human Law and Human Justice* 1965, Bl. 7; Haines 1930, özellikle Bl. 2-5 arası; Rommen, *Natural Law*, op. cit., Bl. 6 ve 7.

Nazi döneminden Anglo-Amerikan dersleri: Hart-Fuller tartışması hk. bkz. ör. P. Soper, 'Choosing a Legal Theory on Moral Grounds' in J. Coleman ve E. F. Paul (eds) *Philosophy and Law* 1987. Fuller'in Nazizm karşıtlığı derinden ve tutarlı idi: Bkz. ör. Summers 1984, s. 7, 152. (M. H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism* 1999, s. 114'te yer alan) Fuller'in "Nazizmle flört ettiği" iddiası tamamen temelsiz görünüyor. Fuller'in Nazi hukuk zihniyetine olan ilgisi (Hull 1997, s. 244-245) bu lekelemeyi hiçbir biçimde haklı hale getirmez. Nazi rejiminin mirasından doğan savaş-sonrası hukuk problemleri için bkz. H. O. Pappe, 'On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era' (1960) 23 Modern Law Review 260; McCoubrey, op. cit., Bl 7. Nazi hukuk düzenine dair İngilizce'deki elverişli kaynaklar arasında bkz. Müller 1991; Neumann 1986, Bl. 16; Neumann 1944, s. 440-458; W. E. Scheuerman (ed) *The Rule of Law Under Siege* 1996, Bl. 5 ve 6 (Otto Kirchheimer'in yazıları). E. Fraenkel *The Dual State* 1941, paralel bir keyfilik rejiminin örtüsü olarak bir hukukilik rejiminin var olduğunu ileri sürer. M. Stolleis, *The Law under the Swastika* 1998, Nazi

rejimi altında normal hukuk pratiği ile terörün bir bileşiminin bulunduğunu vurgular.

Nazi Almanyasındaki hukuki pozitivizm hk. ayr. bkz. I. England, 'Nazi Criticism against the Normative Theory of Hans Kelsen' (1998) 32 Israel Law Review 183 (Nazi hukuk teorisi akıl ve bilimsel objektiflik değerlerine daha genel bir karşıtlığı yansıtıyordu); W. Ott ve F. Buob, 'Did Legal Positivism Render German Jurist Defenceless during the Third Reich?' (1993) 2 Social and Legal Studies 91 (pozitivizmi ithamlara karşı temize çıkarıyor); A. Kaufmann, 'National Socialism and German Jurisprudence from 1933 to 1945' (1988) 9 Cardozo Law Review 1629 (Nazi hukukuna yönelik pozitivist bir tavır, Nazi-öncesi hukukun kalıntılarına dair anti-pozitivist bir görüşle pragmatik biçimde birleşiyordu). Kaufmann hukuk felsefesinin rejimin hedeflerini desteklemeye yönelik yaygın istismarını da gösterir. Ayr. bkz. P. Caldwell, 'Legal Positivism and Weimar Democracy' (1994) 39 American Journal of Jurisprudence 273 (kamu hukukuyla ilgili olarak, hukuki pozitivizmin politikası tarihsel bağlama dayalıdır).

Hukukilik ideali ve hukukun varlığı: Franz Neumann'ın *Hukukun Üstünlüğü* ile ilgili en büyük eseri (Neumann 1986), 1933'de Almanya'dan ayrılışından kısa süre sonra Londra Üniversitesi'nde doktora tezi olarak yazılmıştı. Almanca çevirisi 1980'de basıldı ama orijinal İngilizce versiyonu kitap formunda ancak 1986'da çıktı. Tezin ana konuları Neumann 1944'de yineleni; 1937 tarihli yazısı ise 'The Change in the Function of Law in Modern Society' Scheuerman (ed) *The Rule of Law Under Siege*'de yeniden basıldı, op. cit. (Neumann ve Kirchheimer yazılarının bir derlemesi). Neumann ve Kirchheimer hk. bkz. W. E. Scheuerman, *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* 1997; Cotterrell 1995, Bl. 8.

Amaca yönelik bir hukuk görüşü: Fuller'in çalışmala-

nının bir bütün olarak yararlı bir incelemesi Summers 1984'dür. Ölümünden sonra yayınlanan *The Principles of Social Order* (K. Winston, ed) tekrar basım 2001, Fuller'in önemli geç dönem yazılarının çoğunu kapsar. Witteveen ve Van der Burg (eds) 1999, çalışmalarının çoğu yönüne dair değerli yazılar içerir. Fuller hakkında yakın dönemde yapılmış başka tartışmalar için bkz. ör. C. Covell, *The Defence of Natural Law* 1992, Bl. 2; Fuller üzerine özel sayı (1994) 13 *Law and Philosophy* No. 3; Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, op. cit., Bl. 3. P. R. Teachout, 'The Soul of the Fugue' (1986) 70 *Minnesota Law Review* 1073, Fuller'in sistem inşa eden bir teorisyen olarak değil, etik bir eleştirmen olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürer.

Fuller ve common law geleneği: Fuller'in sosyal düzen çeşitlerine dair anlayışı için ayr. bkz. ör. Fuller, 'Some Unexplored Social Dimensions of the Law' in A. E. Sutherland (ed), *The Path of the Law from 1967* 1968; 'Two Principles of Human Association' in J. R. Pennock ve J. W. Chapman (eds) *Voluntary Associations* 1969; 'The Law's Precarious Hold on Life' (1969) 3 *Georgia Law Review* 530; 'Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction' [1975] *Brigham Young University Law Review* 89; 'Mediation: Its Forms and Functions' in *Principles of Social Order*, op. cit.; 'Some Presuppositions Shaping the Concept of "Socialization"' in J. L. Tapp ve F. J. Levine (eds), *Law, Justice and the Individual in Society* 1977. Ayr. bkz. J. Boyle, 'Legal Realism and the Social Contract' (1993) 78 *Cornell Law Review* 371 (Fuller'in görüşlerinde özel düzenleme olarak sözleşme ile yöneten ve yönetilen arasında bir karşılıklılık modeli olarak sözleşme arasındaki ilişkiler hakkındadır).

Politika ve mesleki sorumluluk: Ernst Bloch, *Natural Law and Human Dignity* 1986, Avrupa tabii hukuk geleneklerine dair müthiş zengin ve kapsamlı bir tartışmadır; hukuki pozitivizmin ahlâki hususlara kayıtsızlığının Alman-

ya'da hukuka yönelik bir sinizmi tetiklediğini ve bunun da Nazilerin liberal hukuki kurumları dağıtmalarını kolaylaştırdığını ileri sürer. Hukuki pozitivizmim ahlâki miyopluluğuna dair iddialar için ayr. bkz. M. Tushnet, *The American Law of Slavery 1810-1860* 1981, s. 54-65; R. M. Cover, *Justice Accused* 1975; D. Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems* 1991. Fuller'ın hukuk ve politik değerler üzerine yazıları arasında şunlar vardır: 'Freedom: A Suggested Analysis' (1955) 68 *Harvard Law Review* 1305; 'Irrigation and Tyranny' in *Principles of Social Order*, op. cit.; 'Freedom as a Problem of Allocating Choice' (1968) 112 *Proceedings of the American Philosophical Society* 101; 'Some Reflections on Legal and Economic Freedoms' (1954) 54 *Columbia Law Review* 70.

Tabii hukuk ehlileşti mi?: Hart'ın 'tabii hukukun asgari içeriği' görüşü için ayr. bkz. Hart 1958, s. 78-81; *Law, Liberty and Morality* 1963, s. 70'de şöyle der: "Esasında ahlâkında ... [bireysel özgürlük, hayat güvencesi ve kasıtlı verilen zarardan korunma gibi evrensel değerleri] asla tanımayan bir insan toplumunun ne empirik ve de mantıksal bakımdan ihtimal dahilinde olduğu ileri sürülebilir...". Bir yorum ve eleştiri için bkz. ör. Fuller 1969a, s. 184-186; A. P. D'Entreves, *Natural Law* 2nd. edn. 1970, s. 185-203.

Finnis hk. bkz. ör. D. N. MacCormick, 'Natural Law Reconsidered' (1981) 1 *Oxford Journal of Legal Studies* 99; McCoubrey, op. cit., s. 179-186; Weinreb 1987, s. 108-115; Covell, *Defense of Natural Law*, op. cit., Bl. 5. R. Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* 1987, Finnis'in ve onun büyük ölçüde dayanmış olduğu teolog Germain Grisez'in çalışmalarını irdeleyerek eleştirir; temel bir eleştiri tabii hukuk teorisinin bir "tabiat" felsefesine ihtiyaç duymadığı fikrine yöneliktir. Weinreb 1987, benzer biçimde Finnis'in (ve Fuller'in) teorisinin "tabiatı olmayan bir tabii hukuk" olmasından yakını (Bl. 4). R. P. George, *In Defense of Natural Law* 1999 (özellikle s. 31-91) Grisez-Finnis yaklaşımını savunur. Finnis (ed) *Natural Law*, op. cit., C. 2, Ks. 3

ve 4 bu tartışmayla ilgili yazıları yeniden basar. Ayr. bkz. Finnis'e ithaf edilmiş özel sayı (2000) 75 Notre Dame Law Review No. 5 içindeki yazılar.

6. Bölüm - Yaratıcı yargıç sorunu: Pound ve Dworkin

Pound'un kurallar modelini reddi: Wigdor 1974, Pound'un muhteşem bir biyografisidir ve fikirlerinin evrimi-ne dair incelikli bir inceleme de içerir. Hull 1997, ilginç biçimde Pound'un Karl Llewellyn ve Amerikan hukuki gerçekçilik hareketi ile ilişkisini araştırır. Paul Sayre'ye ait *The Life of Roscoe Pound* 1948, nevi şahsına münhasır, bazen dokunaklı, çokça anekdot içeren, samimi, şahsi ve konusuna yönelik taraftarlığını gizlemeyen bir eserdir. E. B. McLean, *Law and Civilization: The Legal Thought of Roscoe Pound* 1992, Pound'un çalışmalarında yer alan ana konuların doğrudan bir özetidir. Pound'un en eski programatik yazılarından biri olan 'The Need of a Sociological Jurisprudence' (1907) 19 Green Bag 607, hukukun popüler itibarsızlığına tepki olarak sosyolojik hukukbilimi savunur ve hukuki sürecin popüler özelemlerle uyum içinde tutulması gerektiğini ileri sürer: Eğer bu sağlanmazsa hukukçular "yasamadaki ve politikadaki meşru hegemonyalarını mühendislere, doğalcılara (naturalists) ve ekonomistlere kaptırabilirler" (s. 612). Pound sosyolojik hukukbilimi hukuk sosyolojisinden dikkatlice ayırır, ikincisini hukuku davranış anlamında bir doğal fenomen olarak analiz eden bir sosyal bilim olarak görür: G. Gurvitch, *Sociology of Law* 1947'de yer alan sunuş yazısına bakınız.

Sosyolojik hukukbilim bakışı: Pound'un 1906'da Minnesota, St Paul'de Amerikan Barolar Birliği'nde yaptığı konuşma ve sonuçları için bkz. Wigdor 1974, s. 123-130; Hull 1907, s. 63-66. J. H. Wigmore'un olayı memnuniyetle karşılayan yaklaşımı Sayre, *Life of Roscoe Pound*, op. cit, s. 146-151'de ve A. Kocourek, 'Roscoe Pound as a Former Colleague Knew Him' in Sayre, *Interpretations in Modern*

Legal Philosophies, op. cit., s. 424-427'de yeniden basılmıştır. Yasamanın *common law* muhakemesinde asli bir kaynak olarak tam bir tanınmayı hak ettiğine dair Pound'un erken dönemde yaptığı sıkı yasama savunması için ayr. bkz. 'Common Law and Legislation' (1908) 21 Harvard Law Review 383 ve 'Liberty of Contract' (1909) 18 Yale Law Journal 454.

Menfaatler Teorisi: Pound, Alman hukukçu Rudolf von Jhering'in hukuk teorisine bir temel oluşturmak üzere bir menfaatler teorisi geliştirilmesindeki etkisini takdir etmiştir. Pound'un ve Jhering'in fikirleri arasındaki ilişki hk. bkz. Reuschlein, *Jurisprudence*, op. cit., s. 107-112.

Değerler için bir ölçü arayışı: Hukuk felsefesinin değerleri belirlemesi ve sistematikleştirmesi gerektiği görüşü Pound 1940, Bl. 2'de geliştirilmiştir. Kohler'in teorileriyle Pound'un sosyolojik hukukbilimi arasındaki ilişkiler hk. bkz. Reuschlein, *Jurisprudence*, op. cit., s. 117-120. Pound'un kariyeri süresince değişik zamanlarda Anglo-Amerikan hukukunda bulunan hukuki postulaların içeriklerine dair ifadeler için bkz. Pound 1942, Bl. 4; Pound 1959 III, s. 8-10 ve orada önceki yazılara yapılan atıflar.

Pound'un hukukbiliminin daha geniş bağlamı: Pound'un esasen muhafazakâr politik görüşleri hk. bkz. Sayre, *Life of Roscoe Pound*, op. cit., Bl. 6. İlerlemecilerin reform felsefeleri hk. bkz. ör. R. M. Crunden, *Ministers of Reform* 1984. M. White, *Social Thought in America* 1949, 20. yüzyılın başından bu yana Amerikan entelektüel hayatında genel bir "formalizme karşı isyan" hareketinin varlığını gösteren bir otorite olarak çokça atıf alır; bu eser, hukuki yönü itibarıyla, Pound'un ve başkalarının pozitivist analitik hukukbilimin hukuki-mantıksal sabitelerine yönelik reddiyelerini de içerir. Ancak hukuki formalizm muğlâk ve içi boş bir kavramdır; bu bölümde incelenen yazıları, pozitivist analitik hukukbilimin Amerikan hukuk sistemi bağlamında,

özellikle de hızlı sosyal değişim dönemlerinde, hukuki değişimi açıklamadaki yetersizliğine yönelik özgül tepkiler olarak görmek daha iyidir.

Aynı şekilde, Pound' u 20. yüzyıl ortalarındaki başka etkili Amerikalı hukukçularla görece birleşik bir "pragmatik araçsalcılar" okulu içinde bağlantılandırma girişimi (R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory* 1982) bence hatalıdır. Ayr. bkz. W. E. Rumble, *American Legal Realism* 1968, s. 13-20. Pound'un çalışmalarını, "brikola" teriminin kullanımıyla nitelenen daha geniş ve ayırık bir "Amerikan hukukbilimi"nin bir parçası olarak görmek de (Hull 1997'de yapıldığı gibi) daha aydınlatıcı değildir; zira Kelsen'in yerinde vurgusuyla, çoğu hukukbilim kendisinin böyle olmadığını iddia etse de!- ulusal kökeni ne olursa olsun, (Kelsen'in yöntemler senkretizmi dediği) bu yaklaşımı benimser.

Dworkin ve Pound: Burnet 1985 iki yazarı sistematik biçimde karşılaştıran nadir girişimlerden biridir, her ne kadar bu kitabın metninde yapıldığı gibi onları özellikle belli bir *common law* bakışının savunucuları olarak bağlantılandırmasa da. Dworkin Pound'dan ziyade Fuller'e olan borcunu sadece en genel anlamda anlaşılırsa kabul etmeye daha hazır görünür: "Ancak Fuller için bir hoşnutsuzluk örneği olmak üzere, başkaları hukukun geçerliliğinin başka, ahlâkiliğinin de başka bir şey olduğuna dair pozitivistlerin apaçık saydıkları husustan memnun olurlardı": Dworkin 1965, s. 668.

İlkeler ve siyasalar: Dworkin yorumları için genel olarak bkz. M. Cohen (ed) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* 1984; Symposium on Dworkin's *Law's Empire* (1987) 6 *Law and Philosophy* 281-438; A. Hunt (ed) *Reading Dworkin Critically* 1992; S. Guest, *Ronald Dworkin* 2nd edn. 1997; S. Honeyball ve J. Walker, *Integrity, Community and Interpretation* 1998. 1986'da *Law's Empire* yayımlandıktan sonra, Dworkin'in hukuk ve ahlâk felsefesi yazıları, bu ki-

tapta tanımlanmış biçimiyle normatif hukuk teorisine değil, anayasal yorum, pozitif ayrımcılık, sağlık, kürtaj, ötanazi, sansür, yurttaşlık hakları, eşitlik fikri gibi birçok bağlamla ilgili olarak liberal değerleri sistematik biçimde irdelemeye ve savunmaya odaklandı.

Dworkin'in, hukuki geçerliliklerini tanıma kuralından almasalar da, ilkelerin hukukun bir parçası olabildikleri iddiası, böyle bir kuralı kendi gelişmiş hukuk modeline entegre sayan Hart'ın hukuk teorisine doğrudan bir itiraz içerir. Hukuki pozitivistler genel olarak Dworkin'in itirazına üç ana argümanla cevap verdiler: (i) Dworkin'in hukuk ilkeleri teşhis edilmek için bir tanıma kuralına dayalıdır, (ii) tanıma kuralları, hukuk görevlilerinin kuralları hukuk kuralları diye tanımlarını sağlayan testin bir parçası olarak ahlâki ya da başka türden değer kriterlerine referans içerebilirler (ama bunu yapmaları zorunlu değildir) (bkz. Hart 1961: 204) ve (iii) kural ile ilke arasındaki ayrım (Dworkin'in düşüncesinin tersine) bir derece meselesidir ve hukuk kuralları sıklıkla görece muğlâk standartlar içerirler; öyle ki, kurallar modeli Dworkin'in ilkeler diye adlandırdıklarının çoğunu zaten kapsar. Hart (1994: 263-268) bu argümanların tümünün versiyonlarını benimser.

Argüman (ii) çağdaş pozitivistler arasında en tartışmalı olanıdır. Genellikle "kapsayıcı" veya "esnek" hukuki pozitivizm ya da "bağdaşımcılık" diye adlandırılan bu görüş, pozitivistlerin şimdi hukuki-olanı saptayan konvansiyonel "test" olarak neyi kabul edeceklerine dair zor sorular sorar; yine, tanıma kuralının, ne ölçüde kendisine orijinal olarak tahsis edilmiş olan göreve (Hart 1961: 94-95), yani bir hukuk sistemindeki hukuk kuralının teşhis edilmesinde yaşanan belirsizliği giderme görevine sahip diye görülebileceğini sorgular. Ancak, kapsayıcı pozitivizm hukukun bir toplumda sosyal pratik tarafından hukuk diye tanınan her ne ise ondan ibaret olduğunu söyleyen "sosyal tezi" muhafaza eder. Dolayısıyla tabii hukuk konumundan açık farklılığını ortaya koymaya devam eder.

Kapsayıcı hukuki pozitivizm etrafındaki tartışmalar için bkz. ör. (destekleyicileri arasında) Waluchow 1994; Kramer, *In Defense of Legal Positivism*, op. cit., Bl 6; J. Coleman, *The Practice of Principle* 2001; (karşıtları arasında) J. Raz, *Ethics in the Public Domain* 1994, Bl. 10. Ayr. bkz. Coleman (ed) *Hart's Postscript*, op. cit. içinde yer alan özellikle Shapiro, Coleman, Marmor, Zipursky, Himma ve Leiter'in yazıları. Tüm ihtilaf pratik bir uzlaştırma girişimi olarak J. Eekelaar, 'Judges and Citizens' (2002) 22 Oxford Journal of Legal Studies 497'de tartışılır. Dworkin'in ilkelere dair fikirlerini pozitivist teoriye eklemlemeye yönelik zihin açıcı erken bir girişim için ayr. bkz. D. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* 1978. L. Alexander ve K. Kress, 'Against Legal Principles' in A. Marmor (ed) *Law and Interpretation* 1995, hukuk ilkelerine yapılan müracaatın, *common law* yorumunda yaygın olsa da, hatalı ve yorum görevine zarar verici olduğunu ileri sürer. *Common law*'un "kendi işini kendi görür" olduğu fikri için bkz. Lieberman, *Province of Legislation Determined*, op. cit. Bl. 4.

Hukuki yorumun kapalı dünyası: Dworkin kural-ilke ayrımının sıklıkla muğlâk olduğunu uzun süredir kabul etmişti. Bkz. Dworkin 1977, s. 27-28. Dworkin'in cemaat fikrinin çağdaş toplumlardaki empirik koşullarla irtibatlandırma sorunu hk. bkz. E. Lagerspetz, 'Ronald Dworkin on Communities and Obligations' (1999) 12 Ratio Juris 108; ayr. bkz. N. Simmonds, 'Between Positivism and Idealism' (1991) 50 Cambridge L. J. 308: "Topluluk yorumun matrisidir, sonucu değil" diyerek Dworkin'in bunu anlamadığını ileri sürüyor.

Dworkin'in hukuku yorum meselesi olarak göstermesi yakın dönemde hukuki yoruma dair büyük bir literatürün ortaya çıkışını teşvik etti. Zıt görüşler için bkz. ör. B. Bix, *Law, Language and Legal Determinacy* 1993; T. A. O. Endicott, *Vagueness in Law* 2000; S. Levinson ve S. Mailloux (eds) *Interpreting Law and Literature* 1989; G. Leyh (ed) *Legal*

Hermeneutics 1992; P. Nerhot (ed) *Law, Interpretation and Reality* 1990; A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory* 1992; A. Marmor (ed) *Law and Interpretation*, op. cit.; D. Patterson, *Law and Truth* 1996; N. Stavropoulos, *Objectivity in Law* 1996.

Politika, profesyonellik ve yorum toplulukları: Hukuk yorumcuları olarak vatandaşlar hk. ayr. bkz. Rawls, *A Theory of Justice*, 1999, özellikle s. 335-343 ("yaklaşık âdil" bir toplumda vatandaşın politik düzenin bir bütün olarak dayalı bulunduğu temel ilkelerin hukuki ifadesini değerlendirme hakkı). Dworkin'den farklı olarak Rawls sivil itaatsizliği daha üst bir ilke adına hukuku ihlal etmek olarak görür, hukuki duruma dair alternatif bir yorum olarak değil (s. 320-321). 'Nihai temyiz mahkemesi ne mahkemedir ne yürütmedir ne de yasamadır, bütün olarak seçmenlerdir' (s. 342) cümlesi Dworkin'in savunabileceğinden daha ılımlı ve daha retorik bir anlam içerir gibi duruyor. Ancak iki yazarın konumları yakındır.

Dworkin-Fish tartışması ve Fish'in yorum cemaatlerine dair görüşleri hk. bkz. S. Fish, *Doing What Comes Naturally* 1989, özellikle Bl. 4-7, 16 ve 17; [R] Dworkin 1985, Bl. 6 ve 7; J. M. Schelly, 'Interpretation in Law' (1985) 73 *California Law Review* 158. Yorumda 'uyum' sorunu hk. bkz. T. R. S. Allan, 'Justice and Fairness in Law's Empire' (1993) 52 *Cambridge Law Journal* 64; A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., s. 82-84. Hukukçu yorum cemaatlerine dair sosyolojik bir anlayışa ihtiyaç olduğu ve Fish'te böyle bir anlayışa yönelik nihai bir ilgi bulunmadığı üzerine bkz. A. Goldsmith, 'Is There Any Backbone in This Fish?' (1998) 23 *Law and Social Inquiry* 373. Fish kendi hukuk görüşünün yorum cemaatlerinin nasıl çalıştıklarına dair tarihsel araştırmaları engellemediğini açıkça söyler (ör. 'The Law Wishes to Have a Formal Existence' in A. Norrie (ed) *Closure and Critique* 1993); ancak bu cemaatlerin, kimliklerini açık ve genel işleyiş biçimlerini anlaşılabil-

lir kılan bir tarzda sınırlı olduklarını, bunu görmek için empirik araştırmalara ihtiyaç olmadığını varsayar (bu bakımdan Dworkin'le aynı yöndedir).

7. Bölüm - Şüphencilik ve Gerçekçilik

Hukukun normatif analizi hakkında şüphencilik: Koşut İskandinav literatürü için özellikle bkz. A. Hagerström, *Inquiries Into the Nature of Law and Morals* 1953; K. Olivecrona, *Law as Fact* 1939 ve tamamen yeniden yazılmış (ve daha ihtiyatlı) 2. basım 1971; A. Ross, *On Law and Justice* 1958 ve *Directives and Norms* 1968.

Amerikan hukuki realizmi sıklıkla değerlere kayıtsız olmakla eleştirildi (ör. Pound 1931, s. 703) ama bu hukuki gerçekçiliğin en ünlü bazı teorisyenleri için pek doğru değildir. Çoğu gerçekçi ahlâki mutlakların var olduğunu reddetti. Ancak Felix Cohen ahlâki değerlerin göreceliliğinin, onların belirli bir zamanda ve mekânda hukuka rehber olmak bakımından önemlerine zarar vermediğini ısrarla belirtti: Bkz. Cohen, *Ethical Systems and Legal Ideals* 1933 ve L. K. Cohen (ed) *The Legal Conscience* 1960. Karl Llewellyn tabii hukuk teorisinin hukuki idealler arayışına yakınlık duydu, ama onun ahlâki mutlakları gösterme çabalarına ve hukuk ile ahlâkın analitik bakımdan ayrılamayacağına dair iddialarına itiraz etti. Bkz. 'One "Realist's" View of Natural Law for Judges' in Llewellyn 1962 ve Twining 1973, s. 185-188. Bu konular hukuki değerlere çoğu pozitivist analitik hukukçunun yazılarında bulunanlardan daha fazla kayıtsızlık ortaya koymazlar.

Amerikan hukuki gerçekçiliğine dair Britanya'daki görüşler için bkz. Twining 1968, s. 5-7 (1950'lerde Oxford Üniversitesi'ndeki ve hukuk literatüründeki küçümseyici tavırları tartışıyor). Ancak hukuki gerçekçilik, 1937'de *Modern Law Review* yayını kurmuş olan ilerlemeci akademik hukukçuları Britanya'da akademik hukukçuğu canlandırmaya teşvik etti: Bkz. C. Glasser, 'Radicals and Refugees' (1987) 50 *Modern Law Review* 688. Hart'ın Amerikan

hukuki gerçekçiliğine dair görüşleri için bkz. Hart 1961, Bl 7; Hart 1977.

Amerikan hukuki gerçekçiliğine ilişkin genel değerlendirmeler için bkz. N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* 1995; L. Kalman, *Legal Realism at Yale 1927-1960* 1986; Horwitz 1992; Stevens 1983; Twining 1973; Rumble, *American Legal Realism*, op.cit.

Pragmatizm ve gerçekçilik: Bir felsefi terim ve öğreti olarak pragmatizmi 19. yüzyıl sonunda C. S. Pierce tanıttı. James'in öğretisi için bkz. James, *Pragmatism* 1907. Peirce'in ve James'in fikirlerinin Dewey tarafından yapılmış sentezi için bkz. Dewey, *Reconstruction in Philosophy* 1920, *Experience and Nature* 1925, *The Quest for Certainty* 1929. Genel olarak bkz. ör. E. C. Moore, *American Pragmatism* 1961; M. Brint ve W. Weaver (ed.) *Pragmatism in Law and Society* 1991; M. Alberstein *Pragmatism and Law* 2001; B. Tamanaha *Realistic Socio-Legal Theory* 1997, Bl. 2.

Felix Cohen'in eseri hk. ayr. bkz. G. Peller, 'The Metaphysics of American Law' (1985) 73 California Law Review 1151, s. 1227-1232; genel olarak Cohen hk. bkz. M. P. Golding, 'Realism and Functionalism in the Legal Thought of Felix S. Cohen' (1981) 66 Cornell Law Quarterly 1032. Cohen'in hukuktaki "aşkın saçmalık" ve "sihir çözücü kelimeler" tartışması ile yakın koşutluklar, Axel Hagerstörn *Inquiries*'de (op. cit.) yer alan "sihirli kelime" tartışmasında ve Karl Olivecrona'nın daha önce atıf yapılmış çalışmalarında bulunabilir. Eleştirel hukuk çalışmaları literatüründe kullanılan Marksist "şeyleşme" nosyonu için bkz. G. Lukacs *History and Class Consciousness* 1971; Gabel 1980; M. H. Kramer *Legal Theory, Political Theory and Deconstruction*, op. cit., Bl. 5.

Gerçekçilik ve normatif hukuk teorisi: Pound'un "gerçekçilere karşı 1931 bahar hücumu" (karş.. Llewellyn 1931a, s. 54) ve Llewellyn'in bu metinde tartışılan dokuz genellemeyi getiren cevabı hk. bkz. Hull 1997, özellikle Bl.

4; Twining 1973; Bl. 5; Horwitz 1992, Bl. 6. Moore'un empirik araştırmaya yaklaşımı hk. ayr. bkz. ör. W. U. Moore ve C. C. Callahan, 'My Philosophy of Law' in Julius Rosenthal Foundation 1941. Schlegel 1995, sosyal-bilimsel araştırmaya yönelik en önemli hukuki gerçekçi çabaların gidişatı üzerine mükemmel bir yaklaşım içerir.

Holmes'ün oldukça etkili 1897 konuşması 'The Path of Law' için bkz. "'The Path of Law" After One Hundred Years' sempozyumu (1997) 110 Harvard Law Review No 5; S. J. Burton (ed) *The Path of the Law and Its Influence* 2000. Holmes'ün hayatı ve çalışmaları üzerine geniş bir literatür bulunur, yakın dönem kitaplar arasında şunlar vardır: A. W. Alschuler *Law Without Values* 2000; G. E. White *Justice Oliver Wendell Holmes* 1993; H. L. Pohlman *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence* 1984; R. W. Gordon (ed) *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr* 1992. Llewellyn'in kurallara dair görüşünün karikatürleştirilmesi hk. bkz. Twining 1968, Bl. 2; kariyerinin ortalarında kuralların önemine dair sahip olduğu gerçek konumun açık ifade edilişi için bkz. Llewellyn 1941.

Jerome Frank'a ait anlaşılması zor konular için bkz. J. Paul *The Legal Realism of Jerome N. Frank* 1959; W. Volkmer *The Passionate Liberal* 1970; R. J. Glennon *The Iconoclast as Reformer* 1985; N. Duxbury, 'Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism' (1991) 18 Journal of Law and Society 175 (Frank'ın bakışını zamanının bağlamına özenle yerleştiriyor).

Yargıçların kararlarını belirleyen subjektif psikolojik faktörlere dair radikal gerçekçi iddialar hakkında ünlü bir kaynak: J. C. Hutcheson, 'The Judgment Intuitive' (1929) 14 Cornell Law Quarterly 274. Deneyimli bir yargıç tarafından kaleme alınmış olan bu yazı, davalar karara bağlanırken merkezde olanın (mantıktan ziyade) sezgi olduğunu iddia etti. Tabiatıyla bu görüş yargısal ve idari davranışın açıklanışında temel anahtarın psikolojide olduğunu ileri sürdü. Karş. E. S. Robinson *Law and the Lawyers* 1935, s. v.:

“Bu kitap hukukbilimin kesinlikle sosyal bilimler ailesinden biri olacağını göstermeye çalışıyor –onun temel kavramlarının psikolojik bilgi ile uyumlu hale getirilmek zorunda kalacağını” Ayr. bkz. Frank 1949, Bl. 10-11; Frank 1930 (psikanalitik teorinin önemi üzerine); Arnold 1935, s. 269-270 (psikiyatrinin önemi üzerine).

Peller (‘Metaphysics of American Law’, loc. cit.) Cohen’in “aşkın saçmalık” eleştirisinde örneklenen “dekonstrüktif realizm” yaklaşımına zıt olarak, Llewellyn’in yaklaşımını “kurucu realizm” olarak niteler. Ancak kurucu-rekonstrüktif zıtlığı çok katı görünüyor. Örneğin Cohen, mevcut hukuk doktrininin daha gerçekçi bir işlevsel doktrin kurmak üzere dekonstrüksiyona uğrattır. Teorisyenlerin doktrine dayalı ortodoks muhakemeyi hangi ciddiyet derecesinde gördüklerini temel değişken olarak almak daha iyi gibi görünüyor. Bu muhakemeyi ciddi ölçüde önemli bulan Llewellyn gibi gerçekçiler, çabaları onun daha iyi anlaşılmasını veya hukuk doktrininin kullanılma biçiminin geliştirilmesini hedeflediği sürece, “kurucu” olarak düşünülebilirler.

Llewellyn’in kurucu doktrinel realizmi: Llewellyn’in çalışmaları üzerine en iyi genel kaynak Twining 1973’dür, bu mükemmel ve oldukça sempatican bir entelektüel biyografidir; ayr. bkz. Hull 1997. Twining 1968, s. 5-23 Llewellyn’e dair ilginç bir kişisel yaklaşım sunar. Ayr. bkz. W. L. Twining, ‘The Idea of Juristic Method’ (1993) 48 University of Miami Law Review 119.

Llewellyn’in Ortak Ticaret Kodu (OTK) üzerine çalışmaları hk. özellikle bkz. Wiseman 1987; A. R. Kamp, ‘Between-the-Wars Social Thought’ (1995) 59 Albany Law Review 325 (Llewellyn’in OTK çalışmasının üzerindeki sosyal-bilimsel etkileri inceliyor); A. R. Kamp, ‘Uptown Act: A History of the Uniform Commercial Code 1940-49’ (1998) 51 Southern Methodist University Law Review 275; J. Whitman, ‘Commercial Law and American Volk: A Note

on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code' (1987) 97 Yale Law Journal 156.

Llewellyn'in ve Hoebel'in *Cheyenne* çalışmaları hk. bkz. S. Landers, 'Practising What You Preach Against?' in J. R. Wunder (ed) *Law and the Great Plains* 1996 (metodolojik hususlara dair); A. K. Mehrotra, 'Law and the "Other"' (2001) 26 Law and Social Inquiry 741 (bağlamında yapılan Cheyenne çalışmalarını takdir ediyor); D. R. Papke, 'How the Cheyenne Indians Wrote Article 2 of the Uniform Commercial Code' (1999) 47 Buffalo Law Review 1457.

Amerikan hukuki realizminin politik bağlamı: E. A. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory* 1973, hukuki gerçekçilik etrafındaki tartışmaları ABD'deki daha geniş politik ve kültürel gelişmelerle (demokratik değerler ve totalitaryanizm hakkındaki tartışmalar dahil) aydınlatıcı biçimde bağlantılı hale getiriyor. Ayr. genel olarak bkz. Kalman, *Legal Realism* op. cit.; Horwitz 1992; Amerikan hukuk eğitiminin gelişiminde hukuki gerçekçiliğin yeri hk. bkz. Stevens 1983 ve Twining 1973, Ks. 1. Hukukçuların Yeniden Yapılanma dönemine müdahil oluşları hk. bkz. P. Irons, *New Deal Lawyers* 1982; hukuki bağlam için bkz. G. E. White, *The Constitution and the New Deal* 2000. "Serbest hukuk" taraftarı hukukçularla eşleştirilen "serbest yargısal karar" hareketi Almanya ile sınırlı değildir. Bkz. değişik yazarlarca kaleme alınmış olan *The Science of Legal Method* 1917, özellikle E. Ehrlich'in ve F. Gény'in yazıları.

Post-realist siyasa-bilim: McDougal ve Lasswell işbirliği hk. bkz. özellikle Duxbury, *Patterns*, op. cit., Bl. 3; Kalman, *Legal Realism*, op. cit., s. 176-187. Birleşik Devletler'deki hukuk-ve-toplum hareketi hk. bkz. L. M. Friedman, 'The Law and Society Movement' (1986) 38 Stanford Law Review 763; R. Cotterrell (ed) *Law and Society* 1994. Hukukun ekonomik analiziyle ilgili standart Amerikan metni şudur: R. A. Posner, *Economic Analysis of Law* 5. bası 1998.

Post-realist radikal şüphecilik: Yargısal davranışçılık hk. ayr. bkz. Cotterrell 1992, s. 218-222, 341-342. Amerikan Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi hk. genel olarak bkz. Özel Sayı (1984) 36 Stanford Law Review, no. 1; Kelman 1987; R. Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 1986; M. Tushnet, 'Critical Legal Studies: A Political History' (1991) 100 Yale Law Journal 1515; J. Boyle (ed) *Critical Legal Studies* 1992; A. Altman, *Critical Legal Studies: A Liberal Critique* 1990; Özel Sayı (1999) 10 Law and Critique No. 3; Duxbury, *Patterns*, op. cit., Bl. 6; Goodrich 1996, Bl. 8 (EHÇ'nin elit Amerikan hukuk okullarında yerleşik olmasından kaynaklanan kısıtlılıklarını keskin biçimde eleştiriyor). D. Kairys (ed) *The Politics Of Law* 3. bası 1998, EHÇ fikirlerine standart bir giriştir ve bir anlamda onların manifestosudur.

Britanya'da geniş anlamda eleştirel çalışmaların anaakım gelişimini gösteren yazı örnekleri için bkz. R. Fryer et. al. (eds) *Law, State and Society* 1981; D. Sugarman (ed) *Legality, Ideology and the State* 1983; Twining (ed) 1986; P. Fitzpatrick ve A. Hunt (eds) *Critical Legal Studies* 1987; Fitzpatrick (ed) *Dangerous Supplements* 1991.

Hukuk profesyonelliği ve realizmin mirası: Gerçekçiliğin Amerika'da hukuk mesleğinin bazı kesimlerinde yol açtığı şaşkınlığa dair iyi bir fikir P. Mechem, 'The Jurisprudence of Despair' (1936) 21 Iowa Law Review 669'dan edinilebilir. Eleştirel hukuk çalışmalarındaki 'nihilizm' hakkında benzer bir rahatsızlık Carrington 1984'te ifade edilir. Ayr. bkz. Minda 1995, Bl. 11 ve aşağı. Bl. 9. Hukuki gerçekçiliğin hukukun belirsizliğine dair iddialarının profesyonel hukuk etiği için içerimleri hk. bkz. D. B. Wilkins, 'Legal Realism for Lawyers' (1990) 104 Harvard Law Review 469. Amerika'da gerçekçiliğin 'mayalanması' esnasında Britanya'da hukuk eğitiminin konumu hk. bkz. Glasser, 'Radicals and Refugees', loc. cit.

8. Bölüm - Farklılık hukukbilimi: Sınıf, toplumsal cinsiyet ve ırk

Marx'ın hayaleti: Marx'ın hukuk üzerine temel yazılarının derlemesi için bkz. M. Cain ve A. Hunt (eds) *Marx and Engels on Law* 1979. Tartışma için bkz. H. Collins, *Marxism and Law* 1982; P. Philips, *Marx and Engels on Law and Laws* 1980. Marksist hukuk teorisine dair en gelişkin çalışma Pashukanis 1978'dir; ayr. bkz. P. Beirne ve R. Sharlet (eds) *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law* 1980. Temel çalışmaların bir seçkisi olan *Soviet Legal Philosophy* 1951, Sovyetler Birliği'nin erken dönemlerindeki hukuk tartışmalarının gidişatını ortaya koyar. P. Hirst, *On Law and Ideology* 1979, *Law, Socialism and Democracy* 1986 ve B. Edelman, *Ownership of the Image* 1979, hukukla ilgili Marksist fikirleri modern Batı bağlamıyla ilişkilendirirler. Sypnowych 1990, hukuk ile Marksizmden türetilmiş sosyalist gelenekler arasındaki ilişkileri tartışır; ancak kitaptaki bazı önkabuller (ve sosyalizmin tedrici kazanımlarıyla hukukun sönümleneceğine dair Marksist tezi karşılayan vurgular) yazılışından bu yana yaşanan tarihsel olaylar ışığında anakronistik görünüyor. Marksist hukuk teorisinde temel bir kavram olarak sosyal ilişkiler hk. bkz. A. Hunt, *Explorations in Law and Society* 1993, Bl. 11.

Eşitlik, farklılık ve liberal feminizm: Metinde atıf yapılmış olan kaynaklar dışında genel olarak liberal feminizm hk. bkz. ör. N. Lacey, *Unspeakable Subjects* 1998; M. C. Nussbaum, *Sex and Social Justice* 2000; M. H. Kramer, *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism* 1995; H. Peterson, *Home Knitted Law* 1996 (kadınların hukuk deneyimlerinin değişik yönleri üzerine yazılar); H. Barnett, *Introduction to Feminist Jurisprudence* 1998. Yararlı yazı derlemeleri arasında bkz. K. T. Bartlett ve R. Kennedy (eds) *Feminist Legal Theory* 1991; M. Fineman ve N. Thomadsen (eds) *At the Boundaries of Law* 1991; S. James ve S. Palmer (eds) *Visible Women* 2001; L. F. Goldstein (ed) *Feminist Jurisprudence:*

The Difference Debate 1992; M. Becker, C. G. Bowman ve M. Torrey (eds) *Feminist Jurisprudence* 1994; P. Smith (ed) *Feminist Jurisprudence* 1993; F. E. Olsen (ed) *Feminist Legal Theory* (2 Cilt) 1995 (önemli yazıların yeniden basımı); H. Barnett (ed) *Sourcebook on Feminist Jurisprudence* 1997.

İngiliz hukukunun belli alanlarına dair feminist yaklaşımlar hk. bkz. ör. A. Bottomley (ed) *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law* 1996; S. Milns ve N. Whitty (eds) *Feminist Perspectives on Public Law* 1999; A. Morris ve T. O'Donnell (eds) *Feminist Perspectives on Employment Law* 1999; S. Scott-Hunt ve H. Lim (eds) *Feminist Perspectives on Equity and Trusts* 2001.

Hukukta farklı ahlâki sesler: Carol Gilligan'ın çalışmalarının hukuka dair içerimleri hk. ayr. bkz. M. Drakopoulou, 'The Ethic of Care, Female Subjectivity and Feminist Legal Scholarship' (2000) 8 *Feminist Legal Studies* 199; L. K. Kerber et. al., 'On *In a Different Voice: An Interdisciplinary Forum*' (1986) 11 *Signs* 304 (Gilligan'ın cevabıyla birlikte); Frug 1992, Bl. 3 ve Frug'un yazısına cevap (orijinal olarak yayımlandığı yer:) J. Greenberg, M. Minow ve E. Schneider, 'Contradiction and Revision' (1992) 15 *Harvard Women's Law Journal* 65; J. C. Tronto, *Moral Bondaries: A Political Argument for an Ethic of Care* 1994. Daha genel olarak ayr. bkz. S. Sevenhuijsen, *Citizenship and the Ethics of Care* 1998; R. West, *Caring for Justice* 1997, Bl. 1; E. B. Cole ve S. Coultrap-McQuin (eds) *Explorations in Feminist Ethics* 1992; N. Naffine (ed) *Gender and Justice* 2002 (temel yazıların yeniden basımı).

Hukuk pratiğinde farklı bir ahlâki ses oluşturma olanakları hk. ayr. bkz. R. Jack ve D. Jack, *Moral Vision and Professional Decisions: The Changing Values of Women and Men Lawyers* 1989 (ABD'de kadın hukukçuların mesleki deneyimlerini ve değerlerini erkek meslektaşlarıyla karşılaştıran bir çalışma); C. Menkel-Meadow, 'Exploring a Research Agenda of the Feminization of the Legal Profession'

(1989) 14 *Law and Social Inquiry* 289; J. L. Pierce, *Gender Trials: Emotinal Lives in the Contemporary Law Firms* 1995, Bl. 5 (kadın hukukçular arasında 'daha ihtimamlı bir pratik' olduğunu ileri sürüyor); M. Thornton, *Dissonance and Distrust: Women in the Legal Profession* 1996. L. Guinier, M. Fine ve J. Balin, *Becoming Gentlemen* 1997 (ABD'deki büyük bir hukuk okulunda kadın öğrencilerin deneyimleri analiz ediliyor); "Kadınların, önceden beri erkeklerin baskın olduğu kurumlara girdiklerinde ve şaşırtıcı ölçüde izole, marjinal ve hoşnutsuz kaldıklarında yaşadıkları düş kırıklıkları" anlatılıyor (s. 2).

Radikal feminizm ve hukukun cinsiyeti: MacKinnon hk. bkz. D. Cornell, 'Sexual Difference, the Feminine and Equivalency' (1991) 100 *Yale Law Journal* 2247 (cinsiyet farklılığını mağdurlaştırma dışında bir şey olarak teyit edememesi nedeniyle MacKinnon'un programının oldukça sınırlı olduğunu ileri sürüyor); E. Jackson, 'Catherine MacKinnon and Feminist Jurisprudence: A Critical Appraisal' (1992) 19 *Journal of Law and Society* 195. Kefalet davalarında 'cinsiyetle geçen borçlar' hk. ayr. bkz. R. Mackenzie, 'Beauty and Beastly Bank' in Bottomley (ed) *Foundational Subjects of Law*, op. cit.; K. Green ve L. Him, 'Weaving Along the Borders' in Scott-Hunt ve Lim (eds), *Equity and Trusts*, op. cit. Feminist stratejilerde hukukun yeri hk. ayr. bkz. E. Kingdom, *What's Wrong with Rights?* 1991 (feministleri hak-temelli argümanlara güven konusunda ihtiyatlı olmaya çağıran yazılar). Feminist bir mesele olarak pornografi hk. bkz. ör. Barnett, *Introduction*, yuk, s. 281-315; Smart 1989, Bl. 6; Frug 1992, s. 145-153. Özcülük sorunu hk. bkz. A. P. Harris, 'Race and Essentialism in Feminist Legal Theory' (1990) 42 *Stanford Law Review* 581.

Postmodern feminizm: Mary Joe Frug'ın çalışmaları hk. bkz. (1992) 105 *Harvard Law Review* No. 5'de yer alan B. Johnson, R. Colker ve M. Minow'un yazıları. Ayr. bkz. M. Ashe, 'Inventing Choreographies: Feminism and De-

construction' (1990) 90 Columbia Law Review 1123 (feminizmle irtibatlı bir dizi postmodern fikri ve ilgili başka fikirleri tartışan bir inceleme yazısı).

Eleştirel ırk teorisi: Haklar diskuru tartışması için bkz. Symposium on the critique of rights (1984) 62 Texas Law Review No. 8; A. Hunt, 'Rights and Social Movements' (1990) 17 Journal of Law and Society 309; D. Herman, 'Beyond the Rights Debate' (1993) 2 Social and Legal Studies 25. N. Milner, 'The Denigration of Rights and the Persistence of Rights Talk' (1989) 14 Law and Social Inquiry 631, haklar diskurunun onu eleştirenler arasında bile pratikte cazibesini ve gücünü koruduğunu ileri sürer.

EIT'nin yakın dönem entelektüel tarihinin ve mevcut ilgi konularının geniş kapsamlı bir taraması için bkz. R. Delgado ve J. Stefancie (eds) *Critical Race Theory: The Cutting Edge* 2. basım 2000; F. Valdes, J. M. Culp ve A. P. Harris (eds) *Crossroads, Directions and a New Critical Race Theory* 2002; A. K. Wing (ed) *Critical Race Feminism: A Reader* 1997. Bu literatürde özgül hukuki meseleler sıklıkla daha geniş sosyal meselelerden ayrılamaz durumdadırlar; bu da bu metinde geçen (bkz. Bl. 9'a giriş yazısı), farklılık hukukbiliminin (ayrık bir kavramsal alan olarak) hukukun sosyal olan tarafından "istilasının" bir semptomu olduğu iddiasını örnekliyor.

Ayr. bkz. 600 sayfalık Symposium on 'LatCrit Theory' (1997) 85 California law Review No. 5; R. Delgado ve J. Stefancie, 'Critical Race Theory' (1998) 51 Current Legal Problems 467 (EIT tarihini ve ilgi alanlarını faydalı biçimde özetliyor); P. Goodrich ve L. G. Mills, 'The Law of White Spaces' (2001) 51 Journal of Legal Education 15 (EIT'ni Britanya bağlamıyla ilişkilendiriyor ve daha önce hukuki gerçekliğe ve EHÇ'na yönelik tepkileri hatırlatır biçimde, ona yönelik ölçsüz ve akademik olmayan tepkileri ayrınılılarıyla anlatıyor).

Özgül çalışmaların örnekleri için bkz. M. J. Matsuda et.

al., *Words That Wound* 1993 (Birleşik Devletler’de ırkçı konuşmanın hukuki denetimi üzerine); Lopez 1996 (hukukun ırksal kimliği inşası üzerine); G. A. Spann, *Race Against the Court* 1993 (Yüksek Mahkeme’nin ırksal azınlıkların ikincilleştirilmelerini kalıcı hale getirdiğini iddia ediyor); A. N. Ancheta, *Race, Rights and the Asian American Experience* 1998 (ırksal adaletle sadece ırksal ve etnik deneyim çeşitliliğinin tanınmasıyla ulaşılacağını savunuyor); D. Cooper ve D. Herman, ‘Jews and Other Uncertainties’ (1999) 19 *Legal Studies* 339 (İngiliz “trusts” hukukunun ırklaştırılmış diskurunda “Yahudi” kimliğinin inşası üzerine).

Politika, profesyonellik, farklılık: Bkz. M. Minow, *Making All the Difference* 1990 (Amerikan hukukunun, örneğin engelliliğe, ırka, etnisiteye, dine ve toplumsal cinsiyete dair sosyal farklılaşmayı nasıl yarattığını ve onlarla nasıl karşı karşıya geldiğini gösteriyor). Kamusal-özel ayrımı hk. ayr. bkz. S. I. Benn ve G. F. Gauss (eds) *Public and Private in Social Life* 1983; M. Thornton (ed) *Public and Private: Feminist Legal Debates* 1995; M. P. D’Entreves ve U. Vogel (eds) *Public and Private* 2000; kamusal-özel ayrımı sempozyumu (1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review* No. 6 (özellikle K. Klare, C. Stone, D. Kennedy ve M. Horwitz’in yazıları).

9. Bölüm - Hukukun dekonstrüksiyonu ve yeniden inşası

Parçalı bir anlamlar sistemi olarak hukuk ve tüm hukuki düşüncenin belli bakış açılarından üretilişi: Bu hususlar (hukuk diye anlaşılanın “objektifliğini” doğrudan varsaymak yerine) hukuk anlayışının subjektifliğine odaklanma çağrılarına yol açtı. Bkz. ör. Schlag 1991; J. M. Balkin, ‘Understanding Legal Understanding’ (1993) 103 *Yale Law Journal* 105; D. Caudill, *Lacan and the Subject of Law* 1997, Bl. 4.

Postmodernizm ve dekonstrüksiyon: Postmodernizm

ve hukuk teorisi: Bkz. ör. Douzinas ve Warrington 1991; Davies 1996; C. Douzinas et. al. (eds) *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies* 1994; D. Cornell et. al. (eds) *Deconstruction and the Possibility of Justice* 1992; I. Ward, *Kantianism, Postmodernism and Critical Legal Thought* 1997; H. M. Stacey, *Postmodernism and Law* 2001; Minda 1995, Bl. 12, A Carty (ed) *Post-Modern Law* 1991.

Balkin'in dekonstrüksiyon anlayışı hk. bkz. Schlag 1991 (dekonstrüksiyonu analitik bir araç sayma eğilimlerini eleştiriyor). Derrida'nın temel hukuk tartışması Derrida 1992'dir (aşağıda "Derrida, Adalet, *Autopoiesis*" başlığı altında tartışılıyor).

Minör hukuk yaklaşımlarını diriltmek: Lacancı psikanaliz ve hukuk için bkz. Caudill, *Lacan and the Subject of Law*, op. cit.; Stacy, *Postmodernism and Law*, op. cit., Bl. 5. 'Posta kuralı' hk. ayr. bkz. S. Gardiner, 'Trashing with Trollope' (1992) 12 Oxford Journal of Legal Studies 170; C. Douzinas ve R. Warrington, 'Posting the Law' (1991) 4 International Journal for the Semiotics of Law 115. "Samimiyet ilişkilerinde hukukun konumunu, özelde kamunun konumunu, kişisel olanda politik olanın ve hukuki olanın konumunu sorgulamaya yönlendiren soylu bir yol" olarak "aşk yargılamaları" hk. bkz. Goodrich 1996, Bl. 2. Aşk mahkemelerinin tarihsel varlığından kuşku duyan yakın dönem tartışmaları arasında bkz. A. Weir, *Eleanor of Aquitaine* 1999, s. 181-182 ('neredeyse kesin biçimde edebi şımarıklıktan fazlası değil') ve D. D. R. Owen, *Eleanor of Aquitaine* 1993, s. 152-156. W. A. Neilson, *The Origin and Sources of the Court of Love* (1899, yeniden basım 1967) bazı yazarlar tarafından aşk mahkemelerine atfedilen pratiklerin hakikaten var olduklarını ve ciddi olmaktan ziyade oyunculuğa yönelik olsalar da, sosyal bakımdan önemli ve etkili olduklarını iddia ediyor. A. Kelly, *Eleanor of Aquitaine and the Four Kings* 1952, aşk mahkemeleri söylentilerinin "duyguya düşman bir çağın hissiz hesapçılığına" teşhir edilme-

sinde “korkutucu bir şey” görür ve bu söylentilerin ‘kadınların önceki feodal şemadan önemli bakımlardan farklı bir toplum nosyonuna sahip olduklarının belirtilerini’ ortaya koyduğunu iddia eder (s. 164).

Temelleri olmayan hukuk: Hukuki düşüncenin döngüsellığı postmodern teorisyenlerin bir keşfi değildir (bkz. ör. Cohen 1935, s. 45 ve N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., s. 246) ancak postmodernler onu ya hukukun (temeldenciliğin sorunlarından kurtulmuş bir bilgi olarak) gücünü ya da (hayali otorite temelleri üzerine kurulu olarak) zayıflığını göstermek üzere analizlerinin merkezine koymuşlardır.

Postmodern teorinin empirik araştırmalara kayıtsızlığı hk. bkz. Teubner 1997. Bu kayıtsızlık, postmodernlerin “içinde yaşadığımız kültürün, o kültürü kendi adımıza temsil etmemize yarayan retorik araçlardan ayrılabilceğini” ve “teorik perspektiflerimizin çalışma konumuz olan pratiklerden ayrı olduklarını” reddetmeleri üzerine kuruludur (F. J. Mootz, ‘Correspondence: Postmodern Constitutionalism as Materialism’ (1992) 91 Michigan Law Review 515, s. 522). Ancak bu görüşler empirik araştırmalardan uzak durulmasına değil onların mahiyetlerinin farklı biçimde anlaşılmasına yönlendirmelidir.

Derrida, adalet, autopoiesis: Derrida’nın adalet görüşü hk. bkz. Balkin 1994; D. Cornell, *The Philosophy of the Limit* 1992; R. Buonamano, ‘The Economy of Violence’ (1998) 11 Ratio Juris 168; D. Litowitz, ‘Derrida on Law and Justice’ (1995) 8 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 325; Stacy, *Postmodernism and Law*, op. cit., Bl. 4. J. M. Balkin, *Cultural Software: A Theory of Ideology* 1998, Bl. 7, üstün adalet ve doğruluk değerlerinin önkabulüne yönelik bir ihtiyacın varlığını ve herhangi bir kültürün bunu ancak eksik biçimde karşıladığını ileri sürer. Douzinas ve Warrington 1995, postmodern perspektifte etik ve adalet meselelerini inceler.

Hukuk ve autopoiesis teorisi hk. bkz. N. Luhmann, 'Operational Closure and Structural Coupling' (1992) 13 Cardozo Law Review 1419; Teubner 1993; G. Teubner (ed) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* 1988; Priban and Nelken (eds) 2001, A. Febbrajo ve G. Teubner (eds) *State, Law, Economy as Autopoietic Systems* 1992. Cornel (*Philosophy of Limit*, op. cit., Bl. 5) yapı-bozumu autopoiesis teorisiyle karşılaştırır: "Derrida hukuk sisteminin tüm değerlerinin ve normlarının muntazaman çıkarılabilecekleri 'gerçek' hiçbir normatif köken bulunmadığı konusunda Luhmann'la mutabıktır. Ancak Luhmann'dan farklı olarak Derrida, bu kökenin yerini kendini tekrarlama mantığının da tam olarak alamayacağını ileri sürer... Hukukun bitmek bilmez yapı-bozumu makinayı istikrarsızlaştırır ve sistemdeki çatlakları açığa çıkarır. Bu istikrarsızlaştırmanın bir sonucu olarak, kökenin yerinden edilişi hiçbir zaman tamamlanamaz (s. 131-132). Dolayısıyla, bu görüşte hukuk autopoiesis teorisinin iddia ettiği gibi diskur itibarıyla kendi kendine yeterli olamaz.

Hukukun boş kalıbı: Hukukun kurucu olduğu fikri hiçbir biçimde postmodern yazarlarla sınırlı değildir ve Amerika'da özellikle sosyo-hukuki akademik çevrelerde yaygın kabul görmüştür. Bu fikir bir biçiminde hukukun ideolojik işlevlerine dair Marksist anlayışlara benzer; bir başka biçiminde hukukun sosyal hayatı şekillendirmedeki araçsal gücüne dair pragmatist düşünceyle oldukça bağdaşıktır.

Pragmatizm: Bkz. yuk. 7. Bl.'de "Pragmatizm ve Gerçekçilik" başlığı altındaki notlarda atıf yapılan kaynaklar. Amerikan yeni-pragmatizminin özenli bir eleştirisi için bkz. Luban 1994, Bl. 3. Schlag 1991, s. 1705-1721, pragmatistlerin "eylem alanına, düşünce alanına ve makul politik hedefler alanına dair konvansiyonel tasvire" (s. 1720) dayandıklarını ve dolayısıyla bu konvansiyonlardan kurtulamayacaklarını ileri sürer. Yeni-pragmatizmde etkili olan,

klasik bir temeldencilik-karşıtlığı sunumu için bkz. R. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* 1980.

Hukuk teorisine yeni bir yön vermek: Hukuka duyulan inanç hk. bkz. ör. S. Levinson, *Constitutional Faith* 1988; J. M. Balkin, 'Agreements with Hell and Other Objects of Our Faith' (1997) 65 Fordham Law Review 1703; Oliver, Douglas-Scott ve Tadros (eds) 2000.

Hukuk topluluklarını teorileştirmek: Metinde sunulan hukuk-ve-topluluk yaklaşımı Cotterrell 1997'den türetilmiştir. O zamandan bu yana bu yaklaşımı değişik bağlamlarda şu yazılarla geliştirmeye ve uygulamaya çalıştım: 'Is There a Logic of Legal Transplants?' in D. Nelken ve J. Fest (eds) *Adopting Legal Cultures* 2001; 'Seeking Similarity, Appreciating Difference' in A. Harding ve E. Özüncü (eds) *Comparative Law in the 21st Century* 2002; 'Common Law Approaches to the Relationship Between Law and Morality' (2000) 3 Ethical Theory and Moral Practice 9; 'Transparency, Mass Media, Ideology and Community' (1999) 3 Cultural Values 414. Ayr. bkz. Cotterrell 1999, s. 222-227.

Ulus devlet ötesinde hukuk teorisi: Belli uluslararası hukuki gelişmelerle ilgili olarak küreselleşmeye ve devletlerin içinde mevcut çeşitli türden gruplarla ilgili güncel hukuki meselelere dair geniş literatür, bu kitabın kapsamı dışındadır. Ortaya çıkmakta olan uluslararası otorite örüntüleri hk. bkz. ör. M. Hardt ve A. Negri, *Empire* 2000'deki provokatif analizler; bu kitapta yeni egemenlik formunun, "tek bir yönetim mantığı altında birleşmiş bir dizi ulusal ve ulusüstü organizmadan" oluşan merkezsiz ve ülkesiz bir form olduğu iddia edilir (s. xii). Sosyal olanın niteliğindeki güncel değişimlerle irtibatlı olarak, uluslararası hukuki süreçlerin niteliklerinin teorisini yapmaya yönelik, şimdiye kadarki en önemli çabalar arasında bkz. B. De S. Santos, *Toward a New Legal Common Sense* 2. basım 2002 ve G. Teubner (ed) *Global Law Without a State* 1997.

Hukuk teorisi ve hukuk meslekleri: Postmodern politikaya dair hukuk bağlamlı kapsamlı bir tartışma için bkz. J. F. Handler, 'Postmodernism, Protest and the New Social Movements' (1992) 26 Law and Society Review 697 ve derginin aynı sayısında yer alan, bu yazıya dair yorumlar. Ulus-aşırı hukuk pratiği gelişiminin profesyonel içerimleri hk. bkz. ör. R. Abel, 'Transnational Law Practice' (1994) 44 Case Western Reserve Law Review 737; Y. Dezalay ve B. Garth, *Dealing in Virtue* 1996; J. Flood, 'Megalawyering in the Global Order' (1996) 3 International Journal of the Legal Profession 169.

Çağdaş Britanya'da hukuk profesyonelliği hk. bkz. ör. R. Abel, 'Between Market and State: The Legal Profession in Turmoil' (1989) 52 Modern Law Review 285; Özel Sayı 'Tomorrow's Lawyers' (1992) 19 Journal of Law and Society No. 1; G. Hanlon, 'A Profession in Transition?' (1997) 60 Modern Law Review 798.

ABD'de hukuk profesyonelliği izleklerinin yakın dönem eleştirileri için bkz. H. Edwards, 'The Growing Disjunction Between Legal Education and The Legal Profession' (1992) 91 Michigan Law Review 34 (hukuk okulları saf teoriye doğru gidiyor, hukuk firmaları ise her şeyden önce kâr elde etme peşinde: Her ikisinde de 'etik pratik' ihmal edilegeldi); A. T. Kronman, *The Lost Lawyer* 1993 (Amerikan hukukçuları mesleki tatmin ve onur duygusunu temellendiren geleneksel değerleri kaybediyorlar); M. A. Glendon, *A Nation Under Lawyers* 1994 (hukukçuların toplum üzerindeki etkileri hiç olmadığı kadar güçlü, ama mesleki değerler daha esnek, daha belirsiz ve kamusal beklentilerle daha ilgisiz).

Referanslar

Yazarın adından sonraki parantezde yer alan tarihler, eserin veya atıf yapılan basımın orijinal yayının tarihleridir [Türkçe baskısı olan çalışmalar yanlarında belirtilmiştir –ç.n.].

Abrams, K. (1990) 'Ideology and Women's Choices' 24 Georgia Law Review 761-801.

Ahdar, R. J. (ed) (2000) *Law and Religion* (Aldershot: Ashgate).

Allison, J. W. F. (1999) 'Legal Culture in Lon Fuller's Analysis of Adjudication' in Witteveen and Van der Burg (eds) (1999) s. 346-363.

Arnold, T. W. (1935) *The Symbols of Government* (New York: Harcourt Brace and World edn, 1962).

Arthurs, H. W. (1985) *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England* (Toronto: University of Toronto Press).

Auchmuty, R. (2001) 'The Fiction of Equity' in S. Scott-Hunt and H. Lim (eds) *Feminist Perspectives on Equity and Trusts* s. 1-25 (London: Cavendish).

Austin, J. (1832) *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge: Cambridge University Press edn. 1995) [*Hukukun Belirlenmiş Alanı*, Çev. Ülker Yükselbaba, Saim Üye, Umut Koloş, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015].

— (1885) *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* 5th edn. (London: John Murray).

Balkin, J. M. (1987) 'Deconstructive Practice and Legal Theory' 96 Yale Law Journal 743-786.

— (1992) 'What is a Postmodern Constitutionalism?' 90 Michigan Law Review 1966-1990.

— (1994) 'Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice' 92 Michigan Law Review 1131-1186.

Barker, E. (1928) *Political Thought in England 1848-1914* 2. basım (Westport, Conn: Greenwood Press yeniden basım, 1980).

Beger, N. (2002) 'Putting Gender and Sexuality on the Agenda: Queer Theory and Legal Politics' in R. Banakar ve M. Travers (eds) *An Introduction to Law and Social Theory* s. 173-188 (Oxford: Hart).

Bentham, J. (1970) *Of Laws in General* (London: University of London Athlone Press).

— (1977) *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government* (London: University of London Athlone Press).

Blackstone, W. (1809) *Commentaries on the Law of England* 15. basım (London: Cadell and Davies). Kolaylık adına metindeki atıflar, bu sonraki basımda gösterilmiş haliyle 1765-1769 basımının orijinal sayfa numaralarına yapılmıştır.

Bobbio, N. (1987) *The Future of Democracy: A Defence of the Rules of the Game*, çev. R Griffin (Cambridge: Polity).

Brunner, H. E. (1945) *Justice and the Social Order*, çev. M. Hottinger (London: Lutterworth Press).

Buckland, W. W. (1949) *Some Reflections on Jurisprudence* (Hamden, Conn: Archon yeniden basım, 1974).

Burnet, D. A. (1985) 'Dworkin and Pound' 71 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 234-245.

Burrow, J. W. (1966) *Evolution and Society: A Study in Victorian Social Theory* (Cambridge: Cambridge University Press).

Butler, J. (1990) *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (New York: Rotledge) [*Cinsiyet Belası: Feminizm ve Kimliğin Altüst Edilmesi*, Çev.: Başak Ertür, İstanbul: Metis Yayınları, 2017].

Campbell, T. D. (1996) *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth).

Carrington, P. D. (1984) 'Of Law and the River' 34 *Journal of Legal Education* 222-228.

Carter, J. C. (1907) *Law: Its Origin, Growth and Function* (New York: Da Capo yeniden basım, 1974)

Castberg, F. (1955) 'Philosophy of Law in the Scandinavian Countries' 5 *American Journal of Comparative Law*, 388-400.

Cocks, R. (1983) *Foundations of the Modern Bar* (London: Sweet & Maxwell).

Cohen, F. S. (1935) 'Transcendental Nonsense and the Functional Approach' yeniden basım: L. K. Cohen (ed) *The Legal Conscience: Selected Papers of Felix S. Cohen* s. 33-76 (New Haven: Yale University Press, 1960).

Cohen M. R. (1933) *Law and the Social Order: Essays in Legal Philosophy* (New York: Archon yeniden basım, 1967).

Collini S., Winch D. ve Burrow J. (1983) *The Noble Science of Politics: A Study Nineteenth-Century Intellectual History* (Cambridge: Cambridge University Press).

Conklin, W. E. (2002) 'The Place of the People in John Austin's Structuralism' in M. Troper ve A. Verza (eds) *Legal Philosophy: Gene-*

ral Aspects (ARSP-Beiheft 82) s. 184-200 (Stuttgart: Franz Steiner Verlag).

Cotterrell, R. (1992) *The Sociology of Law: An Introduction* 2. basım (London: Butterworth).

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

— (1997) 'A Legal Concept of Community' 12 *Canadian Journal of Law and Society* 75-91.

— (1998) 'Law and Community: A New Relationship?' 51 *Current Legal Problems* 367-391.

— (1999) *Emile Durkheim: Law in a Moral Domain* (Edinburgh: Edinburgh University Press, Stanford: Stanford University Press).

— (2001) 'The Representation of Law's Autonomy in Autopoiesis Theory' in Priban ve Nelken (eds) (2001) s. 80-103.

Daintith, T. C. (1982) 'Legal Analysis of Economic Policy' 9 *Journal of Law and Society* 191-224.

Dalton, C. (1988) 'Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought' 3 *Berkeley Women's Law Journal* 1-13.

Davies, M. (1996) *Delimiting the Law: 'Postmodernism' and Politics of Law* (London: Pluto).

Derrida, J. (1992) 'Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"' in D. Cornell, M. Rosenfeld ve D. G. Carlson (eds) *Deconstruction and the Possibility of Justice* s. 3-67 (New York: Routledge) ['Yasanın Gücü', *Şiddetin Eleştirisi Üzerine* içinde, Çev.: Zeynep Dirrek, 6. Baskı, İstanbul: Metis Yayınları, 2014].

Dewey, J. (1924) 'Logical Method and Law' 10 *Cornell Law Quarterly* 17-27.

Diamond, A. (ed) (1991) *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine: A Centennial Reappraisal* (Cambridge: Cambridge University Press).

Dicey, A. V. (1905) *Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century* (London: Macmillan).

— (1959) *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 10. bs. (London: Macmillan).

Dinwiddy, J. R. (1975) 'Bentham's Transition to Political Radicalism, 1809-10' 36 *Journal of the History of Ideas* 683-700.

Douzinas, C. ve Warrington, R. (1991) *Postmodern Jurisprudence: The Law of Text in the Texts of Law* (London: Routledge).

— (1994) *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law* (Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf).

Dowdall, H. C. (1926) 'The Present State of Analytical Jurisprudence' 42 Law Quarterly Review 451-470.

Dubois, E. C. et. al. (1985) 'Feminist Discourse, Moral Values and the Law - A Conversation' 34 Buffalo Law Review 11-87.

Dworkin, A. (1985) 'Against the Male Flood: Censorship, Pornography and Equality' 8 Harvard Women's Law Journal 1-29.

Dworkin, R. M. (1965) 'Philosophy, Morality and Law: Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim' 113 University of Pennsylvania Law Review 668-690.

— (1967) 'The Case For Law: A Critique' 1 Valparaiso University Law Review 215-217.

— (1971) 'Philosophy and the Critique of Law' in R. P. Wolff (ed) *The Rule of Law* s. 147-170 (New York: Simon and Schuster).

— (1977) *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, yeni ekle yeni basım, 1978) [*Hakları Ciddiye Almak*, Çev.: Ahmet Ülvi Türkbağ, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2007].

— (1982) "'Natural Law" Revisited' 34 University of Florida Law Review 165-188.

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

— (1986) *Law's Empire* (Oxford: Hart yeniden basım, 1998).

— (1989) 'Liberal Community' 77 California Law Review 479-504.

Edwards, S. S. M. (1996) *Sex and Gender in the Legal Process* (London: Blackstone).

Ellickson, R. C. (1991) *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1991).

Elliott, G. (1987) *Althusser: The Detour of Theory* (London: Verso).

Evans, M. O. (1896) *Theories and Criticisms of Sir Henry Maine* (London: Stevens and Haynes).

Feaver, G. (1969) *From Status to Contract: A Biography of Sir Henry Maine 1822-1888* (London: Longmans, Green).

Fehlberg, B. (1997) *Sexually Transmitted Debt: Surety Experience and English Law* (Oxford: Oxford University Press).

Finnis, J. (1980) *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press).

Fish, S. (1982) 'Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature' 60 Texas Law Review 551-567.

— (1983) 'Wrong Again' 62 Texas Law Review 299-316.

Fitzpatrick, P. (1992) *The Mythology of Modern Law* (London: Routledge).

— (2001) *Modernism and the Grounds of Law* (Cambridge: Cambridge University Press).

- Frank, J. (1930) *Law and the Modern Mind* (Garden City, NY: Anchor, yeniden basım: 1963, altıncı basımın 1948 tarihli önsözüyle birlikte).
- (1949) *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (Princeton: Princeton University Press)
- Frug, M. J. (1992) *Postmodern Legal Feminism* (New York: Routledge).
- Fuller, L. L. (1940) *The Law in Quest of Itself* (Chicago: Foundation Press).
- (1946) 'Reason and Fiat in Case Law' 59 *Harvard Law Review* 376-395.
- (1958) 'Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart' 71 *Harvard Law Review* 630-672.
- (1969a) *The Morality of Law* 2. basım (New Haven: Yale University Press).
- (1969b) 'Human Interaction and the Law' 14 *American Journal of Jurisprudence* 1-36.
- (1978) 'The Forms and Limits of Adjudication' 92 *Harvard Law Review* 353-409.
- Gabel, P. (1980) 'Reification in Legal Reasoning' 3 *Research in Law and Sociology* 25-51.
- Gabel, P. ve Kennedy, D. (1984) 'Roll Over Beethoven' 36 *Stanford Law Review* 1-55.
- Gilligan, C. (1982) *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* (Cambridge, Mass: Harvard University Press) [*Kadının Farklı Sesleri*, Çev. Duygu Dinçer, Fulden Arısan ve Merve Elma, İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2017].
- (1985) Contributions to discussions in Dubois et. al. (1985).
- Gilmore, G. (1961) 'Legal Realism: Its Cause and Cure' 70 *Yale Law Journal* 1037-1048.
- Goodrich, P. (1987) *Legal Discourse: Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis* (London: Macmillan).
- (1990) *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks* (London: Weidenfeld and Nicolson).
- (1994) 'Jani Anglorum: Signs, Symposiums, Slips and Interpretation in Law' in C. Douzinas, P. Goodrich ve Y. Hachamovitch (eds) *Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies* s. 107-144 (London: Routledge).
- (1995) *Oedipus Lex: Psychoanalysis, History, Law* (Berkeley: University of California Press).
- (1996) *Law in the Courts of Love: Literature and Other Minor Jurisprudences* (London: Routledge)

- (1997) 'Introduction: Psychoanalysis and Law' in P. Goodrich (ed) *Law and the Unconscious: A Legendre Reader* s. 1-36 (London: Macmillan).
- Goody, J. (1977) *The Domestication of the Savage Mind* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Gough, J. W. (1955) *Fundamental Law in English Constitutional History* (Oxford: Oxford University Press).
- Habermas, J. (1974) *Theory and Practice*, çev. J. Viertel (London: Heinemann).
- Hacker, P. M. S. (1977) 'Hart's Philosophy of Law' in Hacker and Raz (eds) (1977) s. 1-25.
- Hacker, P. M. S. ve Raz, J. (eds) (1977) *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* (Oxford: Oxford University Press).
- Haines, C. G. (1930) *The Revival of Natural Law Concepts: A Study of the Establishment and of the Interpretation of Limits on Legislatures with Special Reference to the Development of Certain Phases of American Constitutional Law* (New York: Russell and Russell basımı, 1965).
- Hamburger, L. ve Hamburger, J. (1985) *Troubled Lives: John and Sarah Austin* (Toronto: University of Toronto Press).
- Harno, A. J. (1932) 'Social Planning and Perspective Through Law' in *Handbook and Proceedings of the Association of American Law Schools 1932 Annual Conference* s. 8-22 (New York: AALS).
- Hart, H. L. A. (1953) 'Definition and Theory in Jurisprudence', yeniden basım: Hart (1983) s. 21-47.
- (1955) 'Introduction' to J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence* s. vii-xvii (Indianapolis: Hackett, yeniden basım, 1998).
- (1958) 'Positivism and the Separation of Law and Morals', yeniden basım: Hart (1983) s. 49-87.
- (1961) *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press) yeni basım, yeni bir ek ile birlikte sayfa numaraları yenilenmiş, 1994).
- (1963) *Law, Liberty and Morality* (Oxford: Oxford University Press) [*Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*, Çev. Erol Öz, 3. Baskı, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2014].
- (1965) 'Lon L. Fuller: The Morality of Law' yeniden basım: Hart (1983) s. 343-363.
- (1968) *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (Oxford: Oxford University Press).
- (1970) 'Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence', yeniden basım: Hart (1983) s. 265-277.
- (1972) 'Legal Powers' yeniden basım: Hart (1982) s. 194-219.

— (1977) 'American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream', yeniden basım: Hart (1983) s. 123-144.

— (1982) *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Oxford University Press).

— (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press).

— (1987) 'Comment' in R. Gavison (ed) *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart* s. 35-42 (Oxford: Oxford University Press).

— (1994) 'Postscript' to Hart (1961) s. 238-276.

Hinsley, F. H. (1986) *Sovereignty* 2. basım (Cambridge: Cambridge University Press).

Hobbes, T. (1651) *Leviathan* (Cambridge: Cambridge University Press basımı, 1991) [*Leviathan*, Çev. Semih Lim, 13. Baskı, İstanbul: YKY, 2018]

Holdsworth, W. S. (1928) *The Historians of Anglo-American Law* (Hamden, Conn: Archon yeniden basımı, 1966)

Holmes, Jr, O. W. (1897) 'The Path of the Law', yeniden basım: (1997) 110 Harvard Law Review 991-1009.

— (1899) 'Law in Science and Science in Law' 12 Harvard Law Review 443-463.

Honoré, A. M. (1973) 'Groups, Laws and Obedience' in A. W. B. Simpson (ed) *Oxford Essays in Jurisprudence* 2. seri s. 1-21 (Oxford: Oxford University Press).

— (1987) *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical* (Oxford: Oxford University Press).

Horwitz, M. J. (1992) *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (New York: Oxford University Press).

Howe, M. de W. (ed) (1953) *Holmes-Laski Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935* (London: Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press).

Hull, N. E. H. (1997) *Roscoe Pound and Karl Llewellyn: Searching for an American Jurisprudence* (Chicago: University of Chicago Press).

Hunt, A. (1990) 'The Big Fear: Law Confronts Postmodernism' 35 McGill Law Journal 507-540.

Julius Rosenthal Foundation (1941) *My Philosophy of Law: Credos of Sixteen American Scholars* (Boston: Boston Law Book Co.).

Kelman, M. G. (1984) 'Trashing' 36 Stanford Law Review 293-348.

— (1987) *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge, Mass: Harvard University Press).

Kelsen, H. (1941a) 'The Law as a Specific Social Technique', yeniden basım: Kelsen (1957) s. 231-256.

— (1941b) 'The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence', yeniden basım: Kelsen (1957) s. 266-287.

— (1945) *General Theory of Law and State*, çev. A. Wedberg (New York: Russell and Russell basımı, 1961).

— (1955) 'Foundations of Democracy' 66 *Ethics* 1-101.

— (1957) *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley: University of California Press).

— (1967) *Pure Theory of Law*, çev. M. Knight (Berkeley: University of California Press) [*Saf Hukuk Kuramı*, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora Kitap, 2016].

— (1973) 'God and the State', çev. P. Heath, in O. Weinberger (ed) *Hans Kelsen: Essays in Legal and Moral Philosophy* s. 61-82 (Dordrecht: D. Reidel).

— (1991a) *General Theory of Norms*, çev. M. Hartney (Oxford: Oxford University Press).

— (1991b) 'Sovereignty' in S. L. ve B. L. Paulson (eds) *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* s. 525-536 (Oxford: Oxford University Press).

Kennedy, D. (1979) 'The Structure of Blackstone's Commentaries' 28 *Buffalo Law Review* 205-382.

Kirchheimer, O. (1941) 'The Legal Order of National Socialism', yeniden basım: F. S. Burin ve K. L. Shell (eds) *Politics, Law and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer* s. 88-109 (New York: Columbia University Press, 1969).

— (1961) *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends* (Princeton: Princeton University Press).

Klare, K. E. (1978) 'Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941' 62 *Minnesota Law Review* 265-339.

Kocourek, A. (1928) *Jural Relations* 2. basım (Indianapolis: Bobbs-Merrill).

Krygier, M. (1986) 'Law as Tradition' 5 *Law and Philosophy* 237-262.

Kuper, A. (1991) 'The Rise and Fall of Maine's Patriarchal Society' in Diamond (ed) (1991) s. 99-110.

Lacey, N. (1993) 'Theory into Practice? Pornography and the Public/Private Dichotomy' 20 *Journal of Law and Society* 93-113.

Larson, M. S. (1977) *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (Berkeley: University of California Press).

Laski, H. J. (1967) *A Grammar of Politics* 5. basım (London: George Allen and Unwin).

- Lasswell, H. D. ve McDougal, M. S. (1943) 'Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest' 52 Yale Law Journal 203-295.
- Levinson, S. ve Balkin, J. M. (1991) 'Law, Music and Other Performing Arts' 139 University of Pennsylvania Law Review 1597-1658.
- Levy, L. W. (ed) (1987) *Essays on the Making of the Constitution* 2. basım (New York: Oxford University Press).
- Levy-Ullmann, H. (1935) *The English Legal Tradition: Its Sources and History*, çev. M. Mitchell (London: Macmillan).
- Llewellyn, K. N. (1930a) 'A Realistic Jurisprudence: The Next Step', yeniden basım: Llewellyn (1962) s. 3-41.
- (1930b) *Cases and Materials on the Law of Sales* (Chicago: Callaghan).
- (1931a) 'Some Realism About Realism', yeniden basım: Llewellyn (1962) s. 42-76.
- (1931b) 'Frank's Law and the Modern Mind', yeniden basım: Llewellyn (1962) s. 101-110.
- (1940) 'On Reading and Using the Newer Jurisprudence', yeniden basım: Llewellyn (1962) s. 128-165.
- (1941) 'My Philosophy of Law' in Julius Rosenthal Foundation (1941) s. 183-197.
- (1951) *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study* 2. basım (Dobbs Ferry, NY: Oceana).
- (1960) *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston: Little, Brown).
- (1962) *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (Chicago: University of Chicago Press).
- (1968) *The Case Law System in America*, çev. M. Ansaldi (Chicago: University of Chicago Press).
- Llewellyn, K. N. ve Hoebel, E. A. (1941) *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (New York: Legal Classics Library yeniden basımı, 1992).
- Lobban, M. (1991) *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850* (Oxford: Oxford University Press).
- Lopez, I. F. H. (1996) *White by Law: The Legal Construction of Race* (New York: New York University Press).
- Luban, D. (1994) *Legal Modernism* (Ann Arbor: University of Michigan Press).
- Luhmann, N. (1982) *The Differentiation of Society*, çev. S. Holmes ve C. Larmore (New York: Columbia University Press).
- Lyotard, J-F. (1984) *The Postmodern Condition: A Report on*

Knowledge, çev. G. Bennington ve B. Massumi (Manchester: Manchester University Press) [*Postmodern Durum*, Çev. İsmet Birkan, İstanbul: Bilgesu Yayıncılık, 2014].

MacCormick, D. N. (1981) *H. L. A. Hart* (London: Edward Arnold).

— (1985) 'A Moralistic Case for A-Moralistic Law' 20 *Valparaiso Law Review* 1-41.

— (1992) 'Natural Law and the Separation of Law and Morals' in R. P. George (ed) *Natural Law Theory: Contemporary Essays* s. 105-33 (Oxford: Oxford University Press).

MacKinnon, C. A. (1985) Contributions to discussions in Dubois et. al. (1985)

— (1987) *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge, Mass: Harvard University Press).

— (1989) *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass: Harvard University Press) [*Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Çev. Sabir Yücesoy, Türkan Yöney, 2. Baskı, İstanbul: Metis Yayınları, 2015].

Maine, H. S. (1861) *Ancient Law* (London: Dent basımı, 1917).

— (1875a) *Lectures on the Early History of Institutions* (London: John Murray).

— (1875b) 'The Effects of Observation of India on Modern European Thought', yeniden basım: Maine (1876) s. 203-239.

— (1876) *Village Communities in the East and West* 3. basım (London: John Murray).

— (1883) *Dissertations on Early Law and Custom* (London: John Murray).

— (1885) *Popular Government* (London: John Murray).

Maitland, F. W. (1893) 'Outlines of English Legal History, 560-1600', yeniden basım: Maitland (1911) C. 2, s. 417-496.

— (1901) 'The Crown as Corporation', yeniden basım: Maitland (1911) C. 3, s. 244-270.

— (1911) *The Collected Papers of Frederic William Maitland* (Cambridge: Cambridge University Press).

Manchester, A. H. (1980) *A Modern Legal History of England and Wales 1750-1950* (London: Butterworth).

Mannheim, K. (1956) *Essays on the Sociology of Culture*, çev. E. Mannheim ve P. Kekesketi (London: Routledge and Kegan Paul) [*Kültür Sosyolojisi*, Çev. Mustafa Yalçinkaya, İstanbul: Pinhan Yayınları, 2017].

Manning, C. A. W. (1933) 'Austin Today: or "The Province of Jurisprudence" Re-examined' in W. I. Jennings (ed) *Modern Theories of Law* s. 180-226 (London: Wildly yeniden basımı, 1963).

- Marx, K. ve Engels, F. (1888) *The Communist Manifesto*, çev. S. Moore (Oxford: Oxford University Press basımı, 1992) [*Komünist Manifesto*, Çev. Muzaffer İlhan Erdost, Ankara: Sol Yayınları, 1998].
- Matsuda, M. J. (1996) *Where Is Your Body? - And Other Essays on Race, Gender and the Law* (Boston: Beacon Press).
- McIlwain, C. H. (1910) *The High Court of Parliament and Its Supremacy: An Historical Essay on the Boundaries Between Legislation and Adjudication in England* (New Haven: Yale University Press).
- Menkel-Meadow, C. (1985a) Contributions to discussion in Du-bois et. al. (1985).
- (1985b) 'Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process' 1 Berkeley Women's Law Journal 39-63.
- Mill, J. S., (1859) 'On Liberty' in *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government* s. 69-185 (London: Dent basımı, 1993) [*Faydacılık*, Çev. Gökhan Murteza, İstanbul: Pinhan Yayınları, 2017].
- Minda, G. (1995) *Postmodern Legal Movement: Law and Jurisprudence at Century's End* (New York: New York University Press).
- Minow, M. (1988) 'Feminist Reason: Getting It and Losing It' 38 Journal of Legal Education 47-60.
- Molles, R. N. (1987) *Definition and Rule in Legal Theory: A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition* (Oxford: Basil Blackwell).
- Morison, W. L. (1958) 'Some Myths About Positivism' 68 Yale Law Journal 212-233.
- (1982) *John Austin* (London: Edward Arnold).
- Müller, I. (1991) *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, çev. D. L. Schneider (London: I B Tauris).
- Murphy, P. L. (1972) *The Constitution in Crisis Times 1918-1969* (New York: Harper and Row).
- Neumann, F. L. (1944) *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944* (New York: Octagon yeniden basımı, 1983)
- (1986) *The Rule of Law: Political Theory and the Legal System in Modern Society* (Leamington Spa: Berg).
- O'Donovan, K. (1985) *Sexual Divisions in Law* (London: Weidenfeld and Nicolson).
- Oliver, P., Douglas-Scott, S. ve Tadros, V. (eds) (2000) *Faith in Law: Essays in Legal Theory* (Oxford: Hart).
- Olsen, F. (1983) 'The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform' 96 Harvard Law Review 1497-1528.
- Pashukanis, E. B. (1978) *Law and Marxism: A General Theory*, çev.

B. Einhorn (London: Ink Links) [*Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev. Onur Karahanoğulları, 2. Baskı, İstanbul: Birikim Yayınları, 2011]

Paulson, S. L. (1975) 'Classical Legal Positivism at Nuremberg' 4 *Philosophy and Public Affairs* 132-158.

Pocock, J. G. A. (1957) *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century* (Cambridge: Cambridge University Press, yeni Ek ile birlikte yeniden basım, 1987).

Posner, R. A. (1972) 'A Theory of Negligence' 1 *Journal of Legal Studies* 28-96.

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

Pound, R. (1906) 'The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice', yeniden basım: R. D. Henson (ed) *Landmarks of Law: Highlights of Legal Opinion* s. 180-195 (New York: Harper, 1960).

— (1908) 'Mechanical Jurisprudence' 8 *Columbia Law Review* 605-623.

— (1911) 'The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence' (Ks. 2) 25 *Harvard Law Review* 140-168.

— (1923) *Interpretations of Legal History* (Cambridge: Cambridge University Press).

— (1931) 'The Call For a Realistic Jurisprudence' 44 *Harvard Law Review* 697-711.

— (1940) *Contemporary Juristic Theory* (Littleton, Col: Rothman, yeniden basım, 1981).

— (1941) 'My Philosophy of Law' in Julius Rosenthal Foundation (1941) s. 249-262.

— (1942) *Social Control Through Law* (New Haven: Yale University Press).

— (1943) 'A Survey of Social Interests' 57 *Harvard Law Review* 1-39.

— (1950) *New Path of the Law* (Lincoln, Neb: University of Nebraska Press).

— (1959) *Jurisprudence* (St. Paul, Minn: West Publishing Co.).

— (1963) 'Runaway Courts in the Runaway World' 10 *University of California at Los Angeles Law Review* 729-738.

Priban, J. ve Nelken, D. (eds) (2001) *Law's New Boundaries: The Consequences of Autopoiesis* (Aldershot: Ashgate).

Raz, J. (1980) *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System* 2. basım (Oxford: Oxford University Press).

Rumble, Jr, W. E (1985) *The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution* (London: Athlone Press).

Sartorius, R. (1966) 'The Concept of Law' 52 *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 161-190.

Savigny, F. C. von (1831) *Of the Vacation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, çev. A. Hayward (New York: Arno Press, yeniden basım, 1975).

— (1867) *System of the Modern Roman Law*, çev. W. Holloway, C. 1 (Westport: Hyperion Press, yeniden basım, 1979).

Schlag, P. (1991) 'The Problem of the Subject' 69 *Texas Law Review* 1627-1743.

Schlegel, J. H. (1995) *American Legal Realism and Empirical Social Science* (Chapel Hill: University of North Carolina Press).

Schmitt, C. (1985) *Political Theology: Four Chapters On the Concept of Sovereignty*, çev. G. Schwab (Cambridge, Mass: MIT Press).

Schwartz, R. D. ve Miller, J. C. (1964) 'Legal Evolution and Societal Complexity' 70 *American Journal of Sociology* 159-169.

Scott, J. W. (1988) 'Deconstructing Equality-Versus-Difference: Or, the Uses of Poststructuralist Theory for Feminism' 14 *Feminist Studies* 33-50.

— (1992) 'Experience' in J. Butler ve J. W. Scott (eds) *Feminists Theorize the Political* s. 22-40 (New York: Routledge).

Selznick, P. (1969) *Law, Society and Industrial Justice* (New Brunswick: Transaction, yeniden basım, 1980)

Shklar, J. N. (1964) *Legalism* (Cambridge, Mass: Harvard University Press).

Simpson, B. (1973) 'The Common Law and Legal Theory', yeniden basım: Twining (ed) (1986) s. 8-25.

Skinner, Q. (1978) *The Foundations of Modern Political Thought Vol 1: The Renaissance* (Cambridge: Cambridge University Press).

Skolnick, J. (1975) *Justice Without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*, 2. basım (New York: Wiley).

Smart, C. (1989) *Feminism and the Power of Law* (London: Routledge).

Sommerville, J. P. (1999) *Royalists and Patriots: Politics and Ideology in England 1603-1640*, 2. basım (London: Longman).

Stein, P. (1980) *Legal Evolution: The Story of an Idea* (Cambridge: Cambridge University Press).

Stephen, L. (1990) *The English Utilitarians Volume 3: John Stuart Mill* (London: Duckworth).

Stevens, R. (1983) *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980's* (Chapel Hill: University of North Carolina Press).

Stoljar, S. J. (1958) 'The Corporate Theories of Frederic William Maitland' in L. C. Webb (ed) *Legal Personality and Political Pluralism* s. 20-24 (Melbourne: Melbourne University Press).

Stone, J. (1964) *Legal System and Lawyers' Reasoning* (London: Stevens).

— (1966) *Social Dimensions of Law and Justice* (Sydney: Maitland).

Strauss, L. (1953) *Natural Rights and History* (Chicago: University of Chicago Press).

Sugarman, D. (1983) 'The Legal Boundaries of Liberty: Dicey, Liberalism and Legal Science' 46 *Modern Law Review* 102-111.

— (1986) 'Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition' in Twining (ed) (1986) s. 26-61.

Summers, R. S. (1984) *Lon L. Fuller* (London: Edward Arnold).

Sypnowich, C. (1990) *The Concept of Socialist Law* (Oxford: Oxford University Press).

Teubner, G. (1989) 'How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law' 23 *Law and Society Review* 727-757.

— (1993) *Law as an Autopoietic System*, çev. A. Bankowska ve R. Adler (Oxford: Blackwell).

— (1997) 'The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy' 31 *Law and Society Review* 763-787.

Tie, W. (1999) *Legal Pluralism: Toward a Multicultural Conception of Law* (Aldershot: Ashgate).

Tushnet, M. (1983) 'Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles' 96 *Harvard Law Review* 781-827.

— (1986) 'Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings' 36 *Journal of Legal Education* 505-517.

Twining, W. (1968) *The Karl Llewellyn Papers* (Chicago: University of Chicago Law School).

— (1973) *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (London: Weidenfeld and Nicolson).

— (1984) 'Evidence and Legal Theory' yeniden basım: Twining, *Law in Context: Enlarging a Discipline* s. 110-130 (Oxford: Clarendon).

— (ed) (1986) *Legal Theory and Common Law* (Oxford: Basil Blackwell).

Vyshinsky, A. Y. (1951) 'The Fundamental Tasks of the Science of Soviet Socialist Law', çev. H. W. Babb, in V. I. Lenin et. al., *Soviet Legal Philosophy* s. 303-341 (Cambridge, Mass: Harvard University Press).

Waluchow, W. J. (1994) *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press).

Weber, M. (1948) 'Politics as Vacation' in H. H. Gerth ve C. Wright Mills (ed. ve çev.) *From Max Weber: Essays in Sociology* s. 77-128) (London: Routledge and Kegan Paul).

— (1978) *Economy and Society* (Berkeley: University of California Press) [*Ekonomi ve Toplum*, Çev. -, İstanbul: Yarın Yayıncılık, 2012].

Weinreb, L. L. (1987) *Natural Law and Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press).

West, R. (1992) 'The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory' in M. J. Frug (ed) *Women and the Law* s. 807-825 (Westbury, NY: Foundation Press).

White, G. E. (1972) 'From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America', yeniden basım: White (1978) s. 99-135.

— (1976) 'The Path of American Jurisprudence', yeniden basım: White (1978) s. 18-73.

— (1978) *Patterns of American Legal Thought* (Indianapolis: Bobbs-Merrill).

— (1988) *The American Judicial Tradition: Profiles of Leading American Judges* 2. basım (New York: Oxford University Press).

White, J. B (1990) *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism* (Chicago: University of Chicago Press).

Whitman, C. B. (1991) 'Review Essay: Feminist Jurisprudence' 17 *Feminist Studies* 493-507.

Wigdor, D. (1974) *Roscoe Pound: Philosopher of Law* (Westport, Conn: Greenwood Press).

Williams, P. J. (1991) *The Alchemy of Race and Rights* (Cambridge, Mass: Harvard University Press).

Wiseman, Z. B. (1987) 'The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules' 100 *Harvard Law Review* 465-545.

Witteveen, W. J. (1999) 'Laws of Lawmaking' in Witteveen ve Van der Burg (eds) (1999) s. 312-345.

Witteveen, W. J. ve Van Der Burg, W. (eds) (1999) *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design* (Amsterdam: Amsterdam University Press).

Yale, D. E. C. (1972) 'Hobbes and Hale on Law, Legislation, and the Sovereign' 31 *Cambridge Law Journal* (ek cilt) 121-156.

HUKUKBİLİMİN POLİTİKASI

ROGER COTTERRELL

"Her hukuk öğrencisi, konuya dair metinler ve tartışmalar üzerine eleştirel bir yorum içeren bu kitabı okumaya teşvik edilmelidir... Hukuk felsefesi metinlerinin farklı yorumları daha önce ileri sürülmüş olsalar da, Cotterrell'in sentezi ve tefsiri en güçlü ve en etkileyici yorumu sunuyor.. [Cotterrell] hukukbilim alanının politik bir bağlamda anlaşılması gerektiği tezini ortaya koyuyor ve ufuk açıcı biçimde savunuyor."

International Journal of the Sociology of Law

"Cotterrell'in kitabı, hukukbilime yeni başlayan yetkin hukuk öğrencilerinden tutun, hukukçulara, politikanın ve politika felsefesinin hukuki veçheleriyle ilgilenen sorgulayıcı zihinlere kadar uzanan bir okur yelpazesi için ciddi bir ilgi konusu olmalıdır... Kitap hukuk teorilerini öyle ilginç, alışılmadık ve anlaşılır bir tarzda tarayıp sunuyor ki, okunmasını zorunlu kılıyor."

Legal Studies

Hukukbilimin Politikası - Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş, hukukbilimin ne hakkında olduğunu, ne yapmaya çalıştığını, bunu nasıl yaptığını ve -en önemlisi- sonuçlarının hukuk pratiğinin gündelik sorunlarıyla ve büyük sosyal, ahlâki ve politik meselelerle nasıl ilgili hale getirilebileceğini araştırıyor. Hukuk felsefesinin, hukukun toplumsal, ekonomik ve söz konusu konularla ilişkileriyle ilgili olarak hukukun kullanıma sokulduğu alanlar ve hukukun topluma tabi tutulduğu alanlar hakkında bilgi veriyor.

ISBN : 978-605-9460-50-7



pinhanyayincilik.com

/pinhanyayincilik

/pinhankitap