

Katılanın Perspektifi Bakımından Hukuk ve Etik İlişkisi

Gülriz UYGUR*

GİRİŞ

Hukuk farklı şekillerde yaşamlarımızı etkilemekte, hak ve ödevler vasıtasıyla yaşamdaki konumlarımızı belirleyip, daha iyi durumda olma isteklerimizi dile getirme özlemlerine aracılık etmektedir. Bu anlamda hukuk ahlaki bir talep içermekte ve kendi başına yeter bir kurum olma özelliğini taşımamaktadır. Hukukun bu özelliği ise hukuk ve etik arasında başlıca ilişki kurma yollarından birini açmaktadır.

Hukuk ve etik arasında farklı şekillerde ilişki kurmak mümkündür. Bu tür ilişki kurulurken de özellikle toplumsal ahlak ile etik, ahlakilik veya eleştirel ahlak ayrımlarını göz önünde tutmak gerekir. Zira bu tür ayrımlar objektiflik, hukuki bilgi, hukukun amacı ve adalet konularıyla yakından ilgilidir.

Hukuk ve etik arasındaki ilişkinin adalete dayalı olarak kurulması tarihsel olarak bilinen en eski ilişki kurma biçimlerinden biri olup doğal hukuk kuramıyla özdeşleştirilir. Bunun dışında pozitivist olmayan başka görüşlerde de hukuk ve etik arasında ilişki kurulduğu görülmektedir. Bu noktada hukuk ve etik arasındaki ilişkiden söz etmenin pozitivist olmayan görüşlere özgü olduğu belirtilebilir. Ancak bunun anlamı pozitivistin, en azından bütün pozitivist formların, hukuk-etik arasındaki ilişkiye yabancı olduğu demek değildir. Esasen

bir anlamda, yani zorunlu ahlaki doğruluk anlamındaki ilişkiye pozitivistin yabancıdır ki burada bu tür ilişki üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi başta doğal hukuk olmak üzere pozitivist olmayan görüşlerde hukuk ve etik arasında zorunlu ilişki kurulmaktadır. Bu tür ilişki kurma şekilleri ise 20. yüzyılın ortalarına gelinceye kadar teorik düzeyde olup, hukuk kurallarının nasıl olması gerektiğine dair kriterlere yer vermektedir; hukuk adalete uygun olmalıdır, asgari adalet gereklerini taşıyandır, evrensel nitelikteki ilkelere uygun olmalıdır gibi. Öte yandan yine 20. yüzyılda özellikle hukuki realistlerin uygulamaya dikkati çekmeleri ve hatta gerçek kanun koyucu olarak hakimleri ilan etmeleriyle birlikte uygulama boyutunun ön plana çıktığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle hukuk kavramıyla ilgili olarak teori ile pratiği birleştiren şekilde tanımlamalar yapılmaya başlanmıştır. Şüphesiz bunda demokratik diskur teorilerinin, objektiflik anlayışlarının etkisi de yadsınmaz. Bütün bu gelişmeler de katılanın perspektifi üzerinde durulmaya başlanmasına neden olmuştur.

Katılanın perspektifi teori ile uygulamanın ilişkilendirilmesinin başlıca yoludur. Böylece hukukun ne olduğu veya nasıl belirleneceğinin teori ve uygulamayla birlikte oluşturulması

mümkündür. Zira hukukun ne olduğu veya nasıl olması gerektiği sadece teori bakımından değil, hukuku belirleyenler, uygulayanlar ve uyanlar bakımından da kurulmalıdır. Bu anlamda özellikle kanun koyucular ve hakimler gibi hukuki aktörlerin perspektifi önem taşımaktadır. Öte yandan katılanın perspektifi derken de hukukçu olmayan vatandaşlar ile hukuki aktörler arasındaki ayrım gözetilmelidir. Bu ayrıma göre hukuki aktörlerden beklenen ile vatandaşlardan beklenenler farklılaşıp, her birine göre değişen haklar ve ödevler temelinde katılanın perspektifi ortaya konabilir. Örneğin hakim bakımdan söz konusu olan perspektif ile vatandaşlar bakımından söz konusu olan perspektif birbirinden farklıdır. Şöyle ki bir hakimin hukuk sistemi içerisindeki bir kuralı kabul etmesinin anlamı, o hukukun bütünlüğü çerçevesinde yerini bulur. Oysa sıradan bir vatandaşın kuralı kabul etmesi hukukun bütünlüğü bilgisini önceden içermediğinden veya böyle bir şeyin beklenmesinin zorunlu olması söz konusu olmadığından en fazla hukuk sisteminin dayandığı değerleri, Rawlsçu ifadeyle, kendi kabul ettiği kapsayıcı doktrini bakımından anlamlandırmasıyla söz konusudur. Burada daha çok hukuki aktörler ve özellikle de hakimler bakımından hukuk ve etik ilişkisi üzerinde durulacaktır.

KATILANIN PERSPEKTİFİ

Bu tür bir ilişki üzerinde durulmadan önce katılanın perspektifinin anlamını belirlemek gerekmektedir. Bunun anlamını belirlemek için de H.L.A. Hart'ın içerden-dışardan bakış açısı ayrımlarına bakılabilir. Hart, bildiği gibi pozitivist bir düşünür olup poziti-

tivizmin gereklerine göre içerden-dışardan bakış açısı ayrımlarını yapmaktadır. Buna göre dışardan bakış açısı izleyenin bakış açısı iken, içerden bakış açısı hukuk sisteminde kuralları kabul edip, bunlara göre davranışlarını düzenleyenlerin bakış açısıdır. Kısaca içerden bakış açısı, kuralı kabul etme ve buna uygun davranma olarak tanımlanır.¹

Hart pozitivist geleneğe uygun olarak içerden bakış açısının içeriğiyle ilgilenmemektedir. Zira O'na göre bir kuralı kabul etmenin çeşitli nedenleri olabilir. Burada Hart'ın ilgilendiği nokta, içerden bakış açısının sadece bir duruş olmasıdır. Bu şekilde de O, hukukun normatifliğin açıklama yolunu bulur.²

Esasen "yapılmalıdır, edilmelidir" gibi yükümlendirici ifadelerle vatandaşların davranışlarına ilişkin nedenler veren ve hukuk algılarını oluşturan hukukun normatifliğini, içerikten bağımsız değerlendirmek oldukça zordur. Bir gereklilik ifade etmesi anlamında hukukun normatifliği ahlakiliğe yol açabilir. Ancak Hart, pozitivistin ayırma tezine aykırı düşmeyecek şekilde, yani içerikten bağımsız ve ahlaki olarak nötr bir şekilde normatifliği açıklamak istemektedir. Bu anlamda içerden bakış açısı, Hart için, Dennis Patterson'un ifadesiyle hukukun normatifliğini açıklamanın anahtarıdır.³ Zira Hart, içerden bakış açısını sadece bir duruş olarak nitelendirerek, içerikten bağımsız olarak ele alır. Yani pozitivistin ayırma tezine uygun bir tutum izler.

Katılanın perspektifi bakımından hukuk-etik ilişkisi üzerinde durulmasında bu nedenle Hart'ın görüşleri pek yardımcı değildir. Ancak Hart'ın içerden bakış açısıyla ilgili olarak getir-

(1) Stephen Perry, "Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View", *Fordham Law Review*, 2006, s.1171.

(2) Dennis Patterson, "Explicating the Internal Point of View", *SMU Law Review*, 1999, s.69.

(3) Patterson, s.69.

diği kuralı kabul etme ve uygun davranma (uygulama) tanımı bir hareket noktası sağlayabilir. Diğer bir ifadeyle bir kuralı kabul etme ve ona uygun davranmanın (uygulamanın) anlamından katılanın perspektifi bakımından ilişki kurulabilir. Bunun yanında hukukun zorunlu olarak içerdikleri veya talep ettikleri veya hukuki boyutun özelliklerinden de hareket edilerek bu ilişki kurulabilir. Bu tür bir ilişki kurmada da Robert Alexy'nin görüşlerine başvurulabilir. Bu anlamda, katılanın perspektifi bakımından hukuk ve etik arasındaki ilişkinin nasıl kurulabileceğinin hukuk kavramından anlaşılan şeye bağlı olduğu ortaya konabilir.

KURALI KABUL ETME VE UYGULAMA

Bir kuralı kabul etmenin ve ona uygun davranmanın anlamı nedir? Özellikle sıradan vatandaşlar söz konusu olduğunda bir kural çeşitli nedenlerle kabul edilebilir. Kurallar çeşitli nedenlerden dolayı kabul ediliyorsa, bu durumda sırf kabul etmeden dolayı içerden bakış açısının zorunlu olarak ahlaki bakış açısı olduğu söylenemez.⁴

Ancak bir kuralı kabul etmek onun haklı gösterilmesi, meşruluğu ve eleştirileri konularıyla ilgilidir.⁵ Örneğin kuralı kabul etmeme ve ona uygun davranma söz konusu olduğunda, katılanın perspektifi bakımından kurala uymayanların eleştirilmesi söz konusudur. Burada kuralın neden veren yapısı ortaya

çıkılmaktadır. Kuralların neden vermeyle ilişkisinde de nedenler hakkındaki ayrımların farkında olunması gerekir. Bazı nedenler diğer nedenlere göre daha iyi nedenlerdir. Bunu belirtmek ise başka bir sayfaya geçilme anlamına gelir: Burada artık sadece duruş değil, değerlendirme safhasına geçilmesi söz konusudur. Bununla birlikte de kuralın haklı gösterilmesi, meşruluğu veya haklı nedene dayandırılması ortaya çıkar. Bunlar da ahlakilik konularıdır. Dolayısıyla katılanın perspektifi bakımından kuralın kabul edilmesiyle ilgili hukuk ve etik arasındaki ilişki, kuralın meşruluğu, haklı gösterilmesi konularıyla ilgilidir.

Örneğin Joseph Raz hukukun meşruiyet otoriteyi gerektirdiğini ve bunun da ahlaki bir talep olduğunu belirtmektedir. Zira insanların yaşamlarını ve birbirleriyle ilişkilerini etkileyen hak ve ödevlerle ilgilidir.⁶ Ancak Raz'ın görüşünde zorunlu ahlaki doğruluk yer almaz. Raz'ın görüşü kavramsal olarak asgari ahlaki içerik gerektirmez.⁷

Diğer yandan Ronald Dworkin'in meşruluk anlayışı, ahlaki bir talep olup yeterli açıklamayı içermektedir. Dworkin'de hukukun normatifliği zor kullanma gücünün haklı gösterilmesiyle ilgilidir. Dworkin'in amacı, hukuk vasıtasıyla kullanılan siyasi zor kullanma gücünü haklı göstermektir.⁸ Hukuktaki katılanın perspektifi hukuk sisteminin bütünlüğü vasıtasıyla zor kullanma gücünün meşruluğunu ortaya koyar. Bu anlamda Dworkin, Hart'tan farklı olarak

katılanın perspektifinin içeriğiyle ilgilenir. Hukuku amaçlarından bağımsız olarak, sırf var olduğu için ele almak Dworkin için yeterli değildir.⁹

Kuralları kabul etmenin yanında, uygulayabilmek için özellikle hakimler bakımından, kuralların anlamını bilmek gerekir. Bu noktada hukukun normatifliği de, Patterson'un ifadesiyle, hukuki ifadelerin anlamlarının belirlenmesi sorununa dönüşür.¹⁰ Kuralların türetildikleri ilkelerden bağımsız olduğunu belirten Hart'ın aksine, Dworkin kuralların anlamının onların temelini oluşturan ilkelere göre belirleneceğini savunur. Bu noktada hukuki önermelerin anlamının nasıl doğru olarak belirlenecekleri sorunu ortaya çıkar. Dworkin, bir hukuk önermesinin doğruluğunun onu en iyi haklı gösteren ahlaki yargının doğruluğuna bağlı olduğunu belirtir.¹¹

Normatif ifadelerin doğruluğu hukukun temelleriyle ilgilidir. Hukukun temelleri önermelerin doğruluk şartlarıdır. Burada bir önerme sadece hukuk olduğu için değil, düzenlediği şey doğru olduğu için doğrudur¹²; yani hukukun temellerinin dayandığı ilkelere uygun olarak düzenlediği için doğrudur. Bu anlamda doğru cevabı bulmak için sadece olan hukukun bilgisi yeterli değildir. Bununla ilgili olarak ideal hukuk veya hukukun sosyal amacı gereklidir. Esasen hukuki akıl yürütme, soyut ahlakilik ilkelerini de kapsayan çok geniş haklı gösterme alanını önceden varsayar. Bununla ilgili olarak

Dworkin'in Minerva örneği verilebilir. Bilindiği gibi Minerva, tek bir köprü yapmak için uzay ve zamandan başlayan bütün teorik eğitimi almıştır. Bu anlamda Minerva köprü yapımıyla ilgili her tek sorunun cevabını dayandığı bu teori perspektifinden verecek durumdadır.¹³

Dworkin'de de hukukun temelleri hukuk önermelerinin doğruluk şartlarıyla ilgilidir. Dworkin'de siyasi ahlakilik hukuk önermelerinin en iyi yorumlanmasını sağlamakta ve bir hukuk önermesi siyasi ahlakilik önermelerinden türetiliyorsa doğru olmaktadır.¹⁴ Bu anlamda katılan hukuk önermelerini ahlaki olarak en iyi olacak şekilde yorumlaması gerekmektedir. Bu noktada da Dworkin'de katılanın perspektifinin ahlakiliği içerdiği belirtilebilir. Minerva örneğinden hareket edilirse, hakim, siyasi ahlakilikten hareket ederek önündeki kanun hükmünü olabilecek en iyi şekilde yorumlayacaktır. Dworkin'in savunduğu konstruktif (inşai) yorumlama bunun nasıl ortaya konacağını da içerir.

Konstruktivizm kısaca bir denge arayışıdır. Bu dengede ise mevcut olanın ilkeler ile buluşması söz konusudur. Bu buluşma sağlanıncaya kadar da mevcut olan ile ilkeler arasında adeta bir aşağı bir yukarı gidip gelinir. Konstruktif yorumlamada da kuralı kabul eden veya mevcut hukuk sisteminin içsel yapısını kabul eden katılanlar, mevcut kurallar ile bu kuralların türetildiği ilkeler asında gidip gelerek mevcut olanı olabilecek en iyi şekilde yorumlamaya çalışırlar. Bu

(4) Scott J. Shapiro, "What is the Internal Point of View", *Fordham Law Review*, 2006, s.1157.

(5) Shapiro, 2006, P.1161.

(6) Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism", *Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Ed. George Pavlakos, Hart Publishing, Oxford 2007, s.19.

(7) Neil MacCormick, "Why Law Makes No Claims", *Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Ed. George Pavlakos, Hart Publishing, Oxford 2007, s.59.

(8) Neil MacCormick, "Why Law Makes No Claims", *Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Ed. George Pavlakos, Hart Publishing, Oxford 2007, s.59.

(9) Avner Levin, "The Participant Perspective", *Law and Philosophy*, 2002, s.596.

(9) Levin, s.600.

(10) Patterson, s.71.

(11) Hart, s.253.

(12) Stephen Perry, "Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law", *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Ed.Scott Hershovitz, Oxford University Press, New York 2006, s.185.

(13) Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2006, s.55-56.

(14) Dworkin,, s.14.

noktada olabilecek en iyi şekilde yorumlama adaletin gereklerine uygun yorumlama olarak anlaşılır. Bununla ilgili olarak Dworkin, hakimlerin yorumlamasının uygunluk ve haklı gösterme boyutlarına uygun olması gerektiğini belirtir. Uygunluk boyutu mevcut pratikle ilgilidir. Haklı gösterilme boyutunda ise ilkeler rol oynar. İlkeler adaletin gerekleri olarak da tanımlanınca, etik ve hukuk arasındaki ilişkinin katılanın perspektifi bakımından kurulmasının yolu açılır.¹⁵ Bu çerçevede katılanın perspektifi, özellikle hakimlerle ilgili olarak, olabilecek en iyi şekilde kuralı uygulama olarak tanımlanabilir. Bu noktada katılanın perspektifinin varlığı yeterli olmayıp, içeriğe bağlı olarak tanımlanması, örneğin Dworkin bakımından zor kullanmayı haklı gösteren İlkeler veya değerlere göre belirlenmesi söz konusudur.

Bu noktayla bağlantılı olarak, Robert Alexy'nin, katılanın perspektifinin doğru cevabın bulunmasıyla ilgili olduğu belirtilebilir.¹⁶ Katılanın perspektifinde içerikle ilgili olarak neden bir sınırlamanın veya etiğe başvurmanın gerekli olduğu sorusu ise bir anlamda hukukun doğasıyla ilgilidir. Alexy'e göre hukuk doğruluk talebinde bulunmaktadır. Bu çerçevede katılanın perspektifi doğru hukuki cevabı bulmakla ilgili tanımlanabilir.

Diğer yandan hukuktaki objektiflik talepleri de katılanın perspektifinin içeriğe bağlı olmasını gerektirmektedir. Bu anlamdaki katılanın perspektifi sadece hakimler bakımından değil, kanun koyucular bakımından da oldukça önemlidir. Bu önem hukuki realistlerden itibaren başlayan hukuki belirsizlik

iddiası ve sınırsız takdir yetkisi eleştirileriyle ilgilidir. Bu anlamda doğru cevabı bulan bir perspektif, bu tür eleştirileri de karşılayacak niteliktedir. Yani hukuktaki objektiflik taleplerinin doğruluk talepleriyle ilgili olduğu belirtilip, katılanın perspektifi de doğruluğu içerecek şekilde serimlenebilir.

Dworkin'in "haklı cevap tezi" de aynı çerçevede ele alınabilir. Dworkin, yukarıda da belirtildiği gibi, hukukun kendi başına yeter bir kurum olmadığını, siyaset ve ahlak teorisinin bir parçası olduğunu ve ahlak teorisine başvurarak hukuki önermelerin doğruluğunun belirleneceğini ileri sürmektedir. Bu anlamda hukuki doğruluğu sağlayan da ahlaki doğruluktur. Dworkin'in haklı cevap tezi de her hukuki uyuşmazlığın haklı bir cevabı olduğunu içermektedir. Hakimin ödevi de bu haklı cevabı bulmaktan ibarettir.

Sonuç olarak katılanın perspektifi bakımından hukuk-etik ilişkisi teori perspektifini uygulama alanına yansıtarak, teori ve uygulama arasındaki boşluğu gidereceği gibi, katılanın hukukun amacını sürdürmesini ve ahlaki bakımdan ilkeleşmiş şekilde davranmasını sağlar. Bu tür bir perspektif, bir anlamda hukuktaki bütünlüğün, elbetteki adalete dayalı bütünlüğün sağlanması için gerekli bir şart gibi görünmektedir.

(15) Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Gülriz Uygur, *Hukuk, Etik ve İlkeler, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006*, s.148 vd.

(16) Robert Alexy, *The Argument from Injustice*, Trans. Bonnie Litschewski Paulson-Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2002, p.46.