

ADALET VE KURALLAR : BİR ELEŞTİRİ *

Kenneth I. Winston
(Çeviren : Murat Önderman)

H. L. A. Hart, doğal hukuk kuramına karşı, hukuki pozitivistizmin temel savını "her ne kadar, gerçekte çok kez bu özelliklere sahip olsalar da, hukuki kuralların, ahlaki bazı gerekleri karşılama ya da yerine getirme zorunluluğunun bulunmadığı yalın iddiası" şeklinde belirtir¹. Hart, genel olarak bu tezi savunurken, iki önemli istisnayı kabul eder. Bunlardan ilki, "asgari içerikli bir doğal hukuk"un benimsenmesidir: insani bazı özellikler dikkate alındığında, (fiziksel saldırılar karşısında incinebilirlik, özgecillğe çok az rastlanması, vd.) cinayeti, şiddeti ve hirsızlığı yasaklayan kurallara sahip olmakta, "doğal bir zorunluluk" bulunmaktadır². İkinci istisnayı ise (bizi burada ilgilendiren de budur), "genel kurallardan oluşan hukuk düşüncesinde, onu, ahlaki ilkelerle zorunlu bir teması bulunmaksızın, ahlaki açıdan tam anlamıyla kayıtsız olarak ele almamızı engelleyen birşeyin bulunduğu" iddiası oluşturur³. Bu iddia, genel kural kavramının (ya da kural kavramının kendisinin; zira, başka türde bir kural kabul edilmemiştir), adaletin,

temel bir şartı olan, benzer olaylara benzer şekilde davranma ilkesini "içerdiği" görüşüne dayanır⁴. Böylece Hart'a göre, insan davranışlarının kurallarla yönetildiği her durumda, asgari bir adalet zorunlu olarak gerçekleştirilmiş olacaktır. Ben bu iddianın yanlışlığını ileri sürmek istiyorum.

Hukuki kuralların bahsedilen bu [asgari adaleti sağlayıcı] özelliği, *kuralın genelliği* (olarak anılmaktadır. Bununla, kuralın, kuraldaki tarifi kapsama giren tüm olaylarda istisnasız olarak uygulanması kastedilmektedir. Richard Wassers- trom, "tüm kuralların bu anlamda genel oldukları önermesinin analitik hakikatine dair" güçlü bir iddiada bulunulabileceğini belirtmektedir⁵. Ne var ki bu görüş, "olay"ın önem taşıyan herhangi bir anlamı açısından geçersizdir; hakkındaki iddianın doğru olduğu tek anlam ise, onu değersizleştirmektedir.

"Olay"ın bu konuya ilişkin olan üç ayrı anlamı bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, *terim*, kuralda belirtilen tarifi kendisini gösterir. Bir kuralın genelliği, tarif ile kapsadıkları arasındaki ilişkiye dair bir şey olduğundan, Wasserstrom'un savı "olay"ın bu anlamına yönelik ol-

* Çeviri 1971'de Brüksel'de toplanan Sosyal ve Hukuki Felsefe Dünya Kongresinde sunulan metinleri içeren Legal Reasoning: (ed. by Hubert HUBIEN), Bruxelles. 1971, s. 177-182'den yapılmıştır.

mayacaktır. Bununla beraber, Wasserstrom'un, kurallardaki tariflerin (bu anlamda "olaylar") mutlaka *sınıf terimleri* taşıdıkları görüşünü burada belirtmek gerekiyor. O, bu görüşünde, hukuki kural kavramıyla adalet arasındaki zorunlu bağlantının, "asgari anlamıyla, -hem tek tek eylemlere değil, eylem biçimlerine, hem de, tek tek bireylere değil, insan topluluklarına yönelik olmak anlamında genel kurallardan oluşmak zorunda olan" bir yasal sistem düşüncesini öngördüğünü kabul eden Hart'la tamamen bağlaşıktır⁶. Bu varsayımdaki tuhafılık, tarihi bir gerçek olarak, bazı hukuki kuralların sınıf terimlerini içermiyor olmasındandır. Anglo-Amerikan yasama faaliyetinde, özel (special), belli bir kişiye yönelik (private) ve yerel (local) yasalar yadsınamaz bir varlığa sahiptir. Günümüzde, mümkün olduğunda, böyle kuralların çıkmasını engellemek yolunda bir eğilim varsa da, bu, hukuki kural kavramının onları mantıksal olarak dışladığı anlamına gelmez.

Gerçekten de, bir adım daha atmak ve sınıf terimlerinin bulunmasını zorunlu kılan bir "kural" tanımı üzerinde ısrar etmemek için belirli bağlamlarda geçerli sebeplerin bulunabileceğini söylemek mümkündür. Örneğin, Amerika Birleşik Devletlerinde, idari yönetime ilişkin en son yasama faaliyetinde, "kural", oranların (rates) ya da fiatların saptanmasında olduğu gibi, özel bazı faaliyetler açısından, ismen belirlenmiş kişilere icrai (agency) emirlerin verilmesini de, içerecek şekilde tanımlanmıştır⁷. Bu tanımın avan-

tajı, yasama süreci yoluyla (kamusal kararların alınması gibi) karara bağlanacak sorunlarla, yargısal olarak çözümlenecek olanlar arasında bir ayrım yapabilmesidir. Sonuç olarak, nasıl ki bir yasa, sadece genel olmadığı için "kural" sınıflandırması içinde ele alınamamazlık edilemezse, bir yargısal karar da, yalnızca, bir grup kişiyi etkilediği için bir "kural" olarak yaftalanamaz. *Kural kavramıyla karakteristik olarak birleştirilen özellikler - uygulanmasından önce ilan edilmesi ve ihlalinin bir müeyyideyi doğurması gibi - ise muhafaza edilmektedir.* Bu özellikler de kendi başlarına sorunsaldır; ancak, şüphe doğurucu paradigmatik bir kullanımın dışında ya da olguların ayrılığını ortadan kaldırmadan genellik başlığı altında incelemezler.

Sonuç olarak, kurallara tâbi olarak yönetim ile adaletin gerçekleştirilmesi arasında zorunlu bir bağlantı olduğu savı, sadece, hiç bir şekilde yasal sistemlerdeki kuralların tümünü temsil etmeyen ve belirli şartları taşıyan kurallar çerçevesinde sınırlandırılmalıdır.

Eğer ilgimizi (genel filozofik yönelime uygun olarak), sınıf terimlerini içeren kurallara yöneltecek olursak, "olay"ın, Wasserstrom'un genellik hakkındaki savının geçerli olduğu ikinci bir anlamını ayırt edebiliriz. Bu anlamdaki "olay"a göre, bir olay, bir sınıfın "bu bir..... olaydır" ifadesindeki boşluğun kuraldaki tarif ile doldurulmasında olduğu gibi, bir örnek (ya da üyesi) dir. Diğer bir deyişle, kuraldaki tarifi kapsamında (şümülünde; extension) bir

grup olay mevcuttur; tariftaki tüm olayların dahil olduğu sınıf, kaplamı oluşturur. Böylece, şüphesiz, sınıftaki her olay tarifte belirtilen biçimde bir benzerliğe sahiptir. Buradan da, "olay"ın (ve "kural"ın) bu anlamı açısından, kuralın, içerdiği tüm olaylara istisnasız olarak uygulanacağını ve hukuku uygulayanlar tarafı olmadıkları sürece, benzer olaylara benzer işlemlerde bulunulacağını söyleyebiliriz.

"Olay"ın bu ikinci anlamının Hart'ın savının dayanağını oluşturduğunu özellikle kaydetmek gerekiyor. Buna göre o, hukuku uygulayanların dikkât. etmeleri gereken yetkin [olaylarla uyumlu] olay tariflerinin kurallarca sağlandığını iddia etmektedir. Hart örnekleme yoluyla belirtmektedir ki, "cinayeti yasaklayan kuralın adil olarak uygulandığını söylemek, onun, kuralın yasakladığını yapanlara ve yalnızca benzer şekilde yapanlara tarafsızca uygulandığını söylemek demektir"⁸. Ne var ki, bu sürecin, bir adaleti gerçekleştirme girişiminde işe yaramacağı açıktır. Kuralın, -yalnızca tarifi yerindeliği [olaylarla uyumluluğu] ile belirlenen- apaçık olarak uygulanabilirliğinin, onun uygulanmasıyla birlikte, olayları etkileyen şartların kuralca öngörülmemesinden kaynaklanan bir adaletsizlik duygusuyla yer değiştireceği durumları tasavvur etmek (ya da olay kitaplarında saptamak) zor değildir. Böyle durumlarda, benzer olaylar benzer işleme tabi tutulamaz. Şimdi, bu görüşe, öngörülen olumsuzluklara (contingencies) sahip olan durumun, tam da bu sebeple yeni

bir olay olduğu (benzer bir olay olmadığı) ve böylece, söz konusu olan kuralda doğru olarak içerilen olaylardan ayırt edilebileceği söylenerek yanıt verilebilir. Ancak bu yanlış olacaktır. Zira, benzerliğin ölçütünün kuralın kendisince sağlanması, zaten "olay"ın (öngörülen anlamda) tanımı gereğince zorunludur. Her eylem, kuralda ortaya konulan tarif, ona ilişkin olarak her ne kadar sınırlı olursa olsun bir hakikati yansıttıkça, kuralda belirtilen sınıfın bir üyesi olacaktır. Ya da aynı noktaya karşıt taraftan bakacak olursak diyebiliriz ki, hiçbir eylem kuralda öngörülen sınıfın bir üyesi değildir; zira eylemin, her zaman, kuraldaki sınırlı tarifte içerilmeyen bir takım ögesi bulunabilecektir. Böylece, ya hiç bir zaman iki olayın benzer olmayacağını (ki, burada "olay"ın anlamını değiştirmiş olacağız) söylemek, ya da benzer olayları benzer işleme tabi tutmanın büyük adaletsizliklere yol açacağını kabul etmek seçenekleriyle başbaşa kalıyoruz⁹.

Bu son eleştiri, "olay"ın, ayırt edilmesi gerekli olan önemli bir üçüncü anlamı olduğunu göstermektedir. Bu anlamıyla terim geniş bir anlam taşır ve özel bir andaki şartlara ya da sıradışı bir olaya veya "mahkeme önündeki daya" ifadesindeki gibi, iki taraf arasındaki bir çekişmeye işaret eder. Burada, terim, olayların belirlenmiş özel bir tarifiyle sınırlanmış değildir ve ilişkin özelliklerin ele alınmasına bir sınır oluşturmaz. Bu tarz olaylar, gerçekte, hiçbir tam anlamıyla birbirinin aynı olmayan sayısız tarifi konusudurlar. Kullanım kolaylığı açısından, bu an-

lamdaki olayları, "eylemler" olarak adlandıracağım ve "olay" teriminin kullanımını, önceki anlam[ı]yla sınırlandıracam. Şimdi, açıktır ki, eylemler, yalnızca, yasal kurallarda ki tarifler onlara uydukça olaylar haline gelirler. Ne var ki, eylemler belirleyici tariflere bağlı olmadıklarından, kuralların kendilerini hapsedmeye çalıştıkları sınırların zorunlu olarak dışına çıkarlar. Bu nedenle, bir eylemin bir olay olarak nitelenmesi, mantıksal olarak, aynı sınıflandırmanın, aynı tarife uyan diğer herhangi bir eylem için de yapılması zorunluluğunu getirmez. Eylem, zaten zorunlu olarak başka tariflere de uyduğundan, diğer bir alternatif kural tarafından içerilebileceği gibi ya da hiç bir kural tarafından içerilmeyebilir. Böylece, önceki paragrafta, bir olaya mantıksal olarak onu kapsadığı düşünülebilecek bir kuralı uygulama yolunda ahlaki bir zorunluluk olmadığı, hatta buna karşı, olarak ahlaken zorlayıcı nedenlerin olabileceği gösterilmişken, bu paragrafta, her ikisinin de mantıksal olarak zorunlu olmadığı ortaya konulmuştur. Buna bağlı olarak, Wasserstorm'un savına dönebilir ve hiç bir kuralın, önem taşıyabilecek herhangi bir anlamda genel olmadığı yolunda güçlü bir iddiada bulunulabileceğini söyleyebiliriz.

İnsanın nasıl olup da başka türlü düşünebildiğini sormak uygun olurdu. İlk bakışta makul gibi görünen bir savunu, eylemler ile olaylar arasındaki ilişkinin, mantıken, benim takip ettiğimden daha sıkı olduğu olabilir. Oyunun kuralları analojisine dayanarak, hukuki kuralların,

kuralların belirleyiciliğinin dışında varlık kazanamayan bazı eylemlerin (bir suç işlemek ya da bir vasiyetname hazırlamak gibi) olanaklılığını sağladığı ileri sürülebilir. Diğer bir deyişle, hukuki kurallar, eylemlere mantıken önceliklidirler ve yalnızca kurallara (özellikle, taşıdıkları olay terimlerine) başvurularak eylemlerin ne oldukları söylenilebilir. Ne yazık ki burada, ne bu tezi ayrıntılarıyla serimlemek, ne de onun karşı karşıya bulunduğu bir takım zorlukları saymak için yeterli yerim var¹⁰. Hukuki kuralların incelenmesinin, (hiç değilse çoğu) eylemin kurallardaki tariflerinin elenebileceğini; yani, onların içinde yer alabilecekleri herhangi bir kuraldan mantıken bağımsız olduklarını gösterdiğine ikna olduğumu söylemek [görüşümü belirtmek bakımından] yeterli olacaktır. Eğer bu görüş doğruysa, kuralları uygulamakla görevli bir yargıç, mantıken, mevzuattaki tariflere teslim edilmeyecektir.

Sonuç olarak, hukuki kurallarla (kuralların kendilerini içermek için yapıldıkları) olaylar arasındaki mantıksal ilişkilerin incelenmesi, kurallara bağlı yönetim ile adaletin asgari düzeyde bile olsa gerçekleştirilmesi arasında herhangi bir zorunlu bağlantı olduğunu göstermiyor. Bu sonucun doğal hukuk kuramıyla olan tartışma açısından önemi, onun, hukuki pozitivizmi çok zararlı bir kötülüğün yükünden kurtarmasıdır. Ne var ki bu, benzer olaylara benzer şekilde davranma ilkesinin, ister bir mantık isterse bir adalet sorununu olarak ele alınsın, tutarlı bir şekilde uygulanamayacağını ortaya

koymak pahasına elde edilmektedir.

NOTLAR

- (1) *The Concept of Law* (Oxford University 1961), s. 181-182
- (2) *Ibid.*, s. 189-195. A. P. d'Entrève, Hart'ın kuramını, bir doğal hukuk kuramcısı için yeterli ölçüde güçlü görerek onaylamaktadır. Bkz. "A Case of Good Sense: Reflections on Hart's Theory of Natural Law", 9 *Philosophy Today* 2/4 (summer, 1965), s. 120-133.
- (3) "Pozitivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review* 4 (February, 1958), s. 624. Cf. *The Concept of Law*, s. 153-157.
- (4) Kural kavramıyla benzer olayları benzer işleme tabi tutma ilkesi arasındaki zorunlu bağlantıya dair benzer iddialar, Isaiah Berlin ["Equality as an Ideal", *Justice and Social Policy*, edited by F. A. OLAFSON (Prentice-Hall, 1961), s. 132' de tekrar basılmıştır] ve John RAWLS ["Justice as Fairness", s. 82; (aynı eserde tekrar basılmıştır)] tarafından ileri sürülmüştür.
- (5) *The Judicial Decision* (Stanford University, 1961), s. 110-111. Bu savın daha açık bir versiyonu için, Bkz: Chaim PERELMAN, "Concerning Justice"; *The Idea of Justice and the*

Problem of Argument (Roudledge and Kegan Paul, 1963), s. 39-40 içinde.

- (6) "Pozitivism and the Separation of Law and Morals", s. 623.
- (7) Özellikle bkz. P.R. DEAN, "Rule Making: Some Definitions Under the Administrative Procedure Act", 35 *Georgetown Law Journal*, 4(May, 1947), s. 492.
- (8) *The Concept of Law*, s. 156 (vurgulama eklenmiştir).
- (9) Bazı filozoflar, benzer olaylara benzer şekilde davranma ilkesinin, hiç değilse hukuki bağlamda, yalnızca, halihazırda mevcut hukuki kategoriler lehinde bir önyargının (presumption) bulunduğu anlamına geldiğini, fakat, eğer geçerli (örneğin adil) bir sebep varsa, bu önyargının da çığnenebileceğini ileri sürerek, bu ikilemden kaçınmaya çalışırlar. Bu konunun tutarsızlığı bir yana (özellikle olay kavramı açısından), bir önyargının adalet dayanak yapılarak savunulamayacağı da söylenmelidir.
- (10) Bu tezin daha geniş bir serimlemesi için bkz: John RAWLS, "Two Concepts of Rules", 64 *Philosophical Review* (1955), s. 3-32. Ben, doktora tezimde, tezin ayrıntılı bir eleştirisini sunmuştum: "Critique of an Analysis of Formal Justice" (Columbia University, 1970), chapter III.