

Miller Aristoteles'te bulunduğunu düşündüğü doğal hak kavramının Hohfeld'in birinci anlamda ortaya koyduğu hak kavramının karşılığı olabileceğini düşünmektedir. Bunun nedeni olarak da Miller bir adalet iddiasını, bir toplumun diğer üyelerine karşı bireyin sahip olduğu bir şeyi talep etmesi olarak kabul ettiğimiz takdirde, Aristoteles'te 'adil olan şey' bağlamında kullanılan *to dikhaion* teriminin hak kavramını da karşılayabileceğini düşünüyor olmasıdır. Ona göre *to dikhaion* Antik Yunan'da bireyler tarafından bir şeyi yapmaya hakları olması anlamında ve diğer yurttaşların düzenli yasal ve siyasal süreçler içinde bu iddiaya karşı sorumluluk sahibi olmaları anlamında kullanılmaktadır. Miller'in bu iddiasına karşılık pek çok eleştiri yöneltilmiştir. Schofield *to dikhaion* teriminin hak olarak çevrilmesinin olanaklı ama olası olmadığını düşünmektedir. Bu şekilde çevrilen *dikhaion* terimine öznel bir anlama karşıt bir tarzda nesnel bir anlam yüklenmektedir. Schofield'e göreyse burada söz konusu olan bu terimin hak olarak var olan anlamı karşılamasından ziyade yasal bir görüşme içerir görünümünde olmasıdır. Bu da Miller'in ana yönteminin, kelimelerin anlamlarını ya da çevirilerini kendi yorumu bağlamında açıklamak olduğunu göstermektedir. Zaten Schofield'e göre pek çok *scholar* Aristoteles'i kendi zamanlarındaki geçerli olan politik bağlam ışığında okuma eğilimindedir. Gerçek şudur ki *to dikhaion* terimi Aristoteles'te genel olarak sosyal ya da siyasal kurumların ya da anlaşmaların bir özelliği olma anlamında kullanılmaktadır.

Aristoteles *Nikomakhos*'a Etik adlı eserinin V. kitabında adaletin ve adaletsizliğin ne olduğu üzerinde dururken aynı zamanda onların hangi eylemlerle bağlantılı olduğunu ortaya koymaya çalışmaktadır. Yapmaya çalıştığı adaletin bir tanımını yapmaktan ziyade adaletsiz olanın ne olduğunu belirlemeye çalışmaktadır. Adil olan insan adil eylemlerde bulunan ve haklı şeyler isteyen insandır. Adaletsiz insan yasaya uymayan, insanlar arasında çeşitliği gözetmeyen insandır. Yasaya aykırı davranmak herkesin ortak yararını gözetmemek anlamına gelir. Adalet kendi amacını kendinde taşıyan bir erdemdir. Çünkü bu erdeme sahip olan bu erdemi yalnızca kendisi için değil başkaları için de kullanır. O halde *dike*yi sahip olduğu bu geniş bağlamdan koparıp onun sadece haklar anlamında kullanıldığını söylemek pek de mümkün görünmemektedir.

GENEL KAYNAKÇA

- Aristoteles, Politika, çev.: M. Tunçay, Remzi Kitabevi, 2003
- Barker, E. (1959), The Political Thought of Plato and Aristotle, Dover, London
- Hohfeld, W. N. (1923), Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, New Haven
- Kraut, R. (June 1996), "Are There any Natural Rights in Aristotle?", Review of Metaphysics, vol.49, syf. 755-774
- Miller, F. D. (1995), Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics, Clarendon Press, Oxford
- Schofield, M. (1999), Saving The city: Philosopher Kings and Other Classical Paradigms, Routledge

Çağdaş Ahlâk Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımalarına Örnek Olarak Lawrence Solum'un "Erdem Ahlâkına Dayalı Hukuk Kuramı"

Sercan GÜRLER*

GİRİŞ

Hukuk felsefesi ile ahlâk felsefesi arasında çok yakın bir ilişki vardır. Nitekim çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarına bakıldığında, hukukun amacı, değeri, meşruiyeti ve adalet gibi konuların ahlâk felsefesi terimleriyle ele alındığı görülür. Hatta çağdaş hukuk felsefesi kuramları, ahlâk kuramlarının hukuk alanındaki yansımalarıdır. Dolayısıyla çağdaş hukuk felsefesi kuramlarını daha iyi anlayabilmek için çağdaş ahlâk felsefesi kuramlarını daha yakından incelemek gerekir.

20. yy.'ın büyük bir bölümünde ahlâk felsefesi, sonuççuluk [consequentialism] ile deontolojik etik [deontological ethics] kuramları arasındaki tartışmalara sahne olmuştur. Kökleri 18. ve 19. yy.'lara dayanan bu tartışma, Amerikalı düşünür John Rawls'un *A Theory of Justice* isimli eserinin 1971 tarihinde yayımlanmasıyla daha da bir ivme kazanmıştır. Rawls'un söz konusu eserde Kantçı bir bakış açısıyla oluşturmaya çalıştığı adalet kuramı ve buna yönelik faydacı, liberteryen ve komüniteryen eleştiriler, günümüzdeki ahlâk-siyaset-hukuk ilişkilerine dair

akademik çalışmaların yönünü belirlemiştir. Diğer bir deyişle deontolojik etik ile sonuççu etik kuramları, akademik dünyada hâlâ geçerliliğini sürdürmektedir.

Genel anlamıyla sonuççuluk, bir eylemin ahlâk açısından doğruluğunun veya yanlışlığının, doğurduğu sonuca göre belirlendiğini kabul eden ahlâk kuramıdır. Sonuççuluğun günümüzdeki en önemli temsilcisi faydacılıktır. Deontolojik etik ise bir eylemin sonucuna değil, kendisine önem verir. Çünkü sonuçları ne olursa olsun bazı eylemler, ahlâk açısından doğru veya yanlıştır. Dolayısıyla bu tür eylemleri her hâlikârda gerçekleştirmek veya hiçbir surette gerçekleştirmemek gerekir. Çağdaş ahlâk felsefesinde en önemli deontolojik kuram Kantçılıktır¹.

Sonuççuluğa göre bir takım değerlerin sadece benimsenmesi önemli değildir. Bireyler hangi değerleri benimserse benimsesin, ahlâk açısından doğru olan, bu değerlerin artırılması ve yaygınlaştırılmasıdır. Bir değere saygı duymak, ancak o değer artırılması sürecinin bir parçası ise ahlâk açısın-

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Araştırma Görevlisi.

(1) Sonuççuluğun ve deontolojik etğin tanımları için bkz. James P. Griffin, "Consequentialism", *The Oxford Companion to Philosophy*, (ed.) Ted Honderich, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, pp. 154-156; Roger Crisp, "Deontological Ethics", *The Oxford Companion to Philosophy*, (ed.) Ted Honderich, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, pp. 187-188.

dan bir anlam ifade eder. Buna karşılık, sonuççu olmayan görüşlere göre bir takım değerlere saygı duymak, bu değerlerin arttırılmasını veya yaygınlaştırılmasını gerektirmez. Bir değere saygı duymak ile onu arttırmak veya yaygınlaştırmak mutlaka bir arada bulunmak zorunda değildir. Sonuççuluğa göre değerler ile kişiler arasında araçsal bir ilişki vardır. Kişilerin eylemleri ahlâk açısından başlı başına bir değer ifade etmeyebilir. Önemli olan söz konusu eylemlerin bir takım değerleri gerçekleştirmesi, çoğaltması veya yaygınlaştırmasıdır. Diğer bir deyişle bu eylemler, ancak bir takım değerleri çoğaltıyor veya yaygınlaştırıyorsa ahlâken doğru kabul edilir. Burada kişiler, değerlerin gerçekleşmesi için yalnızca aracı işlevi görmektedir. Sonuççuluk karşıtı görüşler ise değerler ile kişiler arasındaki ilişkiyi araçsal kabul etmez; kişilerin gerçekleştirdiği eylemlerin kendileri bizatihi değer taşımalıdır. Kişilerden, her bir ahlâki eylemini, değerlerin toplamda artmasını sağlayacak surette gerçekleştirmesi beklenemez².

Sonuççuluk karşıtı bir görüş olarak deontolojik etik, ahlâka uygun hareket etmenin, kendi kendine kural koyma ve kendini sınırlandırma ile aynı anlama geldiğini ileri sürer. Kişinin kendisinin veya toplumunun çıkarını korumak istemesi doğaldır. Fakat bu doğal

istek, ahlâk alanında eylemde bulunurken bizim için yeterli bir sebep oluşturmaz. Öyle bir takım eylemler vardır ki amacı ne olursa olsun ahlâk açısından yanlıştır. Buna karşılık sonuççular için bir eylemin, doğası gereği doğru veya yanlış olması kabul edilemez. Doğruluk veya yanlışlık, eylemin sonuçlarına göre belirlenir³.

Sonuççuluk ile deontolojik etik arasındaki ilişkiyi Rawls'un kelimeleleriyle şöyle de ifade edebiliriz:

Ahlâk felsefesinin iki temel kavramı, hak ve iyidir... Dolayısıyla bir ahlâk kuramının yapısı, büyük ölçüde bu iki temel kavramı nasıl tanımladığına ve birbiriyle nasıl ilişkilendirdiğine göre belirlenir... Bunun en basit şekli teleolojik kuramların kabul ettiği gibidir: İyi, haktan bağımsız tanımlanırken; hak, iyiyi azamileştirmekle tanımlanır. Deontolojik kuramlar ise ne iyiyi haktan bağımsızlaştırır, ne de hakkı iyiyi azamileştirecek şekilde yorumlar⁴.

Demek ki deontolojik etik kuramları, hak kavramını iyiden hareketle tanımlamaz; iyinin haktan önce geldiğini kabul etmez. Hakkı yerine getirmek ile iyiyi gerçekleştirmek arasında zorunlu bir ilişki yoktur⁵.

[Bir eylemin doğurduğu] sonuçların iyi olması, eylemin haklılığını garanti etmez. Deontoloji yanlısı için bu

iki alan birbirinden [tamamen] ayrı olmakla kalmaz, hakkın iyiyi önceliği vardır⁶.

Deontolojik görüşe göre ahlâken neyin doğru, neyin yanlış olduğu, eylemden önce bellidir. Diğer bir deyişle ahlâki doğru veya yanlış, olgu tarafından belirlenmez. Kişinin bu olgu-öncesi yanlış eylemden kaçınabilmesini sağlayan ise kurallar, kısıtlamalar ve yasaklardır. Her ne suretle olursa olsun kişi, yanlış bir eylemi gerçekleştirmemelidir. Söz konusu eylemi gerçekleştirmemesinin daha büyük zararlara yol açtığı durumlarda bile bu zorunluluk geçerlidir. Bu anlatılanlardan da açıkça anlaşıldığı üzere, deontolojik etik kuramları, sonuççu etik kuramlarının karşısında yer alır. Zira amaçları ne rekabeti sağlamak, ne de faydayı arttırmaktır⁷.

Sonuççu ve deontolojik etik kuramlarının hâkimiyetindeki akademik ahlâk felsefesi tartışmalarında, 1980'lerden itibaren bir başka etik kuramının daha yer almaya başladığı görülür. Kökleri çok daha eskilere, Eski Yunan Felsefesi'ne, özellikle de Aristoteles'e uzanan bu kuram, *erdem etiği* veya *erdem kuramı* olarak adlandırılır. Erdem etiğinin 20. yy.'da tekrar gündeme gelmesi, Elizabeth Anscombe'un 1958 tarihli "Modern Moral Philosophy" isimli makalesi ile olmuştur. Her geçen gün etkisini daha fazla hissettiren erdem etiği, günümüzde deontolojik etik ile sonuççu etiğin en önemli rakibi sayılmaktadır. Dolayısıyla diğer iki kuram ile karşılaştırılarak incelenmesi, erdem etiğinin daha kolay anlaşılmasını sağlayacaktır.

Söz konusu makalesinde Anscombe, çağdaş ahlâk felsefesinde genel kabul görmüş iki büyük etik geleneğine de yoğun eleştiriler yöneltilmiş, ahlâk felsefesinin günümüzde ancak Aristoteles'in erdem etiğini yeniden gündeme getirmek suretiyle yapılabileceğini savunmuştur.

Anscombe üç tez ileriye sürer:

Bunlardan ilki, günümüzde ahlâk felsefesi yapmanın mümkün olmadığıdır. Çünkü öncelikle 'niyet' veya 'ödev' gibi ahlâk felsefesinin temel kavramlarını izah edecek felsefi bir psikoloji kuramı geliştirilmelidir. Ancak ondan sonra felsefeciler ahlâk felsefesine yönelebilir.

Anscombe'un ikinci tezi, 'ahlâki yükümlülük', 'ahlâki ödev', 'ahlâki doğru' ve 'ahlâki yanlış' gibi kavramların terk edilmesi gerektiğidir. Bu kavramlar etik tarihinin erken dönemlerinden kalmadır ve bundan böyle varlığını sürdüremez; hatta bağlamları dışında kullanıldıkları için zararlıdır da. Çünkü bu kavramlar 'yasa'yı çağırır, dolayısıyla ancak bir 'yasa koyucu' kavramıyla birlikte düşünüldüğünde anlamlıdır. 'Yasa' veya 'yasa koyucu' gibi kavramlar ilâhi kaynaklıdır. Fakat günümüzde çoğu kişi Tanrı'ya inanmadığı için bu tarz kavramların artık bir anlamı kalmamıştır. Dolayısıyla 'yükümlülük' veya 'ödev' gibi, 'yasa' ve 'yasa koyucu' düşüncesini gerektiren kavramlar etiğin temeli olamaz.

Anscombe'un ileriye sürdüğü son tez ise İngiliz düşünürleri arasında, ne kadar birbirlerine rakip görünürlerse

(2) Philip Pettit, "Consequentialism", *A Companion to Ethics*, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 230-240, p. 231.

(3) Nancy (Ann) Davis, "Contemporary Deontology", *A Companion to Ethics*, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 205-218, p. 205.

(4) John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, pp. 24, 25. Dikkat edileceği üzere Rawls sonuççuluk terimini değil de teleoloji terimini kullanmaktadır. Bunun sebebi sonuççuluğun da teleolojik kuramlar arasında yer almasıdır. Bu bağlamda teleolojinin çevirisi "amaçbilim" iken, deontolojininki "ödevbilim"dır. Teleolojik kuramlar ile deontolojik kuramlar arasındaki fark, bu karşılıklardan da anlaşılmaktadır. İlkinde eylem, kendisi dışında bir değere yönelmiştir. İkincisinde ise eylemin kendisi dışında hiçbir değer söz konusu değildir.

(5) Davis, *op. cit.*, p. 206.

(6) C. Fred, *Right and Wrong*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, p. 9'dan aktaran Davis, *loc. cit.*

(7) *Ibid.*

görsünler, Sidgwick'ten beri, ahlâka yaklaşım açısından aslında pek de önemli bir farkın kalmadığıdır¹⁰.

Kendisi daha sonra felsefeden çok psikolojiyle ilgilenen de Anscombe'un bu makalesi, çağdaş ahlâk felsefecilerinin önemli bir kesimini etkilemiş ve erdem etiğinin yeniden gündeme gelmesini sağlamıştır.

Yukarıda da değinildiği gibi erdem etiğinin kökeni Aristoteles'e kadar uzanır. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*'e su sözlerle başlar: "[h]er sanat ve araştırmanın, aynı şekilde her eylem ve çabanın [pursuit] bir iyiyi amaçladığı düşünülür. Bu nedenle iyi, yerinde bir ifadeyle 'her şeyin amaçladığı şey' olarak tanımlanmıştır"¹¹. Fakat Aristoteles bu tanımın bir takım zorluklar içerdiğini görür ve bu eylemlerin amaç edindiği iyiler arasında farklılıklar olduğunu söyler. Bazılarının yöneldiği amaç, bizzat o eylemin kendisi iken, bazılarınınki o eylemin sonucunda ortaya çıkan şeydir. Şayet amaç, eylemin kendisi değil de sonucunda ortaya çıkacak şey ise ortaya çıkan bu sonuç, doğal olarak eylemden üstündür. Aynı türden eylemler söz konusu ise üstün olanlar diğerlerine tercih edilir. Zira diğer bütün eylemler, üstün olanların gerçekleştirilmesine hizmet eder. Şayet eylemlerimizin yöneldiği amaçların bir kısmı bizzatihi kendisi için, diğer bir kısmı ise başka amaçlar için isteniyorsa hepsinden üstün bir amacın olması gerekir. Zira her şeyi, bir başka şey için

isteyemeyiz. Bu bizi, sonsuza kadar devam eden bir sürece sokar. İşte diğer tüm amaçlardan veya iyilerden üstün olan bu en üstün amaç veya iyi, 'iyi'nin kendisidir'¹².

Aristoteles'e göre filozoflar arasında, bu iyyinin 'mutluluk' olduğu konusunda bir anlaşmazlık yoktur. Buna karşılık, mutluluğun bizzatihi kendisinin ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin bazıları mutluluğu haz veren şey ile bazıları para ile bazıları ise makam ve mevki ile açıklamak istemiştir¹³. Aristoteles ise en yüksek iyi dediği 'mutluluğun' bizzatihi kendisinin ne olabileceğini araştırır. Mademki faaliyetlerimizin yöneldiği birden fazla amaç vardır ve biz bunlardan bir kısmını diğerlerini elde etmede bir araç olarak seçeriz, öyleyse bu amaçlardan hiçbirisi nihai değildir. Eğer tek bir nihai amaç varsa, işte bu bizim aradığımız en yüksek iyi olabilir. Aristoteles'e göre mutluluk, bu tür bir nihai amaçtır. Zira diğer tüm iyileri veya amaçları, örneğin hazzı, parayı, mevki ve makamı başka amaçlar için tercih ederken, mutluluğu sadece kendisi için tercih ederiz¹⁴. Mutluluğun ne olduğu sorusunu, insanın amacının ne olduğu sorusunu cevaplayarak bulabiliriz. Nasıl ki herhangi bir meslek veya sanat erbabının iyiliği, sahip olduğu bu meslek veya sanatın işlevini gerçekleştirerek kazanılıyorsa aynı şey insan için niye geçerli olmasın? Fakat acaba insanın bu tür bir işlevi var mıdır? Di-

ğer bir deyişle insan, göz ve el gibi organlarının işlevi dışında bir işleve sahip midir?

İnsan bitkilerle, beslenme ve büyüme gibi ortak bir takım özellikleri paylaşır. Fakat bu durum, bizim aradığımız işlevin ne olduğunu göstermez. Aynı zamanda insan hayvanlarla da duyu sahibi olma özelliğini paylaşır. Demek ki bu da bize yardımcı olamaz. İnsana has bir özellik olarak geriye sadece akıl sahipliği kalır. Dolayısıyla insanın, salt insan olarak işlevi, ruhunun bir akıl ilkesine uygun etkinlikler gerçekleştirmesidir. Bir şeyin işlevinin, o türden iyi bir şeyin işlevine denk geldiği kabul edilebilir. Örneğin bir piyanistin işlevi ile iyi bir piyanistin işlevi aynıdır; ikisinin de işlevi iyi piyano çalmaktır. İnsanın insan olarak işlevi ise akla uygun hareket etmektir. Bu durumda iyi bir insanın işlevi de bunu doğru bir şekilde yerine getirmektir. Her bir işlev, ancak mükemmel bir şekilde yerine getirildiğinde, tam ve doğru bir işlevden söz edilebilir. Aristoteles'e göre bütün bunlardan çıkan sonuç şudur: "İnsan için iyi olan, ruhunun erdeme, şayet birden fazla erdem söz konusuysa bunların en iyi ve en mükemmeline uygun etkinlikler gerçekleştirmesidir." Aristoteles bir insanın bu etkinliği ömür boyunca yerine getirmesi gerektiğini de ifade etmektedir¹⁵.

Aristoteles'in erdem etiğini bu şekilde temellendirmesi, çağdaş erdem

etikçilerini de doğrudan etkilemiştir. Çağdaş erdem etikçileri, günümüzde ahlâk felsefesinin iki temel eğilim gösterdiğini ileri sürer: İki, özellikle 20. yy.ın ikinci yarısından itibaren daha da belirginleşen faydacılık ile Kantçılık arasındaki çatışma üzerine odaklanma, diğeri teorik sorunlara hiç değinmeksizin, sadece pratik konulardaki tartışmalarla veya pratik çözümler önermeksizinde sadece kelimeler ve kavramlar üzerinde duran teorik açıklamalarla yetinmedir. Her iki eğilimde de ortak olan özellik, bu tartışmaların hiçbirinde *karakter* kavramına yer verilmemesidir. Erdem etiği işte bu eksikliğin farkına varmış ve ahlâk felsefesinin amacını, değişik karakter özelliklerinin ahlâk üzerindeki etkilerini araştırmak olarak belirlemiştir¹⁶.

Hemen her etik kuramı bir şekilde erdemden bahseder. Fakat erdem etiğini, diğer etik kuramlarından ayıran, erdeme merkezi bir yer vermesi ve kişinin eylemini değil kendisini, daha doğru bir ifadeyle *karakterini* değerlendirmeyi, çözümlemelerinin temelini koymasındır¹⁷. Bu durum, etiğin temel sorusunun değişmesine yol açar. Nitekim diğer normatif etik kuramlarından farklı olarak erdem etiğinin temel sorusu, "Ne yapmalıyım?" değil "Nasıl yaşamalıyım?" başka bir deyişle "Nasıl biri olmalıyım?" şeklinde ifade edilir. Bu sorulara kısaca "Erdemli yaşamalıyım" veya "Erdemli biri olmalıyım" şeklin-

(10) G. E. M. Anscombe, "Modern Moral Philosophy", *Virtue Ethics*, (Ed.), Roger Crisp and Michael Slote, Oxford, Oxford University Press, pp. 26-44, pp. 26, 29-30, 31.

(11) Aristoteles, *The Ethics of Aristotle, The Nicomachean Ethics*, Revised Edition, trans. J. A. K. Thompson, Penguin Books, 1976, I, i, p. 63.

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*, I, iv, p. 66.

(14) *Ibid.*, I, vii, pp. 73-74.

(13) *Ibid.*, I, vii, pp. 75-76. Aristoteles'e göre erdemler, zihin erdemleri (intellectual virtues) ve ahlâk (karakter) erdemleri (moral virtues) olmak üzere ikiye ayrılır. Zihin erdemleri eğitimle gelişir; dolayısıyla zaman ve tecrübe gerektirir. Buna karşılık karakter erdemleri alışkanlığın bir neticesidir; dolayısıyla bizde doğuştan bulunmaz. Zira doğuştan gelen hiçbir şey, alışkanlık neticesinde değişmez. Karakter erdemleri doğuştan gelmekle birlikte, yani doğal bir nitelik olmadıkları hâlde, doğaya aykırı da değillerdir. İnsan doğuştan bu erdemleri elde etmeye yatkındır. Fakat bunların geliştirilmesi ancak alışkanlıkla olur; *Ibid.*, II, i, pp. 91-92.

(14) Greg Pence, "Virtue Theory", *A Companion to Ethics*, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 249-258, p. 249.

(15) Linda Trinkaus Zagzebski, *Virtues of the Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 78.

de cevap verilir. Dolayısıyla erdem etiği, ahlâk alanında genel ilke veya kuralların geçersiz olduğunu, en azından çok önem taşımadığını savunur. Önemli olan kişinin karakter özellikleridir; bunlar da bir takım ilke ve kurallarla açıklanamaz¹⁶.

Erdem etiğinin diğer etik kuramlarından bir başka farkı, pratik akıl yürütmenin doğası hakkındaki kabulleridir. Hem sonuççuluk hem de deontoloji, her zaman ve her koşulda geçerli bir ahlâki akıl yürütme ilkesi veya ilkeleri olduğunu iddia eder. Örneğin Kantçı etik, söz konusu ilkeleri açıklamak için koşulsuz buyruk kavramına başvurur. Kantçı etiğe göre ahlâken doğru eylem, koşulsuz buyruğa uygun eylemdir. Koşulsuz buyruk "Öyle davran ki eyleminin ilkesi, aynı zamanda evrensel bir doğa kanunu olsun" şeklinde ifade edilir. Sonuççuluğa göre ise bir eylemin doğruluğu, sonucunda ortaya çıkardığı faydaya bağlıdır. Bu durumda faydacı ilke de şöyle olacaktır: "Öyle davran ki eyleminin sonucunda mümkün azami fayda ortaya çıksın." Dolayısıyla her iki kurama göre de bize ahlâken doğru eylemi gösterecek bir ilke daima vardır. Kantçı etik bu ilkenin koşulsuz buyrukla açıklanabileceğini iddia ederken, faydacı etik söz konusu ilkeyi fayda ilkesiyle özdeşleştirmektedir. Buna karşılık erdem etiği öncelikle bu ön kabulü reddeder: Gündelik hayat öyle karmaşık ve öngörülemezdir ki, somut ahlâki durumlar karşısında kalan kişi-

ye, ahlâk açısından doğru tercihi yapip doğru eylemi gerçekleştirebilmesi için, önceden belirli hiçbir ilke, hiçbir formül tam anlamıyla yardım edemez. Kişi, ancak belirli bir ahlâk algısına sahipse doğru değerlendirmelerde bulunabilir. Diğer bir deyişle, her somut olayın ve durumun kendine has bir ahlâki yanı vardır ve kişi ancak bu yanı fark ettiğinde doğru tercihte bulunup doğru eylemi gerçekleştirebilir¹⁷.

Geçen 20 küsur yıl içerisinde gözle görülür bir gelişme göstermesine karşın erdem etiği, hukuk felsefesi alanına ancak yeni yeni uyarlanmaya başlanmıştır. Çağdaş hukuk felsefesi hâlâ deontolojik etik ile sonuççu etik kuramlarının hâkimiyeti altındadır. Bununla birlikte yine de başta Anglo-Sakson dünyasında olmak üzere, farklı pozitif hukuk dallarının önde gelen sorunlarının, erdem etiğinin temel kabulleri ile açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu hukuk dalları arasında anti-tröst hukuku, medeni hukuk, şirketler hukuku, ceza hukuku, iş hukuku, çevre hukuku, terör hukuku, haksız fiiller hukuku, avukatlık meslek hukuku, savaş hukuku vb. bulunmaktadır¹⁸.

Günümüzde erdem etiğinin temel kabullerini hukuka uyarlamaya çalışanlar arasında en önemli isim Amerikalı düşünür Lawrence B. Solum'dur. Solum 1990'ların başından itibaren yazdığı bir dizi makalede, erdem etiğinden hareketle bir hukuk kuramı oluşturabilmenin imkânlarını araştır-

mıştır. Solum'un geliştirmeye çalıştığı kuram, aslında genel bir *hukuk kuramı* değil, özel bir *yargılama kuramı*dır. Solum, erdem ahlâkına dayalı özel bir yargılama kuramının, yargılama faaliyetinin doğası ve yargıların rolü gibi konularda, diğer yargılama kuramlarına göre daha doğru ve kapsamlı bir açıklama getirebileceğini ileri sürer. Dolayısıyla bu çalışmada öncelikle, erdem etiğinden hareketle oluşturulacak bir hukuk kuramının genel çerçevesi çizilmeye çalışılacak ve temel sorunları üzerinde durulacaktır. Erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramının; hukukun amacı, değeri ve hukuki akıl yürütmenin doğası gibi konularda, diğer hukuk kuramlarından görece üstün olduğu yönler gösterilmeye çalışılacaktır. Bu amaçla Solum'un çağdaş hukuk felsefesine yönelik düşünceleri ve geliştirmeye çalıştığı kuram ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

1. ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİ VE LAWRENCE SOLUM

A. Çağdaş Amerikan Hukuk Sisteminin Eleştirisi

Lawrence Solum, erdem ahlâkına dayalı bir hukuk ve yargılama kuramına neden ihtiyaç duyulduğunu açıklamak için, öncelikle mevcut ABD hukuk sisteminin içinde bulunduğu koşulları göz önüne serer. Solum'a göre günümüzde ABD hukuk sistemi, iki tehlike ile karşı karşıyadır. Birbirine ilişkili bu iki tehlike, ehliyetsizleşme [mediocrity] ve siyasallaşmadır¹⁹.

Siyasallaşmanın en önemli sebebi, anayasal denetim mekanizmasının işleyiş şeklidir. Çünkü bu denetim, hemen hemen her hukuk sorununun nihai çözümünü Federal Yüksek Mahkeme'nin eline vermektedir. Federal Yüksek Mahkeme'nin nihai karar verme yetkisine sahip olması, çoğu zaman suiistimallere kapı aralamaktadır. Yüksek Mahkeme üyelerinin seçiminde siyasetçiler, kendi siyasi tercihleri doğrultusunda karar verecek yargıçları tercih etmektedir. Yargıçlar ise mevcut hukuk kurallarına göre değil de kendi kişisel görüşlerine göre karar vermektedir. Üstelik bu iki eğilim birbirini sürekli beslemektedir. Siyasetçilere göre yargıçlar, hukuki kaygılarla değil de kişisel ve ideolojik kaygılarla karar vermektedir. Dolayısıyla siyasetçiler, verilen kararlar kendi ideolojik görüşlerine uygun değilse mevcut yargıçların yerine, kendi ideolojik görüşlerine uygun karar vereceğini düşündükleri yargıçları seçme yoluna gidebilmektedir. Yargıçlar ise göreve geldiklerinde herhangi bir ideolojik önyargı taşımaları bile, rakiplerinin ideolojik kararlar verdiğini gördükçe, kendi tarafsızlıklarından vazgeçebilmektedirler²⁰.

Yargıdaki bu siyasallaşma, kalitesizleşmeyi de beraberinde getirmektedir. Yargıçlar ideolojik görüşlerine bakılarak seçildiğinden, hukuka bağlılık, dürüstlük, bilgili olma, erdemli olma gibi niteliklere sahip olmaları gerekmektedir. Bunun yerine, retorik becerisi, hukuku dolanma yeteneği vb. nitelikler öne çıkmaktadır²¹.

(16) Michael Stole, "Virtues" maddesi, *The Oxford Companion to Philosophy*, (ed.) Ted Honderich, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, p. 900.

(17) Lawrence B. Solum, "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", <http://ssrn.com/abstract=512882>, *Loyola Law School (Los Angeles) Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. 04-03, Spring 2004, Çevrimiçi, 3.09.2006, p. 19.

(18) *Ibid.*, pp. 1-2, 14-16; Ayrıca bkz. Lawrence B. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", *Metaphilosophy*, Vol. 34, Nos. 1/2, January 2003, pp. 178-213, pp. 179-181.

(19) Lawrence Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Turn", *Working Paper*, October 19, 2004, p. 3.

(20) *Ibid.*, pp. 3-4.

(21) *Ibid.*, p. 4.

Şüphesiz hâlâ hukuka bağlılık ve dürüstlük gibi niteliklere sahip yargıçlar vardır. Fakat bu gidişle siyaset ile hukuk arasındaki mesafe azalacak ve bir süre sonra ortadan kalkacaktır. Bunun bedeli ise oldukça ağırdır. Hukukun siyasallaşması, hukuk üstünlüğünü ve temel insan haklarını tehlikeye atar. Bir süre sonra ise hukuk artık işlemez hâle gelir. Böylece refah ve özgürlük de ortadan kalkar²².

B. Çağdaş Hukuk Felsefesi Kuramlarının Eleştirisi

Solum çağdaş hukuk felsefesinin iki farklı çatışma eksenini etrafında şekillendiğini belirtmektedir: hak-fayda çatışması ve realizm-formalizm çatışması. Solum'a göre bu iki çatışma da çözülecek gibi gözükmemektedir. Çünkü ileri sürülen görüşler, akli gerekçelere değil, kişisel ve öznel tercihler dayalıdır. Dolayısıyla taraflar arasında karşılıklı etkileşim değil, retorik hâkimdir²³.

Hak-fayda çatışması çağdaş ahlâk felsefesindeki deontoloji-sonuççuluk çatışmasının hukuk alanındaki yansımasıdır. Sonuççu etik kuramlarının hukuk felsefesindeki uzantısı, "hukuk ve ekonomi" okuludur. Harvard Üniversitesi'nden Louis Kaplow ve Steven Shavell, *Fairness versus Welfare* (2002) isimli eserleri ile bu okulun en yeni ve etkili temsilcilerindendir. Daha tanınmış bir isim ise Richard Posner'dır. Deontolojik etik kuramlarının hukuk felsefesindeki uzantısı ise Ronald Dworkin'in hak temelli hukuk kuramıdır. Hak temelli hukuk kuramının

diğer önemli isimleri arasında Jules Coleman, James Fleming ve Randy Barnett vardır²⁴.

Solum'a göre bu tartışma bir sonuca varamaz. Her iki taraf da, diğerini yok saymakta, eleştirileri dikkate almadan çalışmalarına devam etmektedir. En iyi ihtimalle kendi aralarında tartışmakta, fakat karşı tarafı görmezden gelmektedir²⁵.

Çağdaş hukuk felsefesine hâkim olan diğer çatışma alanı ise realizm-formalizm tartışmasıdır. Hukukta realizm, bağımsız bir akım olarak 1920-30'larda ortaya çıkmış, 1950-60'larda yerini hukukta usulcülüğe [law and process movement] bırakmıştır. Hukukta usulün önemini vurgulayan bu akıma, 1980'lerde Eleştirel Hukuk Okulu "belirlenemezcilik tezi" [indeterminacy thesis] ile karşı çıkmıştır. Eleştirel Hukuk Okulu'nun radikal belirlenemezliği ise pek de makul olmadığı gerekçesiyle 1990'larda itirazlarla karşılaşmıştır. Nihayet günümüzde realizm, yine yükselişe geçmiştir. Solum'a göre günümüz hukuk felsefesi tartışmalarına bakıldığında, aslında bu iki akımın da haklı tarafları olabileceği yönünde bir uzlaşma var gibi gözükmemektedir. Hiçbir hukuk düşündürü, yargıçların sadece bir takım hukuk kurallarına uymak suretiyle tamamen tarafsız karar verdiğini iddia etmemektedir. Şüphesiz yargıçların kararlarında kişisel, siyasi ve ideolojik görüşleri etkilidir. Buna karşılık formalistler de tamamen haksız değildir. Hukukta sadece kurallara dayanarak tarafsız kararla-

rın verilebileceği basit davalar da vardır. Yazılı hukuk, çoğu zaman yargıcın vereceği kararı belirleyememektedir. Fakat hukuka tam bir belirsizliğin olduğunu kabul etmek de pek doğru değildir²⁶.

Sonuçta çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarında ileri sürülen görüşler her ne kadar canlı ve sofistike görünse de aslında ortada içinden çıkılmaz bir çözümsüzlük vardır. Solum bu çözümsüzlükten, ancak erdem ahlakına dayalı bir hukuk kuramı ile çıkılabileceğini iddia etmektedir²⁷.

Solum yukarıdaki çatışmaların, aslında iki temel pratik soruyu cevaplamaya yönelik olduğunu söyler. Bu sorular, "Hukukun amacı nedir?" ve "Hukuk kurumlarının uyumsuzlukları çözüme işlevi, en iyi hangi yolla gerçekleşir?" şeklinde ifade edilebilir. Solum'a göre erdem ahlakına dayalı hukuk kuramı, her iki soruya da cevap verebilecek niteliktedir. Erdem ahlakına dayalı hukuk kuramına göre hukukun nihai amacı, ne tercihlerin mümkün en iyi şekilde tatmin edilmesini sağlamak ne de bir takım hakları korumaktır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişimini sağlamaktır. Keza erdem ahlakına dayalı hukuk kuramı, hukuk kurumlarının daha iyi çalışabilmesinin yolunu, yargı mekanizmasında yer alan kişilerin, ekonomistler veya ahlâk felse-

fecileri arasında seçilmesi olarak görmez. Tercih edilmesi gereken, yargılama faaliyetine ilişkin bir takım erdemlere sahip yargıçların göreve getirilmesidir. Bütün bu açıklamalar kısaca şöyle ifade edilebilir: Hukuk felsefesinin merkezinde, refah, verim, otonomi veya eşitlik değil, erdem veya kişisel niteliklerin gelişimi olmalıdır. Dolayısıyla Solum'a göre hukuk felsefesi, ideoloji, hak veya fayda gibi kavramlardan çok, erdeme odaklanmalıdır²⁸.

Erdem ahlakına dayalı hukuk kuramı, hukukun doğası ve amacı konusunda zengin ve verimli bir açıklama getirir. Hem hukuk felsefesinin eski sorunlarını çözme iddiasını taşır, hem de yeni sorunlara işaret eder. Hukuk felsefesine en önemli katkısı, hukuk düşüncesi ile uygulaması arasında kopan bağları yeniden onarabileceği iddiasıdır²⁹.

II. ERDEM AHLÂKINA DAYALI HUKUK KURAMININ TEORİK ÇERÇEVESİ

A. Genel Olarak

Solum'a göre erdem ahlakına dayalı bir hukuk kuramı [virtue-centred jurisprudence], öncelikle normatif bir hukuk kuramıdır³⁰. Amacı, erdem etiğinin epistemolojik ve etik kabullerini, hukuk felsefesinin temel meselelerine uyarlamaktır. Bu bağlamda erdem ah-

(22) *Ibid.*, p. 5.

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.*, p. 5-6.

(25) *Ibid.*, p. 6.

(26) *Ibid.*, p. 7.

(27) *Ibid.*

(28) *Ibid.*, p. 2.

(29) *Ibid.*

(30) Solum erdem ahlakına dayalı bir hukuk kuramı oluştururken, yöntem olarak yukarıdan aşağı bir açıklama stratejisi izlenmesi gerektiğini söyler. Buna göre öncelikle erdem etiğinin, deontolojik ve sonuççu etik kuramlarına karşı üstünlükleri gösterilmelidir. Ardından erdem etiğinden hareketle bir siyaset kuramı oluşturulmalıdır. Nihayet bu iki aşamada elde edilen sonuçlar hukuk alanına uyarlanmalıdır. Fakat kendi çalışmalarını, sadece son aşamayla, yani erdem etiğinin hukuk felsefesindeki sonuçlarının neler olabileceğini göstermekle sınırlandırır. Hatta erdem ahlakına dayalı genel bir hukuk felsefesi kuramından çok, bu tür bir kuramdan hareketle özel bir yargılama kuramı oluşturmayı da amaçladığını belirtir; *Ibid.*, p. 7.

lâkına dayalı hukuk kuramının temel iddiası şudur: "Hukukun amacını açıklama iddiasındaki diğer rakip kuramlar büyük ölçüde eksiktir; zira hukuk ile karakter arasındaki ilişki hakkında bütüncül bir izahat getirememektedir."³¹

Erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramının temel sorunlarını ise şöyle sıralamaktadır³²:

– Yasama faaliyetinin nihai amacını açıklamada erdem etiği, diğer etik kuramlarının (hak temelli Kantçı etik ve fayda temelli sonuççuluk) karşısında bir üstünlüğe sahip midir; sahip ise bu üstünlüğü nereden gelmektedir? Erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramına göre hukukun amacı, ne faydayı azaltmaktır, ne de bir takım hakları gerçekleştirmektir; vatandaşların daha erdemli insanlar olmasını sağlamaktır. Bu durumda çözümü gereken sorun, yasaların ne tür bir içeriğe sahip olması ve bunun nasıl belirleneceğidir.

– Erdem etiğinin hukuk alanına uyarlanması, meslek ahlâkı açısından ne tür sonuçlar doğurabilir? Günümüzde özellikle avukatlık hukuku alanındaki tartışmalara deontolojik etik hâkimdir. Buna göre amaç, avukat-müvekkil ilişkisinde müvekkilin özerkliğini korumaktır. Erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramı açısından buradaki sorun, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin meslek ilkeleri doğrultusunda nasıl kurulacağıdır.

– Adalet erdeminin kendisi, hukukun ve özellikle yargılama faaliyetinin doğasına ilişkin tartışmalarda, erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramına, doğal

hukuk kuramı ile hukuki pozitivizm karşısında ne tür bir üstünlük sağlar?

Solum'un asıl amacı, yukarıda da belirtildiği gibi, erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramından hareketle oluşturulacak bir yargılama kuramının, özellikle yargıçların nitelikleri ve görev ve gelme şekli konusunda, diğer yargılama kuramlarından üstün yönlerini ortaya koymaktır. Dolayısıyla kendisi, erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramının diğer sorunlarından çok, yargılama alanındaki sonuçları üzerine odaklanmaktadır.

B. Erdem Ahlâkına Dayalı Yargılama Kuramı ve Yargılama Erdemleri

Solum, sağlıklı ve adil bir yargılama faaliyetinin gerçekleştirilmesi için yargıçlarda bulunması gereken erdemleri incelemeye geçmeden önce, erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının [virtue-centered theory of judging] amaçlarını şöyle sıralar:

Yargılama faaliyetine etki eden karakter kusurları nelerdir?

Yargılama faaliyetine etki eden üstün karakter özellikleri, yani yargılama erdemleri nelerdir?

Adalet erdeminin özünü ne oluşturur?

Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının temel kavramları nelerdir?³³

Solum yargılama erdemleri arasında öncelikle bir ayırım yapılması gerektiğini söyler. Yargılama erdemlerinin bir kısmı, bir yargıçta mutlaka bulun-

ması gerektiğine inanılan, diğer yargılama kuramları tarafından da kabul edilen erdemlerdir. Örneğin dürüstlük, ölçülülük, tokgözlülük, kendine hâkimiyet, tarafsızlık, çalışkanlık, bilgililik, medeni cesaret, itidal, hukuk becerisi ve yeteneği bu tür erdemlerdendir. Buna karşılık yargılama erdemlerinden bazılarının, bir yargıçta bulunması gerekip gerekmediği veya en azından bu erdemlerin özünü neyin oluşturduğu tartışmalıdır. Uzlaşmaya varılamayan erdemlerin başında adalet gelir. Tartışmalı diğer iki erdem ise teorik ve pratik hukuk zekâsıdır.³⁴

1. Genel Kabul Gören Yargılama Erdemleri

a. Dürüstlük ve Ölçülülük

Her ne kadar yargıçların hangi erdemlere sahip olması gerektiği konusunda tam bir uzlaşmaya varılamamışsa da bazı özelliklerin yargıçlarda kesinlikle bulunması gerektiği, hemen herkesin üzerinde anlaştığı bir görüştür. Yargıçlarda bulunmaması gereken bu özelliklerin başında, ahlâki düşüklük / ahlâki yozlaşma [corruption] gelir. Ahlâki düşüklüğün en bariz örneği rüşvet karşılığı karar vermedir. Bir yargıcın rüşvet karşılığı karar vermesi, bu karar şeklen doğru olsa bile, hukuk üstünlüğünün gerçekleşmesinin önünde büyük bir engeldir. Dahası insanların hukuka saygısını ve güvenini kaybetmesine de yol açar.³⁵

Ahlâki yozlaşmanın karşıtı olan erdem "dürüstlük"tür. Yargıçlardan ahlâki yozlaşmaya yol açacak eğilimlere

karşı dirençli olması beklenir. Ahlâki düşüklülüğe yol açacak özelliklerden biri "tamahkârlık"tır [graspingness]. Aristoteles'in *pleonexia* kelimesi ile karşılacağı bu özellik, kişinin hak ettiğinden fazlasını istemesidir. Bu bağlamda tamahkârlık, zenginliği başka amaçlar için bir araç değil de kendi başına bir amaç kabul etmektir. Kendisinden daha fazla kazanan meslektaş, tamahkâr bir yargıcı rahatsız edecektir. Diğer bir deyişle gelir seviyeleri arasındaki fark, kendisi için her zaman sorun çıkaracaktır.³⁶

Ahlâki yozlaşmaya yol açabilecek diğer bir özellik ise aşırı lüks içinde yaşamaya tutkusudur. Bu tutkuya sahip bir yargıç, daima hayat standartlarını yükseltmek için çalışır. Daha lüks yaşamaya tutkusu, yargıcın paraya gereğinden fazla önem vermesine ve ihtiyaçlarını karşılamak için ahlâken doğru olmayan yollara başvurmaya yol açar. Bu da ahlâki yozlaşmayla sonuçlanabilir. Bu karakter kusurunun karşısında ise ölçülülük [temperance] gelir. Bu bağlamda ölçülülük, kişinin doğal dürtülerini, arzu ve isteklerini kontrol altında tutabilme becerisidir. Bir yargıcın arzularına yenik düşmemesi gerektiği o kadar açıktır ki ölçülülük erdemi yargıçlarla neredeyse özdeşleşmiştir.³⁷

b. Medeni Cesaret

Burada kastedilen fiziki tehlikeler karşısındaki cesaret değildir. Yargıçlar zaman zaman toplumun genel yargılarına aykırı kararlar vermek zorunda kalabilir. Şüphesiz tüm diğer insanlar gibi yargıçlar da yaşadıkları toplumun

(31) Lawrence B. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", *Metaphilosophy*, Vol. 34, Nos. 1/2, January 2003, pp. 178-213, pp. 178-179.

(32) *Ibid.*, p. 181.

(33) *Ibid.*, p. 185.

(34) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", p. 8, 12.

(35) *Ibid.*, p. 8. Ayrıca bkz. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", pp. 189-190.

(36) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", p. 9.

(37) *Ibid.*

üyeleri tarafından kabul görmek ister. Bu doğal bir ihtiyaçtır. Fakat bazen başkalarının onayını alma ihtiyacı ile adaletin gerekleri çatışabilir. Diğer bir deyişle yargıç kendisini, toplumun genel yargılarına uygun karar vermek ile adil karar vermek arasında bir tercihte bulunmak zorunda hisseder. Böyle bir durumda yargıç, adaletin gereklerini ihlâl etme pahasına, toplumca kabul görececek bir karar vermeyi tercih edebilir. Yargıçların bazı davalarda nihai ve bağlayıcı karar verme yetkisi olduğu da düşünülürse, salt toplumca kabul görme saikiyle karar vermenin, bireylerin hak ve özgürlükleri açısından ne kadar zararlı sonuçlar doğuracağı açıktır³⁸.

Hakkı gözetmek ile konumunu, itibarını ve saygınlığını korumak arasında tercihte bulunmak zorunda kalan bir yargıç, medeni cesarete sahip olmalıdır ki adaletin gereğini yerine getirebilsin. Bu bağlamda medeni cesaret, doğal bir ihtiyaç olan başkalarının gözünde itibar kazanma güdüsünü kontrol altında tutabilme becerisidir. Yargıç bu güdüyü sınırlı durumlarda ve ancak makul amaçlarla devreye sokmalıdır. Solum'un ifadeleriyle "medeni cesarete sahip bir yargıç, adaleti kamuoyunun sunağında kurban etmez." Bu özelliğe sahip bir yargıç, insanların kendisi hakkında iyi kanaatler edinip edinmeyeceğini, karar alma sürecini etkileyen bir unsur olarak görmez³⁹.

c. Öfkesine Hakim Olma (İtidal)

İtidal, Aristoteles'te *proates* terimiyle karşılanan, kişinin sınırlarına hâ-

kim olabilme becerisidir; çok çabuk sinirlenmek ile hiç sinirlenmemek arasındaki denge hâlidir. Yargılama faaliyeti açısından bakıldığında, yargıcın aşırı sinirliliği, adalet dağıtım konusunda insanların yargıca duydukları güvenin azalmasına yol açar. Buna karşılık, yargıcın aşırı sakin olması da doğru değildir. Eğer bir duruşma salonunda, bir kargaşa, arbede vb. durumlar ortaya çıkmışsa veya davacı tarafa yönelik bir baskı, hakaret, tehdit vb. davranışlar söz konusuysa yargıç devreye girmeli ve duruşmanın sağlıklı bir şekilde devam etmesi için gerekirse sert tedbirlere başvurmalıdır⁴⁰.

d. Çalışkanlık ve Dikkat

Solum bu iki erdemi açıklamak için ABD hukuk sistemini örnek vermiştir. ABD hukuk sisteminde yargıçlar ömür boyu görevde kalmak üzere seçilir. Solum'a göre yargıçların ömür boyu görevde kalmaları, bazen kolayca kaçıp işlerini ağırdan almalarına yol açabilmektedir. Solum burada tembellik [sloth] kelimesini kullanmaktadır. Bu bağlamda tembel bir yargıç, işinin büyük bir kısmını yanında çalışan memurlara devreden yargıçtır. Böyle bir yargıç, kararını oluştururken kolayca kaçır; kendisini fazla yormaz. Kendi görüşlerinden çok, memurların görüşlerine veya çalışmalarına başvurur. Tarafları, mümkün mertebe sulhe gitmeye teşvik eder. Bu şekilde verdiği karar, belki kolay bir karardır fakat her zaman hata riskini taşır. Diğer bir deyişle adil bir karar değildir⁴¹.

Tembelliğin karşısında doğal olarak çalışkanlık yer alır. Çalışkan bir yargıç, işini cazip ve tatminkâr bulur. Vaktinin önemli bir kısmını işine ayırmaktan imtina etmez. Doğru bir karar için gerekirse normalden fazla mesai harcamayı göze alır. Tarafların sulha gitmesi, bazen faydalı olabilir. Fakat yargıç, tarafları sulha davet ederken sadece adaleti gözetmeli, sıradan sebeplere dayanmamalıdır⁴².

Çalışkanlıkla yakından ilişkili olan diğer özellik ise dikkattir. İyi bir yargıç, işine özen göstermelidir. Sadece vakitten kazanmak için ayrıntıları görmezden gelmemelidir. Gerektiğinde en girift kanunları veya emsal kararları bile bıkmadan, sıkılmadan incelemeli; ondan sonra kararını vermelidir. Kararını yazarken, yoğun çalışma gerektirse bile seçtiği kelimelere, kullandığı ifadelerle özen göstermelidir. Kesinliği ve açıklığı amaçlamalıdır⁴³.

e. Hukuk Becerisi ve Yeteneği

Solum, üzerinde hemen herkesin uzlaşacağını düşündüğü karakter özelliklerinden son olarak beceri [craft] ve yetenek [skill] üzerinde durur.

Tıpkı iyi bir okçunun yay çekme tekniğinde ustalaşması veya iyi bir mimarın gelişkin bir çizim yeteneğine sahip olması gerektiği gibi, iyi bir yargıcın da belirli bir takım becerilere ve yeteneklere sahip olması gerekir. Solum örnek olarak dil becerisini gösterir. İyi bir yargıcın, dili kullanma becerisi gelişmiş olmalıdır. İlk derece mahkemelerinde, özellikle sözlü iletişim yeteneği gerekir. Yargıç, jüriyle veya duruş-

mada bulunan diğer herhangi birisine bazen talimat vermek zorunda kalabilir. Bu durumda sözlü iletişimin imkânlarından yararlanacaktır. Temyiz mahkemelerinde ise yazılı ifade yeteneği gerekir. Özellikle Anglo-Sakson tipi hukuk sistemlerinde, emsal karar müessesesinin işlevini sağlıklı yerine getirebilmesi, yargıçların kararlarını anlaşılabilir ve etkili bir biçimde kaleme almalarına bağlıdır. İletişim kurabilme becerisi ayrıca anlaşmazlıkların sona erdirilmesinde de önemli işlev görür. Yargıçların arabuluculuk veya hakemlik yaptığı durumlarda, taraflar arasında uzlaşmaya varılabilmesi için yargıçların müdahale etmesi gerekebilir. İletişim becerisi yüksek bir yargıç, söz konusu durumlarda tarafları barışçı bir çözüme götürebilir⁴⁴.

Solum yukarıdaki erdemlerin hemen hemen herkes tarafından kabul edileceğini söyler. Buna karşılık teorik hukuk zekâsı, pratik hukuk zekâsı ve adalet gibi erdemler ise hakkında uzlaşma olmayan erdemlerdir. Solum'a göre erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının diğer yargılama kuramlarından üstünlüğü de işte bu erdemlere yüklediği anlamdan kaynaklanır. Bu erdemler, erdem ahlâkına dayalı yargılama kuramının özünü oluşturur. Dolayısıyla bu erdemleri ayrı bir başlıkta ele almak daha faydalı olabilir.

2. Tartışmalı Yargılama Erdemleri

a. Teorik Hukuk Zekâsı

Solum'un yargıçların sahip olması gerektiğini düşündüğü erdemlerden biri de teorik hukuk zekâsıdır [judicial

(38) *Ibid.* Ayrıca bkz. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 190.

(39) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aristotelian Theory of Law", *loc. cit.*

(40) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 191.

(41) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aristotelian Theory of Law", pp. 10-11.

(42) *Ibid.*, p. 11.

(43) *Ibid.*

(44) *Ibid.*, p. 12.

intelligence]. Buna teorik hukuki akıl yürütme becerisi de diyebiliriz. Aristoteles'in *sophia* terimiyle karşıladığı teorik bilgelige karşılık gelen bu erdem, hukuka ilişkin anlama ve kavrama becerisidir. İyi bir yargıç, eğitilmiş ve bilgili olmalıdır. En karmaşık hukuk meselelerinin bile çözebilir. Bir yandan somut olaya ait verilere nüfuz etmesi gerekirken, diğer yandan söz konusu olaydaki uyumsuzluğa uygulanan kuralların hangileri olduğuna da karar vermelidir⁴⁵.

Solum bu erdemi Frederick Schauer ve temsil ettiği realist yaklaşımı eleştirerek temellendirmiştir⁴⁶. Schauer, yargıçların nasıl ve hangi ölçütlere uyarak seçilmesi gerektiğine dair makalesinde, Hukuk ve Ekonomi okulunun görüşleri ile realist bakış açısını birleştirmek suretiyle, başta Dworkin'inki olmak üzere çağdaş yargılama kuramlarını eleştirir. Schauer'e göre yargıçlar ve yargılama faaliyeti, diğer modern hukuk sistemlerinde de önemli bir yer işgal eder.

Fakat sadece ABD'de hukuk kuramları ile yargılama kuramları bir arada değerlendirilir. Hatta hukuk felsefesi neredeyse yargılama ve yorum kuramlarına indirgenmiştir. Schauer, bu eğilimin günümüzdeki en önemli temsilcisinin Dworkin olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla çağdaş Amerikan hukuk felsefesi, büyük ölçüde zor davaların nasıl çözülmesi gerektiğine hasredilmiştir⁴⁷.

Solum, Schauer'ın görüşlerini üç temel noktadan eleştirir. Öncelikle temyiz mahkemelerinde görülen davaların hemen hepsinin zor dava olduğu görüşünü reddeder. Solum'un üzerinde durduğu ikinci nokta şudur: Temyiz mahkemelerinin gördüğü davaların hepsinin zor dava olduğunu varsaysak bile, yargıcın doğru karar verebilmesi, Schauer'ın iddiasının tersine, hukuk alanında uzman olmasına bağlıdır. Son olarak Solum, bazı davalar için belirlenemezliğin geçerli olduğunu, fakat bu belirlenemezliğin hukuktan değil, dava konusu olayın karmaşıklığından

kaynaklandığını ileri sürer⁴⁸. Şimdi Solum'un, Schauer'a yönelttiği üç itirazı daha yakından inceleyelim.

Birinci İtiraz: Teorik hukuk zekâsına kolay davalarda da ihtiyaç duyulur.

Solum öncelikle şu soruyu sorarak işe başlar: Acaba sahiden de sadece pozitif hukukun sonucu belirlemediği davalar mı yargıç tarafından karara bağlanır? Temyiz davaları açısından bir dereceye kadar belirlenemezlik geçerli olsa da bu durum fazla abartılmamalıdır. Temyiz mahkemeleri de basit davalar görebilir. Basit davalar için de belirli bir uzmanlık gerekir⁴⁹. Solum, temyiz mahkemelerinin çoğu zaman basit davaları gördüğü iddiasını ispat için, ampirik verilerden ve rasyonel tercih kuramından faydalanır⁵⁰. Daha sonra, neden basit davalarda bile yargıçların teorik hukuk zekâsına sahip olması gerektiğini göstermeye çalışır.

Solum'a göre pek çok temyiz davasında hukukun belirleyiciliğinden bah-

sedebiliriz. Bu sebeple yargıçlar, hukuk bilgisine ve hukuki akıl yürütme becerisine sahip olmalıdır. Temyiz sürecinin hemen her aşamasında yargıçlar, teorik hukuk zekâsına ihtiyaç duyulan durumlarla karşı karşıya kalır. Yargıçlar yasa, idari işlem ve önceki davaların metnini okuyup anlayabilir. Dava konusu somut olayın hukuku ilgilendiren yönünü tespit edebilir, uygun kuralı bulup uygulayabilir⁵¹. Solum'a göre temyiz yargılaması sürecine daha yakından bakıldığında yargıçların bu zihinsel etkinlikleri gerçekleştirdiğinin açıkça görülür. Hatta yargıçlığın uzmanlık gerektirdiğini savunanlar bile, bu tür becerilerin, basit davaların çözümünde gerekli olduğunu kabul edecektir⁵².

İkinci İtiraz: Zor davaların sonuçlandırılması teorik hukuk zekâsını gerektirir.

— Bazı zor davalar kavramsal hukuk sorunları içerir.

(45) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 191.

(46) Solum düşüncelerini açıklarken çoğu zaman belirli bir karşı görüşü hedef alır. Dolayısıyla düşünceleri önemli ölçüde polemik niteliği taşır. Nitekim aşağıda görüleceği üzere adalet erdemi açıklarken de aynı yolu başvurmuştur. Bu kez karşısında Bernard Williams vardır.

(47) Frederick Schauer, "Judging in a Corner of The Law", *Southern California Law Review*, 61, 1987-1988, pp. 1717-1733, p. 1717. Schauer'a göre ABD temyiz mahkemeleri, ahlaki, siyasi, ekonomik, toplumsal ve kültürel karar verme merci olarak çalışır. Buna karşın hukuk sistemi, temyiz mahkemelerinin karar verme sürecine indirgenemez. Hatta zannedildiğinin tersine temyiz mahkemeleri, ancak hukukun küçük bir bölümünü oluşturur. Schauer'ın ifadesiyle temyiz mahkemeleri "hukukun köşesinde" yer alır. Schauer bu düşüncesini temellendirmek için hukuk olayları (legal events) terimini kullanır. Hukuku bütünüyle anlayabilmek için, hayatımız içerisinde geniş bir yer işgal eden hukuk olaylarını dikkate almalıyız. Bu açıdan bakıldığında temyiz yargılamasının, bu olaylardan sadece biri olduğu görülür. Temyiz yargılamasının, hukukun sadece küçük bir bölümünü oluşturduğu kabul edildiğinde, hangi hukuk olayının, ne tür saiklerle temyiz aşamasına getirildiği sorunu gündeme gelir. Schauer, temyiz yargılamasının hukuk olaylarının tamamını temsil etmediğini düşündüğü için, genel hukuk kuramları ile yargılama kuramları arasında zorunlu bir bağlantının da olmadığını ileri sürer. Schauer'ın bu yaklaşımının, yargılama faaliyetinin doğası ve yargıçların nitelikleri konusunda bir takım sonuçları vardır. Bu noktada Schauer, Hukuk ve Ekonomi okulunun seçme varsayımı (selection hypothesis) yaklaşımına başvurur. Bu yaklaşıma göre geleneksel hukuk düşüncesi, mahkemeye intikal eden uyumsuzlukların, kişiler arasındaki hukuk uyumsuzluklarının tamamını oluşturduğunu varsaymakla hataya düşmektedir. Halbuki hukukun bir parçası olduğunu düşündüğümüz olayların büyük bir bölümü, gerçek anlamda bir hukuk uyumsuzluğu bile sayılmaz. Hukuk uyumsuzluğu olduğunu kabul etsek bile, bu olayların önemli bir bölümü dava konusu edilmez. Dava konusu edilenlerin de çok azı temyize gider. Schauer Hukuk ve Ekonomi okulunun seçme varsayımı yaklaşımından hareketle, temyiz yargılamasının, aslında ne tür bir faaliyet olduğunu açıklar. Gerçek anlamda bir hukuk uyumsuzluğunda, birbirine zıt istekleri olan en az iki taraf vardır.

47. **dipnot devamı:** Bu tür durumlarda tarafların her biri, isteğinin mahkeme tarafından karşılanacağı manasını taşır. Kişinin kendi isteğinin karşılanacağına inanması, bu isteğin mahkemeye fiilen karşılanacağı ihtimaline dayanır. Söz konusu isteğin mahkemeye fiilen karşılanacağı ihtimali de, pozitif hukuk içerisinde bu isteğe uygun bir hükmün bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla uyumsuzluk olarak nitelendirilebileceğimiz bir hukuk olayında, taraflardan her birinin iddiasını destekleyecek pozitif hukuk materyali vardır. Eğer pozitif hukuk, taraflardan sadece birinin iddiasını destekliyorsa ortada bir uyumsuzluk da yoktur. Çünkü iddiası desteklenmeyen tarafın, iddiasından vazgeçeceği umulur. Böylece hukuk uyumsuzluğunun alanı daha da sınırlandırılmış olur. Zira gerçek bir hukuk uyumsuzluğu, ancak her iki tarafın da kendi isteklerinin mahkemeye karşılanacağı inancını taşıdığı uyumsuzluktur. Dolayısıyla Schauer'a göre temyiz davaları, tarafların her birinin iddiasının hukuk açısından eşit değerde kabul edildiği davalardır. Schauer temyiz yargılamasına konu olan uyumsuzlukların doğasına ilişkin bu açıklamalardan sonra, yargıçların bu uyumsuzluktan nasıl çıktığını ele alır. Yargıcın bir hukuk uyumsuzluğunu çözerken başvurduğu yöntem takdir yetkisidir [discretion]. Schauer'a göre yargıçların takdir yetkisine sahip olduğunu pozitivistler, realistler ve hatta Dworkin bile kabul eder. Yargıcın takdir yetkisini kullanması ise ahlaki, siyasi, ekonomik ve kültürel, yani hukuk dışı öğelerden faydalanması demektir. Schauer verdiği bu sonuçtan hareketle, yargılama faaliyetinin özel hiçbir hukuk yeteneği gerektirmediğini ileri sürer. Dolayısıyla yargıçlar hukuk alanında uzman olmak zorunda değildir. Özetle yargılama faaliyeti bir hukuk uzmanlığı işi olmadığından, yargıçların seçilmesinde de özel bir yetenek veya üstünlük ölçütü olmamalıdır. (ibid., pp. 1719-1732'den özetlenerek alınmıştır.)

(48) Lawrence Solum, "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", *Southern California Law Review*, 61, 1987-1988, pp. 1735-1756, p. 1741.

(49) Ibid.

(50) Ibid., pp. 1742-1746.

(51) Ibid., p. 1746.

(52) Ibid.

Solum'a göre bazı zor davalarda kavramsal hukuk bilgisi gereklidir. Mevcut hukukun sonucu belirlemediği temyiz davalarının çoğu, ancak özel bir hukuki düşünme tarzıyla karara bağlanabilir. Zira bu tür davalarda temyiz konusu olayın kavramsal düzeyde ele alınması, hukuk yöntemine ilişkin ayrıntılı bir bilgi ile mümkündür. Hukuk usulü alanındaki sorunlar, buna iyi bir örnek teşkil eder⁵³.

— *Bütün zor davalarda kararlar hukuk sınırları içerisinde verilir.*

Solum'a göre Schauer ve temsil ettiği realist yaklaşım, dava sonucunun pozitif hukuk tarafından belirlenmediği durumlarda, yargıcın ahlaki, siyasi ve ekonomik gerekçelere dayanarak karar verdiğini kabul etmektedir. Bu yaklaşım, temyiz kararının, sadece alt mahkemenin kararını kabul veya reddi anlamına geldiği varsayımına dayanır. Diğer bir deyişle temyiz yargıcı, özel bir hukuki karar verme sürecinin sonucunda karar vermiş değildir; böyle bir sürece ihtiyaç duymaz. Buna karşın Solum'a göre temyiz kararı sürecine daha yakından bakıldığında, yargıcın kararının pozitif hukuk tarafından sınırlandırıldığı görülür⁵⁴.

Bu noktada Solum, çağdaş hukuk felsefesinde özellikle realistler ile formalistler arasında önemli bir tartışma konusu olan hukuki belirlenimcilik-hukuki belirlenemezlik sorununu⁵⁵ gündeme getirir ve kendisini özgün bir konuma yerleştirir. Solum'a göre söz konusu tartışmanın tarafları, yargıcın ka-

rar verme sürecinin doğası açısından belirlenemezci ve belirlenimci açıklamaların son noktayı koyduğunu varsayar. Solum buna katılmaz. Bir hukuk uyumsuzluğunun çözüm şekli, belki pozitif hukuk tarafından sınırlandırılır fakat belirlenmez. Dolayısıyla Solum, *belirlenimcilik* [determinacy] ve *belirlenemezciğin* [indeterminacy] karşısına *sınırlı belirlenimciliği* [underdeterminacy] koyar⁵⁶.

Solum, sınırlı belirlenimcilik dediği kendi yaklaşımını temellendirmek için oldukça teknik bir açıklama getirir. Sınırlı belirlenimciliği kabaca, dava sonucunun pozitif hukukun çizdiği sınırlar içerisinde çeşitlilik göstermesi şeklinde tanımlayan Solum, öncelikle iki küme varsayar ve sınırlı belirlenimciliğin bu iki küme arasındaki ilişkiye göre belirleneceğini söyler. Bu kümelerden ilki, bir davanın sonucunda ortaya çıkacak *mümkün* durumların hepsini kapsar. İkinci kümeye ise sadece hukuk tarafından kabul edilecek kararlar girer. Belirlenimcilik, belirlenemezcilik ve sınırlı belirlenimcilik, herhangi bir somut davadan hareketle, işte bu iki küme arasındaki ilişkilere göre tanımlanacaktır. Buna göre:

—Herhangi bir davada verilecek hukukun kabul edilebilir kararlar kümesinin sadece ve sadece tek bir elemanı varsa hukukun *belirli* olduğunu söyleyebiliriz. Solum'un ifadesiyle burada yargıcın verdiği karar, kuralın öngördüğü ile aynıdır [rule-bound decision].

—Şayet hukukun kabul edilebilir kararlar kümesi, davanın sonucunda ortaya çıkacak mümkün durumların hepsini kapsayan kümenin bir alt kümesi ise hukukun *sınırlı şekilde belirli* olduğunu söyleyebiliriz. Diğer bir deyişle yargıç kuralın rehberliğinde karar verir [rule-guided decision].

—Son olarak eğer hukukun kabul edilebilir kararlar kümesi ile mümkün bütün sonuçların oluşturduğu küme özdeş ise hukukun *belirsiz* olduğunu söyleyebiliriz. Yani karar, kuraldan tamamen bağımsızdır [unbound decision].

Bu açıklamalar ışığında Solum zor davayı, dava sonucunun pozitif hukuk tarafından sınırlı bir şekilde belirlendiği dava olarak tanımlar. Yargıç böyle bir davayı, hukukun kabul edilebilir muhtemel tüm sonuçlar arasından tercihte bulunarak karara bağlar. Davayı kimin kazandığı ve kimin kaybettiği, işte bu muhtemel sonuçlara göre belirlenir. Bir davanın zor dava sayılabilmesi için mutlaka hukuk tarafından belirlenmemiş olması gerekmez. Solum'a göre belirlenemezlik ile sınırlı belirlenimcilik arasındaki fark, çoğu zaman görmezden gelinmektedir. Oysa hukukun bütünüyle belirsiz olduğunu iddia etmek pek de makul değilken, sınırlı belirlenimcilik çok daha kolay savunulabilir bir iddiadır⁵⁷.

Sonuç olarak Solum, temyiz kararlarının salt bir kabul veya red niteliğinde olmadığını ileri sürmektedir. Örneğin davanın iadesi [remand] kararı, pozitif hukukun belirlediği sınırlar içerisinde verilir⁵⁸.

Yargıcın hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde karar verdiğini göstermek için Solum'un üzerinde durduğu bir başka örnek ise özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde önemli bir yeri olan *emsal karar* müessesesidir. Aynı konuda değişik zamanlarda farklı iki karar verildiğinde, eğer önceki kararı veren yargıcın gerekçeleri, sonraki kararı veren yargıcı bağlıyorsa emsal karardan söz edilir. Her ne kadar çoğu zaman yargıçlar bu şekilde bağlayıcı bir karar vermekten kaçınıyorsa da Solum'a göre, bir davada geçerli olan akıl yürütme biçiminin, gelecekteki davalara etki edeceği konusunda şüpheye yer yoktur. Nitekim temyiz yargıçları, kararlarında bağımsız olsa bile, gerekçelerinde pozitif hukukun sınırları içerisinde kalmak zorundadır. Diğer bir deyişle pozitif hukuk, davanın sonucunu tam anlamıyla belirlemeyebilir; fakat gerekçelendirme faaliyetinin nasıl olacağına ilişkin bazı sınırlar getirir. Dolayısıyla bir yargıcın kararının gerekçesi sadece mevcut kanunlara, Anayasa'ya veya idari düzenlemelere değil, diğer davalarda başvuru akıllı yürütme, sunulan gerekçelere de uygun olmak zorundadır. Bu sebeple uzman olmayan bir yargıç, ahlaki ve siyasi açıdan doğru temellere dayansa bile hukukun iyi bir karar yazamaz. Zor davalarda neden teorik hukuk zekasına gerek duyulduğunu açıklayan bir başka sebep de hukukun bu sınırlandırıcı niteliğidir⁵⁹.

(53) *Ibid.*, p. 1747.

(54) *Ibid.*, p. 1748.

(55) *Hukuki Belirlenimcilik – Hukuki Belirlenemezlik tartışması için bkz. Gürler Uygur, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 51, S: 2, 2002 (ayrı basımı), passim.*

(56) Solum, "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide To Judicial Selection", *loc. cit.*

(57) Solum'un sınırlı belirlenim kavramının açıklaması için bkz. Lawrence B. Solum, "Indeterminacy", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (Ed.) Dennis Patterson, Oxford, Blackwell Publishing, 1999, pp. 488-502, pp. 489-490; Lawrence B. Solum, "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", *University of Chicago Law Review*, 54, 1987, pp. 462-503, pp. 473-474.

(58) Solum, "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide To Judicial Selection", p. 1749.

(59) *Ibid.*

— **Karara etki edecek hukuki ve hukuki olmayan sebepleri bir araya getirmek, ancak teorik hukuk zekâsı ile mümkündür.**

Solum, zor davaların sonuçlandırılmasında teorik hukuk zekâsının gerekliliğine ilişkin bir başka sebep daha gösterir. Bir davada yargıcın kararına etki eden birçok ahlâki, siyasi ve ekonomik faktör olabilir. Fakat sorun, bu farklı etkenlerin hukuk içerisinde nasıl bir araya getirileceğidir. Bu anlamda iyi bir yargıç, genelleme ve sentez becerisine sahip olmalıdır. Böylece hukuk dışı unsurlarla hukuku başarılı bir şekilde bir araya getirip en doğru sonucu ulaşabilir. Bu da teorik hukuk zekâsını gerektirir⁽⁶⁰⁾.

Üçüncü İtiraz: Bir davanın sonuçlandırılmasında zorluklarla karşılaşılması hukukun belirsiz olmasından değil, dava konusu olayın karmaşıklığından kaynaklanır.

Solum'a göre hukukun belirsiz gibi gözüktüğü pek çok davada bu belirsizlik, hukukun kendisinden değil, olayın karmaşıklığından kaynaklanır. Bu tür davalarda hukukun kabul edilebilir bir sonuç vardır. Fakat yargıcın bu sonuca nasıl vardığı, taraflarca pek de anlaşılmayabilir. Solum bu durumu açıklamak için mühendisliğe başvurur. Bir köprü inşaatını örnek vererek, mühendislerin çok uzun ve rüzgârlı bir geçide köprü yaparken bir takım sorunlarla karşılaşabileceği ihtimalini düşünür. Bu sorunlardan ilki, mesleki kurallara uygun olmak şartıyla aynı anda iki geçerli projenin çizilmesi durumudur. Bu projelerden hangisinin gerçekleştirile-

ceği belirsizdir. Mühendisler bu durumda estetik değer gibi teknik gerekçelerin dışında bir takım gerekçelerle karar verecektir. Diğer bir sorun ise çok daha zordur. Bu, en iyi projenin hangisi olduğunun tespit edilememesi durumudur. Burada ancak diğerlerine göre daha tecrübeli ve becerikli olan mühendis, en iyi projeyi tespit edip uygulayabilir. Solum, mühendislik alanında geçerli olan bu durumun, yukarıda bahsedilen davalarda yargıçlar için de geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Bu tür karmaşık ve zor olayların çözümünde teorik hukuk zekâsına sahip yargıç başarılı olacaktır. Dolayısıyla yargıçların seçiminde bu niteliğe sahip yargıçlara öncelik verilmesi gerekmektedir⁽⁶¹⁾.

b. Pratik Hukuk Zekâsı

Aristoteles'te *phronesis* terimiyle karşılanan genel anlamda pratik akıl yürütme becerisi [judicial wisdom], her somut durumda insanın gerçekleştirmek istediği amaçları ve bu amaçları gerçekleştirmek için gerekli araçları doğru tayin edip, doğru tercihlerde bulunmasıdır. Yargılama açısından bakıldığında ise pratik hukuki akıl yürütme becerisi veya diğer bir deyişle pratik hukuk zekâsı, genel anlamda pratik akıl yürütme becerisinin, yargıç tarafından dava konusu olayın çözümünde kullanılmasıdır. Pratik hukuk zekâsına sahip yargıç, her somut olayda, gözetilmesi gereken menfaatleri ve bu menfaatlerin gerçekleşmesi için gerekli araçları tespit edebilen yargıçtır⁽⁶²⁾.

Teorik hukuk zekâsına sahip yargıç, oldukça karmaşık hukuk meselele-

rinde bile, nasıl akıl yürütülmesi gerektiğini bilir. Somut olayın özellikleri ile hukuk kurallarının ve öğretide geliştirilmiş görüşlerin arasındaki ilişkiyi görebilir. Örneğin somut olayla ilgili uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kanun maddesinin kapsamını tayin edebilir. Fakat aynı yargıç, bu teorik bilgisini, somut olayın koşullarına uyguladığında ortaya çıkacak sonuçları kestirmekte zorlanabilir.

Buna karşılık pratik hukuk zekâsına sahip yargıç, teorik becerisinin yanı sıra, başka bir takım becerilere de sahiptir. Örneğin sağduyuludur; hangi hukuk yaklaşımının, tarafların menfaatlerini daha iyi koruyacağını bilir. Yine somut olayın hangi yönünün, hukuk açısından daha önemli olduğunu tespit edebilir. Kanun maddelerinin sadece içeriğini değil, somut olaya uygulandığında nasıl bir sonuç vereceğini de kestirebilir. Son olarak dava taraflarının, taraf vekillerinin ve ilgili diğer kişilerin, yargıcın vereceği karar karşısında nasıl bir tepki vereceğini de sezer⁽⁶³⁾.

Pratik hukuk zekâsının, yargıç tarafından nasıl kullanılabileceğini görmek açısından aşağıdaki gerçek dava örneği oldukça aydınlatıcı olabilir:

Söz edilen dava, ABD'nin Massachusetts eyaleti Masphee kasabası sakinleri ile Wampanoag yerlileri arasındaki bir uyuşmazlık hakkındadır. Wampanoag yerlileri, kendilerine ait topraklara, kasabalılar tarafından anayasaya aykırı şekilde el konulduğunu iddia etmiş, uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiştir. Dava, jüri üyelerinin yerliler aleyhinde verdiği bir kararla sonuçlanmıştır. Bunun üzerine Wampanoag yerlileri, tekrar mahkemeye başvur-

muş, ardından dava bir üst mahkemeye taşınmış ve bir süre daha devam etmiştir. Bu süre içerisinde kasabada gayrimenkul fiyatları bir hayli düşmüş, bazı gayrimenkuller satılamaz hâle gelmiştir. Böylece mallarını satıp bir başka bölgeye gitme kararı alan mal sahipleri zor durumda kalmıştır.

Şimdi burada adaletin gereği nedir? Davaya bakmakla görevli yargıç nasıl bir karar vermelidir ki, adalet tecelli etsin. Öncelikle şunu belirtmekte yarar var: Böyle bir durumda ne Rawls'un, ne de Nozick'in adalet kuramı sağlıklı bir sonuç verebilir. Zira Rawls'un kuramına göre, "toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler, en kötü durumda olanların azami faydası gözetilecek şekilde giderilmelidir." Fakat bu somut olayda, hangi tarafın toplumsal ve ekonomik açıdan en kötü durumda olduğu, ancak dava sonuçlandıktan sonra ortaya çıkacaktır. Örneğin mahkeme, Wampanoag yerlileri lehine karar verirse en iyi durumda onlar olacaktır; aleyhine karar verirse bu kez de en kötü durumda olacaklardır. Buna karşılık Nozick'in kuramına göre, "bir insanın sahip olduğu şeyler, kazanma ve başkasına devretme sürecinde adalet ilkelerine uygun davranılarak hak edilmiş ise adildir." Fakat dava konusu tam da budur: Kazanma ve devretmede kimin adilane davrandığı, ancak dava sonucunda ortaya çıkacaktır.

Davanın bu aşamasında yerlilerin temsilcisi, mahkemenin de kabul ettiği şu çözümü önermiştir: "Bir dönüm ve bir dönümden daha az olan araziler[in], ya da bu ölçülerdeki araziler üzerine kurulu evler[in] dava konusu olmaktan çıkarılması..."

(60) *Ibid.*

(61) *Ibid.*, p. 1750.

(62) *Ibid.*, pp. 1752-1753.

(63) *Ibid.*, p. 1753.

Davanın sürdüğü dönemde hiçbir yasa, küçük ev sahiplerini koruyamadığı gibi, bu yönde getirilecek herhangi bir öneri yasalaşma imkânına da sahip değildir. Buradaki çözüm, bir dönümden az arazilerin çıkarılması sonrasında, dava konusu olacak arazi miktarı ile durumdan etkilenecek ilgili tarafların sayısı arasında oraniyama yapan, basit ama etkili bir akıl yürütmenin sonucunda bulunmuştur. Aristotelesçi erdem anlayışının kabul ettiği, daha çok ile daha az arasında yargıda bulunmanın sonucu işte budur⁶⁴.

c. Adalet

Yargılama faaliyeti ile adalet arasındaki ilişki o kadar yakındır ki, "Bir yargıcin sahip olması gereken özellikler nelerdir?" diye sorulduğunda, hemen herkesin ilk aklına gelen özellik adalettir. Hatta Amerikan hukuk dünyasına bakıldığında, yüksek mahkeme üyelerine adalet anlamına gelen "Justice" denildiğini, yine mahkeme salonları için kullanılan terimin adalet salonu anlamına gelen "Hall of Justice" olduğunu ve nihayet yargıçların gerçekleştirdiği faaliyet için de adaletin dağıtım anlamına gelen "Administration of Justice" ifadesinin tercih edildiğini görürüz⁶⁵.

Adalet ile diğer yargılama erdemleri arasındaki ilişkiye bakıldığında da adaletin merkezde yer aldığını söyleyebiliriz. Bir yargıcin yukarıda bahsedilen tüm erdemlere sahip olması mümkündür. Fakat eğer bu yargıç adil de-

ğilse diğer erdemlerin pek bir anlamı kalmadığı ileri sürülebilir. Örneğin öyle bir yargıç düşünelim ki, diğer tüm erdemlere sahip olsun, fakat adil olmasın. Böyle bir yargıcin iyi bir yargıç olmadığı rahatlıkla ileri sürülebilir. Yine öyle bir yargıç düşünelim ki, diğer hiçbir erdeme sahip olmasın, fakat adil olsun. Bu kez de söz konusu yargıcin, eğer kararları adilse pekâlâ iyi bir yargıç olduğunu iddia edebiliriz. Diğer bir deyişle kişisel hayatı ahlâk açısından ne kadar kusurlu olursa olsun, bir yargıcin verdiği kararlar adilse o yargıç adil bir yargıçtır denebilir. Adalet olmaksızın iyi bir yargılama faaliyetinden bahsedemeyiz. Dolayısıyla adalet, diğer yargılama erdemlerinin başında gelir⁶⁶.

Bir erdem olarak adalet, çok genel ve yaygın kabul gören bir tanımla, herkese hak ettiğini verme eğilimidir. Böyle bir tanım şüphesiz çok soyuttur ve ilk bakışta adalet erdemi hakkında pek fazla şey söylemez. Dolayısıyla bir adalet tanımı vermektense adalet erdeminin içeriğini belirleyen belli başlı özellikler üzerinde durmak daha faydalı olabilir. Bu özellikler, 'tarafsızlık', 'hukuka uygunluk' ve 'hukuk sezgisi'dir⁶⁷.

Solum'a göre erdeme dayalı bir yargılama kuramının merkezinde adalet erdeminin bulunmasına karşın, adaletin ne tür bir erdem olduğunu tespit etmede bir takım zorluklarla karşılaşılır⁶⁸. Adaletin, diğer erdemler gibi bir

itidal durumu olup olmadığı tartışmalıdır. Eğer adalet, herkese hakkını vermek ise adaletin zıddı nedir? Aristoteles'in itidal durumu olarak şemalaştırıldığı erdem yaklaşımından hareket edildiğinde bireyler açısından adalet, kişinin hak ettiğinden ne fazlasını, ne de azını alması şeklinde tanımlanabilir. Fakat kişinin hak ettiğinden azını alması çoğu zaman adaletsizlik olarak görülmez. Söz konusu yargıç olduğunda iş daha da zorlaşır. Zira yargıçlar adaleti gerçekleştirirken, kendileri için herhangi bir talepte bulunmaz⁶⁹. Adalet erdemi, cesaret, kendine hakim olma, ölçülülük gibi diğer erdemler gibi değilse ne tür bir erdemdir? Adalet de diğerleri gibi bir karakter özelliği midir? Solum burada, adalet erdeminin doğası hakkında farklı bir yorum getiren Bernard Williams'a atıf yapar. Kendi görüşlerini, Williams'ı eleştirmek suretiyle açıklar. Dolayısıyla bu noktada Williams'ın yaklaşımına kısaca bakmak faydalı olacaktır.

Bernard Williams'a göre adil bölüşüm kavramı, adil kişi kavramından önce gelir. Adil kişi, adil bölüşümden yana olan, adil bölüşümün gerçekleşmesi için çalışan kişidir. Bir karakter özelliği olarak adalet, her somut durumda hakkaniyeti gözetme eğilimidir. Aristoteles'in *epietkes* dediği kişinin niteliğidir. Buna karşın herhangi bir bölüşümün adil olup olmadığı, söz konusu kişinin karakter özelliğinden bağımsızdır. Kişinin, herhangi bir bölüşüm biçimi için adildir veya değildir demesi, söz konusu bölüşümün gerçek-

ten adil olması veya olmaması anlamına gelmez⁷⁰.

Adil kişi, her türlü adaletsiz bölüşüm biçimine karşı çıkar. Bu bölüşüm biçimlerinin, hangi niyetle gerçekleştirildiği önemli değildir. Aynı şey kişinin kendisi için de geçerlidir. Kişi, adaletsizliğe yol açacağı pek çok durumla karşı karşıya kalabilir. Ayrıca adaletin gerçekleşmesine engel teşkil edecek bir takım karakter özelliklerine de sahip olabilir. Adil kişi, bütün bunlara direnebilen kişidir. Bunun için de, cesaret vb. diğer erdemlere ihtiyaç duyabilir. Buna karşın adaletin kendisi, başlı başına bir niyet teşkil eder. Adaleti gözetmek ve adaletsizliğe karşı çıkmak, kendi başına yeterlidir. Adil olmak için, adil tercihlerde bulunmak ve adaletsizlikten kaçınmak tek başına yeterlidir⁷¹.

Görüldüğü gibi Williams, adalet kavramının kendisine öncelik vermektedir. Adaletin doğasının anlaşılmasında, adalet erdeminin sahip kişinin, şu veya bu davranışı adil bulması önemli değildir. Öncelikle adalet kavramı tanımlanmalıdır. Bir kişinin tercihlerinin adil olup olmadığına, bundan sonra karar verilmelidir. Solum, işte bu noktada Williams'a karşı çıkar ve kendi kuramı için merkezi öneme sahip adalet erdeminin temellendirme için tam aksi bir açıklama getirir.

Solum'a göre Williams'ın yaklaşımı, erdem merkezli bir yargılama kuramı açısından sorunludur. Şayet adalet kavramı, adalet erdeminin önce geliyorsa normatif bir yargılama kuramı,

(64) Davanın alındığı kaynak için bkz. Alasdair MacIntyre, *Erdem Peşinde*, çev. Mutallip Özcan, İstanbul, Ayrintı Yayınları, 2001, ss. 229-230.

(65) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 194.

(66) *Ibid.*

(67) Solum, "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", p. 32.

(68) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 195.

(69) *Ibid.*

(70) Bernard Williams, "Justice as a Virtue", *Essays on Aristotle's Ethics*, (Ed.) Amelie Okseberg Rorty, London, England, University of California Press, 1980, pp. 189-199, pp. 196-197.

(71) *Ibid.*, p. 197.

erdem merkezli olamaz. Williams'ın yaklaşımından hareket edildiğinde, yargıçların adil bir kararı nasıl vereceği sorusunun cevabı, öncelikle adil bir kararın ne olduğu sorusunun cevaplanmasını gerektirecektir. Bu durumda, hangi yöntemin adil bir karara götüreceği üzerinde durulmalıdır. Dolayısıyla bu yaklaşımda erdemler, amaç değil, sadece adil karara götürececek araç niteliğindedir. İyi yargılama ile karakter ve zihin erdemleri arasındaki ilişki rastlantısaldır. Sonuç olarak adalet erdemi, önceden oluşturulacak bir hakkaniyet kuramından hareketle belirlenecektir. Bunun tersi, yani hakkaniyete ilişkin bir kuramın adalet erdeminden hareketle belirlenmesi söz konusu olmaya-caktır⁷².

Williams'ın tersine Solum, adil bir kararın diğer erdemlerden bağımsız olmadığını düşünür. Ancak uygun karakter özellikleri olan bir yargıç, önündeki davayı adalete uygun bir şekilde karara bağlayabilir. Hâlbuki Williams'ın yaklaşımından hareket edildiğinde, adaletin korkaklık, tamahkârlık vb. karakter kusurlarıyla bağdaşmadığını söylemek, bir anlam ifade etmeyecektir⁷³.

Solum kendi görüşünü daha sağlam temellere oturtmak için, yukarıda da belirtildiği gibi, adalet erdemine biraz daha yakından bakmayı ve adaletin içeriğini oluşturan karakter özelliklerini incelemeyi tercih eder. Bu özellikler *tarafsızlık* [judicial impartiality], *hukukun bütünlüğünü gözetme* [judicial in-

tegrity] ve *hukuk sezgisidir* [legal vision].

— **Tarafsızlık:** Bu bağlamda tarafsızlık, yargıcın önüne gelen uyuşmazlığın taraflarına eşit derecede sempati ve empati göstermesidir. Yargıç, taraflardan herhangi birine, diğerinin aleyhine imtiyaz göstermemelidir. Her iki tarafın da istek ve çıkarlarını gözetmelidir⁷⁴.

— **Hukukun bütünlüğünü gözetmek:** Burada Solum, Dworkin'in geliştirdiği "bütünlük olarak hukuk" yaklaşımından faydalanır⁷⁵. İyi bir yargıç, hukuka bağlılığa önem vermeli, hukukun tutarlılığını ve bütünlüğünü gözetmelidir⁷⁶. Solum bu özelliğin adalet erdemi açısından niçin önemli olduğunu şöyle açıklar. Hukukun bütünlüğünü gözetmenin, adaletin vazgeçilmez bir özelliği oluşu, hukuk ile adalet arasındaki yakın ilişkiden kaynaklanır. Hukuk ile adalet arasında yakın bir ilişki olduğunu kabul etmek ise sağduyunun bir gereğidir. Makul bir hukuk sisteminde, kişilerin adalet gereği hak ettikleri ile kişilere mevcut yasalarca tanıyan haklar arasında denklik vardır. Zira hukuk sisteminin tanıdığı haklar ile ahlâki ve siyasi haklar örtüşür. Diğer bir deyişle böyle bir hukuk sisteminde adalet, hukuka uygunlukla tanımlanır. Hukuka uygun bir kararın, aynı zamanda adil de kabul edilmesinin diğer sebebi de hukukun üstünlüğüne duyulan saygıdır. Hukukun düzenli, kamuya açık ve genel olması, mevcut hukuktan ayrılmamayı gerektirir. Yargıç herhan-

gi bir yasanın doğru olmadığını düşünse bile, onu uygulamaktan kaçınmaz. Aksi takdirde kesinlik ve tutarlılık tehlikeye girer⁷⁷.

— **Hukuk sezgisi:** Adalet, her somut olayın, pozitif hukukun kapsamına giren yönlerini tespit edebilme becerisini gerektirir. Bu beceri, ancak hukuk sezgisine sahip yargıçlarda gelişir. Bu bağlamda hukuk sezgisi, hukukun içeriğini bilme ve amacını tayin edebilme becerisidir. Hukuk sezgisine sahip yargıç, her somut olayda, söz konusu amaçca uygun özellikleri bulup çıkarır. Adalet erdemi hukuk sezgisini gerektirdiğinden, pratik hukuk zekâsı ile de yakından ilişkilidir⁷⁸.

Sonuç olarak Solum, erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının temel çerçevesini oluşturan kavramları şöyle tanımlamaktadır⁷⁹:

—*Yargılama erdemi*, zihin veya iradenin doğal bir eğilimidir. Diğer yargılama erdemleriyle birlikte, yargıca adil kararlar vermede güvenilir bir imkân sağlar. Başlıca yargılama erdemleri tok gözlülük/gönüllülük, cesaret, itidal, hukuk zekâsı, bilgelik ve adalettir.

—*Erdemli bir hâkim*, yargılama erdemlerine sahip hâkimdir.

—*Erdemli karar*, somut olayın şartlarına uygun erdemleri kendisinde taşıyan bir yargıcın, bu erdemlere dayanarak verdiği karardır.

Hukuken doğru karar ise bir yargıç tarafından somut olayın şartlarına uygun verilen karardır⁸⁰.

3. Erdem Ahlâkına Dayalı Yargılama Kuramına Göre Adaletin İki İşlevi Erdem ahlâkına dayalı yargılama kuramının, diğer yargılama kuramlarından üstünlüğü, adalet erdemi-ne yüklediği anlamdadır. Bu tür bir yargılama kuramında adalet merkezde yer alır. Bu sebeple adalet erdeminin işlevlerine ayrı bir başlıkta yer vermek daha uygundur. Bu noktadan hareketle yargılama faaliyetinin işleyişine bakıldığında, adaletin iki tür işlev gördüğü söylenebilir: *hukuka uygunluk olarak adalet* ve *hakkaniyet olarak adalet*. Şimdi bu iki farklı adalet uygulamasını inceleyelim.

a. Hukuka Uygunluk Olarak Adalet

Gerek basit davalar, gerekse zor davalar olsun, hukuk kurallarının dava sonunda verilecek kararı belirlediği durumlarda, adalet ne tür bir işlev görür? Bu konuda, erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramı ile diğer rakip yargılama kuramları arasında önemli bir fark yoktur. Normatif yargılama kuramlarının hemen hepsi, bu tür durumlarda, yasaların lâfzına uyulması ve herkese eşit uygulanması suretiyle adaletin gerçekleşeceğini kabul eder. Diğer bir deyişle adalet, eşitlikle aynı

(72) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", pp. 195-196.

(73) *Ibid.*, p. 196.

(74) *Ibid.* Ayrıca bkz. Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aristotelian Theory of Law", p. 10.

(75) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 197, ff. 64.

(76) *Ibid.*

(77) *Ibid.*

(78) *Ibid.*

(79) *Ibid.*, p. 198.

(80) Solum hukuken doğru karar-erdemli karar ayrımını, bütünüyle erdemlere dayanarak verilen karar ile böyle olmadığını hâlde, yine de hukuken doğru sonuca ulaştıran kararı birbirinden ayırmak için kabul eder. Erdemli bir karar, erdemli bir yargıç tarafından, salt erdemlere dayanarak, yani ahlâki gerekçelerle verilen karardır. Buna karşılık hukuken doğru karar, erdemlere dayanmaksızın veya bu tür bir kaygı taşımaksızın, sadece somut olayın özellikleri ve ilgili hukuk kuralları dikkate alınarak verilen karardır. Dolayısıyla örneğin bir yargıcın rüşvet karşılığı fakat hukuk kurallarına uygun verdiği karar, şüphesiz erdemli bir karar değilken, hukuken doğru bir karar sayılabilir; *ibid.*, ff. 66.

şeydir. Şüphesiz, yasaların neden eşit uygulanması gerektiğine ilişkin gerekçeler konusunda farklı normatif kuramlar, farklı açıklamalar getirir. Örneğin faydacı yargılama kuramı, yasaların eşit uygulanması sonucunda ortaya çıkacak faydaya dikkati çeker. Kantçı yargılama kuramı ise birey haklarının korunması üzerinde durur. Fakat sonuçta iki kuram da yargıçların, hukuka uygun karar vermesi için adalet erdeminin sahip olması gerektiğini kabul eder⁽⁸¹⁾. Peki, erdem etiğine dayanan bir yargılama kuramının farkı nedir?

Diğer yargılama kuramlarından farklı olarak, erdem etiğine dayanan bir yargılama kuramına göre erdemler, yargılama sürecinin ayrılmaz parçasıdır. Dolayısıyla hukuk kurallarının somut olaya uygulanması ve doğru sonuca ulaşılması, ancak erdemlerin dikkate alınmasıyla mümkün olur. Kuralların somut olaya uygulanması, kendi başına gerçekleşen bir süreç değildir. Genel ve soyut bir kuralın, özel ve somut bir duruma uygulanması daima pratik akıl yürütme faaliyetini gerektirir. Ancak pratik hukuki akıl yürütme becerisine sahip bir yargıç, kuralların doğru şekilde uygulanmasını sağlar. Gerek kuralların ne anlama geldiği, gerekse doğru uygulanıp uygulanmadığı pratik akıl yürütme aracılığıyla bilinir⁽⁸²⁾.

Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının, diğer rakip kuramlardan bir başka farkı ise aynı konuda, aynı anda iki doğru ve erdemli karar ortaya çıktığında nasıl bir sonuca varılacağı noktasında görülür. Bir hukuk sisteminde, aynı olay hakkında, erdemli iki

yargıç tarafından, doğru fakat birbirleriyle çelişen iki farklı karar verilebilir. Bu durumda ya bunlardan birini *hukuken doğru karar*, diğerini de *hukuken yanlış karar* olarak nitelendirmek ve *hukuken yanlış karar*ı erdemli karar olarak nitelendirmemek ya da kararların ikisini de *hukuken doğru karar* ve aynı zamanda erdemli karar olarak nitelendirmek gerekir. İlk durumda hukuken sadece tek bir doğru karar olabileceği tezini savunmak, ikinci durumda ise erdemli karar ile *hukuken doğru karar*ı özdeş kabul etmek söz konusu olacaktır. Erdem etiğine dayalı bir yargılama kuramı, iki yargıçın aynı olaya ilişkin iki farklı ve birbirleriyle çelişen karar verebileceğini kabul eder. Bu iki karar, eğer erdemli iki yargıç tarafından verilmişse *hukuken doğru karar* kabul edilebilir. Buna karşılık bu iki karar, erdemli olmayan yargıçlar tarafından verilmişse *hukuken yanlış karar* sayılır. Üstelik erdemli bir yargıçın verdiği karar ile erdemli olmayan bir yargıçın verdiği karar, aynı olsa bile sonuç değişmeyecektir: Erdemli yargıçın verdiği karar *hukuken doğru karar*, erdemli olmayanınki *hukuken yanlış karardır*⁽⁸³⁾.

Solum, adaletin hukuka uygunluk şeklinde ortaya çıktığı durumları açıklamak için, ayrıca Aristoteles yorumcusu Richard Kraut'un görüşlerinden de faydalanır. Kraut, hukuk (law) olarak çevrilen Eski Yunanca *nomos* teriminin, aslında pozitif hukuktan daha fazlasını karşıladığını söylemektedir. Kraut'a göre:

Aristoteles adil bir kişinin, geniş anlamıyla *nomimos* olduğunu söylerken, bu

kişi ile kanunlar, kurallar ve mevcut toplumun büyük bir kısmınca kabul edilen gelenekler arasındaki ilişkiye belirli bir özellik atfeder. Adalet, sadece bir toplumun yasa koyucuları tarafından yapılan düzenlemelerle değil, toplum üyelerinin davranışlarını düzenleyen çok daha geniş bir kurallar kümesiyle de ilgilidir. Keza, adil olmayan bir kişinin karakteri, sadece yazılı kuralların ihlâlinde değil, içinde yaşadığı toplumun kabul ettiği kurallara aykırılıkta da ortaya çıkar.

Aristoteles'in kullandığı şekliyle *nomos* teriminin, bizim kullandığımız 'hukuk' teriminden ayrıldığı bir başka nokta daha vardır: Aristoteles, *nomoi* terimini, kendi döneminde Eski Yunanlılar'ın kullandığı *psephismata* teriminden ayırır. Bu terim, yaygın bir şekilde 'kararname' [decrees] olarak çevrilir. Kararname, mevcut tek bir olayı düzenleyen bir hukuk işlemidir. Gelecekteki benzer olaylara uygulanacak bir hüküm değeri taşımaz. Buna karşılık *nomos*'un daha geniş bir düzenleme alanı vardır: Sadece mevcut olaylara değil, gelecekte ortaya çıkması beklenen olaylardan oluşan daha genel bir olaylar kategorisine uygulanır⁽⁸⁴⁾.

Solum, Kraut'un açıklamalarını takip ederek, Aristoteles'in kararname ile düzenleme yapmayı, tiranların bir özelliği olarak kabul ettiğini söyler. Zira kararname, hukukun değil, bireylerin koyduğu bir kuraldır. Kararname ile düzenleme yapmak süreklilik ve tutarlılık açısından sorunludur. Süreklilik ve tutarlılık ise insan toplumlarının ge-

lişmesi için vazgeçilmez değerdedir⁽⁸⁵⁾. Kraut, Aristoteles'in adalet anlayışını yorumlamaya şöyle devam etmektedir:

Aristoteles'in, niçin adaletin en geniş anlamıyla hukuka uygunluk olarak tanımlanabileceğini düşündüğünü ve niçin hukuka uygun davranan kişiye yüksek bir değer verdiğini şimdi [daha iyi] anlayabiliriz... Aristoteles'in [hukuk] tanımı şu kabule dayanır: Her toplum yüksek düzeyde bir düzeni gerektirir. Bu düzen, geleneklerden ve kurallardan oluşan sabit bir bünye ile olur olmaz gerekçelerle [frivolously] ve öngörülemez şekilde [unpredictably] değişmeyen, tutarlı bir hukuk sistemine sahip olmakla gerçekleşir. Adalet, en geniş anlamıyla, zihnin ve duygularla ilgili bir beceridir. Kişi, toplumunun kuralları ve kanunlardan oluşan değişmez bir düzene sahip olması amacıyla, kendi üzerine düşeni yapabilmesi için bu beceriye ihtiyaç duyar⁽⁸⁶⁾.

Solum'a göre Aristoteles'in bu şekilde yorumlanması, adalet erdeminin siyasi ideolojinin bir yansıması olduğu şeklindeki görüşü çürütür. Her bir yargıç, kendi adalet anlayışına dayanarak karar verdiğinde, yargılama faaliyeti, ideolojik bir çatışma hâline gelir. Hukuk, siyasi hareketlerin gölgesi altında kalır. Buna karşılık Aristoteles'in yaklaşımından hareket edildiğinde, iyi yargıçın *nomimos* olduğu kabul edilir. Bu nitelikte bir yargıç ise hukuka uygunluğun önemini fark eder. Böylelikle hukuka ve toplumunda geçerli kurallara dayanarak karar verir⁽⁸⁷⁾.

(81) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aristotelian Theory of Law", p. 16-17.

(82) *Ibid.*, p. 17.

(83) *Ibid.*, p. 17-20.

(84) Richard Kraut, *Aristotle: Political Philosophy*, 2002, p. 105-106'dan aynen aktaran Lawrence B. Solum, "Judicial Selection: Ideology Versus Character", *Cardozo Law Review*, 26, 2004-2005, pp. 659-689, p. 681-682.

(85) Solum, *op. cit.*, p. 682.

(86) Richard Kraut, *Aristotle: Political Philosophy*, 2002, p. 106'dan aynen aktaran Solum, *op. cit.*, p. 682.

(87) Solum, *loc. cit.*

b. Hakkaniyet Olarak Adalet

Solum, hakkaniyet olarak adaleti açıklamak için yine Aristoteles'e başvurur. Aristoteles hakkaniyet [equity, fairness] ile adalet arasındaki ilişkiyi şöyle açıklamaktadır:

Zorluğa yol açan şudur: Hakkaniyet adaletle uygundur; fakat hukukun öngördüğü adaletle değil. Hakkaniyet, hukuk adaletinin eksikliğini tamamlar. Bunun anlamı, hukukun tümel olduğu (genel ilkelere koyduğu), buna karşılık genel terimler aracılığıyla doğru ifade edilemeyen bir takım şeylerin de bulunduğu. Bu sebeple, genel terimlerle ifade edilmesi gereken, fakat bunun pek de mümkün olmadığı olaylarda hukuk, söz konusu olayların [tek tek her birini değil de] ancak genelini hesaba katar; bu şekilde hata yapıldığının farkında olmaksızın. Her şeye karşın yine de hukuk hatalı değildir. Hata, ne hukukta, ne de yasa koyucudur; olayın doğasından kaynaklanır. Zira insan davranışının kendisi de aslında böyledir. (Yani eylemlerimizin gerçekleştiği koşullar, tatminkâr bir şekilde genelleştirilemeyecek kadar biricik ve karmaşıktır.)

Dolayısıyla hukuk genel bir kural koyduğunda ve bu kuralın düzenleme alanına giren istisnai bir durum ortaya çıktığında, yasa koyucu, kullandığı dilin genelliğinden ötürü, söz konusu durumu öngörmede yetersiz kalmışsa, [yargıç için] doğru olan, yasa koyucunun kendisi aynı konumda olsaydı ve mevcut koşulları bilseydi nasıl hareket edecek idiyse aynı şekilde hareket ederek, bir kural koymak suretiyle bu eksikliği gidermektir⁸⁸.

Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının, diğer normatif yargıla-

ma kuramlarından üstünlüğü, Aristoteles'in hakkaniyet kavramına yüklediği bu anlamdan kaynaklanır. Hakkaniyet kavramının önemi, hukuk kurallarının somut olayda verilecek kararı belirlemediği durumlarda daha iyi anlaşılır. Burada söz konusu olan, bir hukuk kuralının, herkese eşit uygulansa bile hakkaniyet duygumuzla çelişmesidir. Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramı, bu tür durumlarda hukuka uygunluk olarak adaletin değil, hakkaniyet olarak adaletin devreye girmesi gerektiğini söyler. Hakkaniyet olarak adaletin gerçekleşmesi ise ancak pratik hukuk zekâsı ile mümkündür⁸⁹.

Bir hukuk kuralı, ne kadar ideal formda düzenlenirse düzenlensin, somut hayat olaylarının karmaşıklığı karşısında yine de yetersiz kalabilir. Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramı, işte bu olasılığı dikkate alarak, hakkaniyet olarak adaleti öne çıkarmaktadır. Dolayısıyla ancak erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının, hakkaniyet olarak adaletle ilişkin tutarlı ve bütüncül bir izah getirebileceği rahatlıkla söylenebilir⁹⁰.

III. YARGILAMA

ERDEMLERİNİN ELDE EDİLMESİ VE GELİŞTİRİLMESİ

Aristoteles, zihin erdemlerinin eğitim ve tecrübe sayesinde, karakter erdemlerinin ise alışkanlık ve temrin ile geliştirilebileceğini söylemektedir. Solum'a göre Aristoteles'in bu düşüncelerini rahatlıkla yargılama erdemlerine de uyarlayabiliriz. Teorik hukuk zekâsı ile pratik hukuk zekâsının geliştirilmesi

için, yargıçların hukuk eğitimi almaları, hukuk uygulamalarında bulunmaları ve hukuka saygı göstermeyi öğrenmeleri gerekir. En iyi yargıçların, uzun bir süreye avukat olarak çalışmış veya tecrübeli yargıçların yanında yetişenlerin arasından çıkma ihtimali daha yüksektir⁹¹.

Örneğin teorik hukuk zekâsı, öncelikle hukuk eğitimi almış ve uygulamalı olarak hukukla ilgilenmiş kişilerde daha fazla gelişir. Keza yargıçların, yüksek görevlere getirilmeden önce alt derece mahkemelerinde çalışması, bu becerilerinin gelişmesi için faydalıdır⁹².

Öçüllülük, medeni cesaret, itidal, adalet, özellikle de hukukun üstünlüğüne saygı gibi erdemler de ancak, bu tür erdemlere dayanarak karar vermek suretiyle alışkanlık kazanılması sonucunda geliştirilebilir. Dolayısıyla sıradan bir insanın bu erdemlere sahip olması pek mümkün değildir⁹³.

Nihayet pratik hukuk zekâsı da ancak avukat veya yargıç olarak çalışmakla elde edilebilir ve geliştirilebilir. Avukat veya yargıç olarak çalışmak, kişiye kuramsal hukuk bilgisinin somut olayda nasıl işleyeceğini öğrenme imkânı verir. Ayrıca yargıca, ilgili kişilerin dava sonucundan nasıl etkilenebileceğine ve nasıl tepki vereceğine ilişkin bir sezgi kazandırır; neyin hukuk açısından önemli ve değerli olduğunu anlamasını sağlar. Uygulamanın içinden gelmeyen birisi, kişisel gayreti ile belki hukuka ilişkin kuramsal bilgi edinebilir veya hukuka saygıyı öğrenebilir; fakat somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hangi amacın takip edilmesi ve

bunun için hangi araçların kullanılması gerektiğine karar veremez⁹⁴.

SONUÇ

Hukukun, tamamen hukuk dışı unsurlardan, yani kişisel görüşlerden; siyasi, ahlâki, dini ve felsefi kanaatlerden bağımsız olduğu şeklinde bir iddianın, günümüzde pek de savunulur yanı yoktur. Fakat bu unsurların, hukukun özünü oluşturduğu da söylenemez. Aksi takdirde, hukukun üstünlüğü, hukuk güvenliği, kişi hak ve ödevleri gibi hukuk düşüncesinin yüzyıllar içerisinde edindiği kazanımların pek anlamı kalmaz. Dolayısıyla hukukun doğası ve özü hakkında daha sağlıklı bir bilgi edinebilmek için, hukuka çok yönlü bir bakışla eğilmek, bu arada insan doğası ile hukuk doğası arasındaki ilişkiyi de dikkate almak gerekir.

Erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramı, bize bu tür bir bakış kazandırabilir. Erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramının, rakipleri karşısındaki görece üstünlüğü şu noktalarda görülebilir:

-Çağdaş ahlâk felsefesinin uzun bir süredir içinde bulunduğu kısır deontolojik etik-sonuççu etik tartışması, erdem etiği aracılığıyla aşılabılır. Erdem etiği, insan doğasına ilişkin daha kapsamlı bir açıklama getirdiği veya getirme iddiası taşıdığı için bunu başarabilir.

-Erdem etiğinin yukarıda bahsedilen görece üstünlüğüne bağlı olarak, erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramı da, özellikle hukukun amacına ilişkin tartışmada hak temelli hukuk kuramla-

(88) Aristoteles, *op. cit.*, 1137a35-1137b24, p. 199.

(89) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aristotelian Theory of Law", p. 20.

(90) *Ibid.*, pp. 20-21.

(91) Solum, "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", p. 1755.

(92) *Ibid.*

(93) *Ibid.*

(94) *Ibid.*

rı ile fayda temelli hukuk kuramları yanında farklı bir açılım sağlayabilir.

–Yine erdem etiğinin, pratik akıl yürütmenin doğasına ilişkin getirdiği açıklama, aklın ahlak alanındaki işlevi konusunda, diğer etik kuramlarına oranla daha fazla bilgi sahibi olmamızı sağlayabilir.

–Buna bağlı olarak, erdem ahlakına dayalı hukuk kuramı da, hukuki akıl yürütme konusundaki epistemolojik tartışmalarda, özellikle kısır belirlenimcilik-belirlenemezlik tartışmasının aşılmasında yeni bir imkân sunabilir. Böylece realizm taraftarları ile formalizm taraftarları arasında daha sağlıklı bir etkileşim gerçekleşebilir.

–Nihayet, erdem ahlakına dayalı hukuk kuramından hareketle inşa edilecek bir yargılama kuramı, özellikle yargılama faaliyetinin doğası hakkında, mevcut diğer yargılama kuramlarına oranla çok daha kapsamlı bilgi verebilir.

KAYNAKÇA

- Anscombe, G. E. M.: "Modern Moral Philosophy", *Virtue Ethics*, (Ed.) Roger Crisp and Michael Slote, Oxford, Oxford University Press, pp. 26-44.
- Aristoteles: *The Ethics of Aristotle, The Nicomachean Ethics*, J. A. K. Thompson trans., Hugh Tredennick rev., Penguin Books, 1976.
- Davis, Nancy (Ann): "Contemporary Deontology", *A Companion to Ethics*, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 205-218.
- Honderich, Ted (Ed.): *The Oxford Companion to Philosophy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995.
- Pence, Greg: "Virtue Theory", *A Companion to Ethics*, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 249-258.
- Pettit, Philip: "Consequentialism", *A Companion to Ethics*, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 230-240.
- Rawls, John: *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971.
- Schauer, Frederick: "Judging in a Corner of The Law", *Southern California Law Review*, 61, 1987-1988, pp. 1717-1733.
- Solum, Lawrence B.: "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", <http://ssrn.com/abstract=512882>, *Loyola Law School (Los Angeles) Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper No. 04-03, Spring 2004, (Çevrimiçi), 3.09.2006.
- Solum, Lawrence B.: "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", *Metaphilosophy*, Vol. 34, Nos. 1/2, January 2003, pp. 178-213.
- Solum, Lawrence B.: "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", *Draft*, October 19, 2004.
- Solum, Lawrence B.: "Indeterminacy", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Ed. Dennis Patterson, Oxford, Blackwell Publishing, 2003, pp. 488-502.
- Solum, Lawrence B.: "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", *University of Chicago Law Review*, 54, 1987, pp. 462-503.
- Solum, Lawrence B.: "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", *Southern California Law Review*, Vol. 61, 1987-1988, pp. 1735-1756.
- Solum, Lawrence B.: "Judicial Selection: Ideology versus Character", *Cardozo Law Review*, Vol. 26, 2004-2005, pp. 659-689.
- MacIntyre, Alasdair: *Erdem Peşinde*, çev. Muttalip Özcan, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2001.
- Uygur, Gülriz: "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 51, S: 2, 2002 (aynı basım).
- Williams, Bernard: "Justice as a Virtue", *Essays on Aristotle's Ethics*, (Ed.) Amelie Oksenberg Rorty, London, England, University of California Press, 1980, pp. 189-199.
- Zagzebski, Linda Trinkaus: *Virtues of the Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

Locke'ta ve Hegel'de Mülkiyet Kavramı

Hamdi BRAVO*

Gündelik yaşamımızda bir şeyin bize ait olduğunu, onun bizim mülkiyetimizde, bizim tasarrufumuzda olduğunu gerekçelendirebilmenin çeşitli yolları vardır. Bu gerekçelendirmeyi, bu şeyin bize miras kaldığını, hediye ya da hibe edildiğini, parasını vererek satın aldığımızı vb. söyleyerek yapabiliriz. Ama bütün bu gerekçelendirmeler, aslında, yalnızca kurulmuş bir toplumsal düzen, hüküm süren bu yöndeki bir hukuksal dizge ya da geçerliliği olan ve çoğunluk tarafından kabul edilmiş bir kültür içerisinde geçerlidir. İnsanlık tarihinin başlangıçlarında, herhangi bir nesnenin mülkiyetinin nasıl kazanılabileceğine dair bir ölçütün olmadığı, oluşturulmamış olduğu –kısa ya da uzun- bir dönemin olması gerekir.

O dönemi imgelemeye kalktığımızda, aslında, sahipsiz bir dünya ve onun ürünü olan sahipsiz bir doğal nesneler yığını karşısında, henüz mülkiyetin ne olduğunu bilmeyen, buna ilişkin herhangi bir tasarımı olmayan insanlığıyla karşılaşırız. Buna karşın, aradan geçen binlerce, yüzbinlerce (belki de milyonlarca) yılı atlayarak günümüze geldiğimizde, bütün yeryüzünün parcellenmiş, doğal ve insan eliyle üretilmiş bütün nesnelerin paylaşılmış ve sahiple-

nilmiş olduğu bir durumla karşı karşıya kalırız.

Hernekadar insanın dünyayla ve onun ürünleriyle ilişkisinde bugünkü durum bize son derece doğal ve alışıldık görünüyorsa da, insanın dünyayla ilişkisindeki orijinal durumla kıyasladığımızda, aslında bugünkünün yapay, insan eliyle üretilmiş bir durum olduğunu rahatlıkla görebiliriz. Kimi insanlar, kendilerinin ürünü olmayan, orijinali bakımından kendilerine ait olmayan bir nesneyi, insan dışındaki diğer bütün varlıkları ve diğer insanları dışlayarak sahiplenmiştir ve bunun üzerinde yadsınamayan bir hakkın sahibi olmuşlardır.

İnsanların dünyada ilk varlık kazan-dıklarında ortaya çıkan orijinal durumu "doğa durumu" diye adlandıran Locke, "Mülkiyet Üzerine" adlı bu bölümde, hiçkimsenin yeryüzü ve onun ürünleri üzerinde tek başına hak iddia edemeyeceği ve söz sahibi olamayacağı bu durumdan nasıl çıkıldığını, mülkiyet hakkının hangi ölçütlerle kazanıldığını, bugün içinde bulunulan durumun nasıl ortaya çıktığını soruşturur.

Locke'a göre, "Tanrı dünyayı insanlığına ortaklaşa vermiştir".

(*) Yrd.Doç.Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi, Felsefe Bölümü

(1) John Locke, *Hükümet Üzerine İkinci Deneme*, çev. Fahri Bakırcı, 1. baskı. (Ankara, Babil Yayıncılık, 2004), s. 25.