

HABERMAS'IN PROSEDÜRALİST HUKUK PARADİGMASI, HAKLAR SİSTEMİ VE HUKUK DEVLETİ

Araş. Gör. Dr. Ülker Yükselbaba*

I. GİRİŞ

Endüstri sonrası Batı'da demokratik rejimlerde sosyal karmaşıklıktan, çoğulculuktan ve refah devletinden dolayı ortaya çıkan problemler karşısında demokratik etkilerin küresel çapta artışı ile "müzakereci demokrasi" tartışmaları ortaya çıkmıştır. Müzakereci demokrasi kuramının öncülerinden Habermas, *Between Facts and Norms* (Olgular ve Normlar Arasında) çalışmasıyla demokraside kamusal müzakerenin önemine vurgu yapmıştır. Kamusallığın Yapısal Dönüşümü ile başlayan projenin (müzakereci demokrasi projesi) bütünleyeni olan bu çalışma, sosyolojik olarak desteklenmiş hukuk ve temel hak kavramlaştırmalarını, normatif bir hukuk devletini ve anayasal devlet anlayışını kapsamaktadır. Habermas, hukuksal yapılarla demokrasi arasında, demokrasi için gerekli olan sosyal bağlamı da dikkate alır. Bu nedenle normatif olanla ampirik olan arasında bağ kurma çabasındadır¹. Habermas, hukuk ile toplum kuramı arasındaki ayrışmayı aydınlanmacı gelenekle aşma girişiminde bulunur. Bu noktadan hareketle hukuk ve toplum kuramlarının farklı disiplinlere bölünmüş olmasını eleştirir².

Modern devlet, toplum ve hukuk karmaşık bir sistem oluşturur. Eski felsefi söylemler modern devletin sorunlarına cevap verememektedirler; eski söylemler toplumun bireylerden oluştuğu ya da toplumun devlet içinde somutlaştığı anlayışına dayanır. Modern toplumun karmaşık yapısı içinde alanların ayrışması, bilimsel olan ile ideolojik olanın farklılaşması, bazı konuların bilimsel olarak adlandırılarak tartışma dışına çıkarılmasını ve toplumun gündemin-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

¹ William Rehg, "Translator's Introduction," *Between Facts and Norms*, Jürgen Habermas, Cambridge, Polity Press, 1996, pp.ix-x.

² Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, Trans. William Rehg, Cambridge, Polity Press, 1998, p.293.

den uzaklaştırılmasını getirmiştir³. Bu bağlamda Habermas modern toplumların yapısından yola çıkarak, iletişimsel eylem temelli yeni bir kuram ortaya koyar. Bu toplum kuramına göre, toplum ne salt bireyden ne salt devletten oluşur; toplum öznelerarası etkileşimden oluşur. Habermas'a göre toplum, yaşam dünyasında iletişim ve etkileşimle oluşur ve sürekli kendini yeniden üretir. Kültürel yeniden üretim ile gelenekler, anlamlar nesilden nesile aktarılır, sosyalleşme ile kimlik oluşumu, etkileşim, ortak normlar ve sosyal entegrasyon sağlanır⁴. Habermas, toplumun arkaplanını oluşturan iletişim ile toplum kuramına yön vermektedir.

Habermas, iletişimsel eylem temelinde oluşturduğu toplum kuramı ile iki farklı temel alan tespiti yapar: Yaşam dünyası ve sistem. İletişimsel eylem ile oluşan gelenekler, görenekler ile toplumsal arkaplan bilgisini yaşam dünyası verir. Yaşam dünyasının yapısal bileşenleri kültür, toplum ve kişilikten oluşur. Kültür düzeyinde, yaşam dünyasının üyelerince paylaşılan ortak değerler ve bunların yayılması ile kültürün yeniden üretimi sağlanır. Sosyal etkileşim düzeyinde, öznelerarası paylaşılan normlar aracılığıyla kişilerarası ilişkilerin meşru düzeni sağlanır. Son olarak, kişilik düzeyinde, sosyalizasyon sürecinde kişiliklerin etkileşim yeteneği geliştirilmeye çalışılır. Kültür, toplum ve kişilik, rasyonel yaşam dünyasının unsurlarını oluştururlar. Karmaşık modern toplumların anlaşılması için ayrıca toplumun "maddi alt katmanı"nın da (material substratum) değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle Habermas, yaşam dünyası görüşünü sistem kuramı ile tamamlar; özellikle ekonomik ve politik sistemi dikkate alır. Yaşam dünyasından bağımsız işleyen sistem, uzlaşma dönük iletişimsel eylem temelli değil, para ve iktidarın araçsal yönetimiyle ilgilidir. Sistem, üretimin başarılı şekilde yürümesi, kar elde etme ve bürokratik verimlilik açısından bağlayıcı kararlara ulaşma yönelimli yönetim formasyonu temelinde, malların mübadelesini hedefler⁵.

Habermas, hukuka yaşam dünyası ile sistem arasında bir ortam veya bir araç olarak işlev tanır. Çünkü hukuk hem ekonomi ve devletle hem de yaşam dünyasıyla iç içedir. Hukukun oluşumu Habermas'da prosedüralist kamusal tartışmalara bağlanmıştır. Bu nedenle hukuk yaşam dünyasında şekillenir. Buradan da hem ekonomik sisteme, hem de iktidara aktarılır⁶.

Habermas, prosedüralist hukuk anlayışını, yukarıda belirttiğim gibi modern toplumların karmaşık yapısına cevap veremeyen hukuk anlayışlarının eleştirisini yaparak ortaya koyar. Burjuva formel hukuku ve sosyal-refah devleti hukuku, bireye veya topluma öncelik verir. Habermas öncelikle bu iki hukuk anlayışını tartışır, sonra kendi hukuk paradigmasını tanımlar. Habermas'ın paradigma kavramı, birinci olarak verili bir toplumda rasyonel normatif bir projeye yöneliktir. İkinci olarak ise haklar sisteminin gerçekleştirilmesi anlamındadır. Sonuç olarak liberal devlet ve refah devleti anlayışları karşısında, paradigmaların yeniden yapılandırılması, eleştirel kurama dayanan

³ Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 376.

⁴ Mitchell Dean, "Normalizing Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law," *Foucault Contra Habermas*, Ed. Samantha Ashenden-David Owen, London, Sage Publications, 1999, p.177.

⁵ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Jürgen Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, Cilt II: İşlevselci Aklın Eleştirisi Üzerine, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul, Kabalıcı Yayınları, 2001.

⁶ Mehmet Yüksel, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2002, s. 230.

sosyal bütünü hedefler⁷. Bu nedenle Habermas'ın paradigması ancak toplum kuramı ile birlikte anlaşılabilir.

II. HABERMAS'IN FORMEL VE REFAH DEVLETİ HUKUK ANLAYIŞLARINA YÖNELİK ELEŞTİRİLERİ

İkinci Dünya Savaşı sonrası, burjuva formel hukuku paradigmasına eleştiri olarak ortaya sosyal devlet paradigması çıkmıştır. Maddileştirilmiş (materialization) bu hukuk anlayışı başlangıçta, sosyal adaletin gerçekleşmesi yönünde hukukun araçsallaşması olarak düşünülmüştür⁸.

Formel hukuk anlayışında toplum, özel hukuk formunda kurumsallaşmıştır. Devletin kamu malları alanı ile bunun dışında kalan ve kendi kendine işleyen piyasa mekanizması ayrılmıştır. Hukuki kişileri piyasanın katılımcıları olan 'özel hukuk toplumu' (private law society), kendi çıkar ve mutluluklarını izlemede özgürdür⁹. Hukuk, herkesin eşit özgürlüğünü garanti altına alır ve bu negatif hukuksal statü döneminin normatif beklentilerini karşılamaktadır. Liberalizmin hukuk modeli, ekonomik ve siyasal iktidarın paralel ve seçmenlerin servet düzeylerine göre oy hakkına sahip olduğu koşullarda, etkinliğini yürütmüştür. Bu modelin yürütmesinde kapitalist mülkiyet modelinin uygunluğu ve çalışan sınıfların henüz sınıf olma bilincini üretememiş olmaları da önemli bir etkidir¹⁰. Fakat yasa önündeki eşitlikle bağlantılı olarak, gerçek eşitliğin koşullarının yaratılmasına yönelik beklentiler sosyal adalet yönünde talepleri ortaya çıkarmıştır. Özgürlük eğer "mülkiyet sahibi olma ve mülkiyeti elde etme" olarak değerlendirilirse, adalet beklentileri "hukuksal olarak yapabilmenin" olanaklılığı çerçevesinde şekillenmiştir¹¹.

⁷ Andrew Arato, "Reflexive Law, Civil Society, and Negative Rights," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, p.785. Arato, Habermas'ın prosedüralist paradigmaya dayanan görüşlerine eleştirel yaklaşır. Arato'ya göre Habermas'ın tartıştığı üç paradigma, tamamen birbirine paralel paradigmalardır. Bu paradigmanın hepsi eşit özne özgürlükleri kapsayan haklar sistemini gerçekleştirme hedeflemektedirler. Dahası her bir model bir öncekini eleştirerek, yeni bir paradigma oluşturmuştur. Diğer iki model hukuk sisteminde çıktı olarak aynı sonuçlara ulaşmalarına rağmen, prosedüralist model aynı yoldan, demokratik yurttaşlar arasında etkileşim ve çıktı olarak da hukuk alanında devletin kamusal fonksiyonlarına ve sivil topluma ulaşmaktadır.

İkinci bir nokta, hem liberal paradigma, hem de refah (devleti) paradigması, kendi karakteristiklerinden kaynaklanan hukuka gönderme yapmaktadırlar. Prosedüralist paradigmanın ise açıkça gönderme yaptığı veya referans aldığı bir karakteristiği yoktur. Bu bağlamda prosedüralist hukuk, kendinden önce gelenlerin materyallerine bağlıdır. Buna bağlı olarak şu sonuca ulaşılabilir; eğer müdahaleci refah devleti, özgürlüğe zarar vermeyeceği yönünde garanti sağlarsa, formel ve gerçek eşitlik sağlanmış olacaktır. Habermas'ın paradigmasına yönelik diğer eleştiri ise prosedüralist hukukun düz anlamda demokratik prosedürü ifade ettiğine yöneliktir. Arato, Habermas'ın prosedüralist hukuk görüşünün çok yüzeysel olduğunu ve bir çok prosedürden öte bir demokratik anlayış yaratamadığını belirtir: "(Habermas'ın) Kafasında prosedürlerin prosedürlere uygulanması; prosedürel olarak doğru bir şekilde yeni prosedürlerin kurulması var."

⁸ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.389-390.

⁹ Andrew Fraser, "A Marx for the Managerial Revolution: Habermas on Law and Democracy," *Journal of Law and Society*, Vol.28, No:3, September 2001, p.365.

¹⁰ Mehmet Tevfik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2008, s. 237.

¹¹ Jürgen Habermas, "Paradigms of Law," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, p.773.

Liberal formel hukuk modeli, maddi yönden de eleştirilere uğramıştır. Liberalizmin temel normatif öncülleri olduğu gibi bırakılarak reformist bir değişime gidildiği için örgütlü kapitalizm koşulları altında, ekonomik güç bağlamında büyüyen eşitsizlikler daha gözle görünür hale gelmiştir. Artık evrensel eşit bireysel özgürlüklerin, hukuki öznelerin negatif statüleri olarak garanti altına alınmış olması yeterli olamayacaktır. Toplumsal olarak üretilmiş zenginliklerin paylaşımı ve toplumsal olarak üretilmiş tehlikelerden daha etkin yollarla korunmayı sağlayacak temel haklara dayalı yeni kategoriler yaratılmalıdır. Gerçek özgürlük, izin verilen alternatifler arasından seçmenin gerçek olanağı olarak görülmeye başlanmıştır¹².

Burjuva formel hukukun reformist eleştirisinden refah modeli ortaya çıkmıştır. Liberal-burjuva paradigma, bireysel hakların koruyucusu ve negatif görev yüklenen devlet düşüncesi ile bağlantılıdır. Sosyal devlet paradigması, bireyler arasındaki formel eşitlik yerine maddi eşitliğin gerçekleştirilmesi yönünde pozitif olarak müdahale eden devlettir. Sosyal devlet paradigması, maddi eşitlik olmadan formel eşitlik olamayacağını savunur¹³.

19. yüzyılın sonlarından itibaren toplumdaki yükselen hak istemlerinin, hayata geçirilmesine yönelik her türlü müdahale kurumsallaştırılmak zorunda kalmış ve böylece ortaya sosyal devlet çıkmıştır. Özellikle işçi sınıfının yükselen taleplerinin karşılanmasına yönelik düzenlemeler, aynı zamanda işçi sınıfı üyelerini "yurttaş" haline getirmesine katkıda bulunmuştur. Bu süreçte ekonomik durgunluğun etkisi de hesaba katılmalıdır¹⁴. Devlet ekonomik anlamda büyüyerek, sosyal politikalar aracılığıyla toplumsal entegrasyonu güçlendirmiştir¹⁵.

Sosyal-refah anlayışının formel burjuva hukukuna yönelttiği eleştiri, hukukun muhatapları açısından hukuki ve ekonomik özgürlükler arasındaki diyalektiktir. Bu nedenle sosyal-refah devleti, öncelikle sosyal hakların gerçekleşmesine yönelmiştir. Gerçek eşitlik, hukuki düzenlemelerden etkilenenler üzerindeki sosyal etkiler üzerinden hesaplanır, hukuki eşitlik ise hukuksal düzenlemelerden etkilenenlerin hukuksal çerçevede kendi seçimleri doğrultusunda seçme özgürlüğüne dayanır. Hukuksal özgürlük ilkesi, sadece izin vererek değil, farklı özneler tarafından aynı hakların farklı kullanımı kolaylaştırarak, eşitsizlikleri derinleştirir. Böylece özel hayat planlarının özerk şekilde takip edilmesi için hukuki varsayımları yerine getirmiş olur. Bu bağlamda, hukuksal eşitlik, ekonomik eşitlik ile çakışmaz. Diğer yandan, yasa önünde eşitlik ihtiyacı, de facto eşitsizliklerden dolayı ayrılmış özel kişiler veya grupların eşit olarak dağıtılmış bireysel haklarını kullanması ile çelişir. Refah devleti uygulamaları, elinden geldiğince hukuki güçlerin eşit kullanılması için eşit olanaklar ihdas eder. Yaşam alanında ve güç ilişkilerinde maddi eşitsizliklerin karşılanmaya çalışılması hukuksal eşitliğin gerçekleşmesine katkıda bulunur¹⁶.

¹² Habermas, "Paradigms of Law," p.773.

¹³ Gabriel Motzkin, "Habermas's Ideal Paradigm of Law," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, p.1432.

¹⁴ Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, s. 228.

¹⁵ Jürgen Habermas, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akibeti*, Çev. Medeni Beyaztaş, İstanbul, Bakış Yayınları, 2002, s. 59-60.

¹⁶ "Habermas, "Paradigms of Law," pp.778-779.

Bu durum bir dilemma yaratır. Refah uygulamaları eşitliği sağlamak için, bireylerin özel hayat planlarını takip ettikleri ve özel özerkliklerinin belirlediği alanları sınırlar. Bu düzenlemeler yasal düzlemde yapıldığında iş ve aile hayatında, işçileri ve aile üyelerini “normal” iş ilişkisi ve standart bir sosyalleşme kalıbına uymaları yönünde zorlar; refahın karşılığı, iş ve işçi bulma kurumlarına, ailenin reisine karşı “normalleşme”dir veya yaşamlarına doğrudan müdahalede eden mahkeme kararlarına uymaktır; veya kollektif hukuki korumadır, tektipleştiren haklardır ve bunun gibi ... Burada sınırlandırılan özgürlük karşılığında çıkarların devlet tarafından temsili söz konusudur. Liberal hukuktan refah devletine yönelimde ileri sürülen negatif özgürlüklerin gerçekleşmesinin eşit olanaklarının sağlanmada maddi özerkliğin sağlanması yönündeki talebin tersine bir gelişim söz konusu olur¹⁷.

Habermas, refah devletine doğru gidişte devletin rolünün büyüdüğünü ve “politik karakter-benzeri” (quasi-political character) özel ilgilerin arttığını tespit eder. Özel hukukun içinde yer alan bir çok konu, özellikle mülkiyet hakları ile ilgili olanlar, kamu hukukunun içine geçer; örneğin iş hukuku, kamu kurumları ve özel hukuk bireyleri ya da şirketleri ile yapılan anlaşmalar gibi konular kamu hukuku alanına kayar. Özel hukuk ile kamu hukuku arasındaki bulanıklığın kaynağı devlet ve toplum arasındaki ilişkinin eski yapısını kaybetmesidir. Özel hayatın giderek daha fazla yasal düzenlemelere konu olması ile mahrem alanın altı da oyulmuş olur. İş piyasasının büyümesi, sosyal güvenliğin gelişmesi, kent mimarisinin aile hayatını kamunun bakışlarına açan mimari tarzı da mahrem alandaki çözümlerin kaynaklarındandır¹⁸.

Refah devleti, sosyal hakların büyüdüğü ve aynı oranda da devletin yaşam dünyasına daha fazla müdahale ettiği bir devlet düzenidir. Sosyal haklar özellikle ezilenler lehine geliştirilmeye çalışılmaktadır. Oysa işçi sınıfı lehine yapılan düzenlemeler, başta işçi sınıfının kazanımları iken, zamanla bu sınıfın mücadelelerinin pasifize edilmesinin bir aracı haline dönüşmüştür. İşçilerin politik katılım ve sosyal mülkiyet konusunda durumları normalleştirilirken, genel olarak toplumda da özgürlük içinde yaşama, sosyal adalet ve refahın yükselmesi yönünde gelişmeler olmuştur. Burada varsayılan şey devletin müdahalesi ile demokrasi ile kapitalizm arasında barış içinde bir arada varolabilecekleriydi¹⁹.

Refah devletinde hukuk günlük hayata da sürekli müdahalelerde bulunmaktadır. Gerçek eşitliğin karşılanmasına yönelik düzenlemelerle yaşam dünyası hukuk aracılığıyla kolonileştirilmektedir. Aynı zamanda devlet ve ekonominin düzenlenmesinde araç olan hukuk, böylece refah politikaları düzenlemeleri ile de yaşam dünyasının informel yapısına müdahale etmektedir²⁰. Refah paradigması ile eşit fırsatlar için maddi koşulların sağlanması toplumu vesayet altına alarak, gerçek eşitliği sağlamaya yönelik girişimler tersine döner. Dezavantajlara karşılık yapılan tazminler, özgürlüğün kullanılmasında bir otoritenin gözetiminin aracı haline gelir. Yasalar önünde eşitlik ile

¹⁷ Habermas, “Paradigms of Law,” p.775.

¹⁸ William Outhwaite, Habermas: A Critical Introduction, Cambridge, Polity Press, 1994, pp.8-9.

¹⁹ Jürgen Habermas, The New Conservatism, Trans. Shierry Weber Nicholsen, Cambridge, Polity Press, 1989, pp.54-55.

²⁰ Mathiue Deflem, “Law in Habermas’s Theory,” Habermas, Modernity and Law, London, Sage Publications, 1996, p.8.

gerçek eşitlik arasındaki diyalektik nedeniyle, maddi hukuk, yapmaya çalıştığı gerçek eşitliğin karşıtı olan yetkiyi de elinde bulunduruyordu. Yani bir yandan gerçek eşitliği garanti altına almak için müdahalelerde bulunuyor, aynı zamanda bu müdahalelerde insanların özgürlüklerini elinden alıyordu²¹. Liberal modelde ise, bir zamanlar eşit dağıtılmış özgürlüklerle sınırlanan özel hukukun özneli, sadece doğa-benzeri sosyal durumlarının olumsuzlukları ile sınırlanmışlardı²².

Liberal Görüş	Bugünkü Görüş
Benzersiz	İstatiksel
Bireysel, kişisel	Kişisel değil kategorik
Somut, anekdot tarzında	Genelleştirilmiş, detaylardan arındırılmış
Ara sıra, tesadüfi	Yinelenen, sistemik
İzole edilmiş davranış	Faaliyetin bir parçası
Öngörülemeyen (özellikle)	Öngörülebilir (toplamda)
Bekle ve gör, kadercilik	Yönetilebilir, sigortaya ve düzenlemeye yönelik planlama

Tablo I: Liberal devlet ile refah devletinin özelliklerinin karşılaştırılması²³

Bu tablo incelendiğinde sol tarafta bireysel aktör doğal koşullarında, olumsal olarak değişen bir ortamı veri almaktadır. Bireysel özgürlükleri gereği kendi seçimlerinin sonuçlarının sorumluluğunu taşır. Sağ tarafa bakıldığında bir sistemdeki ilişkilerarasılık referans noktasını oluşturmaktadır. Burada yer alan tarafların olumsal kararları, sonuçlarıyla birlikte bağımsız değişkenler olarak alınmaktadır²⁴.

Habermas, hem liberal, hem de refah paradigmasının, demokrasi ve bireylerin kendi kaderini tayin açısından potansiyellerinin bittiğini düşünmektedir²⁵. Habermas, bu iki hukuksal paradigma karşısında “prosedürel hukuk anlayışı”nı (proceduralist understandign of law) ileri sürer. Bu görüşe göre hukuk düzeni ne özel özerk piyasa katılımcılarının bireysel hukuki korunması ile, ne de refah devleti bürokrasisinin müşterilerinin kapsamlı sosyal güvenliği

²¹ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.390 et seq.

²² Çağımızın düşünürlerinden Hayek, temel hakların korunması ile sınırları belirlenmiş liberal düzen yerine, görünmez elin işlediği piyasa mekanizmasına dayanan “kendiliğinden doğal düzen”i koymuştur. Bu doğal düzenin devamı, demokrasinin, popüler talepleri yasalaştırmasının sınırlanması ile olacağını belirtmiştir. Halkın talepleri değil, düzenin işleyişi önemlidir. Bu açıdan Habermas’la karşıt bir konuma düşerler. Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, s. 204.

²³ Habermas, “Paradigms of Law,” p.774.

²⁴ Habermas, “Paradigms of Law,” p.774.

²⁵ Fraser “A Marx for the Managerial Revolution: Habermas on Law and Democracy,” p.365.

ile yapılır. Prosedürel hukuk her ikisini de kapsayarak, aşar²⁶. Prosedüralist paradigma, karar almanın koşullarının prosedürüdür²⁷.

Liberal piyasa modelinde, kendi kendine işleyen piyasaya mekanizması nedeniyle, toplum bu kendiliğinden işleyen güçlerin sonuçlarını temsil etmektedir ve bu nedenle piyasa mekanizması "ikinci bir doğa" gibidir. Oysa bireysel aktörlerin piyasa mekanizmasına etkileri sınırlıdır ve piyasa mekanizması bu etkilere karşı direnir. Liberal demokrasiler bu çerçevede, meşruluk için evrensel değer sistemlerine dayalıydı. Ekonomik sistemle uyumlu bu değere dayalı meşruluk anlayışı, doğal hukukla birlikte tanımlanabilir. Doğal hukuk, meşruluk ihtiyaçlarına cevap veremeyecek düzeyde iktidara yakınlaştırılmıştır²⁸. Düzenleyici refah devletinde ise toplum, liberal piyasa mekanizmasına dayanan doğa-benzeri karakterini kaybeder. Kriz durumunda daha dışsal gibi görünen piyasa mekanizması suçlanırken, refah devletinde ise krizin sorumlusu planlamada ve müdahalede hatalı olarak görülen devlet olur²⁹. Habermas mevcut koşulları değerlendirerek kriz tespitinde bulunur. 1970'ler sonrasında sosyal refah devletinin çöküşü, Sovyetler Birliği'nin dağılması, Soğuk Savaş'ın ve iki kutuplu dünyanın getirdiği avantaj ve dezavantajların yok olması, neo-liberalizmin yükselişi ile liberalizmin ve sosyalizmin meşruiyet krizleri, hem devlet-toplum tartışmalarını, hem de bununla bağlantılı olarak sivil toplum ve demokrasi tartışmalarını gündeme getirmiştir³⁰.

Habermas, örgütlenme biçimleri ve kriz eğilimleri temelinde dört çeşit sosyal formasyon tespitinde bulunmuştur: İlkel toplumlar, geleneksel toplumlar, liberal kapitalist toplumlar ve en son olarak da gelişmiş kapitalist toplumlar. Kapitalist toplumlar refah devleti olarak müdahaleci bir tutum izlemişler ve meşruluklarını resmi temsili demokrasi ve yapısal olarak depolitize edilmiş kamusal alandan almışlardır. Fakat aynı süreçte kitleleri dikkate almakla birlikte katılımı ve çoğulculuğu görmezden gelmişlerdir. Kamusallaşmış üretimi görmezden gelerek, mevcut özel mülkiyet sistemini ve artı değeri sorgulamamış ve tüketime yöneltilmiş bir kitlenin ortaya çıkmasına destek vermişlerdir. Bunlar aynı zamanda kamusal alanı daraltan unsurlardır. Sistem, kendi kaderini tayin araçlarını kısıtlayarak ve halkın kamusal alana katılımı açısından mesafeyi açarak, kamusal alanı statik hale getirmiştir. Burjuva kamusal alan yapısal bir değişime uğramıştır. Bu değişim ile biçimsel demokratik kurumlar ve yöntemler meydana gelmiş fakat bu oluşumlar yurttaşları, edilgen hale getirmiş ve yurttaşların yönetime katılmaları seçimlerde onaylama ya da onaylamama hakkı haline dönüşmüştür³¹. Halk, politikanın öznesi olmaktan çıkmış, nesnesi haline gelmiştir³². Bu aslında klasik burjuva devleti tutumudur. Burjuva devleti, burjuvazi ve işçi sınıfının çıkar çatışmalarının burjuvazi lehine politik sistemle birlikte metanın dağıtılmasına sıkıştırılarak, kurumsallaştırıldığı devlettir. Refah devleti modelinde devletin

²⁶ Habermas, "Paradigms of Law," p.776.

²⁷ Jennifer Hendry, "Governance, Proceduralisation and Justice: Some Challenges to the Legal Paradigm," *Law Critique*, Vol.19, 2008, p.348.

²⁸ Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*, Trans. Thomas McCarthy, Cambridge, Polity Press, 1997, p.87 et seq.

²⁹ Habermas, "Paradigms of Law," p.775.

³⁰ Dorota I. Pietrzyk, "Democracy or Civil Society?," *Politics*, Vol. 23, No:1, 2003, pp.38-39. Bkz. Habermas, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akibeti*, s. 60-66.

³¹ Habermas, *Legitimation Crisis*, pp.36-37.

³² Michel Pusey, Jürgen Habermas, London, Routledge, Reprinted 1993, p.90.

harcamaları karşısında bireysel aktörler özerk statülerinden kaybederler. Sağlanan kamusal imtiyazlarla yurttaşlar, devlet ve gelişmiş kapitalizm arasındaki bağı daha kolay kabul etmişlerdir. Bunun sınırı ise devletin gereksiz yere yurttaşların özel alanına müdahalesi olmuştur. Devlet ise sistemin dayanaklarını güçlendirerek, kamusal refahı kutsallaştırarak, gelişmiş kapitalizmin kar oranları arttırmasına destek olmuştur. Yurttaşların demokratik karar süreçlerine katılımı ise, seçimlerde oy vermekle sınırlı hale gelmiştir. Çünkü yurttaşların talepleri temel olarak özel olmuş ve demokratik yönetime katılmak yönünde bir motivasyonları gelişmemiştir³³. Yani yurttaşların depolitize oldukları söylenebilir³⁴. Böylece kendi çıkar ve mutluluğu yönünde hareket eden yurttaşların, kamusal imtiyazları da bir süre sonra yozlaşmıştır. Başta devlet yozlaşmıştır³⁵. Sürekli yenileri eklenen yasal düzenlemelerle yasamanın etki alanı genişlemiştir. Liberalizmin dayandığı temel ilkelerden biri olan güçler ayrılığı ilkesi yeni bir biçime bürünmüştür. Kural koymanın genişlediği refah devletinde, yasakoyucuyu sınırlandırmak zorlaşmıştır³⁶. Kültürel alana ve politik sisteme dahil olan konular, artık devletin idari düzenlemelerinin alanı olmuştur. Yurttaşların özerkliğinin altı oyulmuş ve devletin meşruluk ihtiyacı büyüyerek artmıştır³⁷. Dağıtımın kurumsallaşmasıyla modern refah devleti ortaya çıkar. Böylece ekonomik ve politik sistemler birbirine bağlanmış olur. Bu nedenle ekonomik sistemdeki sorunların sorumlusu politikacılar olarak değerlendirilir³⁸. İki sistemin birbirine bağlanması ile üretim ilişkileri yeniden siyasallaşır ve buna bağlı olarak meşruluk gereksinimi artar.

Habermas sosyal-refah programının sonuçları karşısında iletişime dayalı bir toplum önerir. Bu toplumun ütöpic içeriği çarpıtılmamış öznelerarası bir iletişim ve onun formelliğinden oluşur. Bu anlayış "İdeal konuşma durumu"³⁹

³³ Outhwaite, Habermas: A Critical Introduction, p.140 et seq.

³⁴ Dean, "Normalizing Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law," p.180.

³⁵ Outhwaite, Habermas: A Critical Introduction, p.140 et seq.

³⁶ Özcan, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 227.

³⁷ Habermas, Legitimation Crisis, p.74 et seq.

³⁸ Outhwaite, Habermas: A Critical Introduction, p.140 et seq.

³⁹ İdeal konuşma ortamının ikisi temel koşul olmak üzere dört koşulu vardır: 1. Tartışmaya katılanların konuşmada eşit şansa sahip olmaları gerekir, böylece yeni tartışmalar açılabilir ve karşı konuşmalarla konular daha da açıklığı kavuşturulabilir. 2. Tartışmaya katılan tüm kişiler sav öne sürmede, yorum yapmada, yeni önerilerde bulunmada, soru sormada eşit şansa sahip olmalıdırlar. Bu iki koşul ideal konuşma durumu için zorunludur. 3. Tartışmaya sadece duygularını ve niyetlerini ifade etmede eşit şansa sahip konuşmacılar katılabilmelidir. 4. Tartışmaya katılanlar, "kural koyucu" denilen söz edimlerini kullanmada eşit şansa sahip olmalıdırlar. İdeal konuşma durumu, söylemin gerçekleşmesi için ortaya konan bir dizi kural ve kişilerin bu durumu gerçekleştirmek için kuracakları ilişkiler bütününden oluşur. Fakat bu durumun gerçekleşmiş olması yine de "ulaştıkları mutabakat yalnızca daha iyi kanıtın gücüne bağlı olarak akılsal olarak güdülenmişse mümkündür." Daha iyi argümanın değil de, konuşmacının retorik yeteneği ile ilgilileri ikna etmesi, rasyonel uzlaşımı temin etmez. Habermas, burada geçerlilik iddialarının gerekçeleri üzerinde uzlaşımı esas almaktadır. Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, Polity Press, 1997, p.148. Bkz. Seyla Benhabib, *Eleştiri, Norm ve Ütopya*, Çev. İsmet Tekerek, İstanbul, İletişim Yayınları, 2005, s. 360-361, Farid Abdel-Nour, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," *Philosophy*

varsayımına rağmen, somut bir yaşam biçimi önerir. Zorunlu normatif sınırlamalara rağmen bu toplum kuramı, söylemsel irade oluşturma prosedürü ve günlük hayat pratiği içinde iletişimin koşulları altında kişilerin kendi insiyatifinde ve kendi ihtiyaç ve görüşleri çerçevesinde somut olanakların yaratılmasına yöneliktir⁴⁰. Habermas'a göre, rasyonel hukuk, formel ve refah paradigmalarından farklı önkabullerle hareket eder. Demokratik bir topluluk içinde birarada yaşayan yurttaşlar kendi yaşam dünyalarını biçimlendirebilmelidirler ve yurttaşlar bunun için gereken eylem yeteneğini geliştirebilirler. Bu ise kendi yasalarının koyucusu olan yurttaş anlamına gelmektedir. Böylece hukuki bir kavram olan yasakoyuculuk, yurttaşla bütünleşerek siyasi bir boyut kazanır ve kendi kaderini tayin eden bir toplum kavramına dönüşerek, genişler⁴¹.

Sonuç olarak devlet sosyal gereksinimleri karşılarken, aynı zamanda sosyal sorunların çözümüne yönelik müdahalelerde bulunmaktadır. Habermas, refah devleti ile devletin insanların yaşamına aşırı müdahalesini, insanların kendi kaderlerine yön vermelerinin engeli olarak değerlendirir. Devletin, böylece de hukukun meşruluğu sarsılır. Hem sistemlerin, hem hukukun meşruluğunun yeniden tesis edilmesi gerekir⁴². Habermas, insanların iradeleri dışında devletin bu tip yön vermelerinin önüne set çekmek ve insanların kendi kaderlerini belirlemede etkin olmalarını sağlamak yönünde kuramsal bir açılımda bulunur. Artık bir devletin meşruluğu, yurttaşların devletin temel normlarını ve değerlerini söylemsel şekilde oluşturması ile ortaya çıkacaktır⁴³ Prosedüralist hukuk paradigması ile yurttaşların kendi kaderini tayin konusunda aktif bir tutum öngörür. Bu paradigmanın işleyişinin temel unsurları haklar sistemi ve buna bağlı olarak hukuk devletidir. Tabii ki bu iki unsurun varoluşsal koşulu ise anayasal devlettir. Aşağıda bu kavramların üzerinde daha detaylı durulacaktır.

III. PROSEDÜRALİST HUKUK ANLAYIŞI

Makalenin girişinde belirtildiği gibi Habermas, hukuku yaşam dünyası ile sistem arasında bir ortam veya bir araç olarak işlevlendirir. Hukuk, hem ekonomi ve devletle, hem de yaşam dünyasıyla iç içedir. Hukukun oluşumu Habermas'da prosedürel kamusal tartışmalara bağlanmıştır. Bu nedenle hukuk yaşam dünyasında şekillenir. Buradan da hem ekonomik sisteme, hem de iktidara aktarılır⁴⁴. Bu çerçevede kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı Habermas'da içerik olarak aynı olmakla birlikte, hukukun kurumsallaşması bağlamında yaşam dünyası içinde konumlanması ile farklı bir yere oturmaktadır. Her türlü normun oluşumu iletişimsel eylem ve söylem kuramına bağlanarak yasama sürecinin etkinliği yurttaşlara aktarılmıştır.

Habermas, Weber'in izinden Batı toplumlarında modern hukukun pozitif, yasal ve formel olduğunu kabul eder. Hukukun pozitif olması egemen kanun koyucunun ifadesi olduğu anlamına gelir, yasal olması normlar aracılığıyla

& Social Criticism, Vol.30, No.1, p.76 et seq., Jorge Larrain, *İdeoloji ve Kültürel Kimlik*, Çev. Neşe Nur Domaniç, İstanbul, Sarmal Yayınları, 1995, s. 171-173.

⁴⁰ Habermas, *The New Conservatism*, p.69.

⁴¹ Habermas, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akibeti*, s. 75.

⁴² Fraser, "A Marx for the Managerial Revolution: Habermas on Law and Democracy," p.365.

⁴³ Deborah Cook, "Habermas on Reason and Revolution," *Continental Philosophy Review*, Vol.34, 2001, pp.321-322.

⁴⁴ Yüksel, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, s. 230.

sapmalara uygulanma kabiliyetinin olmasıdır ve formel olması ise yasal olarak yasaklanmamış her şeye izin verildiği anlamındadır⁴⁵. Habermas, modern toplumlarda mevcut hukuku şu şekilde tanımlamıştır:

Siyasal kararlar, karmaşık toplumlarda etkili olunmak isteniyorsa, pozitif hukukun düzenleyici biçimini kullanmak zorundadır. Bununla birlikte hukuk ortamında belli normatif önkoşulları olan yapay bir yapıyla uğraşırız. Çağdaş hukuk *biçimseldir*, çünkü açıkça yasaklanmamış olan herhangi bir şeye izin verilmiş olduğu öncülüne dayanır. *Bireyseldir*, çünkü tek tek kişileri hakların taşıyıcısı yapar. *Zorlayıcıdır*, çünkü devletçe yürütülür ve sadece yasal ya da kurala uygun davranışa uygulanır –din pratiğine izin verir ama dinsel görüşler buyuramaz. *Pozitif* hukuktur, çünkü yasa koyucu bir siyasi meclisin (değiştirilebilir) kararlarından türer; son olarak *usule uygun yasalaşmış* hukuktur, çünkü bir demokratik süreç tarafından onaylanmıştır. Pozitif hukuk katıksız yasal davranış gerektirir, ama bu da yasalara uygun olmak zorundadır; yasaya uyma nedenlerini belirtmese bile, öyle olmalıdır ki, muhatapları her zaman yasaya saygıları yüzünden ona boyun eğebilmelidir. Hukuksal bir düzen, bütün yurttaşların özerkliğini aynı derecede koruduğunda yasalara uygundur. Yurttaşlar, ancak yasanın muhatapları, kendilerini aynı zamanda onun yapıcısı olarak görebilirlerse özerktirler. Yasayı yapanlarsa, herkesin bu yolla konmuş kuralların genel ve ussal onaya layık olduğunu varsayabileceği şekilde düzenlenmiş yasama işlemlerine katılan kişiler olabildikleri sürece özgürdürler. Normatif terimlerle söylersek, demokratik sürecin kendisi yasal olarak kurumlaşmak zorunda olduğundan, halk egemenliği ilkesi, öyle temel hakları gerektirir ki, bunlar olmadan hiçbir meşru yasa olamaz; en başta, herkese eşit seçme ve eylem özgürlüğü: Bu da önkoşul olarak bireylerin geniş kapsamlı yasal korunmasını varsayar⁴⁶.

Habermas'a göre modern toplumlarda, hukuk (normları), yaşam dünyasının rasyonelleşmesine dayanır. Yasalar, belirli bir coğrafyada yerel bir yasama organınca usulüne uygun olarak çıkarılır ve o devletin yurttaşlarına uygulanır. Bu yasalar aynı zamanda politik bir program da çizerler ve devlet içinde örgütlenmiş toplum bu programla bağlıdır. Ortak amaçlar yasayla dikkate alınırken, yasanın yapısının ortadan kaldırılmasına izin verilmez. Fakat yasa koyma süreci toplumun siyasi etkilerine açıktır. Hukuk sistemleri sadece normatif düzenlemelerden ibaret değildir, "aynı zamanda belli bir yaşam biçiminin ifadesidir" de⁴⁷. Bu nedenle yasa koyma süreci, sadece hukukun normlarının ortaya çıktığı bir süreç değil, bir toplumun ortak düşüncelerinin, ortak iyisinin belirlendiği bir süreçtir. Habermas, yasa koyma sürecini iletişimsel eylem temeline dayandırarak, normdan etkilenecek tüm yurttaşların dahil edildiği bir süreç olarak değerlendirmeyi uygun bulmaktadır.

Habermas, iletişimsel eylem kuramı perspektifinden hareketle hukuku değerlendirir. Daha önce ifade edildiği gibi Habermas, toplumu yaşam dünyası ve sistem ayrımıyla tanımlar. Sistem alanı, bürokrasinin ve piyasanın denetimi

⁴⁵ Deflem, "Law in Habermas's Theory," p.6.

⁴⁶ Jürgen Habermas, "Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı," Çokkültürcülük, Ed. Charles Taylor, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, YKY, 1996, s. 123-124. Habermas'ın daha özet olan hukuk tanımı için bkz. Jürgen Habermas, "Postscript to Between Facts and Norms," Habermas, Modernity and Law, ed. Mathieu Deflem, London, Sage Publications, 1996, p.135.

⁴⁷ Habermas, "Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı," 126.

altında bulunan, devlet ve ekonomiyi kapsayan yani yönetim sistemleri ile buna bağlı olarak güç ve para tarafından belirlenen alanı ifade eder. Yaşam dünyası ise, devletten bağımsız, ailenin, kamuoyunun içinde yer aldığı ve iletişimsel eylemin alanı şeklinde ortaya çıkar. Sistem alanı stratejik eylemin alanıdır. İktidarı elde etmeye ya da doğayı denetlemeye yönelik eylemler bu alanda yer alır⁴⁸. Sistem dışında kalan bölüm ise yaşam dünyası olarak adlandırılır: Aile, özgür birlikler, din, hemen hemen tüm iletişim tipleri aracılığıyla anlaşmaya yönelik girişimlerle ima edilmiş varsayımlar ve iletişimsel rasyonellikten yeniden üretilen kültürler yaşam dünyası içinde yer alır⁴⁹. Yaşam dünyasını oluşturan iletişimsel etkinliğin gerçekleştiği alanlar sivil toplum, kamusal alan ve zayıf ve güçlü kamular gibi heterojen yapılardan oluşur⁵⁰. Bu informel kurumlar iletişimsel gücü (communication power) meydana getirir. Buna karşın yaşam dünyası, sosyal eşitsizliklerin ve bürokratik devlet aygıtının tehditleri altındadır⁵¹. Habermas, modernitenin bir sorunu olarak da gördüğü bu problemle birlikte, modern hayatın patolojilerini “yaşam dünyasının kolonileşmesi” olarak isimlendirmiştir⁵².

Habermas, demokrasi kuramını iletişimsel eylemle elde edilen uzlaşma sürecine dayandırır⁵³. Modern toplumun tek yanlı araçsal rasyonellikten, iletişimsel rasyonelliğe geçilmesi ile kamusal alanı işgal eden araçsal rasyonellikten kurtulmaya ve yerine kamusal alanı canlandırarak demokratikleşmenin yolunu açmak istemiştir. Bu bağlamda, “müzakereci demokrasi açısından kilit nokta, bir yönetim birimindeki yurttaşlar, gruplar, hareketler ve örgütler arasında görüş oluşturma, tartışma, müzakere ve çekişmeden oluşan bir ‘kamusal alan’ın bulunduğu fikridir” ve kamusal bir müzakere alanı demokratik kurumların meşruiyeti açısından zorunludur⁵⁴. İletişimsel rasyonellik ile demokratik diyaloga temel olan şey ‘müzakeredir’. İletişimin prosedürleri ile irade ve düşünce oluşturma süreçlerinden geçilerek, karar verilir ve kararlar kurumsal düzeyde gerçekleştirilir⁵⁵.

İletişimsel eyleme dayanan müzakereci demokrasi anlayışında toplum devlet çevresinde bütünleşmiş yekpare bir bütün değildir. Çünkü demokrasi, “özerk yurttaşların kamu yararına akıl kullanımının kurumsallaştırılması” olarak algılandığında, devletin ya da herhangi başka bir kurumun merkezi rolüne gerek kalmaz. Müzakereci demokrasi modeli; 1. değer çoğulculuğuna rağmen ortak yarara ilişkin kabul edilebilir formülasyonlara ulaşmayı amaçlar; 2. çıkar çatışmalarının varlığına rağmen, insanı ortak işbirliği koşullarının varlığına ikna etmelidir; ve 3. mağdur herkesin kendi bakış açısını dile getirme

⁴⁸ Bkz. Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, Cilt II.

⁴⁹ John P. McCormick, “Habermas Discourse Theory of Law: Bridging Anglo-American and Continental Legal Traditions?,” *The Modern Law Review*, Vol. 60, 1997, p.735.

⁵⁰ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.151–157.

⁵¹ Bkz.Fraser “A Marx for the Managerial Revolution: Habermas on Law and Democracy,” p.363.

⁵² McCormick, “Habermas Discourse Theory of Law,” p.735.

⁵³ Bkz. Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*, Cilt II.

⁵⁴ Seyla Benhabib, “Demokratik Moment ve Farklılık Sorunu,” *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, İstanbul, Dünya Yerel Yönetimler ve Demokrasi Akademisi Yayını, 1999, s. 121–102.

⁵⁵ Dean, “Normalising Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law,” pp.176-177.

şansına sahip olacağı bir "birlik oluşturma tarzları çoğulculuğuna" öncelik tanır⁵⁶. Demokratik yöntem, söylemde ve pazarlık süreçlerinde, bu yöntemle uyum içerisinde ulaşılan bütün sonuçların makul olmasını sağlayacak iletişim biçimlerinin uygulanmasıyla kurumsallaştırılır. Dolayısıyla temel gereksinim, tartışmanın ve ikna etmenin yöntemlerini geliştirmektir. Müzakereci demokrasiler, meşrulaştırıcı güçlerini, toplumsal bütünleştiricilik işlevini, yurttaşlar arasında yapılan kamusal müzakereden alır. Habermas'ın yöntemsel olarak 'doğru' kararların meşruiyetlerine temel oluşturduğunu söylediği prosedür, bütün toplumsal kurumlar için bir model değil, ayrıca anayasal olarak düzenlenmiş siyasal sistemdeki esas yapıdır⁵⁷.

Habermas, demokrasi kuramının prosedürlerini temel olarak iki aşamalı şekilde ortaya koyar. Birinci aşamayı kamusal alanda yapılan müzakereler oluşturur. İkinci aşama ise müzakereler ile elde edilen kararlar, seçimler yoluyla parlamento düzeyine taşınır ve ya iktidarın uygulamaları ya da yasalar şeklinde yurttaşlara geri yansıtılır. Karar alma süreçlerine katılım sağlanarak sistem tekrar meşru hale getirilmiş olur. Aşağıdaki paragrafta bu süreci Habermas şu şekilde tanımlamıştır:

Söylem kuramı hem parlamenter organlar, hem de kamusal alanın gayri resmi ağırları aracılığıyla akan iletişim süreçlerinin daha yüksek düzeydeki özneler arasılığı üzerinde durur. Bu öznesiz iletişim biçimleri, parlamenter yapının içinde ve dışında az çok rasyonel sayılabilecek görüş ve irade oluşumunun ortaya çıkabileceği sahaları oluşturur. Gayri resmi kamuoyu oluşumu "etki" yaratır; etki siyasal seçimlerin oluşturduğu kanallarla "iletişimsel güç"e, iletişimsel güç ise yasama yoluyla "idari güç"e dönüşür. Liberal modelde olduğu gibi, burada da "devlet" ile "toplum" arasındaki sınırlar korunur; ama farklı olarak, sivil toplum idari mekanizmadan olduğu kadar ekonomik sistemden ayrı duran özerk kamusal alanların toplumsal temelini sağlar. Bu demokrasi anlayışı modern toplumların bütünleşme için ihtiyaçlarını karşıladıkları para, idari güç ve dayanışmadan oluşan üç kaynak arasındaki yeni bir dengeyi öngörür. Bunun getirdiği normatif sonuçlar açıktır: Artık tek başına iletişimsel eylemin kaynaklarından elde edilemeyecek olan "dayanışma"nın bütünleştirici gücü büyük ölçüde genişlemiştir ve farklılaşmış kamusal alanlar, ayrıca demokratik müzakere ve karar verme süreçlerinin hukuki düzeyde kurumsallaştırılmış usulleri aracılığıyla geliştirilmelidir⁵⁸.

Habermas, demokrasinin bütünleyeni olarak gördüğü hukuk sisteminin kurucu unsuru olarak iletişimsel eylemi, yani normları oluşturma sürecinde herkesin eşit olarak katıldığı müzakere sürecini görür. Prosedürel hukuk anlayışını oluşturan bu süreç ile demokrasinin gerekleri de yerine getirilmiş olur. Prosedürlerin işleyişi ile ve ortak katılım ile demokratik adalet de sağlanmış olur⁵⁹. Böylece yasa yapma işlevi yurttaşlara devredilerek, neredeyse doğrudan demokrasiye benzer bir rejim ortaya konulmuş olur.

Yasa yapma görevinin yurttaşların katılımı ile bütünleştiği bu görüş açısı kendi meşruluğunu, katılıma dayandırır. Hukuk devletine dair diğer görüşlerde yasa yapma öncelikle iktidarda olmayı ve iktidarın meşruluğunu gerektirir ve

⁵⁶ Benhabib, "Demokratik Moment ve Farklılık Sorunu" s. 110-111.

⁵⁷ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.304-305.

⁵⁸ Jürgen Habermas, "Demokrasinin Üç Normatif Modeli," *Demokrasi ve Farklılık, Demokrasi ve Farklılık*, Ed. Seyla Benhabib, Çev. Zeynep Gürata, Cem Gürsel, İstanbul, Demokrasi Kitaplığı, s. 47.

⁵⁹ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.263,414.

yasa yapma edimi politik tercihlerle biçimlenir. Yasa yapma usulleri ülkeden ülkeye değişmekle birlikte içerik olarak yasa yapma edimi iki amaca yönelir: Birincisi mevcut düzenin sürekliliği için gerekli düzenlemeleri (homoestatic), ikincisi toplumsal reform hedefiyle (instrumental) yasalar yapmak⁶⁰. Habermas, yasa yapma işlevine kendi toplum kuramında büyük önem atfetmektedir. Yasalar, kamusal müzakere süreçleri sonucunda parlamentoya yansiyacak kararlar, yasa olarak düzenleneceklerdir. Bu yasa yapma sürecinde Habermas, bireylerin kendi özel çıkarlarından çıkarak ortak yarara yönelerek yasalaştırmayı hedefleyeceklerini düşünmektedir. Bu nedenle yasalaştırma sürecinin düzeni korumak ya da düzende reformlar yapmak amaçlı olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan yurttaşların yasa yapıcı olmasıdır⁶¹.

Yurttaşların kendi yasalarını kendi koymaları anlayışı ile hukuk yurttaşların ürünü olur. Bu ise siyasal özerkliğe dayanan bir hukuk yapma sürecine dayanır. Habermas'ın ileri sürdüğü söylem ilkesi, yurttaşlar ile hukuk yapma sürecini birleştirir. Söylem ilkesine göre normdan etkilenen tüm kişilerin rasyonel tartışmanın bir katılımcısı olduğu normlar geçerlidir⁶². Meşru hukuk bütün söylemsel testlerden ve onunla bağlantılı farklı söylemlerden geçmelidir⁶³.

Söylem ilkesi, form olarak hukukun kurumsallaşması yoluyla demokrasi ilkesi haline gelir. Demokrasi ilkesi de, hukuk yapma sürecinin meşrulaştırılmasını sağlar. Söylem ilkesi ile hukuk formunun, bütünleşerek demokrasi ilkesini ortaya çıkarması ve bu inşa sürecinin içinde belli hakların yer alması Habermas'ın hukuk sistemini oluşturur⁶⁴. Habermas'ın hukuk sistemi, hukuk devletini de açıklamaktadır. Bir yanda yasa yapma sürecinin yurttaşlara dayanması, diğer yanda bunu garanti altına alan hukuk ve bunların doğal sonucu devletin hukuk çerçevesinde sınırlanması, hukuk devletini oluşturur.

Refah devleti koşulları altında, yaşam dünyasının talepleri bürokrasi ve para yönetiminin zorunluluklarıyla, yani sistem tarafından belirlenmektedir. Böylece hukuk günlük hayata sürekli müdahalelerde bulunmaktadır. Refah devleti, gerçek eşitliğin sağlanması dönük faaliyette bulunurken, yaşam dünyasını da kendi çerçevesinde düzenlemektedir. Bu hukukun "kolonileştirilmesidir"⁶⁵. Böylece hukuk, insanların özerkliklerinin bir koruyucusu değil, toplumu düzenlemenin bir aracı haline gelmiş olur.

Habermas, hukukun araçsallaştırılarak yaşam dünyasına müdahalesinin önüne geçmenin yolu olarak, prosedüralist hukuk anlayışını önermektedir. Prosedüralist hukuk anlayışı, hukuka söylem kuramının uygulanması ile ortaya çıkar. "Prosedüralist" hukuk deyince ilk başta, kurumsallaşmış prosedürler anlaşılır. Fakat Habermas, formel kurumlarla, yaşam dünyasının özel merkezlerinde yerleşik kamusal alandaki iletişimler arasındaki etkileşim süreci

⁶⁰ Mehmet Tevfik Özcan, "Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan," Hukuk Kurultayı 2006, Cilt 2, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s. 389-390, 395.

⁶¹ Ota Weinberger, "Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy: Some Critical Comments and Constructive Proposals," Ratio Juris, Vol. 12, No.4, December 1999, p.346.

⁶² Bu durumda karar alma süreçlerinin merkezleşmesi söz konusudur. Hendry, "Governance, Proceduralisation and Justice: Some Challenges to the Legal Paradigm," p.348.

⁶³ Rehg., "Translator's Introduction," p.xxvii.

⁶⁴ Habermas, Between Facts and Norms, pp.111-121.

⁶⁵ Deflem, "Law in Habermas's Theory," p.12.

anlamında kullanır⁶⁶. Böylece sistemin bozuklukları, yaşam dünyası ve politik sistemdeki kurumsallaşmış karar verme süreçlerindeki bozulmalar, prosedüralist karar verme süreçleri yaratılarak yeniden tesis edilecektir⁶⁷. Bu anlayışın sonucunda ulaşılan nokta ise temeli eşit ve özgür yurttaşların hukuk altında birliği ve kendi kaderini tayin fikrinin yattığı demokratik anayasal devlettir⁶⁸. Demokratik anayasal devlette yurttaşların kendi kaderini tayin hakkı, özel ve kamusal özerklik şeklinde belirir. Hukuksal özerkliğin iki hareket noktası rasyonel olarak karar veren aktörün tercihi ve etik karar veren kişilerin (persons) varoluşsal seçimleridir⁶⁹. Hukukun özerkliğinin dayattığı zorunluluklar, Habermas'da hukukun yaşam dünyasında ve ekonomi ile devlet arasında araçsal konumunun işleyebilmesi için iletişimsel eyleme bağlanması ile aşılmaya çalışılmaktadır. Yani hukukun özerkliğini belirleyen ve kolonileştirilmesinin önüne geçmesini sağlayan normların oluşumuna, normdan etkilenen herkesin katılımıdır. Katılımcıların düşünce ve irade oluşumlarının tarafsız olmasına yönelik yasama ve hukuki karar vermede kurumsallaşmış prosedürlerin varlığı garanti altına alınmış olmalıdır. Habermas, gerçekleştirilmiş bir demokrasi olmadan özerk hukukun olamayacağını söyler⁷⁰.

Habermas, ne liberal, ne de sosyal refah devleti modelinin paradigmatları eşitlik ve/veya hukuk devleti gibi kavramların içine yerleştirilecek bir ilkeye veya norma sahip değildirler. Bu iki paradigmda, devletin başarısı ile meşruluk birbirinde ayrılmış, meşruluk ölçütü olarak geriye sadece devletin etkinliği kalmıştır. Habermas'a göre etkinlik, adaleti gerçekleştirme yönünde bir başarı gerçekleştirmez ve hukukun bir aracı olarak etkinlik, her yöne doğru kullanılabilir. Bu nedenle tehlikeli bir ölçüttür de. Bu iki paradigma karşısında Habermas'a göre çözülmesi gereken sorun adaletin dağıtımı ve adaletin etkin kılınmasıdır. Bu ise ancak liberal formel paradigma ile maddi refah paradigmatını uzlaştıran prosedüralist paradigma ile mümkündür. Buna göre formel paradigmatla, refah paradigmatı birleştirilecek, kamunun, toplumun çıkarları devlet düzeni karşısında bağımsız bir politik karşı taraf olarak örgütlenecektir⁷¹. Yani Habermas, prosedüralist paradigma ile kurallar ve bunların uygulanması diyalektikliğine yönelir⁷².

Hukukun prosedüralist paradigmatı için Habermas ilk olarak üç öncülle başlar:

1. Neoliberalizmin ilan ettiği "sivil toplum ve onun hukukuna dönüş" tıkanmıştır; 2. "bireyin yeniden keşfi" çağrısı, refah devletinin özel özerkliği yeniden yükselteceği yönündeki iddiasının tersine dönmüş olması ile provoke

⁶⁶ Outhwaite, Habermas; A Critical Introduction, p.144.

⁶⁷ Fraser "A Marx for the Managerial Revolution: Habermas on Law and Democracy," p.366.

⁶⁸ Robert Alexy, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse," Cardozo Law Review, Vol.17, 1995-1996, p.1027.

⁶⁹ Habermas, "Postscript to Between Facts and Norms," p.138.

⁷⁰ Habermas, Between Facts and Norms, p.599.

⁷¹ Motzkin, "Habermas's Ideal Paradigm of Law," pp.1432-1433. Habermas'ın görüşlerinin tümü "ideal" liberal politik sisteme dayanır. Liberalizme içkin temel unsurları altyapı kabul eden Habermas, prosedüralist paradigmatını onun üzerine inşa eder. Attracta Ingram, A Political Theory of Rights, New York, Oxford University, 1994, pp.124-127. Bu ise liberal paradigma ile refah paradigmatının diyalektikliğinden değil, onun üzerine inşa edilen bir paradigma olduğunu göstermektedir.

⁷² Hendry, "Governance, Proceduralisation and Justice: Some Challenges to the Legal Paradigm," p.348.

edilmiştir; ve sonuncusu 3. sosyal-refah projesine, ne basitçe aynı çizgide devam edilebilir, ne de terk edilebilir, fakat daha yüksek bir refleksiyon (reflection) düzeyinde devam ettirilmelidir⁷³. Eğilim, sosyal ve ekolojik olarak kapitalist ekonomik sistemin yeniden yapılandırılması ve böylece idari gücün kontrol altına alınmasıdır. Kapitalist ekonomik sistem evcilleştirilecektir. Bu verimlilik açısından, idarenin doğrudan olmayan ve yumuşak yönetim biçimlerine yönlendirilmesi anlamına gelir; yasallık açısından idareyi iletişimsel güçle ilişkilendirmek ve yasadışı güce karşı daha güçlü şekilde bağımsızlık kazandırmayı ifade eder. Karmaşık toplum koşulları altında haklar sisteminin bu yolla gerçekleştirilmesi, özgün bir hukuksal formun -dönüşümlü hukuk gibi- terimleri altında yeterince karakterize edilemez. Liberal ve refah uygulamalarının (formel ve maddi hukuk) hukuksal formlarla oluşturdukları ayrıcalıklar gibi, prosedüralist hukuk paradigması da kendi hukuki formlarını geliştirecektir. Her bir hukuki formun seçilişi, her bir olayda haklar sisteminin asıl anlamına bağlı kalmalıdır. Ayrıca aynı zamanda her hukuki fiil, politik temel hakların ayrıntılandırılmasıyla politik özerkliğe katkı ve bu nedenle devam eden anayasa yapma sürecinin bir elemanı olarak düşünülmalıdır⁷⁴.

Hukukun prosedüralist paradigmasında, ekonomik insanının ve refah -müşterisinin yeri, politik iletişimde kendi isteklerini ve ihtiyaçlarını ifade eden, ihlal edilmiş çıkarlarını seslendiren ve ayrıca hangi eşitlere eşit ve eşit olmayanlara eşit olmayan şekilde davranılması gerektiği yönünde çekişen standartlar ve kriterleri belirleyen yurttaşların kamusalılığı doldurulur⁷⁵.

Liberal paradigma, karışmayan, müdahale etmeyen bir devlet anlayışına dayalıdır. Habermas, liberalizmin daha etkin bir paradigma olması için her iki yönde müdahalenin olmaması gerektiğine işaret eder: Liberal paradigmanda devlet, özel bireyler kabul edilen yurttaşların işlerine karışmayacaktır, fakat özel bireyler olarak kabul edilen yurttaşlar ise, devletin işine karışabileceklerdir. Burada devlet bulanıktır çünkü bireyler kavramı net değildir. Liberalizmin ihtiyaç duyduğu özel birey kavramı soyuttur. Bu nedenle aslında bulanık olan liberalizmin kendisidir. Habermas, sosyal devlet anlayışının bu bulanıklığı ortadan kaldırmadığını keşfeder. Devletin müdahalesi pozitif bir ilke haline gelmiştir. Bu durumda tehlike bireyler devlet karşısında saydam olmuşlar, fakat tersine devlet kendini saydamlaştırmamıştır. Devlet kendi hukuk paradigmasını korumak için sürekli olarak yurttaşlara müdahale etmektedir. Habermas'ın çözümü yurttaşların devletten bağımsız kalarak devlete müdahale edebilmesinin koşullarının yaratılması yönündedir. Habermas, devlet sınırlanmadan ve yurttaşların yetkilendirilmeden, bu tür bir çözümün naif olduğunun farkındadır⁷⁶.

Bu yaklaşım devlet ve birey arasında iki tip ara tampona gereksinim duyar. Birinci tampon bireylerin devletten korunması yönündedir. Buna göre kontrol ve bu koruyuculuğun tahkiminde devlete yer yoktur. Devletin yetkilerini periferilerine yönelik sınırsızca uygulamasından koruyan ve devleti sınırlayan yapılar içeren bir sivil toplum farzedilmektedir. Diğer tampon ise yurttaşların devletin aygıtlarında yer almasıdır. Habermas'ın çözümü burada

⁷³ Habermas, *The New Conservatism*, pp.48, 64-69.

⁷⁴ Habermas, "Paradigms of Law," p.778.

⁷⁵ Habermas, "Paradigms of Law," p.776.

⁷⁶ Motzkin, "Habermas's Ideal Paradigm of Law," pp.1436-1437.

devleti aşan bir kamusal alan yaratılması yönündedir. Bu bağlamda öngürülen hukuk paradigması ise kamusal alanın emrinde bir devlettir. Devleti sınırlayan ve yurttaşlığı etkin kılan iki tampon konusunda Habermas, bunları bir bütün ve aynı şey haline getirerek çözüm üretir. Devlet, yasallık çerçevesinde yurttaşların iradesi doğrultusunda sınırlandırılacaktır. Yurttaşların sınırlandırılması ise devletin sınırlandırılmasını sağlayan uzlaşma yönelik görüşbirliği ile olacaktır⁷⁷. Yurttaşların yerleşik olduğu sivil toplum artık devletin karşısında pasif bir taraf değildir. Burada sivil toplum, yönetimde söz sahibi olarak hem öznedir, hem de yönetimin yöneldiği nesne durumundadır⁷⁸.

Liberal görüşte, kişisel ilgilerin özel takibi, sosyal adalet beklentilerinin tatmini kapitalist toplumun izin vermesi ölçüsündedir. Sosyal refah görüşünde ise liberal sosyal adalet beklentisi parçalanmıştır. Habermas liberal görüşteki özel özerkliğin garantisinin ve refah devletindeki özel özerkliğin refah paylaşımı üzerinden tanımlanmasının, özel ve politik özerklik arasındaki iç ilişkiyi görmemesinden kaynaklandığını belirtir. Bu ise aynı zamanda hukuki topluluğun kendini örgütlenmesinin demokratik anlamının yok olması demektir. Burada sorun aslında hukuk kişilerinin eşit statülerinin maddi önkoşullarının çözümünün hukuk düzeninde aranmasıdır. Bu sorun karşısında tam olarak gelişmiş özel ve kamusal özerklikten başlarsak, hukuk kişileri eğer kendilerini muhatap oldukları yasanın aynı zamanda yasa koyucuları olarak görürlerse özerktirler⁷⁹.

IV. HUKUKUN PROSEDÜRALİST PARADİGMASININ HEM UNSURU HEM DE GERÇEKLEŞMESİ OLARAK HAKLAR SİSTEMİ VE HUKUK DEVLETİ

A. HABERMAS'IN HAKLAR SİSTEMİ

Modern toplumlarla birlikte yeni örgütlenme biçimleri gelişerek, yeni ihtiyaçlar ortaya çıkarmıştır. Aile, okul gibi geleneksel etkileşim alanları yeniden biçimlenirken, piyasa, şirketler, idare gibi eylem sistemleri yeniden örgütlenirken ihtiyaçlar çerçevesinde hukuk etkin kurucu işlev görmeye başlar. Hukuku, form ve kod olarak ayrıştıran Habermas, hukuk formuna geleneksel ahlaki kuralların çökmesiyle duyulan ihtiyacı ifade eder. Kapitalist sistemin gelişmesi ve yetki esasına dayalı örgütlenmiş devlet hukuksal kurumsallaşmaya (tabii ki hukuksal güvencelere) yönelir⁸⁰. Hukukun işlev ve etkinlikleri değişmiştir. Etkin bir hukuk düzeni için hakların ve bu hakları kullanacak olan hak sahibi öznelerin tanımlanması gerekir. Ancak toplum içinde birey olmak mümkün olduğu için Habermas, bireyin toplum içinde hak sahibi olabileceğini ve bu nedenle de doğuştan hakların gelemeyeceğini ifade eder⁸¹. Habermas, eşit yurttaşlık ilkesini hukuk sisteminin temeli olarak görmektedir. Yurttaşların kendi kaderine yönelik sorunlarda aktif katılımı ve hukukun aracılığıyla demokrasinin radikalleşmesi, Habermas'ın toplum kuramının temel unsurlarını oluşturur.

⁷⁷ Motzkin, "Habermas's Ideal Paradigm of Law," pp.1437-1438.

⁷⁸ Hendry, "Governance, Proceduralisation and Justice: Some Challenges to the Legal Paradigm," p.348.

⁷⁹ Habermas, "Paradigms of Law," p.776.

⁸⁰ Habermas, "Between Facts and Norms," p.138.

⁸¹ Mithat Sancar, "Demokrasi-İnsan Hakları-Hukuk Devleti," Toplum ve Bilim, No.87, Kış 200-2001, s. 14.

Toplumsallaşmayla varlık kazanan haklar, öznel eylem özgürlüklerini düzenleyen haklardır⁸². “Bu nedenle, öznel haklar, bir öznenin iradesini özgürce teyit ettirebileceği (onaylatabileceği) alanın sınırlarını çizerler ve aynı zamanda hakların taşıyıcısı konumunda olan bütün bireylerin veya hukuk öznelerinin eşit eylem özgürlüğünü tanımlarlar”⁸³. Bu haklar bireylerin kendi çıkarlarını takip etme olanağını sağlarlar. Bu hakların tanınması, aynı zamanda hakların etkin kullanımı için güvence altına alınması yani haklara karşı müdahalede bulunulduğunda harekete geçecek bir zorlama gücünün olmasını ve düzenlenmesini gerektirir. Yasalar ile hakların sınırları çizilir. Burada esas olan herkese eşit şekilde tanınan eylem özgürlüğünün, diğer her bir bireyin özgürlüğü ile uyum içinde olmasını sağlamaktır. Yurttaşların karşılıklı uydukları haklar ancak yaşamlarını meşru olarak düzenledikleri pozitif hukuk aracılığıyla sağlanabilir. Hukuk, zorlama gücünü elinde tutan bir yapı olarak meşruluğunu nerden alıyor sorusunun yanıtını Habermas hukukun uygulandığı kişilerden aldığı şekilde cevaplandırmaktadır⁸⁴. “Öznel özgürlükler” olarak tanımlanan haklar aslında karşılıklı uymayı gerektiren yükümlülüklerdir. Hukukun meşruluğu için herhangi bir norm “demokratik yasama süreçlerinden geçmiş olmalı ve bu sürece katılmış olanların “ortak iyi” beklentileri temelinde yapılmalıdır.” Bu noktadan insan hakları ve halk egemenliği tartışmasına ulaşılır. İnsan hakları ve halk egemenliği arasındaki bağlantı politik özerkliğin uygulanımından çıkmaktadır⁸⁵.

Bu çerçevede, Habermas, özel ve kamusal özerklik arasındaki içsel ilişkinin soyut haklara ihtiyacı olduğunu ve bu hakların, hayatlarını meşru pozitif hukukça düzenlenmesini istiyorlarsa yurttaşlarca tanınması gerektiğini söyler. Bu iki özerklik hukuk devleti ve söylem ilkesinin birleşmesi üzerine kuruludur⁸⁶. Habermas'a göre haklar kuramı, bireyin bütünlüğünü yaşam bağlamlarını dikkate alır ve bu bağlamları korumaya yönelik olmalıdır. Bunun için tutarlı bir haklar kuramı gereklidir ve bu gerçekleştirilmelidir. Toplumsal hareketler ve politik savaşimler bu tutarlılığı sağlamada etkin rol oynarlar⁸⁷. Bu 'hak sistemi' her somut demokratik sistem içinde işlenmeli ve belirtilmelidir. Bu haklar hukukta ve politikada müzakerenin demokratik sürecinin kurumsallaşmasının genel zorunlu koşullarını belirtir. Fakat Habermas'ın haklar sistemi, pozitif hukuka dayatılan bir şablon değildir. Habermas, demokratik hukuk devletinin içsel görüntüsünü sunmaya çalışmaktadır. Bu içsel görüntü gerçek demokratik süreçlerde yurttaşların formüle ettiği haklarla içi doldurulacak olan kategorilerden oluşur. Bu nedenle Habermas'ın haklar sistemi, formel bir yapıdadır⁸⁸.

⁸² Habermas, *Between Facts and Norms*, p.109.

⁸³ Sancar, “Demokrasi-İnsan Hakları-Hukuk Devleti,” s. 15.

⁸⁴ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.122.

⁸⁵ David M. Rasmussen, “How Valid Law is Possible?,” Habermas, *Modernity and Law*, ed. Mathieu Deflem, London, Sage Publications, 1996, pp.28-29. Bu ilişki Kant'ta evrensel hukuktan bireysel özerkliğe ulaşmak şeklinde gerçekleşir. Rousseau ise birey ve genel irade ilişkisinde bu bağlamda değerlendirilebilir.

⁸⁶ Joshua Cohen, “Reflections on Habermas on Democracy,” *Ratio Juris*, Vol. 12, No.4, December 1999, p.389.

⁸⁷ Habermas, “Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı,” s. 117-118.

⁸⁸ Kevin Olson, “Do Rights Have a Formal Basis? Habermas' Legal Theory and the Normative Foundations of the Law,” *The Journal Of Political Philosophy*, Vol. 11, No: 3, 2003, p.277.

Habermas'ın tanımladığı haklar beş genel kategoride özetlenebilirler: İlk üçü temel negatif özgürlüklerden oluşur; ilki, olabilecek en geniş şekilde tanımlanmış şekliyle herkese eşit derecede sağlanacak olan kişisel temel haklardır. İkincisi üyelik hakları (membership rights) olarak adlandırılabilir; politik birliğe gönüllü şekilde üye olan vatandaşların kanun önünde eşitliğini sağlayan eşit üye statüsüne dair haklardır. Üçüncü hak ise özel özerkliği garanti altına alan usul haklarıdır (due process rights), bu hak ile karşılıklı olarak tanınmış hakların yasal planda uygulanabilirliği ve kişinin yasalarca korunması olanaklı kılınmıştır. Bu üç hak devlete karşı bireyi koruyan liberal hak değildirler, kendi arzularıyla politik birlik kurmaya yönelmiş yurttaşların aralarındaki ilişkileri düzenleyen haklardır. Habermas, bu hakların tanımlanmasında henüz yasal olarak düzenlenmiş bir devlet otoritesinden bahsetmemektedir. Dördüncüsü kamusal özerkliği koruyan politik katılım hakkıdır. Habermas'a göre bu haklar birbirine indirgenemez haklardır. İlk üç hak olmazsa özel özerklik olmaz. Dördüncü hak olmadığı koşullarda özel özerklik kendi kendini yönetmenin ifadesine değil babanın yükümlülüğüne benzer. Bu kategorideki haklar, yurttaşların siyasal özerkliklerini düzenler. Bu haklarla yurttaşlar meşru hukuku koymada düşünce ve irade oluşumu süreçlerine eşit katılabilirler. Beşinci kategori sosyal haklardır. Bu haklar belirli sosyal ve maddi koşullar çerçevesinde politik ve sivil hakların etkin kullanımını neticesinde gereklilik haline gelir⁸⁹.

İlk üç kategori, demokratik yasakoyucunun meşru hukuku yaparken kullandığı hukuk kodlarını oluşturur. Bir kod olarak hukuk ancak özne hakların meşru ve eşit olmasıyla mümkündür. Habermas bunu açıkça dile getirir; "Bu haklar olmadan meşru hukuk olmaz." Bu kategorideki hakları, liberal savunma hakları olarak tanımlamak yetersizdir. Çünkü Habermas'a göre bu haklar henüz devlet erkinin olmadığı bir aşamada özgür olarak bir araya gelmiş bireylerin ilişkilerini düzenlemeye yöneliktir ve aynı zamanda bu haklar devlet erkinin örgütlenmesini önceler. Yurttaşlar bu haklar ile birbirlerini eşit statüde tanırlar. Bu haklar, özne özerklikleri güvence altına aldığı gibi, hukuksal özne olarak hak talep etme ve ileri sürme yetkisini verdikleri ölçüde hukuk koyacak olan özne olma rolünü de sağlar. Dördüncü kategori haklar siyasal hakların da temeli olan özgür ve eşit yurttaş statüsünü yaratır. Hukuk kodunun dayandığı bu haklar, soyut olarak hukuk ilkelerini ifade ederler. Bu hakların somut olarak tanımlanması, yani yurttaşların sahip olacağı hakların tek tek belirlenmesi gerekmektedir. Somutlaştırma işlemi, kamusal özerkliğe dayalı yasama süreci ile yapılabilir⁹⁰.

Siyasal katılım haklarının kurumsallaşmasıyla söylem ilkesi uyarınca rasyonel müzakereye katılan bütün ilgililerin yasama faaliyetine katılma imkanları ve iletişimsel özgürlüklerini eşit şekilde kullanabilme olanakları güvence altına alınmalıdır⁹¹. Yani iletişimsel özgürlüklerin siyasal kullanımı

⁸⁹ Rehg, "Translator's Introduction," p.xxvii, Habermas, *Between Facts and Norms*, p.123 et seq.

⁹⁰ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.123-124.

⁹¹ İnsanların kendi yaptıkları kanunlara zaten uyacaklarını düşünen Habermas, sivil itaatsizliğe farklı bir biçimde yaklaşır. Habermas'ın sivil itaatsizlik tanımı şu şekildedir: "Sivil itaatsizlik yalnızca kişiye özgü inanç ve çıkarların esas alınmayacağı ahlaki bir protestodur. Kural olarak önceden bildirilen, polis tarafından akışının hesaplanabilir olduğu, kamuya açık bir eylemdir; hukuk düzeninin bütününe olan itaati etkilemeksizin tekil normların

hukuksallaşmış olmalıdır. Bunun içinde öncelikli olarak iletişimsel özgürlüğün kamusal kullanımının araçları yaratılmış olmalıdır. Biçim ve usul olarak bu araçların güvence altına alınmış olmasıdır ki, sonuçta ulaşılan kararlar meşruluk karinesine sahip olsun⁹².

Beşinci kategori olan sosyal haklar diğer dört haktan eşit yararlanma imkanın zorunlu sonucu olarak ortaya çıkar. Sosyal, teknolojik ve ekolojik açılardan yurttaşların yaşam koşullarının gerektirdiği haklardır. Bu haklar diğerlerinden farklı olarak "arzedilmiş" temel haklardır⁹³. Diğer haklardan farklı olarak bu hakların arzedilmiş olması ile bu hakların tanınması, uygulanması konusunda devlet otoritesine gönderme yapılmaktadır. Diğer dört kategoride yer alan haklar, devlet otoritesinin sınırlarını çizerler. Sosyal haklar verili şartlara göre savunulabilir statüdedirler⁹⁴.

Habermas, hakları özel özerklik hakları, kamusal özerklik hakları ve artı olarak sosyal haklar olmak üzere değerlendirir. Özel ve kamusal özerklik hakları kayıtsız şartsız gerekli ve mutlak savunulması gerekli haklar olarak ortaya koyan Habermas, sosyal hakları şartlara göre uygulanmaya açık, göreceli haklar olarak tanımlamıştır. Diğer hakların hayata geçirilmesinde fırsat eşitliğini sağlamak gibi bir koşula bağlanan sosyal haklar, bu koşulun gereksizliğinin tespiti ile veya normlara yönelik müzakere sürecinde bu hakkın gereksizliği gibi bir karara varılırsa bu hak ortadan kaldırılabilir.

Habermas'a göre refah devleti, hukuku toplumsal olarak yaşamın üretilmesi olanaklarının dağıtılması problemine indirger, adalet dağıtıcı adalete indirgenir. Bu durum devletin birçok alana müdahalesini getirir. Habermas, bunu yaşam dünyasının kolonileştirilmesi olarak formüle etmiştir. Habermas, hukuk ve adalet için önemli unsurun özerklik olduğu vurgusunu yapmaktadır. Habermas liberal hukuk anlayışını hukuku hakların eşit dağıtımı olarak görmesinden dolayı eleştirmektedir. Haklar, ortak mallar gibi tüketilmek için dağıtılamaz. Habermas, hakların bireylerin kendi kaderini tayin için meşru olarak üretilmiş normlardan çıkartılması ve insanların bu hakları rahatça kullanabilmesi gerektiğini ifade eder⁹⁵.

Habermas, mevcut hukuka onay vermeyenleri de dikkate almıştır. Bu nedenle hukuktan etkilenen halkın görüşlerinin hukuk yapımında ve hukuk uygulamasında yansımaları için zorlamadan bağımsız, çıkarların ve görüşlerin hukuka iletilmesini kolaylaştırıcı bir iletişim süreci olması gerektiğini ifade eder. Hukuk yapma sürecinde, bir anlaşmaya varmak için en iyi argümanların ve haklılaştırıcı iddiaların ortaya çıkmasını sağlayacak kurumsal olanakların yaratılmış olması ve herkesin çıkarına yönelik stratejik pazarlıklar yapılması ile

bilinçli olarak çiğnenmesini içerir, normun çiğnenmesinin hukuki sonuçlarına katlanmaya hazır olmak gerekir. Norm ihlali semboliktir. Yürürlükte olan bir norm ya da hukuksal geçerlilik kazanmış bir politika hakkında yeniden görüşmelere ve istenç oluşumuna ortam yaratmak için bu tarzda bir protestoya girişen fail, gayri meşru sayılan bir düzenlemenin etki alanı bakımından anayasal düzenin sunduğu gözden geçirme imkanlarının tüketilmiş olmasıyla yetinmeyecektir."Jürgen Habermas, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa Yayınları, 1995, s. 34.

⁹² Habermas, *Between Facts and Norms*, p.122 vd..

⁹³ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.123.

⁹⁴ Aysen Candaş Bilgen, "Habermas ve Sosyal Hakların Meşruiyeti," *Toplum ve Bilim*, Sayı 110, 2007, s. 76.

⁹⁵ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.418-419.

Habermas hukukun sadece onu yapanlarca kabul edilecek bir anlaşma olarak görülmemesini sağlamaya çalışır⁹⁶.

Bireylerin haklarının yanında hukuk, toplum olmanın gerekliliklerine de yanıt vermek durumundadır. Toplumsal olmak ancak üzerinde uzlaşılabilir yani yürürlük iddialarının kabul edilebilirliği üzerinde mutabakat ile gerçekleşir. Burada meşruluk sorunsalı devreye girer. Habermas hukukun meşruluğunu halk egemenliği ilkesine dayanan bir yasama sürecine bağlar⁹⁷. Habermas'ın ortaya koyduğu bu model, meşruluğu yasallığa dayandırmaktadır. Yasallığı da meşru yapan halk egemenliği ilkesi ve buna bağlı yasama sürecidir.

Modern hukuk normları, bireylerin motivasyonuna bakmadan dışsal uymaya ihtiyaç duyar, fakat aynı zamanda, kişilerin onları meşru kabul etmesini sağlayacak ve bu şekilde itaat etmelerini hak edecek, rasyonel bir temele sahiptir⁹⁸.

Hukuk için meşruluk ihtiyacı açıktır. Normların yasalaştırılmasında hukukun üstünde, örneğin ortak din görüşü gibi bir adalet anlayışına başvurulmaz. Bu noktada hukuku meşrulaştıran hukukun sağladığı iki temel garantidir: Özel bireylerin özgür tercihlerine göre çıkarlarını takip etmelerini sağlayacak özel özerkliği garanti altına alan hukuk olmalıdır. Hukuk rasyonel olmalıdır ki, bireyler onun kısıtlamalarını onaylamalıdır. Bu şekilde meşru kabul edilen hukuk, onu onaylayan öznelerin kamusal özerkliğini sağlamalıdır ki yurttaşlar bunu kendi rasyonel yasalaştırmaları olarak görmelidirler. Habermas, kamusal ve özel özerkliği ve aralarındaki bağlantıyı dikkate alarak her ikisine karşı da eşit mesafede durur. Bu, insan hakları ve halk egemenliğinin çok önemli bir rol oynadığı 'meşru hukuku' sağlar. Habermas, burada şu iki başlığa dikkat eder: Hukukun meşruluğunu, hukuku ahlaka tabi kılarak sağlamaz. İkincisi ise topluluğun paylaşılan iyi yaşam anlayış ve değerleriyle hukuku aynı seviyede görmez. İkinci anlayış yani üzerinde paylaşılan gelenek, erdemler, uzlaşılabilir ortak iyinin merkeze alınması müzakereci demokrasiyi etik söyleme indirgeyebilir. Çünkü somut bir toplumda ortak değerler, erdemler, gelenekler vb. hangi eylemin iyi, hangi eylemin kötü olduğunu belirlemektedir⁹⁹.

Yurttaşların kendi yasalarını kendi koymaları fikri, hukuku kendi ürünleri olarak algılamalarını getirir. Bunun sağlanabilmesi için gerekli olan, siyasal özerkliğe dayanan bir hukuk yapma sürecinin varlığıdır. Siyasal özerklik ahlaktan bağımsızlaşmış olmalı ve genel ve tarafsız bir nitelik taşımalıdır. Habermas, bu noktada hukuk ile ahlak karşısında eşit mesafede olduğunu belirttiği "söylem ilkesi"ne başvurur. Habermas'a göre normdan etkilenen tüm kişilerin rasyonel tartışmanın bir katılımcısı olduğu normlar geçerlidir. Meşru hukuk bütün söylemsel testlerden ve onunla bağlantılı farklı söylemlerden geçmelidir. Bu moral ve etik söylemleri ve ayrıca 'pragmatik' söylemi de kapsar. Söylem ilkesi ile, yurttaşların katılımı ile bütünleşen hukuk yapma süreci, demokrasi ilkesi haline gelir. Habermas bu sürece hakları da dahil ederek, hukuk anlayışını ortaya koyar¹⁰⁰.

⁹⁶ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.180.

⁹⁷ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.181.

⁹⁸ Rehg, "Translator's Introduction," p.xxv.

⁹⁹ Rehg, "Translator's Introduction," p.xxv-xxvii.

¹⁰⁰ Rehg, "Translator's Introduction," p.xxvii.

Habermas'ın sisteminde, öznel özgürlükler güvence altına alınarak, bir kod olarak hukuka geçilmiş olur. Hukukun içerikleştirilmesinden sonra ancak meşru yasamadan söz edilebilir. Hukukun bir kod olarak ortaya çıkışı söylem ilkesinin hukuk formuna uygulanışı ile olur. Demokrasi de hakların eşit bir şekilde paylaştırılacağı beklentisine temel oluşturacak hukuk koyma süreci olarak ortaya çıkar. Hukuksal biçimler aracılığıyla, demokratik süreçler örgütlenir ve bu sürecin kendisi hukuka meşruluğunu verir. Kendinden menkul bir hukukun meşruluğu ya da verili moral içerikten doğmuş bir meşruluk söz konusu değildir. Meşruluk üreten bu süreçtir¹⁰¹.

Sonuç olarak Habermas'ın haklar sistemi iki temel anlayışa dayanır: Birincisi haklar, devlet tarafından korunan seçme özgürlüğünün alanlarıdır. İkincisi demokratik prosedürler çerçevesinde ortak iyiye yönelmiş normatif beklentilerin gerçekleşmesi, hakların hayata geçmesiyle mümkündür¹⁰².

B. HUKUK DEVLETİ

Habermas, *Between Facts and Norms* adlı çalışmasında hukuk devleti¹⁰³ ile demokrasi arasındaki ilişkiyi kavramsal ve içsel bir ilişki olarak göstermeye çalışır¹⁰⁴.

Devlet, hukukun güç kullanma mekanizması olduğu kadar hakların korunması için de gereklidir. Habermas, devleti, cezalandırma, örgütlenme ve yürütme ile ilgili zorunluluklarla birlikte tanımlar. Fakat devletin meşruluğu sorununu gelenek sonrası dönemde "görüş ve irade oluşturma söylemsel sürecinde bütün hukuki tarafların hukuku meşru kabul etmesi"ne bağlar¹⁰⁵. Habermas hukukun devlet içindeki yerini tanımlamak için iki aşamalı bir model kurar. Bu modelin birinci aşaması kralın yargıç olduğu (royal judge) ve bununla birlikte yargılama yetkisinin tek elde toplandığı aşamadır. İkinci aşama ise örgütlü devlet biçimi içinde kolektif irade oluşturmayı mümkün

¹⁰¹ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.121-131.

¹⁰² Arthur J. Jacobson, "Law and Order," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, pp.931-932.

¹⁰³ Hukuk devleti kavramlaştırması 19. yüzyıl başlarında Alman hukuk çevresinde ortaya çıkmış bir kavramdır. Bu kavram ve somut uygulamaları üzerine tartışmalar günümüzde de devam etmektedir. Hüseyin Hatemi, hukuk devleti kavramını insan hakları anlayışına dayalı, herkesin emeğinin karşılığını alabildiği bir toplumla bütünleştirir. Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İstanbul, İşaret Yayınları, 1989, s. 7-12. Hayrettin Ökçesiz, hukuk devletini incelediği makalesinde bu kavramın tarihsel süreçte şu kavramlarla bütünleştiğini belirtir: "yurttaş özgürlüğünün garanti edilmesi, hukuki eşitlik, yazılı anayasa, genel yasalar, adliyenin güvenliği (yargıçların bağımsızlığı), halkın temsil ile yasama etkinliğine katılması ve bu anlamda aynı zamanda güçler ayrılığı ..." Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Devleti," *Hukuk Devleti*, İstanbul, HFSA Arkivi Yayınları, Sayı 4, 1998, s. 19,27. Özcan, hukuka ait özellikler olarak değerlendirilmesi gereken özelliklerin, hukuk devleti için de ifade edilebildiğini belirtir. Bkz. Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2008, s. 206 ve kitabın tümü.

¹⁰⁴ Habermas, "Postscript to *Between Facts and Norms*," p.137.

¹⁰⁵ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.134-135. Bkz. Levent Köker, "Modern Hukuk Devletinin Eleştirisi Bağlamında Neumann ve Habermas," *Toplum ve Bilim*, Sayı 110, 2007, s. 36-46. Makale Frankfurt okulunun bir dönem üyesi olmuş Neumann'ın, Nazi hukukçusu olarak Carl Schmitt'in ve Habermas'ın hukuk devleti ile politika arasındaki görüşlerine yer verir.

kılan idari görevlilerin hukuksal olarak kurumsallaştırılması aşamasıdır¹⁰⁶. Birinci aşama iktidarın gücünü kutsal hukuktan ve cezalandırma gücünü de kutsal güçten alan bir liderin olduğu aşamadır. İkinci aşama ise hukuk sosyal entegrasyonu sağlayan bir araç olarak işlev gördüğü gibi politik gücü de meşrulaştırır. Böylece ikinci aşamada iktidar hem hukuksal bağlayıcılığı olan kararları vermede, hem de toplumu örgütlemeye meşru bir güce sahiptir. Böylece ikili güç kodu hukukun politik nüfuz alanını hukuki bir biçime sokması ile ortaya çıkar. Hukuk “devlet otoritesini düzenlemenin aracı” işlevini görür. Bu model takip edildiğinde politik gücün “hukukun kesinliğine” ihtiyaç duyduğu ve sürecin hukuk devletini getirdiği görülür. Buradaki sorun hukukun ortaya çıkışı devletin gücüne bağlandığında hukukun hala haklılaştırılmaya ihtiyacı duymasıdır¹⁰⁷.

Bir toplumsal düzende, o düzenin ve onu bütünleyen kurumların varlığı ve sürekliliği için bazı olgular, değerler ve araçlar olmak zorundadır. Meşruluğu sağlayan nedir sorusuna yanıt farklı şekillerde tezahür etmekle birlikte temel olarak iki şekilde verilebilir: Siyasal ve toplumsal yapının meşruluğunu sağlayan belli ilkelerin içeriğine göredir ya da bu ilkelerin ortaya çıkış usul ve sürecine göre meşru ya da değildir tespiti yapılabilir. Weinberger meşruluk kriteri olarak felsefi ve politik görüşlerin değer yargılarını belirtir. Bu kriter ya hukukun içeriğiyle yani değerler olarak ya da normların ortaya çıkarılmasında kullanılan usulle hayata geçirilebilir¹⁰⁸.

Meşruluk anlayışlarının gelişmesi hukuk devleti tartışmalarını da geliştirmiştir. Hukuk devleti kavramının gelişimi ile ‘biçimsel’ ve ‘maddi’ olmak üzeri iki tip anlayış ortaya çıkmıştır. Hukuk devletinin, kurum ve mekanizmaları ile hukuk düzeninin savladığı adalet anlayışı, biçimsel ve maddi hukuk devleti anlayışlarına temel oluşturur. Biçimsel hukuk devleti anlayışı “devletsel hedef ve amaçlardan soyutlanmış olarak, siyasal düşünce ve iddiaların gerçekleştirilmesinin tarz ve şeklini anlatır.” Bu anlayışta devletin hedefleri değil, devletin faaliyetlerini çerçeveleyen usuller öne çıkar. Devlet doğal hukuk anlayışında temellenen “yaşam, özgürlük ve mülkiyet” haklarını koruyacaktır. Bu hakların korunması aynı zamanda hukuk devletinin de sınırı oluşturmaktadır; “üç doğal hakkın eşit olarak bütün insanlarca kullanılması, özellikle, idare ve yasamanın bunların kullanımına müdahalesinin önlenmesi” liberal hukuk devleti anlayışını oluşturur. Hukuk devleti aynı zamanda iktidarın siyasal meşruluğunun da bir ölçütü olarak görülür. Hukukun temel özellikleri liberal hukuk anlayışın da hukuk devletinin ilkeleri olarak sunulmaktadır: “hukuk kurallarının genel olması, formelliği, açıklığa sahip olması, hesaplanabilir olması” bunlardan bazılarıdır. Liberal hukuk devletinin meşruluğuna dair en büyük savı “liberal bir ideal olarak bireysel özgürlüğün güvence altına” alınmış olmasıdır. Liberal hukuk devleti anlayışının işlerliği için birincisi kapitalizmin olması, ikincisi kapitalizmi zorlayacak etkin bir muhalefetin olmaması¹⁰⁹, üçüncüsü “eşit koşullarda sözleşme ilişkileri kurabilen

¹⁰⁶ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.141.

¹⁰⁷ Rasmussen, “How Valid Law is Possible?,” pp.30-31.

¹⁰⁸ Weinberger, “Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy: Some Critical Comments and Constructive Proposals,” p.347.

¹⁰⁹ Böyle bir muhalefet ancak örgütlü karşı çıkışlarla mümkündür. İşçi sınıfının bastırılmış olması bu muhalefetin örgütlenmesini de etkiler. Habermas, liberalizme karşı etkin muhalefetin öznesi olarak işçi sınıfını görmemektedir. Yeni muhalif hareketler olarak kadın hare-

bir mülk sahipleri toplumu" olması sayılabilir. Bu görüş liberal formel hukuk anlayışıyla liberal kamusal alan anlayışını bütünleştirir¹¹⁰.

Maddi hukuk devleti anlayışında ise "meşruluğu belli hedef ve amaçlardan türeyen ve hedeflere uygun bir siyasal sistem örgütlenmesinde somutlaşan bir devlet tasarımı" gerçekleştirilmeye çalışılır. Devlet erki, belli temel ilkeleri ve değerleri kabul eder ve bu kabul edilen değer ve ilkelerin güvence altına alınması hukuk devleti olarak somutlaştırılır¹¹¹. Rousseau'nun "genel irade" yaklaşımı ile biçimlenen maddi hukuk, iktidarı genel irade ile bağlı yasakoyucu erk olarak tanımlar. Yasakoyucunun meşruluğu da rasyonel hukuk inşa ediciliğinden gelir. Liberal hukuk devletinin mülkiyeti dokunulmaz kabul eden görüşü, bu anlayışta mülkiyetin kamunun iyiliği için müdahale edilebilire dönüştüğü görülür. Bu ise iki gelişme ile yeni bir boyuta taşınır: Birincisi toplumsal alanda düzenlemeye yönelik yeni dışsal talepler ortaya çıkar. İkincisi ise kamusal alanlardan gelen bu taleplerin yasama organınca dikkate alınacağı beklentisi yükselir. Bu noktada maddi hukuk, belli değerleri içine aldığı için politika hukukun bir konusu haline gelmektedir. Liberalizmin, politikalar üstü formel hukuk anlayışından demokrasi ile anayasa ve hukukun özde olduğu bir anlayışa geçilir¹¹².

Prosedürel hukuk kavramlaştırması, özel ve kamusal özerkliğin eşit derecede korunmasını ve aynı zamanda bu özerliklerin korunması ve kullanılabilmesi için iletişim özgürlüğünü içerir. Bir hukuk düzeni, ancak bunlar mevcutsa meşrudur¹¹³. Hukukun bu şekilde kavramlaştırılması ile hem liberal formel hukuka, hem de refah devletinin müdahaleci maddi hukukuna karşı bir cevap üretilmiş olur.

ketleri, dünya çapında ekolojiyi korumaya yönelik hareketler ya da G-8 toplantılarına karşı yapılan hareketler sayılabilir.

¹¹⁰ Özcan, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, s. 204 vd. Liberal hukuk anlayışı için özellikle "Prosedüral Hukuk Devleti: Modus Vivendi," başlığı dikkate alınmalıdır. Özcan, "Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan," s. 394.

¹¹¹ Sancar, "Demokrasi-İnsan Hakları-Hukuk Devleti," s. 9. Sancar, maddi hukuk devleti anlayışına örnek olarak, Nazi ideolojisine dayalı Nazi hukuk rejimini örnek verir. Carl Schmitt, Nazi hukukçusu ve siyaset bilimcisi olarak içerik ve biçim tartışmasında, içeriğin biçime üstünlüğünü ifade eder. Schmitt'e göre yasanın sözleri aldatıcıdır ve her tarafa çekilebildiğinden, güvence temin etmez. Partinin programı ise halkın sesidir ve insanlar buna daha derin bir bağlılıkla bağlandıkları için pozitif hukuktan üstündür. Özcan, Almanya'da sosyal refah devletinin Kelsen'le başlayan hukuk-devlet özdeşliğine dayanan sürecine bakarak, Nazi Almanya'sında geldiği durumu anlatır. Toplum düzenleyen aktör olarak hukukçular öne çıkmıştır. Liberalizmin dayandığı kamusal alan/özel alan zeminini kaybetmiş ve bu da Nazi Almanya'sının keyfi uygulamalarının önünü açmıştır. Carl Schmitt ise liberalizmin eleştirisinden yola çıkarak, devletin görev alanının daha genişlemesi yönünde görüşler geliştirmiştir. Özcan, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 239-242. Habermas'ın sosyal refah devletinden rahatsızlığının nedenleri arasına mutlaka Nazi Almanya'sının etkisini de eklemek gerekir.

¹¹² Mehmet Tevfik Özcan, "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti," İstanbul Üniversitesi Hukuk Fak. Mecmuası, Cilt LXIV, Sayı 2, 2006, s. 129-134. Bu anlayış ise genel iradenin tek kişide toplandığı totaliter rejimlere yol açabilir. Nitekim Weimer Cumhuriyeti ve onun liberal hukuk eleştirilerini dillendiren hukukçusu Schmitt, bu anlayışı Nazi Almanya'sı hukuk düzeninde somutlaştırmıştır.

¹¹³ Habermas, Between Facts and Norms, p.493.

Hukuk devleti ile demokrasi arasındaki içsel bağlantı, modern hukuk gelişimi ile birlikte biçimlenmiş ve pozitif hukuk ile hukukta daha üstün meşruluk kaynaklarını yok ederek, demokrasinin yolunu açmıştır¹¹⁴. Modern hukuk, bütün yurttaşların eşit özerkliklerini tanımış ve kamusal özerlikle-özel özerkliği birbirine bağlamıştır. Habermas'ın çizdiği bu çerçeve hukuk devletinin temelini insan hakları ile halk egemenliğine dayandırır. Meşruluk kaynağını oluşturan bu bağlam, modern hukukun özel özerklik ve kamusal özerklik ile içsel bağlantısından demokrasiye ulaşılır. Habermas bu bağlantıyı 'haklar sistemi' aracılığıyla kurar¹¹⁵.

Haklar sistemi ile "toplumsal sözleşme"ki toplumun kurulması aşamasına ulaşılmış olur. Devletin kurulması aşaması ise 'siyasal sözleşme'yi gerektirir. Habermas da, haklar sistemi ile bir toplumun üyelerinin kendi meşru hukuk düzenlerini belirginleştirdiğini belirtir. Fakat Habermas hakların meşruluğu ile hukuk koyma süreçlerinin meşrulaştırılmasını farklı süreçler olarak tanımlar. Benzer şekilde bir egemenlik düzeninin meşruluğu ile siyasal egemenliğin icrasının meşrulaştırılması da ayrışık iki sorundur. Haklar kategorisi soyut nitelikleri itibarıyla Habermas bunun bir metafor olarak kabul edilmesini gerektiğini belirtir. Sistem, hakların metafor olarak varlığıyla istikrar üretmez ve bunun için sürekliliği, istikrarı sağlayacak olan bir devlet erkinin inşa edilmesi veya mevcut erkin bu işlevi sağlamasına çalışmalıdır. Bu nedenle hukuksallaştırma süreci siyasal erki de kapsamalıdır. Öznel hakların etkin kullanımı ancak örgütlü, bağlayıcı kararlar alma ve uygulama yetkisine sahip, siyasal erk ile mümkündür. Siyasal erk, hukuk kavramına içkindir. Hukuk üretiminde ve hukukun uygulanmasında fiili bağlayıcılık sağlar. Habermas, buradan hukuk ile siyasal erkin de aynı anda ve eşit değerde ortaya çıktığını varsayar¹¹⁶. Bu ise siyasal erkin meşruluğu sorununu ortaya çıkartır. Habermas'a göre siyasal erk, hem özel özerkliği ve kamusal özerkliği hukuksal olarak düzenleyip garanti altına alacak, hem de bu özerklikler aracılığıyla sınırlanacaktır.

Hukuk devleti anlayışı, devlet erkinin toplumu bağlayıcı kararlarını hukuksal biçimler içinde alınması gerektiğine dayanır. Hukuka bağlı kalınarak alınan kararlar siyasal erki meşrulaştırmak için yeterli değildir. Siyasal erki meşrulaştıran, 'meşru şekilde üretilmiş hukukla' bağlı olmasıdır. Bu bağlamda güç koduyla işleyen yönetsel sistem, hukuku üreten iletişimsel güce bağlanmak durumundadır¹¹⁷. Bu nedenle bir politik düzenin meşruluğu iletişim özgürlüğünün kamusal kullanımına dayanan haklar sistemine dayanır. Yani temel politik haklar, iletişim özgürlüğünü kullanmayı kurumsallaştırmalıdır¹¹⁸.

Kamuoyu ve iradesi Habermas'a göre bilişsel değildir. Bunlar yurttaşların çıkarları, değerleri ve kimlikleri çerçevesinde çizilen gerekçeler ve argümanlarla biçimlenirler. Politik söylem böylece yurttaşların güncel moti-

¹¹⁴ Habermas, "Postscript to Between Facts and Norms," pp.136-137. Sancar, "Demokrasi-İnsan Hakları-Hukuk Devleti," s. 13.

¹¹⁵ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.122 vd.

¹¹⁶ Habermas, *Between Facts and Norms*, p.128.

¹¹⁷ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.132-133.

¹¹⁸ Cook, "Habermas on Reason and Revolution," p.325. Bkz. Habermas, *Between Facts and Norms*, p.130.

vasyon ve iradeleriyle belirlenir. Ortaya çıkan 'iletişimsel güç' formel karar verme ve eylemleri biçimlendirdiği için politik iradenin ifadesi olarak kurumsallaşmıştır¹¹⁹. Aynı zamanda bu süreç anlaşmayı ve pazarlık yapmayı da içerir¹²⁰. Habermas sonra demokrasinin informal söylemsel kaynakları ile karmaşık toplumlarda etkin bir hukuk devleti için gerekli olan formel karar verici kurumlara yönelir. Hukuksal kurumsallaşmaları ve mekanizmaları ile anayasal devlet, yurttaşların iletişimle sağladığı gücün etkili ve meşru yönetim faaliyetine dönüşmesinde etkilidir. Habermas'a göre, hukuk, iletişimsel gücü, yönetsel güce dönüştürme aracıdır. Bu bağlamda hukuk, yaşam dünyası ile sistem arasında bir aracı olarak işlev görür. Yaşam dünyasının iletişimsel dilini idari devletin ve ekonominin stratejik diline dönüştürür¹²¹. Yani yaşam dünyasında kamusal alanda gerçekleşen iletişim, buradan parlamentoya ve mahkemelere doğru akarak, onları yönlendirir¹²². Yaşam dünyasının iletişimsel gücü, yasal düzenlemeler, mahkeme kararları ile idari güce dönüşür.

Habermas, demokratik hukuk devletinin işlevinin siyasal iktidarı denetleme ve denetleme olmakla birlikte, aynı zamanda siyasal iktidarı rasyonelleştirme olduğunu belirtir. Siyasal iktidar hukukla denetim altına alınır ve böylece siyasal iktidarın cebri olan özü kontrol altına alınmış olur. Hukuk devleti, bir toplumda siyasal özerkliğe sahip yurttaşların öz örgütlenmesi yani kendi ürünü olarak ortaya çıkıyor ise, 'yasaların egemenliği' söz konusudur. Burada söz konusu olan tartışma ve kamusal süreçinden geçmiş ve halk temsilciliğinin onayıyla gerçekleşerek bir genel norm oluşturmaktır. Rousseau ve Kant'ın görüşlerine dayanan anlayış burada da geçerlidir; hukuk, pratik akıl ile egemen iradenin birleşimidir. Akli hukuk ile öznelerarası tartışma ve kamusalıktan geçerek oluşan irade ve bunun siyasal iktidarı meşrulaştırması söz konusu olur. Demokratik yasaların içeriğinin belirlenmesinde keyfilik, bu kararların alınma sürecinin usule bağlı olduğu yasalardır. Yasanın adillığı, sürecin demokratik şekilde ortaya çıkışından kaynaklanır¹²³. Liberal öğretisi, yasa kavramını soyut ve genel norm olarak dar yorumlamıştır. Habermas, semantik yorumlamanın hukukun meşruluk iddiasına ve hukuksal eşitlik ilkesine doyurucu olarak yanıt veremeyeceği görüşündedir. Bir normun ortak yarara yönelik olduğu iddiası, muhtemel bütün ilgililerin, bu normu rasyonel olarak benimsemeleri yani normu makul olarak kabul edip onaylayabilmeleri ile yürürlük kazanabilir. Salt biçimsel özellikler, bir yasa demokratik yasa olarak tanımlamaya yeterli değildir¹²⁴.

Habermas, hukukun meşruluğunu özel ve kamusal özerkliğin eşit ağırlıkta etkinliklerinin sağlanması ile olacağını düşünmektedir. Habermas'ın hukuk kuramı çerçevesinde kamusal özerklik yurttaşların iletişim ve katılım

¹¹⁹ Rehg, "Translator's Introduction," p.xxviii.

¹²⁰ Dean, "Normalizing Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law," p.179.

¹²¹ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.56, 150, 169.

¹²² Cook, "Habermas on Reason and Revolution," p.327.

¹²³ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.123, 101-103.

¹²⁴ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.244-252.

haklarının sağlanması ile mümkündür. Özel özerklik ise bireylerin özel özerkliğini sağlayan klasik temel haklarla ve hukukun bunu teminat altına almasıyla mümkündür¹²⁵. Özel özerklik ile kamusal özerklik, karşılıklı olarak birbirlerine bağımlıdır. Özel özerklik hukukça öznel haklar düzenlenerek güvence altına alınmış olmalıdır. Öznel haklar olmadan, kamusal özerklik ve onu kurumsallaştırarak güvence altına alan hukuk da olmaz. Diğer yandan kamusal özerklik ile yurttaşlar özel özerklik konusunda mutabakata uygun düzenlemeler yapabilirler¹²⁶. Yani meşru bir politik düzen, haklara ve iletişim özgürlüğünün kamusal kullanımına dayalıdır¹²⁷.

Habermas, ampirik yaklaşımları (bu gelenek Habermas'a göre Hume'dan Popper'a uzanır) moral ve ahlak kuramında bilişsel olmadıkları ve günlük hayatın moral fenomenolojisinin temel olgularını yanlış değerlendirmeye sebep oldukları için eleştirir. Ampirik yaklaşım moral ve hukuki normatif cümleleri birinci tekil kişinin duyguları, tercihleri ve seçimleri derecesine düşürür. Habermas, moral ve hukuki ihtilaflarda, argümanlarımızın olduğunu ve karşılıklı olarak birbirimizden eylemin lehinde veya aleyhinde gerekçeleri beklediğimizi belirtir. Ayrıca moral alanda özgül bir genişlemeye veya sosyal perspektiflerin merkezleşmesine dayanan bir öğrenme gerçekleşeceğini farz ederiz. Habermas, bu bağlamda bu öğrenme süreçlerini hukuki gerekçelendirmeye de uygulamanın mümkün olduğunu ifade eder¹²⁸.

Sonuç olarak Habermas'ın ... teorisinin, her şeyden önce toplumsal ilişkilere hukuk penceresinden bakma, böylece sosyal teori - hukuk buluşmasını yeniden canlandırma ve hukuka diyalektik yaklaşım imkanı sunma bakımından büyük değer taşıdığını teslim etmek gerekir. Bunun dışında, ele aldığı konularda, cevaptan çok soru ürettiği söylenebilir. Ürettiği cevapların çoğunu; modern hukukun yapısının, özgürlük hakları ile demokrasinin kurumsallaşması için zorunlu olan şartları sağlayacak potansiyel imkanlarını açığa çıkarmasında aramak herhalde yanlış olmaz. Bu şartlar, esas itibarıyla, ayrılmış ve birbirine eklenmiş usul ve süreçlerde somutlaşır. Buna göre, en üstün ilkeler, anayasa yapımı sürecinde somutlaştırılır. Bu ilkeler, düzenleme yetkisi bakımından serbestiye sahip olan demokratik yasa koyucunun kararları bakımından birer öncül niteliğindedir. Demokratik yasakoyucunun kararları da, kendisinin altında yer alan mercilerin kararları bakımından öncül durumuna geçerler. Özgürlük hakları ile halk egemenliği, ancak bu yapılanmayla güvence altına alınabilir ya da tersinden söylemek gerekirse, bu sayede, kendisini üzerine inşa edeceği hukuku bizzat üreten veya kendisini kendi ürettiği hukukla meşrulaştıran, dolayısıyla kendi kendisiyle özdeş bir siyasal düzenin önüne geçilebilir. Modern hukukun bu yapısı, devlet aygıtlarının demokratik yasamanın altına yerleştirilmesine ve yönetsel ve siyasal

¹²⁵ Habermas, "Postscript to Between Facts and Norms," p.137.

¹²⁶ Sancar, "Demokrasi-İnsan Hakları-Hukuk Devleti," s. 22.

¹²⁷ Cook, "Habermas on Reason and Revolution," p.325.

¹²⁸ Jürgen Habermas, "A Short Reply," Ratio Juris, Vol.12, No.4, December 1999, p.445.

aygıtların kendi kendilerini programlamalarına izin veren “totaliter” çözümlerin engellenmesini sağlayacak dayanaklar bakımından yeterince zengindir¹²⁹.

Habermas, hukuk sisteminin kurucu unsuru olarak iletişimsel, eylemi yani normları oluşturma sürecinde herkesin eşit olarak katıldığı müzakereci sürecini görür. Prosedürel hukuk anlayışını oluşturan bu süreç ile demokrasinin gerekleri de yerine getirilmiş olur. Prosedürlerin işleyişi ile ve ortak katılım ile demokratik adalet sağlanır¹³⁰. Böylece yasa yapma işlevi yurttaşlara devredilerek, neredeyse doğrudan demokrasiye benzer bir rejim ortaya çıkar.

Yasa yapma görevinin yurttaşların katılımı ile bütünleştiği bu görüş açısı kendi meşruluğunu, katılıma dayandırır. Hukuk devletine dair diğer görüşlerde, yasa yapma öncelikle iktidarda olmayı ve iktidarın meşruluğunu gerektirir ve yasa yapma edimi politik tercihlerle biçimlenir. Yasa yapma usulleri ülkeden ülkeye değişmekle birlikte içerik olarak yasa yapma edimi iki amaca yönelir: Birincisi mevcut düzenin sürekliliği için gerekli düzenlemeleri (homoestatic) yapmak ve ikincisi de toplumsal reform hedefiyle (instrumental) yasalar yapmaktır¹³¹. Habermas, yasa yapma işlevine kendi toplum kuramında büyük önem atfetmektedir. Yasalar, kamusal müzakere süreçleri sonucunda parlamentoya yansıtılacak kararlardır. Bu yasa yapma sürecinde Habermas, bireylerin kendi özel çıkarlarından başlayarak ortak yarara yönelerek yasalaştırmayı hedeflediklerini öngörmektedir. Bu nedenle yasalaştırma sürecinin düzeni korumak ya da düzende reformlar yapmak amacıyla olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan yurttaşların yasa yapıcı olmasıdır. Kapitalist toplumda egemen olan ideolojinin devre dışı bırakılmadığı koşullarda, yasa yapma ediminin konusunun seçilmesi liberal toplumsal algı üzerinden gerçekleşecektir. İnsanların yasaları onayı bu koşullarda bir ölçü oluşturmaz. Demokratik bir uzlaşmaya ulaşılabilir, fakat bu demokratik kararın objektif olduğu anlamına gelmemektedir¹³². Aşağıdaki tablo kapitalist bir toplumda yürürlüğe konulmak istenen her bir hukuk kuralının yöneldiği amacı göstermeye dönüktür. Bu tablo çerçevesinde yasa yapma ediminin sınırları da ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Habermas, yaşam dünyasının içinde değişiklikler olabileceğini, sistemin değişmeyeceğini umar.

¹²⁹ Sancar, “Demokrasi-İnsan Hakları-Hukuk Devleti,” s. 26-27.

¹³⁰ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.263,414.

¹³¹ Özcan, “Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan,” s. 389-390, 395.

¹³² Weinberger, “Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy: Some Critical Comments and Constructive Proposals,” p.346.

Temel Unsurlar Yapısal Yerler	Toplumsal Etkinlik Birimi	Kurumsal Form	İktidar Mekanizması	Hukukun Formu	Rasyonelliğin Biçimi
Hane	Aile	Evlilik/Hısımlık	Baba Otoritesi	Evsel Hukuk	Etkileşimi çoğukulaştırılmak
İşyeri	Sosyal sınıf	Fabrika	Sömürü	Üretim Hukuku	Kazancın çoğukulaştırılması
Vatandaşlık	Birey	Devlet	Egemenlik (domination)	Ülkesel Hukuk	Sadakatin çoğukulaştırılması
Dünya	Ulus	Uluslararası kuruluşlar, iki taraflı/çok taraflı anlaşmalar	Eşitsiz mübadele	Sistemsel Hukuk	Etkinliği çoğukulaştırılmak

Tablo II: Kapitalist Toplamların Yapısal Haritası¹³³

Burada Habermas'ın formüleştirdiği haliyle yasa yapma sürecinin yurttaş devredilmesinin temeli mevcut düzenin krizlerine yanıt üretmektir. Bu nedenle kişi olarak Habermas, düzeni değiştirme görüşüne sahip değildir ama görüşünün buna açık olduğunu düşünmektedir. Daha önceki bölümlerde kamusal müzakerelere katılımın mevcut düzende karşılaştığı sorunları ifade etmiştir. Aynı nedenlerle hem katılımcıların nitelikleri bağlamında hem de mevcut düzende çarpıtılmış iletişimi aşma koşullarının yokluğu durumunda -ki Habermas bunlara dair somut olarak değil kuramsal düzeyde bir yanıt üretmektedir ve bence bu krizleri yaşayan devletlerin kuramını dikkate alacağı beklentisi içindedir- ortaya çıkan yasalar mevcut düzenin statükosunu desteklemeye ve meşruluk krizlerini aşmalarını sağlamaya yöneliktir. “Yasakoyucu, çağının düşünsel eğilimlerinin, özellikle sahip olduğu iktidarın meşruluğunu ifade eden ideolojik ve/veya söylemsel görüş açısının ışığı altında değerlendirmede bulunur”¹³⁴. Habermas'ın yurttaşların kanun koyucu olarak tanımlandığı kuramı, bu nedenle mevcut düzenin bir ideolojisi haline gelmiştir¹³⁵.

¹³³ Boaventura De Sousa Santos, “on Modes of Production of Law and Social Power,” International Journal of Sociology of Law, Vol.13, 1985, p.309'dan aktaran Özcan, “Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan,” s. 412.

¹³⁴ Özcan, “Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan,” s. 396.

¹³⁵ Habermas'ın Amerika'nın Irak işgalini destekleyici açıklamalarını henüz unutulmamıştır. Gerçi bu açıklamadan sonra olayın vehametini kavrayarak Derrida ile birlikte işgale karşı bir açıklamada daha bulunmuştur. Bu konuda bkz. Jürgen Habermas, Jacques Derrida, “Avrupa'nın Yeniden Doğuşu,” Cogito, No.37, 2003, s. 333-339.

Demokratik rejimlerin temel unsuru bireylerin eşitliğidir. Bu eşitlik liberallerin ifade ettiği gibi yasa önünde eşitlik değildir. Aynı zamanda demokratların ifade ettiği gibi kamunun çıkarlarının önde olduğu bir eşitlik de değildir¹³⁶. Habermas, eşitliği özel özerkliğin ve kamusal özerkliğin bütünlüğünde, eş zamanlı olarak ele görür. Bu iki özerklik temel haklar içinde yerleşiktir. Habermas, özel ve kamusal özerkliği sağlayan hakları diyalektik bir bütünlük içinde değerlendirir. Bu nedenle bu hakların yerleşik olduğu alanlar olarak özel ve kamusal alanlar birbirini besler, biri diğerine öncelikli değildir¹³⁷. Müzakereci demokrasinin unsuru olarak kamusal alan, iletişimsel rasyonelliğin hakim olması gereken alandır. Burada eşit ve özgür katılımcılar uzlaşmaya yönelirler. İletişimin etkin kullanımı için yurttaşların şiddet ve baskıdan uzak olması yani özel ve kamusal özerkliklerinin garanti altına alınmış olması gerekir. Burada hukuku inşa eden bireyler hukukça korunma altına alınmış olurlar.

V. SONUÇ

Habermas, 1990'lardaki gelişmelerle ulus-devlet sınırlarının artık piyasa ve hukukun evrensel normları çerçevesinde dar gelmeye başladığını ve sorunların buradan çıktığı yönünde bir tespitte bulunmuştur. Habermas, iletişimsel eylem kuramında, "hukuku, toplumun ve bireylerin bir arada barış içinde yaşamalarına olanak tanıyan, pozitif nitelikleri" ile tanımlar. Bu çerçevede kullandığı "anayasal yurttaşlık" kavramı, Habermas'ın hukuku prosedüralist paradigma ile tanımlamasıyla bağlantılıdır.

Prosedüralist hukuk paradigması, Habermas'ın bakış açısı bütün olarak ele alındığında hukuk ile korunmaya alınmış, öznelerarası iletişim ve etkileşimin belirleyici olduğu, bir toplum kuramına ve onunla bağlantılı olarak sistem kuramına kadar genişler. Bu toplumun belirleyici ilkesi kamusal olacak. Haklar sistemi ve buna bağlı olarak hukuk devletinin köşetaşını oluşturduğu bu toplum halk egemenliği ve insan hakları çerçevesinde bireyler kendi kaderini tayin edebilecektir.

Burjuva liberal anlayışın gerçekleştirmeye çalıştığı tarafsız devlet, yurttaşların yasa önünde eşitliği, ekonomi ve politikanın ayrışması gibi ilkeler sonucunda hukuk devleti ve temel ilkeleri ortaya çıkmıştır.

Refah devletinde ise, burjuva liberal anlayışın görmezden geldiği gerçek eşitlik, gerçekleştirilmeye çalışılmış ve fakat bunun bedeli Habermas'a göre devletin bireyler üzerindeki vesayeti olmuştur.

Habermas, bu iki paradigmanın eleştirisini yaparak, prosedüralist hukuk paradigmasını ileri sürer. Burjuva liberal anlayışın hukuk devleti, refah programının bireylerin gerçek eşitliğinin sağlanması yönlerini alıp, prosedüralist paradigmadaki diyalektik olarak birleştirmeye çalışır. Prosedüralist paradigma, hukukun özgürlüğü ve eşitliği gerçekleştirmedeki önemine ve önceliğine vurgu yapar. İlk olarak kamusal ve özel özerklik, haklar yoluyla sağlanacaktır. İkincisi bu hakların etkin kullanımının araçları yaratılacaktır. Üçüncüsü bu araçlar vasıtasıyla yurttaşlar kendi çıkar ve isteklerini iletişim yoluyla tartışmaya açacaklar ve bir uzlaşma yöneleceklerdir. Böylece hem hukuk devletini gerektiren, hem de hukuk devletini oluşturan bir kamusal ilkesi ortaya çıkar.

¹³⁶ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.100-103.

¹³⁷ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp.94, 121-122.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdel-Nour, Farid, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," *Philosophy & Social Criticism*, Vol.30, No.1, pp.73-96.
- Alexy, Robert, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, pp.1027-1034.
- Arato, Andrew, "Reflexive Law, Civil Society, and Negative Rights," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, pp.785-789.
- Benhabib, Seyla, "Demokratik Moment ve Farklılık Sorunu," *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması*, İstanbul, Dünya Yerel Yönetimler ve Demokrasi Akademisi Yayını, 1999, s.11-34.
- Benhabib, Seyla, *Eleştiri, Norm ve Ütopya*, Çev. İsmet Tekerek, İstanbul, İletişim Yayınları, 2005.
- Bilgen, Aysen Candaş, "Habermas ve Sosyal Hakların Meşruiyeti," *Toplum ve Bilim*, Sayı 110, 2007, s.62-82.
- Cohen, Joshua, "Reflections on Habermas on Democracy," *Ratio Juris*, Vol. 12, No.4, December 1999, pp.385-416.
- Cook, Deborah, "Habermas on Reason and Revolution," *Continental Philosophy Review*, Vol.34, 2001, pp.321-338.
- Dean, Mitchell, "Normalizing Democracy: Foucault and Habermas on Democracy, Liberalism and Law," *Foucault Contra Habermas*, Ed. Samantha Ashenden-David Owen, London, Sage Publications, 1999, pp.166-194.
- Deflem, Mathieu, "Law in Habermas's Theory," *Habermas, Modernity and Law*, London, Sage Publications, 1996, pp.1-20.
- Fraser, Andrew, "A Marx for the Managerial Revolution: Habermas on Law and Democracy," *Journal of Law and Society*, Vol.28, No:3, September 2001, pp.361-383.
- Habermas, Jürgen, "A Short Reply," *Ratio Juris*, Vol.12, No.4, December 1999, pp. 445-453.
- Habermas, Jürgen, "Avrupa'nın Yeniden Doğuşu," *Cogito*, No.37, 2003, s.333-339.
- Habermas, Jürgen, "Demokrasinin Üç Normatif Modeli," *Demokrasi ve Farklılık*, *Demokrasi ve Farklılık*, Ed. Seyla Benhabib, Çev. Zeynep Gürata, Cem Gürsel, İstanbul, Demokrasi Kitaplığı, s.37-50.
- Habermas, Jürgen, "Demokratik Anayasal Devlette Tanınma Savaşımı," *Çokkültürcülük*, Ed.Charles Taylor, Çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, YKY, 1996, s.113-145.
- Habermas, Jürgen, "Paradigms of Law," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, pp.771-784.
- Habermas, Jürgen, "Postscript to *Between Facts and Norms*," *Habermas, Modernity and Law*, ed. Mathieu Deflem, London, Sage Publications, 1996, pp.135-149.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, Trans. William Rehg, Cambridge, Polity Press, 1998.
- Habermas, Jürgen, *İletişimsel Eylem Kuramı*, Cilt II: İşlevselci Aklın Eleştirisi Üzerine, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul, Kabcacı Yayınları, 2001.

- Habermas, Jürgen, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akibeti*, Çev. Medeni Beyaztaş, İstanbul, Bakış Yayınları, 2002.
- Habermas, Jürgen, *Legitimation Crisis*, Trans. Thomas McCarthy, Cambridge, Polity Press, 1997.
- Habermas, Jürgen, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MIT Press, 1990.
- Habermas, Jürgen, *Sivil İtaatsizlik*, Çev. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa Yayınları, 1995.
- Habermas, Jürgen, *The New Conservatism*, Trans. Shierry Weber NicholSEN, Cambridge, Polity Press, 1989.
- Hatemi, Hüseyin, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İstanbul, İşaret Yayınları, 1989.
- Hendry, Jennifer, "Governance, Proceduralisation and Justice: Some Challenges to the Legal Paradigm," *Law Critique*, Vol.19, 2008, pp.345-361.
- Ingram, Attracta, *A Political Theory of Rights*, New York, Oxford University, 1994.
- İşıktaç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Jacobson, Arthur J., "Law and Order," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, pp.919-933.
- Köker, Levent, "Modern Hukuk Devletinin Eleştirisi Bağlamında Neumann ve Habermas," *Toplum ve Bilim*, Sayı 110, 2007, s.36-46.
- Larrain, Jorge, *İdeoloji ve Kültürel Kimlik*, Çev. Neşe Nur Domaniç, İstanbul, Sarmal Yayınları, 1995.
- McCormick, John P., "Habermas Discourse Theory of Law: Bridging Anglo-American and Continental Legal Traditions?," *The Modern Law Review*, Vo. 60, 1997, pp.734-743.
- Motzkin, Gabriel, "Habermas's Ideal Paradigm of Law," *Cardozo Law Review*, Vol.17, 1995-1996, pp.1431-1439.
- Olson, Kevin, "Do Rights Have a Formal Basis? Habermas' Legal Theory and the Normative Foundations of the Law," *The Journal Of Political Philosophy*, Vol. 11, No: 3, 2003, pp.273-294.
- Outhwaite, William, *Habermas: A Critical Introduction*, Cambridge, Polity Press, 1994.
- Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Devleti," *Hukuk Devleti*, İstanbul, HFSA Arkivi Yayınları, Sayı 4, 1998.
- Özcan, Mehmet Tefik, "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fak. Mecmuası*, Cilt LXIV, Sayı 2, 2006, s.119-144.
- Özcan, Mehmet Tefik, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2008.
- Özcan, Mehmet Tefik, "Yasama Faaliyeti ve Kamusal Alan," *Hukuk Kurultayı* 2006, Cilt 2, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2006, s.387-446.
- Pietrzyk, Dorota I., "Democracy or Civil Society?," *Politics*, Vol. 23, No:1, 2003, s.38-45.
- Pusey, Michel, Jürgen Habermas, London, Routledge, Reprinted 1993.

Rasmussen, David M., "How Valid Law is Possible?," Habermas, Modernity and Law, ed. Mathieu Deflem, London, Sage Publications, 1996, pp.21-44.

Sancar, Mithat, "Demokrasi-İnsan Hakları-Hukuk Devleti," Toplum ve Bilim, No.87, Kış 200-2001, s.14, s.7-27.

Tepe, Harun, Doğruluk ya da Hakikat, Ankara, Ark Yayınevi, 1995.

Weinberger, Ota, "Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy: Some Critical Comments and Constructive Proposals," Ratio Juris, Vol. 12, No.4, December 1999, pp.336-353.

Yüksel, Mehmet, Modernite Postmodernite ve Hukuk, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2002.