

ÇAĞDAŞ HUKUKİ FORMALİZM VE ERNEST WEINRIB'İN YAKLAŞIMI*

Dr. Araş. Gör. Sercan Gürler

Çağdaş hukuk felsefesi tarihi, bir anlamda farklı hukuk kuramlarının arasındaki çatışmaların tarihidir. Doğal Hukuk Teorisi-Hukuki Pozitivizm tartışması, bu çatışmaların en eskisi ve en bilinenidir. Ayrıca hukuk ile ahlâk arasındaki ilişkiye dair hak-fayda çatışması da çağdaş hukuk felsefesinin önemli tartışmalarına örnek gösterilebilir. Keza yine, kökeni 19. yy'a dayanan Formalizm-Realizm tartışması da bu tarihin en önemli çatışma alanlarından biridir¹.

Formalizm-Realizm tartışması, zaman içerisinde farklı aşamalardan geçmişse de günümüzde hâlâ etkisini sürdürmektedir. Bu tartışmanın odağında hukukun, salt normlardan mı, yoksa normların yanısıra hukuku uygulamakla yetkili kişilerin kararlarından mı oluştuğu sorusu vardır. Formalistler, hukukun salt normlardan oluştuğunu, hukuk uygulayıcılarının, özellikle de yargıçların, daha önce kabul edilmiş normların sadece birer sözcüsü olduklarını, bunun dışında kendilerinin hukuk yapamayacağını ileri sürerler. Buna karşılık realistler, normların hiçbir zaman tek başına yeterli olmadığını, gündelik yaşantının akışı içerisinde sürekli değişik anlamlar kazandığını, dolayısıyla hukukun ne olduğu sorusunu cevaplarken önceden konmuş normlara değil de bu normlara gerçek mahiyetini yükleyen yargıçların ve diğer hukuk uygulayıcılarının karar ve faaliyetlerine bakmak gerektiğini savunurlar.

Dayandıkları bu temel varsayımlara bağlı olarak formalistler ile realistler, hukukun bilgisine nasıl ulaşılacağı konusunda da zıt yaklaşımlar sergilerler. Formalistlere göre soyut normlar ile somut olaylar arasındaki ilişki, salt mantıki çıkarımlar yoluyla kurulabilir. Dolayısıyla hukukun bilgisine ulaşmada tek başına tümdengelim yöntemi yeterlidir. Buna karşılık realistler, böyle bir yöntemin gerçek hayatın olayları karşısında pek de işe yaramayacağını ileri sürerler. Zira yargıçlar karar verirken çok farklı kaynaklara başvururlar. Tümdengelim yöntemi bu kaynaklardan sadece birisidir; hiçbir şekilde tek ve nihai kaynak değildir. Realistler hukuki akıl yürütmenin doğasını anlamak için çok farklı bilgi alanlarına ihtiyaç olduğunu söylerler. Bu sebeple mantığın yanısıra

* Dr. Araş. Gör. Sercan Gürler, Adalet Meslek Yüksekokulu

¹ Çağdaş hukuk felsefesinin bu çatışmalı doğası hakkında bkz. Lawrence Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", **Draft**, 2004, pp. 1-21, pp. 5-7.

psikoloji, sosyoloji ve diğer sosyal bilimlerden de yardım almak gerektiğine işaret ederler.

Formalizm-Realizm tartışmasının asıl önemi, hukuk ile siyaset arasındaki ilişkiye yansımadır. Bu tartışmada formalistler hukuku, başta siyaset olmak üzere diğer disiplinlerden ne kadar ayırmaya çalışıyorsa realistler de o ölçüde yaklaştırmaktadır. Formalistlere göre hukuk, kendi başına anlaşılabilen, kendine has kavramlara, ilkelere ve yönetime sahip bir disiplindir. Hukuk ile siyaset birbirinden farklıdır, farklı yollarla ele alınıp incelenmelidir. Buna karşılık realistlere göre bu anlamda özerk bir hukuk alanından bahsetmek mümkün değildir. Hukuk da bir sosyal bilimdir; diğer sosyal bilimlerden ayrı değerlendirilemez. Dolayısıyla hukuk ile siyaset de birbirinden ayrı ele alınıp incelenemez.

Bu tartışmanın normatif sonuçları daha da önemlidir. Bu bağlamda formalistler, hukuk ile siyaseti birbirinden ayırmanın, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti, temel hak ve hürriyetlerin korunması gibi ilkeler açısından son derece önemli olduğunu söylemektedir. Buna karşılık realistler hukuka bu şekilde yaklaşmanın, en iyi ihtimalle, hukukun ideolojik yönünü görememek, en kötü ihtimalle de hukukun bu yönünü saklamak, dolayısıyla hakim sınıflara hizmet etmek anlamına geleceğini ileri sürmektedir².

Yukarıda da belirtildiği gibi Formalizm-Realizm tartışması, günümüze kadar farklı aşamalardan geçmiştir. Bu tartışmanın kısa tarihi ana hatlarıyla şu şekilde özetlenebilir: Başlangıcını 19. yy'm sonları ile 20. yy'm başlarına kadar götürebileceğimiz bu tartışmanın, öncelikle ABD'de ortaya çıktığı ve Anglo-Amerikan hukukunun kendine has özelliklerinden kaynaklanan bir takım sorunların çözümü için ortaya atılan görüşlerden doğduğu söylenebilir³. ABD'de önceleri formalizmin hakim hukuk yaklaşımı olduğu görülmektedir. Formalizmin bu üstünlüğüne karşı, başta yargıç Holmes olmak üzere bazı yargıç-düşünürler tarafından 1920'li ve 1930'lu yıllarda geliştirilen realizm, kısa sürede hakim hukuk kuramı hâline gelmiştir. Realizmin bu hakimiyeti, 1950'li ve 1960'lı yıllarda bu kez yeni formalist yaklaşımlar tarafından eleştirilmiştir. Hukukta prosedürelliğe önem veren bu yaklaşımlara tepki olarak da 1980'li yıllarda realizmin biraz daha gelişmiş örneği sayabileceğimiz bir başka yaklaşım ortaya çıkmıştır. Salt bir hukuk kuramı olmanın ötesinde kapsamlı bir siyasal ve toplumsal eleştiri yöntemine de sahip bu yaklaşım Eleştirel Hukuk Çalışmaları ismini taşır.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın, hukukta radikal bir belirlenemezciğin hakim olduğunu ileri süren, hukuku, siyasetin bir aracı kabul eden yaklaşım-

² Formalizm-realizm tartışması ve bu iki yaklaşımın dayandığı temel varsayımlar hakkında genel bilgi için şu kaynaklara bakılabilir, Martin Stone, "Formalism", Jules Coleman, Scott Shapiro (ed.), **Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 166-205, *passim*; Brian Leiter, "Legal Realism", Dennis Patterson (ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Blackwell Publishing Ltd., 1996, pp. 261-279, *passim*.

³ Hukuki realizmin, İskandinav ülkelerinde ortaya çıkan bir kolu daha vardır. İskandinav realizmi denilen bu akım, ortak bir takım kabullere dayansa da Amerikan realizminden farklı özelliklere sahiptir. Aynı bir çalışmanın konusu olabilecek İskandinav realizmine bu makalede değinilmemiştir.

ları, 1990'lı yıllarda yeni eleştirilere konu olmuştur. Günümüzde bu tartışma, en azından Anglo-Amerikan hukuk çevresinde hâlâ devam etmektedir. Hatta realizmin günümüzün hukuk düşüncesine bütünüyle hakim olduğu bile ileri sürülebilir. Fakat realizmin bu hakimiyeti yeni formalist akımlar tarafından tehdit edilmektedir. Özgüncülük [Originalism], metinselcilik [textualism] ve düz anlamcılık [plain meaning] gibi farklı formalist yaklaşımlar, formalizmi yanlış yorumladıkları için realistleri eleştirmekte ve formalizmin, hukukun doğasını anlamaya dair bir kuram olarak yeniden ele alınması gerektiğine işaret etmektedirler⁴.

Ernest Weinrib'in yaklaşımı tam da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Başta Eleştirel Hukuk Çalışmaları olmak üzere Weinrib, hukuku, kendisi dışında bir başka amacı göz önünde bulundurarak inceleyen bütün çağdaş yaklaşımları araçsalcılık⁵ başlığı altında toplamakta, araçsalcılığın karşısına da formalizmi yerleştirmektedir. Weinrib'e göre formalizm, araçsalcı olmayan bir yaklaşımdır. Fakat Weinrib'in formalizmi, geleneksel formalizmden farklıdır. Geleneksel formalizmin daha çok pozitivist bir kaynaktan beslenmesine karşılık Weinrib'in formalizmi, doğal hukuk geleneğine yaslanır. Genel felsefe tarihinden olduğu kadar, hukuk felsefesi tarihinden de büyük ölçüde faydalanan Weinrib, Aristoteles, Aquinalı Thomas, Kant ve Hegel gibi önemli filozofların, hak ve adalet hakkındaki düşüncelerini kendine has bir yöntemle biraraya getirmekte, diğer çağdaş hukuk kuramlarının iddialarına yeni bir formalizmle cevap vermeye çalışmaktadır. Böylece bir yandan doğal hukuk öğretisini farklı bir bakışla ele almakta, diğer yandan da aslında pozitivist bir yaklaşıma sahip hukuki formalizmi yeniden inşa etmektedir.

Aşağıda öncelikle Weinrib'in çağdaş hukuk felsefesine dair tespitleri ve diğer çağdaş hukuk kuramlarına yönelik eleştirileri ele alınacak, daha sonra kendisinin geliştirdiği hukuki formalizmin temel kabulleri incelenecek ve nihayet bu tür bir formalizmin sonuçları tartışılacaktır.

⁴ Formalizm-realizm tartışmasının bu kısa tarihi için bkz. Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", pp. 6-7. Eleştirel Hukuk Çalışmaları için bkz. Kasım Akbaş, **Hukukun Büyübozumu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, *passim*; Sururi Aktaş, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, İstanbul, Kazancı Yayınları, 2006, *passim*; ayrıca Guyora Binder, "Critical Legal Studies", Dennis Patterson (ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Blackwell Publishing Ltd., 1996, pp. 280-301, *passim*.

⁵ *Araçsalcı yaklaşım*, hukuk kurumlarının, özellikle de mahkemelerin amacını, hukuku, toplumun refahı gibi normatif bir takım değerlerin gerçekleştirilmesi veya herhangi bir siyasi ideolojinin gereklerinin yerine getirilmesi için araç olarak kullanmak şeklinde kabul eden farklı kuramlara verilen genel bir isimdir. Buna karşılık *araçsalcı olmayan yaklaşım*, hukuki karar organlarının, sadece hukuku yerine getirmek ve taraflara hak ettiklerini vermekle görevli olduğunu ileri sürer. Araçsalcı yaklaşımların *sonuççuluğuna* karşılık araçsalcı olmayan yaklaşımlar, yine bir başka etik kuramı olan *deontolojik etikten* faydalanır, Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", p. 1. Ayrıca bkz. Ernest Weinrib, **The Idea of Private Law**, President and Fellows of Harvard College, 1995, p. 3. Weinrib, bu kitabında araçsalcı terimini değil de işlevselci terimini kullanmaktadır. Weinrib'e göre en dikkat çekici işlevselci (araçsalcı) hukuk yaklaşımı, Richard Posner'ın temsil ettiği Hukuk ve Ekonomi yaklaşımıdır.

I. Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Ernest Weinrib'in Konumu

1. Yeni Bir Formalizme Doğru

Weinrib'in çağdaş hukuk felsefesine yönelik tespitlerini ve eleştirilerini incelemeye geçmeden önce, kendisinin yeniden inşa etmeyi amaçladığı formalizm ile geleneksel formalizmi birbirinden nasıl ayırdığına bakmak gerekir.

Weinrib, çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarında eleştiri konusu yapılına çoğu zaman formalizmin karikatürleştirilmiş hâli olduğunu, kendi formalizminin ise formalizmin bu çağdaş karikatüründen çok farklı nitelikler sergilediğini söylemektedir. Özellikle realistler tarafından karikatürleştirilmiş formalizme göre bir hukuki uyumsuzluğun çözümü, önceden konulmuş kurallardan neredeyse mekanik denilebilecek bir akıl yürütmeye somut olay hakkında karar verilmesi şeklinde ortaya çıkar. Yani formalizm, salt bu tür bir akıl yürütme ile karar verilebileceğini ileri sürer⁶.

Örneğin sorunu ayrıntılı bir şekilde incelediği bir makalesinde Frederick Schauer, formalizmin özünde kurala dayalı karar verme düşüncesinin yer aldığını söyler. Schauer kuralların, kural olarak işlevlerini yerine getirebilmelerinin, karar merciinde bulunan kişinin, başka zaman muhakkak dikkate alacağı unsurları göz ardı etmesiyle ancak mümkün olabileceğini savunur. Bu göz ardı etme eğilimi de büyük oranda kuralların lâfzına öncelik vermekle gerçekleşir. Kuralların işlevselliği, karar sürecinde dilsel ifadelerine başvurularak sağlanır. Formalizme yöneltilen eleştiriler de formalistlerin, kuralların lâfzına duydukları bu güvenden kaynaklanır. Yani formalizm eleştirisi, formalizmin kurala dayalı karar verme etkinliği olmasındandır.

Formalizm iki şekilde anlaşılabilir: Bunlardan ilkinde göre formalizm, sadece karar verme sürecini betimleyen bir yaklaşımdır. Diğerine göreyse formalizm, karar veren kişinin uyması gereken normatif ilkeyi gösterir. Bu iki farklı yorumuyla da formalizm aynı derecede eleştiri konusudur⁷.

Keza Hart da *The Concept of Law* (1961) isimli ünlü eserinde formalist hukuk kuramının zaafını, kuralların lâfzi kısmıyla yetinmeye eğilimli bir tutuma sahip olması şeklinde ifade eder. Hart'a göre bu eğilim, karar mercilerinin somut olaya uygulanacak bir kuralın bulunmasına karşın yine de başka bir kaynağa başvurabileceği ihtimalini görmezden gelir veya bu tür bir ihtimalin son derece düşük olduğunu varsayar⁸.

Weinrib kendi formalizmini ısrarla bu geleneksel formalizmden ayırır. Çünkü formalizm sadece bir hukuk kuramının ismi değildir; hukuka dair be-

⁶ Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism", Dennis Patterson (ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, pp. 332-342, s. 332. Formalizmin, realizm tarafından karikatürleştirildiği konusunda ayrıca bkz. Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", s. 7; Stone, "Formalism", pp. 166-167.

⁷ Frederick Schauer, "Formalism", **The Yale Law Journal**, Vol. 97, Sayı 4, 1988, pp. 509-548, s. 510.

⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, s. 126. Bu anlamda pozitivizmi ifade etmek için "klasik yorum teorisi" terimi de kullanılmaktadır, bkz. Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1998, pp. 161-162.

lirli bir düşünme ve anlama biçimidir. Bu anlamda formalizm, hukukun normatif boyutuna bağlılığı, hukuka özgü bir düşünme tarzını ve kökleri Eski Yunan'a kadar uzanan bir felsefe geleneğini ifade etmektedir⁹.

Weinrib'e göre formalizm, öncelikle bir hukuki gerekçelendirme kuramıdır. Aynı zamanda kendi başına bir *gerekçelendirme* kuramıdır da; zira hukuku, önceden kabul edilmiş kuralların toplamından ibaret görmediği gibi, devlet organlarının faaliyetlerinden biri olarak da kabul etmez. Formalizme göre hukuk, ahlaki bakış açısına duyarlı bir takım toplumsal davranış kurallarından oluşur. Formalizm aynı zamanda bir *hukuki gerekçelendirme* kuramıdır; zira toplum hayatının en fazla hukukilik arzeden yönünü, yani hukuki ilişkiyi kendisine araştırma konusu seçmiştir. Bu bağlamda formalizmin konusu, birbirinden farklı, hatta birbirine zıt menfaatlere sahip taraflar arasındaki uyumsuzluk ve bu uyumsuzluğun mahkemeler aracılığıyla nasıl çözüleceğidir. Dolayısıyla formalizmin amacı, söz konusu uyumsuzluğun çözümünde uygulanacak ahlaki gerekçelendirmenin formlarını izah etmektir¹⁰.

Weinrib'in kendi formalist yaklaşımını, geleneksel formalist yaklaşımlardan nasıl ayırdığı bu şekilde görüldükten sonra çağdaş hukuk felsefesinin içinde bulunduğu duruma dair tespitleri ve eleştirileri üzerinde durmak gerekir.

2. Weinrib'in Çağdaş Hukuk Felsefesine Yönelik Eleştirileri

Weinrib, Kant'm hukuk anlayışını formalizm açısından incelediği bir makalesinde çağdaş hukuk düşüncesi ile Kant'm hukuk anlayışını karşılaştırır. Weinrib'e göre Kant, hukukun öncelikle aklın bir tasarımı olduğunu kabul etmektedir. Kant'a göre hukukun doğasını anlamak için, hukukun aklın bir tasarımı olduğunu kabul etmek ve bu tasarımın nasıl hayata geçtiğini kavramak gerekir. Kant'a göre hukuk, bir bütünün parçalarının biraraya gelmesinden müteşekkildir. Hukuku izah etmek için de bu bütünlüğün doğasını anlamak gerekir¹¹.

Weinrib'e göre bu bütünlük kavramı çağdaş hukuk düşüncesinde bulunmamaktadır. Bu yüzden hukukçuların görüşleri arasında derin bir uyumsuzluk vardır. Hâlbuki bu tür bir uyumsuzluk, felsefe tarihinde hiçbir zaman makbul görülmemiştir. Çağdaş hukuk düşüncesine göre ise bu tür bir uyumsuzluk, hoşgörünün, demokratik çoğulculuğun bir göstergesidir¹².

Çağdaş hukuk düşüncesinde görülen bu çoğulculuk mantığı şöyle işler: Hukukçular, hukuki düzenlemeleri değerlendirmek için kimi zaman hukuk kaynaklarına, kimi zaman ahlaki ilkelerine, kimi zaman ekonomi analizlerine, kimi zaman da sadece sezgilerine başvururlar. Sonuçta ortaya, birbiriyle ilişkisiz düşüncelerin aynı anda birarada bulunduğu bir tartışma ortamı çıkar. Ceza hukukunun amacına veya usul hukuku ile maddi hukuk arasındaki gerilime dair açıklamalarda birbirleriyle hiçbir şekilde ilişkilendirilemeyen unsurlar gündeme getirilir. Örneğin caydırıcılık ve tazminat, haksız fiil hukukuna için

⁹ Weinrib, "Legal Formalism", s. 332.

¹⁰ Weinrib, "Legal Formalism", s. 332.

¹¹ Ernest Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", **Columbia Law Review**, Vol. 87, 1987, pp. 472-508, s. 474.

¹² Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", s. 474.

amaçlar olarak değil de sadece haksız fiil hukuku hakkındaki tartışmaların konusu olarak ele alınıp savunulur. Yani burada kavramsal bir atomizm söz konusudur¹³.

Weinrib'e göre çağdaş hukuk düşüncesi, tek ve birbirinden bağımsız unsurlardan oluşan bu çoğulcu niteliği sebebiyle Kant'm hukuk anlayışından farklıdır. Hukuk, normatiflik iddiası taşıy ve bu iddiaya dayanarak davranışlarımızı düzenler. Üstelik davranışlarımızı düzenlemekle kalmaz, kendisi de belirli değerlere uygun olmak zorundadır. Ancak bu değerlerler aracılığıyla normatif bir statüye ve meşruluğa sahip olur¹⁴. Buna karşılık çağdaş hukuk düşüncesine bakıldığında, üzerinde durulan unsurların, belirli bir nesnenin eşit değerdeki özellikleri olmadığı görülür. Her bir unsur, özü gereği yayılmaya eğilimlidir. Zira her biri özerktir. Bu özerk unsurların arasındaki çatışma, her birinin nihai otorite olma iddiası güttüğü bir çatışmadır¹⁵.

Çağdaş hukuk düşüncesine hakim olan bu çoğulculuk karşısında farklı kuramlar farklı yaklaşımlar sergiler. Örneğin Hukuk ve Ekonomi Okulu, hukukun tek ve nihai amacının, toplumun genel refah seviyesini yükseltmek olduğunu ileri sürmek ve bu amaca hizmet etmeyen herhangi bir hukuki olgunun terk edilmesi gerektiğini söylemek suretiyle bu çoğulculuğu aşmak istemektedir. Diğer bir yaklaşım ise çağdaş hukuk düşüncesine hakim olan çoğulculuğu, giderilmesi gereken bir eksiklik şeklinde görmez. Çoğulculuk bu bakımdan tamamen pragmatik kaygılarla ele alınır ve uygulamada aşılabileceğine inanılır. Ayrıca çoğulculuk dünyanın genel bir görünümüdür. Bunu sistemleştirme çabaları boşunadır. Hakimlerin çoğulculuğu kendi kişisel amaçları için kötüye kullanmaları hukukun meşruluğu açısından tehlikeli olabilir. Fakat bu tehlike, psikolojik, sosyolojik ve tarihsel araştırmalardan yardım alınarak ahlâki ve siyasi tutumlarla önlenebilir. Hakimin karar verme sürecini etkileyen bir kavramsal sınırlama olsa da bu durum, toplumsal bakış açısıyla veya hakimin kararlarını sınırlayan bir üst norma başvurmakla veyahut da daha önce verilmiş kararları emsal kabul etmekle aşılabılır. Yani bu yaklaşım çoğulculuğu kabul etmekte, fakat bunun herhangi bir sorun çıkartmayacağını düşünmektedir.

Son yaklaşım ise Eleştirel Hukuk Okulu'nunkidir. Bu yaklaşım çoğulculuğun bütün bir Batı hukuk düşüncesinin özelliği olduğunu ileri sürer. Hukuki analizde birbirinden bağımsız unsurların sürekli birarada bulunması, hukukun hiçbir zaman tam anlamıyla kesinliğe ulaşamayacağını gösterir. Zira bu çoğulculuk hem toplumsal hayatın, hem de insan davranışlarının kaçınılmaz özelliğidir. Her zaman farklı düşünme tarzları çıkacağından, hukukun hiçbir alanı siyasetten ayrı düşünülemez. Daha da önemlisi hukuku siyasetten ayırma çabaları yararsızdır, bir sonuç vermez. Hatta iktidar ilişkilerini gizleme gibi bir işlev de görür. Sonuç olarak bu yaklaşım da çoğulculuğu kabul eder, fakat bunun hukukun doğası açısından radikal sonuçlar doğurduğunu söyler.

¹³ Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", pp. 474-475.

¹⁴ Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", s. 476.

¹⁵ Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", s. 477.

Başka bir deyişle diğer iki yaklaşımdan farklı olarak çoğulcuğun aşılamayacağını, aşılmasının da gerekli olmadığını kabul eder¹⁶.

Weinrib'e göre kendisinin formüllendirdiği şekliyle formalizm, çağdaş hukuk düşüncesinin içinde bulunduğu bu kaotik yapıyı aşabilecek özelliكتedir. Bu özelliğiyle de diğer çağdaş hukuk yaklaşımlarından ayrılır. Burada ilginç olan şudur: Çağdaş hukuk yaklaşımları da kendilerini formalizmden ayırmaya özel bir gayret sarfederler. Her ne kadar kendi aralarında çok farklı iddialara sahiplerse de çağdaş yaklaşımların hepsi ortak bir noktada uzlaşırlar: formalizm eleştirisi¹⁷.

Weinrib, formalizmin en kapsamlı eleştirisinin Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin yazılarında bulunabileceğini belirtir ve bu tür bir eleştiriye Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketini konu edinen bir sempozyumun Mark Tushnet tarafından yazılan giriş yazısını örnek verir. Tushnet, Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin eleştiri konularının başında formalizmin geldiğini söylemektedir. Aslında Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin eleştirilerinin merkezinde liberal hukuk kuramı bulunmaktadır¹⁸. Fakat liberal hukuk kuramının eleştirisi, formalizm eleştirisi ile yakından ilişkilidir. Zira Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin mensuplarına göre liberal hukuk kuramı formalizme dayanır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin formalizme yönelik eleştirisi, hukuk ile siyasetin ayrılamazlığı kabulünden hareket eder. Bununla birlikte Weinrib, bu kabulün sadece Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketine ait olmadığını, çağdaş hukuk düşüncesinde hakim görüşün de bu olduğunu belirtir. Hatta hukuki gerekçelendirme ile siyasi gerekçelendirmenin birbirinden farklı olduğunu kabul edildiğinde bile, bu ayrımın kendisi yine siyasi bir bakışla ele alınır. Sonuçta Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin, siyasetin hukuka önceliğini savunan görüşü, günümüzde neredeyse tartışmasız kabul edilmektedir¹⁹.

Weinrib, kendi açıklamalarına günümüz hukuk düşüncesinin bu özelliğini dikkate alarak başlar. Yukarıda da belirtildiği gibi çağdaş hukuk yaklaşımlarının hemen hemen hepsi, hukuk ile siyasetin birbirinden ayrı düşünülmemeyeceği varsayımına dayanır. Weinrib, formalizmin tam da bu varsayımına

¹⁶ Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", pp. 477-478. Weinrib, Hukuk ve Ekonomi yaklaşımı üzerinde daha fazla durur. Zira Hukuk ve Ekonomi yaklaşımı, hukuka dair normatif bir bakış açısına sahip olduğu iddiasındadır. Dolayısıyla çağdaş hukuk düşüncesine hakim olan çoğulculuğun kaotik yapısını aşma amacı taşır. Bu yönüyle diğer bir çağdaş hukuk yaklaşımı olan faydacılıktan da üstün olduğunu düşünür. Weinrib, Hukuk ve Ekonomi yaklaşımını ele aldığı makalesinde bu yaklaşımın nihayetinde faydacılığın bir türü olduğunu, dolayısıyla faydacılığa yönelik eleştirilerin Hukuk ve Ekonomi yaklaşımına da uyarlanabileceğini ileri sürer. Weinrib'e göre faydacılığın araçsalçı niteliği çağdaş hukuk düşüncesinin içinde bulunduğu kaosu aşabilecek güçte değildir. Dolayısıyla Hukuk ve Ekonomi Okulu da faydacılıkla paylaştığı bu araçsalçı niteliğinden ötürü çağdaş hukuk düşüncesinin temel sorunlarını çözemez, bkz. Ernest J. Weinrib, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", **University of Toronto Law Journal**, Vol. 30, 1980, pp. 307-332, pp. 308-309, 310-311, 332.

¹⁷ Stone, "Formalism", pp. 166-167.

¹⁸ Akbaş, Hukukun Büyübozumu, s. 4.

¹⁹ Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 97, 1988, pp. 949-1016, pp. 950-951, dipnot 1-2.

karşı olduğunu belirtir. Formalizmin amacı, hukuk ile siyasetin ne şekilde birbirinden ayrılabilirliğini göstermektir.

Hukuk ile siyasetin birbirinden ayrılığı, başka bir takım soruları da gündeme getirir: Hukuku anlamak ne demektir? Tutarlı bir hukuki ilişkinin unsurları nelerdir? Araçsalıcı olmayan bir hukuk düşüncesi mümkün müdür? Bu sorulardan da anlaşılacağı üzere hukukun özerkliğini savunmak için ilk yapılması gereken, hukuku siyasetten ayırmaktır. Buna karşın çağdaş hukuk düşüncesi, hukukun özerkliği kadar, hukuk ile siyasetin ayrılığını da bir yanılsama olarak değerlendirir. Weinrib, kendi formalist yaklaşımının çağdaş hukuk düşüncesinin işte bu kabulünü sorgulamayı amaçladığını belirtir²⁰.

Weinrib, formalizmin salt teorik bir çaba olmadığını da altını çizmektedir. Her ne kadar akademik düzeyde hukukun özerkliği reddedilse de, başta avukatlar olmak üzere uygulamacılar, mevcut akademik çalışmaların, kendi hukuk algılarını tam yansıtmadığından yakınır. Hukuki formalizm, bu gerçeğin farkında olarak, avukatların anladığı anlamda hukuku da kapsayacak genişlikte bir tanıma ulaşmayı amaçlar. Weinrib'e göre formalizmin, son iki yüzyılda bütün saldırılara karşın yine de direnebilmesinin ve kendisini sürekli yenileyebilmesinin sebebini, hukukun kuramı ile uygulaması arasında kurduğu bu ilişkiye bağlamaktadır²¹.

Weinrib'in çağdaş hukuk felsefesine dair tespit ve eleştirilerini inceledikten ve geleneksel formalizm ile Weinrib'in kendi formalizmi arasındaki farka değindikten sonra hukuki formalizmin genel özelliklerine geçilebilir. Weinrib, görüşlerini açıklarken sürekli diğer hukuk yaklaşımları ile karşılaştırmalar yapar. Dolayısıyla bu çalışmada da gerekli olduğu yerlerde hukuki formalizm ile diğer hukuk yaklaşımları arasındaki farklara işaret edilecektir.

II. Hukuki Formalizm

1. Hukuki Formalizmin Dayandığı Önkabuller

Formalizmin en önemli kabulü, hukukun iç tutarlılığa sahip bir olgu anlamında kavranabileceğidir. Weinrib'e göre bu niteliğiyle formalizm, her türlü hukuki düşünme çabasına uygulanabilecek sonuçlar içerir. Örneğin hukuki gerekçelendirmenin doğası, yargıcın rolü, araçsalcılığın uygunluğu, hukuk ile toplum arasındaki ilişkilerin niteliği, hukukun diğer disiplinler arasındaki yeri gibi pek çok çağdaş hukuk felsefesi sorununa ilişkin formalizmin söyleyeceği şeyler vardır²². Hukukun tutarlı bir iç mantığa sahip oluşu, hukuka dair her kuramsal çalışma için vazgeçilmezdir. Zira hukuk etkinliği, hukukun kendisi üzerine düşünmeyi de kapsar. Bu ise hukuka, hukukun kendi içinden bakmayı gerektirir. Hukukun kavranmasında bu içeriden bakış yöntemi göz ardı edilemez. Hukuk felsefesinin, kendi konusu ile sağlıklı bir ilişki kurabilmesi de ancak bu tarz bir yöntemle mümkündür. Hukuka tamamen dışarıdan bir bakış, hukuku kavramada son derece anlamsız ve faydasız bir çabadır. Formalizm, bu içeriden bakma yöntemini mantıki sonuçlarına götürür ve hukuki

²⁰ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 951.

²¹ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 951.

²² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", pp. 951-952

ilişkilerin doğasını anlamada kesin bir araç kabul eder. Yani hukukun tutarlı bir iç mantığı olduğu görüşünde son derece ısrarcıdır²³.

Formalizmin temelleri hukuki ilişkinin incelenmesine dayanır. Hukuk, bir takım kavramlar, ilkeler ve usuli işlemler aracılığıyla en az iki kişiyi birbirine bağlar. Örneğin taraflar arasındaki uyumsuzluğun konusu sözleşmeye aykırılık ise taraflar arasındaki ilişki sözleşme hukuku ilişkisi olacak ve sözleşme hukukunun kurallarına başvurulacaktır. Keza uyumsuzluğun konusu hukuka aykırı bir eylemse taraflar arasındaki ilişki haksız fiil ilişkisi olarak değerlendirilecek ve haksız fiil hukukuna özgü kavram ve ilkeler gündeme gelecektir²⁴.

Formalizmin ilgilendiği bu ilişkinin iç yapısıdır. Bir hukuki ilişkinin unsurları, yani kavramlar, ilkeler ve usuli işlemler, aslında bir bütünün parçalarıdır. Formalizmin amacı işte bu unsurların hem birbiriyle, hem de parçası oldukları bütün ile nasıl bir ilişki içerisine girdiğini sorgulamaktır. Başka bir ifadeyle bu unsurların birbirinden bağımsız olup olmadığı, tamamen rastlantı sonucu bir araya gelip gelmediği gibi sorular, formalizmin cevabını aradığı sorulardır²⁵.

Tam bu noktada hukukun gerekçelendirilme zorunluluğu devreye girer. Bir bütünün parçalarının herhangi birine odaklanmak, aslında o parçanın bütün açısından taşıdığı önemin izah edilmesi, yani gerekçelendirilmesi demektir. Dolayısıyla formalizmin amacı, gerekçelendirme niteliği taşıyan farklı düşüncelerin arasındaki ilişkinin aydınlatılmasıdır. Diğer bir deyişle cevabı aranan husus, bir ilişkinin farklı yönlerini gerekçelendirmeye yönelik farklı düşüncelerin birbirinden bağımsız işleyip işlemediği, söz konusu hukuki ilişkinin tamamını kapsayacak tek bir nihai gerekçelendirmede biraraya gelip gelemeyeceği sorunudur²⁶.

Formalizm, biçim ile madde arasında bir zıtlık kabul eder. Bu zıtlık, formalist yöntemin temelinde yer alır. Formalist yöntem, önce hukuki ilişkilerin ortaya çıkması için gerekli zorunlu koşulları, ardından hukuki ilişkilerin iç yapısına ait düzenleyici ilkeleri ve nihayet bu ilkelerin dayandığı varsayımları tespit eder. Bu üç işlem tamamen biçimseldir ve hukuki ilişkilerin içeriğinin belirlenmesini sağlar²⁷.

²³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 952.

²⁴ Weinrib, "Legal Formalism", pp. 332-333; Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 24. Weinrib, formalizmin temel birimini hukuki ilişki olarak tespit ettiği için örneklerini hep özel hukuk alanından seçer. Zira özel hukuk, hukuki ilişkinin en belirgin şekilde ayırdedilebildiği alandır. Nitekim özel hukuk üzerine yazdığı kapsamlı çalışması *The Idea of Private Law* isimli kitabının başlangıcında özel hukukun önemini vurgulamaktadır. Weinrib'e göre formalizm özel hukuka ayrı bir önem atfeder ve kuramsal çerçevesinin merkezine özel hukuku yerleştirir. Dolayısıyla formalizm açısından özel hukuk, alışıldığının tersine mülkiyet kavramı ile değil, sorumluluk kavramı ile açıklanmalıdır. Böylece özel hukuk, statik bir kavram olan mülkiyet aracılığıyla değil, dinamik bir kavram olan ilişki ve bu ilişkiyi düzenleyen normlar aracılığıyla incelenebilecektir, Weinrib, **The Idea of Private Law**, pp. 1-3.

²⁵ Weinrib, "Legal Formalizm", s. 333.

²⁶ Weinrib, "Legal Formalizm", s. 333.

²⁷ Weinrib, "Legal Formalizm", s. 333.

2. Hukuki Formalizmin Tanımı ve Özellikleri

Weinrib, formalizmi tanımlarken Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin önde gelen isimlerinden Roberto Unger'in bu hareketi ayrıntılı bir şekilde incelediği makalesindeki formalizm tanımından hareket eder. Her ne kadar kendisi, formalizme karşı olduğunu söylese de Weinrib'e göre Unger'in verdiği tanım, formalizmin temel kavramlarını ve sorunlarını aydınlatmada oldukça faydalı ve dikkate değerdir. Üstelik Unger'in formalizm eleştirisi, diğer çağdaş formalizm eleştirilerine göre çok daha insaflidir²⁸.

Unger, söz konusu makalesinin ilk sayfalarında formalizm ile objektivizmi tanımlar. Zira bu iki hukuk yaklaşımının eleştirisi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin bir anlamda kalkış noktasını oluşturur²⁹.

Unger öncelikle, kendisinin tanımladığı şekilde formalizmin, geleneksel formalizm olmadığını söylemektedir. Geleneksel formalizm, yukarıda da belirtildiği gibi somut hukuk uyumsuzluklarının, salt tümdengelim yöntemi kullanılmak suretiyle kesin bir çözüme ulaştırılabileceğini kabul eden hukuk yaklaşımıdır. Buna karşılık Unger'in anladığı anlamda formalizm, "toplum yaşamının temel kurumlarına dair ideolojik, felsefi veya geleceğe yönelik her türlü açık uçlu tartışmaya doğrudan zıt nitelikte bir hukuki gerekçelendirme yöntemini benimseyen ve dolayısıyla böyle bir yöntemin mümkün olduğunu kabul eden"³⁰ bir yaklaşımdır. Bu tür açık uçlu tartışmalar, herhangi bir ölçüde tabi tutulmadığından, akılla ulaşılabilecek bir çözüme de sahip değillerdir. Hâlbuki formalizm, hukuki analizin akli ölçüde göre yapılması gerektiğini söyler. Dolayısıyla hukuki akıl yürütme için vazgeçilmez kabul ettiği kişisel olmayan amaçlara, siyasi hedeflere ve ilkelere başvurur. Boşluk içermeyen bir kurallar bütününden tümden gelimle sonuç çıkarmayı amaçlayan geleneksel formalist yöntem, yukarıda tanımlanan formalizmin sadece zorunlu olmayan bir unsurdur³¹.

Weinrib, formalizmin Unger tarafından tespit edilen bu ilk özelliğini, hukukun, görece daha az belirlemci olan siyasi ve ideolojik düşünme tarzlarından farklı bir düşünme tarzına sahip olması şeklinde ifade eder. Yani hukuka dair herhangi bir kuramsal etkinlik, ancak sınırlı ve siyasi olmayan bir analiz yöntemi ile gerçekleştirilebilir³².

Formalizmin ikinci özelliği, hukuku yine kendisinden hareketle anlamayı mümkün kılacak içeriden bir bakışa sahip olmasıdır. Hukukun kendine özgü bir mantığı vardır ve bu mantık, hukukun kendi kaynaklarında örtülü bir hâlde bulunur³³.

Nitekim Unger de hukuka dair herhangi bir kuramsal çalışmanın, kavramlarla gerçekleştirilen bir etkinlik olduğunu söyler. Unger'e göre bu tür bir

²⁸ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 953.

²⁹ Roberto Mangabeira Unger, "The Critical Legal Studies Movement", **Harvard Law Review**, Vol. 96, No. 3, 1983, pp. 563-675, s. 564.

³⁰ Unger, "The Critical Legal Studies Movement", s. 564.

³¹ Unger, "The Critical Legal Studies Movement", s. 564.

³² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 953.

³³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 953.

etkinliğin iki özelliği vardır: İlki, belirli bir geleneğin kurumsal gereçleri ile çalışma isteğidir. İkincisi ise söz konusu gelenek adına bağlayıcı kararlar alma, gerekirse geleneği kendisinden hareketle yeniden gözden geçirme ve eleştirme-dir. Bu aynı zamanda devlet iktidarının uygulamalarını etkileme anlamına da gelir. Formalist yaklaşım, hukuk kuramının, hukuki düşünmenin belirlemimci yapısı ile ideolojik düşünmenin daha az belirlemimci yapısı arasındaki zıtlık sebebiyle varlığını sürdürdürebildiğini düşünür³⁴.

Formalizmin üçüncü ve son özelliği ise kanunlar, emsal kararlar ve öğretide kabul edilmiş görüşlerden oluşan belli başlı hukuk kaynaklarının, insan topluluklarına dair belirli bir kabule dayanmasıdır. Hukukun bu kaynakları, mükemmel olmamakla birlikte yine de anlamlı bir ahlâki düzen oluşturur. Toplum yaşamının pratik bir takım kısıtlamalara tabi olması gerektiği fikrinin sonucudurlar. Bu açıdan bakıldığında yasalar, iktidar mücadelesinin veya meşru otoriteden yoksun pratik baskıların basit bir ürünü değildir³⁵. Sonuç olarak Weinrib, Unger'i tasvip eder ve bu üç özelliği birarada düşünüldüğünde formalizmin bir "içkin-ahlâki düşünme" imkânı sunduğunu söyler³⁶.

Bu ifadedeki üç unsur, formalizmin yukarıda belirtilen üç özelliğine te-kabül eder. Formalizmin ilk özelliği, yani hukukun kendine özgü bir düşünme tarzı olduğu, formalist hukuk yaklaşımını negatif açıdan ifade eder. Burada hukuki gerekçelendirmenin siyasi gerekçelendirmeden farklı olduğu vurgulanmaktadır. Formalizmin ikinci özelliği, yani hukukun kendine özgü düşünme tarzının aynı zamanda içkin bir düşünme tarzı olduğu, formalist hukuk yaklaşımının pozitif ifadesidir. Bu ise hukukun içeriğinin ancak yine hukukun kendisinden kalkılarak, yani içeriden bir bakışla kavranabileceği anlamına gelir. Bu yönüyle hukukun kendine özgülüğünü pozitif şekilde ortaya koyar. Formalizmin üçüncü özelliği ise hukukun kendine özgü düşünme tarzının ahlâki bir boyutu da olduğunu gösterir. Böylece hukukun uygulaması ahlâki bir bağlayıcılık kazanır³⁷.

Weinrib, yukarıda ele alman özellikleriyle formalizmin doğal hukuk ve doğal hak geleneklerinin devamı niteliğinde olduğunu belirtir. Doğal hukuk ve doğal hak kavramlarına dayalı felsefi gelenek, gelişmiş hukuk sistemlerinin kendileri için amaç kabul ettikleri tutarlılık kavramını temel alır. Doğal hukuk geleneğine göre hukuk, aklın bir ürünüdür ve gerçekleştirmeyi amaçladığı iyi

³⁴ Unger, "The Critical Legal Studies Movement", s. 565.

³⁵ Unger, "The Critical Legal Studies Movement", s. 565. Aslında Unger bu son özelliği objektivizme atfeder. Formalizm ile objektivizmi ayırırken uygulayıcıların tutumunu esas alır. Unger'e göre çağdaş hukuk uygulayıcıları, formalizmi kabul ederken objektivizmi reddeder, Unger, "The Critical Legal Studies Movement, pp. 565-566. Fakat Weinrib'e göre Unger bu ayrımın pek de anlamlı olmadığını düşünür. Nitekim Weinrib'in kendisi de aynı şekilde objektivizmin, formalizmin bir görünümü olduğunu ileri sürer, Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 953, dipnot 12.

³⁶ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", pp. 954-955; Weinrib, **The Idea of Private Law**, p. 23; Unger, "The Critical Legal Studies Movement", p. 571.

³⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 954; Weinrib, **The Idea of Private Law**, pp. 23-24.

değerinden bağımsız ele alınamaz³⁸. Doğal hukuk geleneğinde hukuk, akla uygun bir iradeye sahip olmanın gereklerini yerine getirme faaliyetidir. Akla uygun bir iradeye sahip olma ise soyutlama yapmak suretiyle tekil iyi anlayışlarını aşabilme yeteneğidir. Doğal hukuk geleneğinin anladığı anlamıyla formalizm, hukukun içeriğine dair de bir takım sonuçlar doğurur. Dolayısıyla bu anlamda formalizm, pozitivizmin formalizminden rahatlıkla ayırdedilebilir. Pozitivizmin formalizmi, biçimsel bir ilke olan hukuki geçerlilik ile hukukun maddi içeriğini birbirine zıt kabul eder. Bu sebeple hukukun içeriğine tamamen ilgisiz kalır³⁹.

Weinrib, Unger'in tespit ettiği üç özelliğin yanısıra formalizmin bir başka özelliğine, bütünüleyicilik özelliğine dikkat çeker. Aklilik, içkinlik ve normatiflik, tesadüfen biraraya getirilmiş, aslında birbirinden bağımsız özellikler değildir. Tek bir bütünün, birbiriyle karşılıklı ilişki içerisindeki parçalarıdır. Hukuk, akli ve içkin ve normatif değildir; her bir özelliğe, diğer ikisine sahip olduğu için sahiptir. Yani formalizme göre yukarıda belirtilen unsurlar sadece birarada bulunmaz. Herbirinin varlığı diğerlerinin varlığına bağlıdır. Böylece hukuka dair bütünlüklü bir bakış açısı oluştururlar⁴⁰.

Weinrib'in yaklaşımının merkezinde "içkin anlama" kavramı yer alır. Weinrib'e göre hukuk ile siyaseti birbirinden ayırmanın yegâne yolu, hukuku yine kendisinden kalkarak, kendi kavramlarıyla anlamaya çalışmaktır. Weinrib'in formalizme belirli bir üstünlük atfetmesinin sebebi, hukukun kendi kavramlarıyla anlaşılabilen, anlaşılması gereken bir etkinlik olduğunu varsaymasıdır. Epistemolojik açıdan ele alındığında formalizm, belirli bir normatif söylem alanının, kendisine rakip diğer normatif söylem alanlarından kesin surette ayrılabilmesini kabul eder. Bu bağlamda hukuk da kendisine rakip diğer normatif alanlardan, özellikle de siyasetten kesin surette ayrılabilir. Hatta Weinrib'e göre, hukukun siyasetten kesin surette ayrılabilmesini kabul etmeyen bir yaklaşım, hukuku anlamsızlaştırır⁴¹.

Hukuka bu içeriden bakış, çağdaş pek çok yaklaşıma ters düşer. Weinrib'e göre çağdaş hukuk düşüncesindeki hakim eğilim, hukuku dışarıdan

³⁸ Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, pp. 394-395.

³⁹ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 954, dipnot 14. Her ne kadar Weinrib, kendi formalist yaklaşımını doğal hukuk ve doğal hak geleneklerine bağlı kabul etse de bu geleneğin en önemli çağdaş temsilcilerinden John Finnis, Weinrib'in, hukuk kurumlarının amaçları, değeri ve toplumsal faydası göz önünde bulundurulmaksızın ele alınması gerektiğini savunan formalist yaklaşımının, hem metafizik açıdan, hem de açıklayıcılık açısından tartışma götürür olduğunu söylemektedir. Zira hukuk kurallarının ve kurumlarının, insan zihni dışında da bir gerçekliği vardır. Hukuk, bu gerçeklik açısından insanlara bir takım eylem sebepleri sunar. Bu sebepler ise özleri gereği iyidir; çünkü insan hayatı için vazgeçilmez olan temel iyilerle ilişkilidirler. Yani hukuk, gerçekleştirmeyi amaçladığı değerlerden bağımsız ele alınıp incelenemez, John Finnis, "Natural Law: The Classical Tradition", Jules Coleman, Scott Shapiro (ed.), **Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1-60, pp. 30-31.

⁴⁰ Weinrib, The Idea of Private Law, p. 24.

⁴¹ Dennis Patterson, "The Metaphysics of Legal Formalism", **Iowa Law Review**, Vol. 77, 1991-1992, pp. 741-771, pp. 741-742.

bir bakış açısıyla ele almak ve hukuka, yabancı bir ideal izafe etmektir. Bu eğilime göre hukuk, söz konusu ideali, hukukun amacı haline getirmeli ve bağlayıcı kılmalıdır. Yani hukukun içeriği, bu ideale bakılarak değerlendirilmelidir. Hukukun içeriğinin değerlendirileceği ideali oluşturan amaçlar arasında, örneğin refah seviyesini yükseltme, piyasa değerlerini destekleme, özgürlük, fayda ve dayanışma vardır. Hukukun amacı olarak hangisi tercih edilirse edilsin, sonuçta bunların hepsi hukuktan bağımsızlaştırılabilir. Ancak yine de bu amaçların hukukun değerlendirme ölçütü işlevi gördüğü kabul edilmektedir. Yani hakim düşünceye göre hukuk, kendisine dışarıdan atfedilen bağımsız bir takım amaçların gerçekleştirilmesinin aracıdır⁴².

Weinrib'e göre hakim hukuk düşüncesinin, hukukun kendisi ile içeriği arasındaki ilişkiye yüklediği anlam, kendisinin pozitivist niteliğini gösterir. Pozitivizme göre hukuki gerçeklik bir irade ürünüdür. Söz konusu bu irade, aslında hukuk olmayı kendi eylemiyle hukuk haline getirir. Yani hukukun içeriği, bu iradenin tercihidir. Hukuku oluşturan irade, iyiyi amaçlayabileceği gibi kötüyü de amaçlayabilir. Dolayısıyla hukuk, doğası gereği ahlâki ve akli değildir. Herhangi bir somut kuralın veya yasanın, ahlâki olup olmadığı, hukukun kendisinden kalkılarak değil, hukuka yabancı bir noktadan hareketle, hukuktan bağımsız tercih edilebilecek bir ideale bakılarak belirlenebilir⁴³.

Çağdaş hukuk düşüncesine hakim bu pozitivist yaklaşıma göre hukukun merkezinde yasama süreci yer alır. Yasama faaliyeti aracılığıyla aslında hukuken önem taşımayan bir hususa hukuki bağlayıcılık niteliği kazandırılır ve hukukun kaynakları arasına sokulur. Yasama faaliyeti ile hukuk sistemi, aslında hukuki olmayan bir unsuru kendi kaynakları arasına dahil eder. Bu yaklaşıma göre sadece devletin yasama organları değil, kamuoyu da başlı başına yasama işlevi görür. Hatta yargı organları bile bir tür yasama faaliyetinde bulunur. Hakimlerin kararları da dahil bütün hukuk normları, hukuki olmayan unsurların hukukleştirilmesi sürecinin parçasıdır⁴⁴.

Positivist yaklaşım kaçınılmaz surette hukuka siyasi bir nitelik atfeder. Bu yaklaşımda hukuk, zorlama, siyasi otorite, hukuki geçerlilik ve yürürlük kavramları ile doludur. Ayrıca hukuk normu hâline getirilecek bir takım bağımsız ideallerin tespiti merkezi öneme sahiptir. Hukuk, kamuoyu tarafından tanınmış siyasi iktidar organlarının ürünüdür. Hukuki ilişkiler ise öncelikle siyasi iktidar sahipleri ile muhatapları arasında gerçekleşir⁴⁵.

Hukukun kendine özgü için bir ahlâki düşünme şekli olduğunu kabul eden formalizm, bütün bu görüşlere karşıdır. Formalizme göre hukukun içeriği, hukuk dışı bir kaynaktan elde edilmez; hukukun kendisinden hareketle belirlenir. Hukuk, hukuka yabancı bir takım ideallere hizmet etmez; bizzat kendisi bir idealdir. Hukuk, aslında hukuki olmayan bir takım unsurların sonradan hukukleştirilmesi süreci sonucunda oluşmaz; zaten potansiyel olarak hukuki önem taşıyan unsurların belirlenmesi ile meydana getirilir. Hukukun en bariz işlevi, hukuki normlar üretmek değil, hukuki düzenlemelerde ve hukuki ilişki-

⁴² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 955.

⁴³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 955.

⁴⁴ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 956.

⁴⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 956.

lerde örtülü halde bulunan hukuki nitelikleri tespit edip anlamaya çalışmaktır. Bu bağlamda hukuki yaratıcılık, doğası gereği bilişseldir ve en iyi şekilde hüküm aşamasında ortaya çıkar. Bu ise hukuku icat etmekten çok keşfetmek demektir⁴⁶.

Weinrib'e göre içkin düşünmeye verdiği bu önem, formalizmi Batı felsefesi tarihindeki akılcı geleneğe bağlar. Akılcı gelenek, bir şeyin kendi içerisinde nasıl anlaşılacağı hususunu temel sorun kabul eder. Bu geleneğe göre bir şey, ancak hiçbir koşula bağlı olmaksızın incelendiğinde kavranabilir. Yani bir şeyin ne olduğunun anlaşılabilmesi, kendisi dışındaki herhangi bir başka şeyle ilişkilendirilmeksizin ele alınmasına bağlıdır. Hukuki formalizm, hukukun bu şekilde bir incelemeye tabi kılınabileceğini, hatta kılınması gerektiğini ileri sürer⁴⁷.

Weinrib, formalizmin çağdaş hukuk felsefesinde pek taraftar bulmamasının sebebini, bu akılcı geleneğe tabi olmasına bağlar. Zira akılcılık, verimsiz bir kavramcılık ve sonuçsuz metafizik tartışmalar sebebiyle kötü bir üne sahiptir. Dolayısıyla çağdaş hukuk düşüncesinin pragmatik niteliği ile bağdaşmaz. Fakat Weinrib'e göre akılcı geleneğin düşünme tarzı, bugün bize hayli yabancı olduğundan hakkında sağlıklı bir kanaate varılamamaktadır. Bu ise formalizmin çoğu zaman yanlış anlaşılmasına yol açmakta, çağdaş hukukçuların formalizmi göz ardı etmelerine sebep olmaktadır. Şayet kavramsal gücü farkedilebilirse formalizme atfedilen zayıflığın yersiz olduğu görülecektir. Çağdaş hukuk felsefesi formalizmin terminolojisine ve kavramsal gereçlerine yabancı olduğundan, formalizme yönelik eleştirileri de formalizmin karikatüründen ibarettir⁴⁸.

3. Hukuki Formalizmin Kuramsal Çerçevesi

Buraya kadar anlatılanlardan anlaşılacağı üzere formalizm, çağdaş hukuk düşüncesinin araçsal niteliğine karşı çıkmakta, gücünü büyük ölçüde diğer çağdaş hukuk yaklaşımlarına ciddi eleştiriler yöneltmesinden almaktadır. Eleştirilerinde hayli iddialı olan formalizm, bununla yetinmemekte, eleştirdiği yaklaşımların yerine kapsamlı bir alternatif getirmeyi amaçlamaktadır. Yani formalizm, bir yönüyle yıkıcıdır, diğer bir yönüyle de yapıcıdır.

Daha önce de belirtildiği gibi formalizm aslında bir hukuki gerekçelendirme kuramıdır. Hukuku, öncelikle bir gerekçelendirme etkinliği olarak kabul eder. Hukukun gerekçelendirme etkinliği olması, biçimsel anlamaya elverişli olması demektir. Formalizme göre anlama ediminin biçimselliği şöyle izah edilebilir: Anlama edimi, gelişmiş bir hukuk sistemine içkin hukuki biçimlerin ve gerekçelendirme yapılarının izah edilmesine dayanır. Yani formalizmin çeşitli bileşenleri vardır. Bu bağlamda formalizm özel bir anlama türü önerir. Bu anlama türüne ait gerekçelendirici yapıları ortaya koyar. Nihayet bu gerekçelendirici yapıların normatif zeminini izah eder. Ayrıca hem hukukun geneli, hem de özel olarak tek tek hukuk dalları açısından bu yapıların, gelişmiş bir hukuk

⁴⁶ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 956.

⁴⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", pp. 956-957.

⁴⁸ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 956, dipnot 25.

sisteminde pozitif hukukun kendisinde örtülü bir şekilde varolduğunu ileri sürer⁴⁹.

Hukuki formalizmin iddiası, hukuki ilişkilerin ancak "içkin bir ahlâki düşünme" tarzı ile kavranabileceğidir. Hukukun işlevi, öğretilerinde, kurumlarında ve kararlarında içkin düşünme tarzını açığa çıkarmaktır. Hukuki ilişkiler ancak yine kendilerinden hareketle anlaşılabilir; yoksa hukuktan bağımsız bir takım siyasi amaçların hukuka aktarılması ile anlaşılabilir⁵⁰.

Burada Weinrib'in "hukuki" terimini, kelimenin Latince etimolojik kökü olan "hakkı ortaya çıkarıcı" anlamında kullandığı belirtilmelidir. Bu anlamda hukuk, yine Latince bir kelime olan *lex*'in, yani hukukun pozitif yönünün veya *kanunun* ötesinde bir anlama sahiptir. Hukuki olan, pozitif hukuk tarafından tayin edildiği hâliyle değil, kendi içinde tutarlı normatif bir bütünün parçası olarak anlamlıdır. Kuşkusuz pozitif hukuk, bir hukuki ilişkiyi oluşturan unsurların tespitinde önemlidir. Buna karşın, bir ilişkinin hukuki olup olmadığı tamamen hukuka özgü bir bakış açısıyla tespit edilir. Bu ise salt yasal düzenlemelere bakılarak gerçekleştirilemez⁵¹.

Formalizm hukukilik kavramını izah etmeyi amaçlar. Weinrib, hukukilik kavramının ne olduğunu izah etmeye girişmeden, ne olmadığı üzerinde durur. Bunu da şu örnek üzerinden açıklamaktadır: Başkasına zarar verme kastıyla bir eylemde bulunan kişi ile bu eylemden zarar gören kişi arasındaki ilişkide öncelikle fiziki bir olay söz konusudur. Buna karşın olayın hukuku ilgilendiren yönü, yalnızca olayı ortaya çıkaran fiziki süreçlerin incelenmesiyle anlaşılabilir. Olayın hukuki yönü, sadece pozitif hukuka bakılarak da ortaya çıkarılamaz. Gelişmiş bir hukuk sistemi kuşkusuz bir olayın ortaya çıkma şekliyle sonuçları arasındaki akli bağlantının ne olduğunu anlamayı amaçlar. Fakat yine de olayın unsurları yanlış yorumlanabilir. Pozitif hukuk, olayın hukuki önemini eksik değerlendirmiş olabilir. Keza bu hukuki ilişki, pozitif hukukun tarihsel veya sosyolojik incelemesiyle de tam anlaşılabilir. Bir ilişkinin hukuki niteliği, ancak hukuka özgü bir düşünme yöntemi ile anlaşılabilir. Bu ise fiziksel, tarihsel, sosyolojik bir incelemeden ayrı olduğu kadar, pozitif hukuktan da ayrı bir incelemeyi gerektirir. Dolayısıyla burada formalist anlama kavramı izah edilmelidir. Yani bir şeyi anlamak ne demektir? Bu soru cevaplandırılmalı ve hukuki ilişkilerin bu anlama kavramı ile incelenip incelenemeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır⁵².

a. Felsefi Bir Kavram Olarak Form

Formalizme göre anlama ediminin merkezinde biçim vardır. Biçim kavramı, felsefi açıdan ilk kez Eski Yunan'da incelenmiş, daha sonra Batı felsefesi tarihindeki akılcı geleneğin de temel kavramlarından biri olmuştur⁵³.

⁴⁹ Ernest Weinrib, "Why Legal Formalism", Robert George (ed.), **Natural Law Theory**, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 341-364, p. 352.

⁵⁰ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 957.

⁵¹ Weinrib, **The Idea of Law**, pp. 24-25.

⁵² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", pp. 957-958.

⁵³ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 352.

Anlama, bir şeyin biçimi ile maddesi arasındaki ilişkiyi kavramak demektir. Şayet bir şeyi anlamaya çalışıyorsak, o şeyin *ne* olduğunu bilmek istiyoruzdur. “Nelik”e dair bu bilme çabası, bir şeyin, herhangi bir şey değil de o şey olduğu kabulüne dayanır. Yani o şeyin sınırları ve belirli bir maddesi olduğunu kabul etmek demektir. Bir şeyin maddesinin sınırlarının belirli olması, o şeyi diğer şeylerden ayırtmayı mümkün kılar. Böylece o şey, anlaşılabilir bir belirsizliğin boşluğunda yitip gitmez. Bir şeyin o şey olarak tespit edilmesi, zaten bu belirsizliğin reddi demektir. Dolayısıyla madde, biri olumlu, diğeri olumsuz, iki farklı açıdan önem taşır. Olumlu açıdan, bir şeyin o şey olduğunu söylemeyi, olumsuz açıdan da o şeyi diğer şeylerden ayırtmayı mümkün kılar⁵⁴.

Bir şeyin maddesini sınırlandırıp belirleyen özelliklerin toplamı o şeyin biçimini verir. Diğer bir deyişle biçim, bir nesneyi, bir yandan aynı türe giren diğer nesnelere birlikte sınıflandırmayı, öte yandan farklı türe giren nesnelere de ayırtmayı sağlayan niteliklerin toplamıdır⁵⁵.

Weinrib biçim kavramını, metafizik anlamıyla kullanmakta⁵⁶, biçim kavramını daha iyi anlatmak için de masa örneğini kullanan aşağıdaki alıntıya başvurmuştur:

“Form bir nesnenin, aynı türden diğer nesnelere ile türdeş olmasını sağlayan bir ilke değildir sadece. Aynı zamanda bu nesnenin, kendi başına tek bir nesne olarak kabul edilebilmesini mümkün kılan birlik/bütünlüktür⁵⁷. Nite-

⁵⁴ Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, p. 958.

⁵⁵ Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, p. 958; Weinrib, “Why Legal Formalism”, p. 352.

⁵⁶ Modern hukuk felsefesinde biçimin önemini vurgulayan başka hukuk filozofları da vardır. Örneğin Giorgio Del Vecchio, *The Formal Bases of Law* (1914) isimli kitabında hukukun ne olduğunun ancak belirli bir biçim fikriyle anlaşılabilirliğini söylemektedir. Del Vecchio’ya göre hem hukukun kendisi, hem de hukuk hakkındaki düşüncelerimiz sürekli bir gelişim ve değişim içerisinde. Fakat bu gelişim ve değişim içerisinde değişmez bir gerçek vardır: Biz bir hukuk kavramından ve böyle bir kavramın varlığından kuşku duymayız. Nitekim ne kadar farklı olursa olsun bir hukuki önermeyle karşılaştığımızda hemen hukukilik niteliği atfederiz. Hukukun tarihsel açıdan çok çeşitli görünüşler sergilediğini söylemek, aslında hukuka ait ortak bir biçimin varlığını da kabul etmek demektir. Zira tarihsel görünüşlerinin her birine aynı şekilde uygulanabilecek ve dolayısıyla belirli bir sürekliliğin var olduğunu gösterecek bir birlik düşüncesi olmaksızın hukukun gelişiminden bahsedemeyiz. Hukukun hakiki birliğini, ne hukuk tarihinin verilerinden, ne de bu verilere zorla uygulanacak soyut bir adalet idealinden hareketle kavrayabiliriz. Hukukun birliği, ancak tümel hukuka, yani hukuk fikrinin kendisine özgü biçime bakılarak anlaşılabilir. Hukuk fikrine özgü bu biçim, hukukun içeriğinden çıkarılamaz. Fakat yine de hukukun farklı görünüşlerine içkindir. Bu, şu psikolojik olgudan hareketle de kanıtlanabilir: Birbirinden farklı, hatta birbiriyle çelişkili hukuki önermeleri, tek bir hukuk kategorisi içerisine sokma eğilimimiz vardır. Bu farklı ve çelişkili önermelerin hepsinde ortak olan unsur, hukukun özüdür. Diğer bir deyişle bu unsur bize hukuki önermelerin biçimini, yani anlamını gösterir, Giorgio del Vecchio, *The Formal Bases of Law*, Frans. John Lisle, Boston, Boston Book Company, 1969 (1914), § 47, pp. 68-69. Ayrıca bkz. Giorgio del Vecchio, **Hukuk Felsefesi Dersleri**, Çev. Suut Kemal Yetkin, İstanbul, İstanbul Maarif Matbaası, 1940, p. 157-158, p. 294.

⁵⁷ Weinrib, biçimin bu özelliğini ifade etmek için “unity” kelimesini kullanmaktadır. Bu kelimenin Türkçe tam karşılığı “birlik”tir. Weinrib’in kastettiği, metafizik anlamda bir-

kim bir masanın formu, tanımından anlaşılacağı gibi onun özüdür ve bu anlamda masanın amacına işaret eder. Bu form bütün masalarda aynı olmakla kalmaz, her biri için ayrı ayrı geçerli birlik/bütünlük ilkesini de oluşturur. Bu ilke sayesinde ki duyulanabilir madde dünyasının çeşitliliği ve belirsizliği içerisinde yer alan farklı nitelikler, tek bir nesne oluşturmak üzere biraraya gelirler. Renk, katılık veya yumuşaklık gibi belirli tekil nitelikler, birbirleriyle hiçbir benzerlik taşımazlar. Bir masanın formu veya tasarımı, hepsinin aynı anda ve birbirlerine bağlı bir şekilde varolmalarını gerektirdiğinde ancak bu nitelikler biraraya gelirler. Böylece ortaya çıkan şey, tek bir isimle gösterilebilir. Biçim ve maddenin birleşmesi olmaksızın hiçbir nesne varolamaz veya kavranamaz. Bu ikisi arasında sadece biçim tümeldir/evrenseldir ve akılla kavranabilir. Madde ise tekildir ve ancak duyulanabilir.”⁵⁸

Biçim ile madde bağlantılı kavramlardır. Eğer herhangi bir nesnenin maddesi biçimden yoksunsa belirlenmişlikten de yoksundur. Belirlenmişlik ise bir nesnenin, o nesne olarak algılanmasını mümkün kılar. Dolayısıyla biçimden yoksun bir madde, belirsiz bir şeydir veya hiçbir şey değildir. Buna karşılık bir biçim, maddenin yoksunsa herhangi bir nesneye ait olmadığından, biçim de sayılmaz. Sonuç olarak biçim madde, madde de biçimdir. Aralarındaki fark sadece kavramsaldir, ontolojik değildir. Biçim, nesnenin kendisinden bağımsız bir varlığa sahip değildir. O nesnenin maddesinin kavranabilir olduğuna işaret eder. Dolayısıyla biçim, kavranabilir maddedir; madde ise belirlenmiş biçimdir. Bir nesne ancak biçim ile madde birarada bulunduğu kavranabilir. Yani, biçimi oluşturduğumu varsaydığımız özelliklerin toplamı maddeyi, madde olarak düşündüğümüz özellikler de biçimi gerçekten yansıtıyorsa bir nesnenin kavranabilir olduğunu söyleyebiliriz. Biçim ile madde arasındaki ilişkide herhangi bir boşluk varsa bu ya bir düşünsel hatadan ya da bilgisizlikten kaynaklanır⁵⁹.

Weinrib, biçim ile maddenin ilişkisini bu şekilde açıkladıktan sonra biçimi biraz daha ayrıntılı ele alır. Biçimin üç özelliği vardır:

3-Bir şeyin biçimini kavramak, öncelikle o şeyin kendine özgü bir karakteri olduğunu kabul etmektir. Bir şeyin kendine özgü karakteri ise o şeyi tanımlamamızı sağlayan özelliklerin toplamından oluşur. Fakat bu özelliklerin tespiti, o şeyin kendine ait bütün niteliklerini tek tek saymak demek değildir. Burada önemli olan, o şeyi karakterize ettiğini söyleyebileceğimiz özellikleri bulup çıkarmaktır. Dolayısıyla aslı özellikler ile arızı özellikler arasında bir ayırım yapmak gerekir⁶⁰.

4-Biçim bir birlik ilkesidir. Biçim sahibi bir şey, bir bütünlük oluşturur. Bu bütünlük ise onu o şey yapan niteliklerin toplamıdır. Bir şeyin biçimi üzerine düşünürken o şeyi, birbirinden bağımsız şekilde kavranabilen özelliklerin

liktir ve bu anlamıyla birlik, bütünlük kavramıyla birarada ele alınır. Fakat birlik kelimesinin Türkçe’de farklı çağrışımları bulunduğundan bu çalışmada birlik/bütünlük ifadesi tercih edilmiştir.

⁵⁸ M. B. Foster, **The Political Philosophies of Plato and Hegel** (1935), p. 13’den aktaran Weinrib, **The Idea of Private Law**, p. 26.

⁵⁹ Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, p. 959.

⁶⁰ Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, p. 959.

toplama olarak algılamadığımız gibi, tek bir özelliğin türevi olarak da algılamayız. Bir şey, kendisini tanımlayan özelliklerin toplamından oluşan bağımsız bir varlıktır. Bu varlık düzenli bir bütünlük oluşturur. Bütünlük ise parçalarına indirgenemez, yani parçaların toplamından fazladır. Herhangi bir biçimin unsurları, parçası olduğu bütün aracılığıyla kavranabilirler⁶¹.

5-Biçim, bir şeyin hangi türe ait olduğunu gösterir. Biçim aracılığıyla bir şeyin bütün örneklerinin aynı nitelikte olduğunu anlarız. Bir şeyi o şey yapan özelliklerin neler olduğunu tespit etmek, asli özellikler ile arazi özellikleri birbirinden ayırmayı da içerdiğinden, biçim yalnızca o şeyi kendi bireyselliği içerisinde değil, aynı türden diğer şeylerle birlikte kavramayı da sağlar⁶².

Sonuç olarak biçim, anlama ediminin üç temel unsurunu, yani karakter, birlik ve tür kavramlarını gündeme getirir. Karakteristik özellikler bir şeye karakterini verir. Karakter, bu yönüyle o şeyin ne olduğunu anlamada vazgeçilmez bir unsurdur. Bu özellikler tek başlarına bir anlam ifade etmez. Ancak parçası oldukları bütüne karakterini kazandırmakla anlamlı hâle gelirler. Bir şeyin asli özelliklerini değiştirmek, o şeyin bütününe değiştirmek demektir. Bir şeyin bütününe değiştirmek ise kendisini oluşturan parçaların anlamını değiştirmektedir⁶³.

b. Form ve Hukuki Düşünmenin İçkinliği

Hukuki formalizmin temel iddiası, hukukun içeriğinin, ancak kendisinden kalkılarak anlaşılabilirliği kabulüdür. Bu tür bir anlama ise hukuku içeriden şekillendiren bir düşünme tarzını gerektirir. Burada formalizmin can alıcı noktası karşımıza çıkar: Formalizme göre hukuk, bir düşünce ürünüdür; içeriği, hukuki ilişkileri tanımlayan kavramlardan oluşur. Örneğin nedensellik bağı, nedensellik bağının yokluğu, ödev, hukuki sebep, icap ve kabul bu tür kavramlardandır. Hukuk, kendisini oluşturan fikirlerle özdeşir. Hukuku anlamak, bu fikirlerin arasındaki düzeni ve bağlantıyı kavramakla mümkündür⁶⁴.

Bir hukuki ilişkinin karakteristik özellikleri, dışarıdan gözlem yapan biri tarafından kendisine yüklenen anlamlar değildir. Bu özellikler, hukuki ilişkinin iç yapısını oluşturan kavramlar, ilkeler ve kurumlardır⁶⁵. Formalist yaklaşım, hukukun bu kavram, ilke ve kurumlarını, hukukun kendine özgü düşünme tarzının göstergesi olarak görür; hukukçuların kendi bakış açısıyla anlamaya çalışır. Dolayısıyla formalizme göre hukuk, ancak ekonomi veya başka bir disiplinin terimleriyle ifade edildiğinde anlamlı olacak bir dile sahip değildir; hukukun kendine özgü bir dili vardır ve bu dil, yine hukukun kendisinden kalkılarak anlaşılabilir⁶⁶.

Anlama ediminin kendisi ile konusu arasındaki kopukluğu bu şekilde gidermek suretiyle formalizm⁶⁷, hukukun içeriğini biçim aracılığıyla açıklamaya

⁶¹ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 960.

⁶² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 960.

⁶³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", pp. 960-961.

⁶⁴ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 962.

⁶⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 962, dipnot 35.

⁶⁶ Weinrib, "Legal Formalism", p. 340.

⁶⁷ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 351.

imkân verir. Hukukun doğası için bir düşünme ve anlama süreci ile kavranabildiği için bu kavrayış herhangi bir eksiklik veya bozukluk içermez. Nasıl geometri, geometriye özgü bir düşünme şekli ile kavranabiliyorsa hukuk da hukukun kendine özgü düşünme yapılarına nüfuz edilebildiği oranda anlamaya müsait hâle gelir⁶⁸.

Fakat Weinrib bu noktada bir uyarıda bulunur: Hukuk, her ne kadar kendisinden kalkılarak anlaşılabilirse de bu anlaşılabilirlik, hukukun kendi kaynaklarında açıkça görülmeyebilir. Üstelik gelişmiş hukuk sistemleri, yargı kararlarının hatalı olabileceğini kabul ettiğinden hukukun anlaşılabilirliği, somut olaylarda tam görülmeyebilir. Dolayısıyla formalizmin görevi, hukukun kaynaklarında örtülü bir hâlde bulunan anlaşılabilirliği ortaya çıkarmak ve böylece eğer bir hukuki hata varsa nereden kaynaklandığını tespit etmektir⁶⁹.

Biçim; karakter, birlik ve tür kavramlarının birbirleriyle ilişkilerini gösterir. Dolayısıyla formalizm, bir hukuki ilişkinin asli özelliklerini tespit etmeyi, bu özelliklerin söz konusu ilişkinin başka herhangi bir ilişkiye indirgenmesini önleyecek ve aynı türden diğer ilişkilerle birlikte sınıflandırılmasını sağlayacak şekilde nasıl biraraya geldiğini göstermeyi amaçlar. Biçimin işlevi, hukukun için düşünme tarzını ortaya çıkarmaktır. Bunu ise hem tek bir hukuki ilişkinin kendi içinde, hem de hukuki ilişkiler arasında geçerli olan birlik ve tutarlılık özelliklerini öne çıkararak gerçekleştirir⁷⁰.

İçkin anlama, anlama çabasının çeşitlerinden sadece biri değil, anlama çabasını en iyi temsil edenidir. İçkin anlamının diğer anlama türlerinden üstünlüğü, anlama çabasının nesnesi olan şeyi, kendisinin dışında herhangi bir yabancı unsura başvurmaksızın, yine kendisinden hareketle kendi içerisinde anlamayı sağlamasıdır. Eğer bir şeyi, kendi başına anlayamıyorsak kendisi dışında başka bir şey vasıtasıyla anlamaya çalışıyoruz demektir. Fakat bu durumda da anlama çabamızın vasıtası konumundaki o şeyin kendi başına anlaşılabilir olması gerekir. Eğer bu şey de kendi başına anlaşılabilir değilse bu kez yine bir başka şeye başvurmak zorunda kalırız. Bu süreç, kendi başına anlaşılabilir bir şeye ulaşılmaya kadar sürüp gider. Ama sonuçta mutlaka kendi başına anlaşılabilir bir şeye ulaşmamız, anlama çabamızın başarıyla gerçekleştirilmesi için şarttır. Dolayısıyla anlama çabasının en başarılı örneği, kendi nesnesine için anlama türüdür⁷¹.

Bir şeyin için anlamaya müsait olması durumunda şayet o şey, başka tür bir anlama çabası ile anlaşılmaya çalışılıyorsa söz konusu şeyin en önemli niteliği görmezden gelinir. Örneğin Pisagor teoremi, geometriye ait kanıtlardan hareketle değil de Pisagor'un yaşadığı dönemin sosyo-ekonomik koşulları dik-kate alınarak anlaşılmaya çalışılıyorsa tam anlamıyla anlaşılmış sayılmaz⁷².

Hukuku, biçim düşüncesinin dayandığı için anlama yöntemi ile izah etmenin iki sonucu vardır: Bunlardan ilki, doğal nesnelere bilimsel izahının, için anlaşılabilirliğe sahip nesnelere için geçerli olamayacağıdır. Bilimsel açık-

⁶⁸ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 962.

⁶⁹ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", pp. 962-963.

⁷⁰ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 963.

⁷¹ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 963.

⁷² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 963.

lama tarzı, doğal nesnelere ait düzenliliklere dair varsayımların karışımından oluşur. Fakat bilim adamı Tanrı değildir; doğanın içkin mantığını bilemez. Dolayısıyla bilimsel açıklama tarzı, içkin anlama çabasından önce gelir ve kategorik olarak farklıdır⁷³.

Hukuku içkin anlama yöntemi ile izah etmenin ikinci sonucu, hukukun araçsal olmadığını kabul etmektir. Araç, ancak amaçla izah edilebilir. Yani bir aracın anlaşılabilirliği, kendisinin dışında bir kaynağa, yani hizmet ettiği amaca bağlıdır. Hukuki ilişkiler ise kendilerine özgü biçime, yani aslında yine kendilerine bakılarak anlaşılabilir. Burada herhangi bir araca gitmeye gerek yoktur. Yani hukuki ilişkileri anlamak, araçsal bir yaklaşımı gerektirmez. Formalizme göre hukuk, farklı amaçların toplamı değildir. Bir takım norm ve ilkelerden oluşur. Bu norm ve ilkeler ise hukuki düşünme ile anlaşılacak ilişkilere içkindir. Yani formalizm, hukukun kendine özgü kavramsal yapısından bağımsız bir takım amaçların gerekçe olarak sunulduğu bir anlama yöntemine karşıdır⁷⁴.

Formalizm, bütün bu söylenenlerden de anlaşılacağı üzere, hukuki ilişkileri araçsal olmayan bir yöntemle anlayabileceğimizi kabul eder. Bu kabülün bir sonucu da araçsal bir anlama yönteminin, hukuku anlamada sadece yetersiz değil, gereksiz de olduğudur. Yani bir hukuki olgu, eğer araçsal olmayan bir yöntemle anlaşılabiliriyorsa ayrıca araçsal bir anlama yöntemine de başvurmaya gerek yoktur. Fakat bunun tersi doğrudur. Başka bir deyişle, araçsal anlama yöntemi, anlama faaliyetini sona erdirmez. Zira araçsal anlama yöntemi, doğası gereği mükemmel değildir. Araçsal anlama, anlaşılabilirliği, araştırma nesnesinin kendisine değil de bu nesnenin hizmet ettiği amaca atfeder. Bu amaç da ancak bir başka amaç vasıtasıyla anlaşılabilir. Bu bitimsiz süreç, eğer araçsal olmayan bir anlama noktasına gelmezse anlama çabası boşa çıkar.

Her ne kadar hukukun en fazla araçsal anlamaya imkân vereceği kabul edilse de araçsal olmayan anlama da mümkündür. Bir defa bu imkân kabul edilse ve uygulansa bile araçsal anlamının daha aşağı bir düzeyde olduğu görülecektir. Yani araçsal anlama ile araçsal olmayan anlama eşit değerdedir. Araçsal olmayan anlama bağımsız ve temel niteliktedir. Buna karşılık araçsal anlama, ancak ikincil nitelikte bir anlama çabasıdır. Araçsal olmayan anlamının geçerli olduğu bir durumda araçsal anlama geçerliliğini yitirir⁷⁵.

c. Hukuki Formalizm ve İki Adalet Biçimi

Biçim, daha önce de belirtildiği gibi bütünleştirici/birleştirici bir kavramdır. Biçimin oluşturduğu bütün, kendisine bütünlük niteliğini kazandıran her bir parçanın toplamından daha büyüktür. Yani bir hukuki biçimin unsurları, birlikte tek bir fikri temsil ederler. Eğer bir biçim, mümkün en fazla sayıda hukuki ilişkiye uygulanabilecek kadar geniş kapsamlı ise bu farklı ilişki türleri, ayrı ayrı ele alınıp bir çokluk içerisinde incelenemez. Ait oldukları biçimin bütünleştirici/birleştirici ilkesine örnek teşkil etmelidirler. Bu ise soyutlamayı

⁷³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", pp. 963-964.

⁷⁴ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", pp. 964-965.

⁷⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 965.

gerektirir. Soyutlama sayesinde farklı hukuki ilişkilerin birarada bulunduğu tek bir biçime ait ortak yapı aydınlatılır⁷⁶.

Formalizmin en geniş kapsamlı bütünlüklere ulaşma çabası, soyutlama eğiliminin en bariz ifadesidir. Soyutlama ise hukuki düşünmenin en önemli unsurlarından biridir. Her ne kadar bir hukuki ilişkinin ortaya çıkmasında rol oynayan etmenler somut ve tekil olsa da hukukçular bu etmenleri hukuki kategoriler altında inceler. Hukuki kategoriler ise somut olayın tekilliğin aşar; daha soyut bir düzeye aittirler. Diğer bir deyişle tekil hadiseler, ancak kategoriler altına sokulabildiğinde anlamlı olur. Herhangi bir olgunun hukukten önem taşıması, tekil hadiselerin toplamına dahil olmasından değil, diğer hukuki kategorilerle bir araya gelebilecek bir kategoriye sokulabilecek nitelikte olmasından kaynaklanır⁷⁷.

Hukuki düşünme, tekil hadiseleri soyutlamalar oluşturacak unsurlar şeklinde kabul eder. Hukuki formalizm ise bu soyutlamayı daha da ilerletir ve hukuki ilişkilere dair en soyut kavramalara ulaşmayı amaçlamak için kullanır. Bu kavramlar, hukuki ilişkilere bu niteliğini veren bütünlüklerin en geniş kapsamlı ifadesidir. Hukukun içeriği de ancak sözü geçen bu soyut biçimlere uygun olduğunda anlaşılabilir niteliğe sahiptir⁷⁸.

Hukuki ilişkiler, ilişki içerisinde yer alanların birbirinden farklı menfaatlere sahip olmasıyla ayırđedilir. Bu ilişkiler iki farklı biçim altında tutarlı olur. En soyut ve en kapsamlı formüllerle izah edilen bu iki biçim, denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalettir. Bu anlamda adalet, içeriğe dair bir ilkeye veya ideale işaret etmez. Bir adalet biçimi, gerekçelendirici bir yapı oluşturur. İçeriğe dair ilkeler, ancak bu yapıya uygun ise tutarlı kabul edilir⁷⁹.

Hukuki ilişkilere dair en soyut ve en kapsamlı gerekçelendirici yapılara ulaşma çabası Eski Yunan'a kadar uzanır. Bu noktada Weinrib, Aristoteles'e başvurur. Zira bu tür yapılardan olan denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet kavramlarını ilk kez ayrıntılı bir şekilde araştıran Aristoteles olmuştur⁸⁰.

⁷⁶ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 976.

⁷⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 976.

⁷⁸ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", p. 976.

⁷⁹ Weinrib, "Why Legal Formalism", pp. 353-354.

⁸⁰ Aristoteles *Nikomakhos'a Etik* isimli eserinin 5. Kitabı'nı adalet erdeminin incelenmesine ayırmıştır. Günümüzde hâlâ geçerliliğini koruyan dağıtıcı adalet-denkleştirici adalet ayrımından da ilk kez bu bölümde bahsetmiştir: "Özelinde adaletin -ve ona karşılık olan hakkın- bir türü, onurun, paranın ya da topluma katılanlar [yurttaşlar] arasında bölüşdürülebilir olan diğer şeylerin dağıtılmasında söz konusu olanıdır (çünkü bunlarda kişilerin eşitliğe aykırı ve eşit olarak bir şeye sahip olması sözkonusudur); bir başka türü ise alışverişlerde düzeltici olanıdır. Bunun da iki kısmı vardır; çünkü alışverişlerin kimi isteyerek kimi istemeyerek olur; isteyerek olanlar, satmak, satın almak, borç vermek, kefil olmak, ödünç vermek, güvence parası yatırmak, kiralamak gibi şeylerdir (bu alışverişlere isteyerek olanlar deniyor, çünkü başlangıçları isteyerek yapılır); istemeyerek olanlardan ise bir kısmı gizli yapılanlardır -hırsızlık, zina, zehirleme, baştan çıkarma, kölelerin aklını çelme, tuzağa düşürerek öldürme, yalan yere tanıklık etme gibi-; bir kısmı da zora dayananlardır -kötü muamele görme, hapse atılma, ölme, soyulma, sakatlanma, çamur atılma, aşağılama gibi." (Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 2. Bası, Çev. Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınevi, 1998, 5. Kitap, 1131a, pp. 93-94.

Weinrib, Aristoteles'in adalet hakkındaki görüşlerinin, kendi formalist yaklaşımını açıklamada hayli faydalı olacağını düşünmektedir.

Denkleştirici adalet iki taraflı ilişkilere uygulanır. Tarafları, belirli bir zarar temelinde biraraya getirir⁸¹. Dikkat edilirse burada tarafları biraraya getiren herhangi bir yabancı unsur, bir aracı yoktur. Bu açıdan bakıldığında denkleştirici adaletin alanının özel hukuk ilişkileri olduğu söylenebilir. Nitekim denkleştirici adaletin niteliği en iyi şekilde bir haksız fiil ilişkisinde ortaya çıkar. Denkleştirici adalet açısından, zarar veren, haksız fiil ilişkisinin aktif tarafını, zarar görense pasif tarafını oluşturur⁸². Bu anlamda zarar veren davalı, zarar görense davacı ismini alır⁸³. Zarar verme ile zarar görme arasındaki karşılıklık, haksız fiil ilişkisinin birliğini ve bütünlüğünü sağlar. Diğer bir deyişle zarar verme ile zarar görme birbirinden bağımsız ele alınamaz. Zarar verme eyleminin normatif önemi, karşılığında bir zarar görme durumunun ortaya çıkmasından kaynaklanır. Keza zarar görmenin önemi de bu duruma yol açan bir zarar verme eyleminin varlığına bağlıdır. Özetle denkleştirici adalet bakımından zarar verme ile zarar görme birbirinden ayrı olaylar değil, tek bir olayın birbiriyle ilişkili iki farklı yönüdür⁸⁴. Bu durumun doğal sonucu ise denkleştirici adalete ait gerekçelendirme faaliyetinin hem zarar verme eylemine, hem de zarar görme durumuna uygulanması gerektiğidir. Denkleştirici adaletin gerekçelendirmeye işlevi, ancak davalının zarar doğuran eylemi ile davacının zarar görmesi arasındaki sürecin bir bütün halinde ele alınıp, tek bir normatif birim şeklinde yorumlanmasıyla gerçekleşir⁸⁵.

Buna karşılık dağıtıcı adalet, tarafları doğrudan değil de belirli bir dağıtım şeması aracılığıyla biraraya getirir⁸⁶. Taraflar arasındaki ilişki, bir dağıtım ölçütü tarafından belirlenir⁸⁷. Yani dağıtıcı adalet açısından kişiler, nimet ve külfetleri belirli bir dağıtım ölçütüne uygun şekilde paylaşır. Bu ölçüt, dağıtım şemasının birliğini ve bütünlüğünü sağlayan ilke işlevini görür⁸⁸. Buna göre dağıtıcı adalet, dağıtılacak nimet veya külfetlerin, belirli bir dağıtım ölçütünün ve dağıtımın aralarında gerçekleşeceği kişilerin varlığını önceden kabul eder. Dağıtım ilişkisinin tutarlılığı bu üç unsurun karşılıklı uyumuna bağlıdır⁸⁹.

Denkleştirici adalet ile dağıtıcı adalet, yukarıda da belirtildiği gibi, gerekçelendirici yapılarıdır. Gerekçelendirme faaliyeti eğer zarar verenin, zarar görene neyi borçlu olduğuna ilişkinse denkleştirici adalet söz konusudur. Buna karşılık eğer nimet ve külfetlerin nasıl dağıtılacağına ilişkin bir gerekçelendirme söz konusuysa dağıtıcı adalete başvurulur. Yani denkleştirici ve dağıtıcı terimleri, kişiler arasındaki hukuki ilişkilere ait gerekçelendirme yapılarına işaret eder⁹⁰.

⁸¹ Weinrib, "Legal Formalism", p. 335.

⁸² Weinrib, "Legal Formalism", pp. 335-336.

⁸³ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 354.

⁸⁴ Weinrib, "Legal Formalism", p. 336.

⁸⁵ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 354.

⁸⁶ Weinrib, "Legal Formalism", p. 336.

⁸⁷ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 354.

⁸⁸ Weinrib, "Legal Formalism", p. 336.

⁸⁹ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 354.

⁹⁰ Weinrib, "Legal Formalism", pp. 336-337.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, birbirinden farklı kategorilerdir, dolayısıyla birbirlerine indirgenemezler. Bu sebeple aynı anda tek bir ilişkiye uygulanamazlar. Pozitif hukukun tutarlılığı için, bir ilişkiye yönelik gerekçelendirme faaliyetinde denkleştirici adalet ile dağıtıcı adalet bir arada bulunmamalıdır. Aksi takdirde her bir adalet biçimi diğerinin gerekçelendirme işlevini engeller. Böylece söz konusu ilişkinin birliği ve bütünlüğü bozulur⁹¹.

d. Hukuki Formalizmin Normatif Zemini

Denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaletin, formalizmin temelinde yer alan gerekçelendirme faaliyetinin tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için normatif bir boyuta da sahip olması gerekir⁹². Dolayısıyla hukuki formalizmin kuramsal çerçevesinde yer alan son unsur normatifliktir.

Weinrib, formalizme normatif bir zemin sağlayacak normatiflik kavramını izah etmek için Kant'ın hak temelli hukuk felsefesine başvurur. Dolayısıyla Weinrib'in Kant'ı nasıl yorumladığını incelemeye geçmeden önce Kant'ın hak kavramından ne anladığı üzerinde durmak gerekir.

Bilindiği gibi Kant, aklın iki tür işleyiş biçimi olduğunu söylemekte, bunlardan ilkinde teorik akıl, diğerinde de pratik akıl ismini vermektedir. Aklın bu iki işleyiş biçimine paralel olarak da felsefeyi ikiye ayırmıştır: teorik felsefe ve pratik felsefe. Teorik akıl saf bilme yetisinin nesnelereyle ilgilidir, bu nesnelere neler olduğunu tespit etmeye çalışır. Teorik aklın nesnesi kendisinin dışındaki bir kaynaktan elde edilir. Dolayısıyla teorik aklın amacı bu nesnelere saf bilgisine ulaşmaktır. Diğer bir deyişle teorik akıl, sadece duyular yoluyla elde edilen bilgiye, yani bizim dışımızdaki doğanın bilgisine yönelmiştir. Felsefenin teorik kısmı da işte bu bilginin ilkelerini bulmaya çalışır. Buna karşılık pratik aklın nesnesi, kendi dışında değildir; bizzat kendisi, nesnesinin kaynağıdır. Diğer bir deyişle pratik akıl, nesnesini kendisi yaratır. Dolayısıyla pratik akıl, nesnesini kendisi meydana getiren veya kendisini bu nesnelere meydana getirmek üzere belirleyen iradeye yöneliktir. Hatta bu irade ile özdeşdir. Bu irade, duyuların etkisi altında olmadığından özgürdür. İradenin özgür olması bir takım tercihlerde bulunması ve bu tercihleri hayata geçirmesi anlamına gelir. Bu açıdan bakıldığında pratik aklın amacının bilgi değil, eylem olduğu söylenebilir. Yani özgür iradenin devreye girdiği her durumda pratik akıl hakimdir. Buna bağlı olarak pratik felsefenin konusu da bu özgür iradenin ilkelelidir ve bu yönüyle pratik felsefe aslında genel ahlak felsefesidir. Nasıl ki teorik felsefe doğa yasalarını tespit etmeyi amaçlıyorsa pratik felsefe de özgür iradenin, kısaca özgürlüğün yasalarını tespit etmeyi amaçlamaktadır. Diğer bir deyişle teorik felsefe, doğadaki nedenselliği incelerken, pratik felsefe özgürlüğün nedenselliğini incelemektedir. Metafizik, Ontoloji, bilgi ve bilim felsefesi gibi

⁹¹ Weinrib, "Legal Formalism", p. 337. Weinrib'in denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaletle ilişkin açıklamaları aslında ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak kadar ayrıntılıdır. Hatta Weinrib'in hak temelli bir adalet kuramı oluşturduğu da söylenebilir. Buna karşın bu çalışmada denkleştirici ve dağıtıcı adalet kavramlarına sadece Weinrib'in formalizminin kuramsal çerçevesindeki yerleri ölçüsünde değinilmiştir.

⁹² Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 355.

klasik felsefe dallarının sorunları teorik felsefe alanına girerken, pratik felsefe genel bir ahlâk felsefesi niteliğindedir⁹³.

Kant, teorik aklın işleyiş ilkelerini *Saf Aklın Eleştirisi* [Kritik der reinen Vernunft] (1781) isimli eserinde, pratik aklın işleyiş ilkelerini ise *Ahlâk Metafizığının Temellendirilmesi* [Grundlegung zur Metaphysik der Sitten] (1785) ve *Pratik Aklın Eleştirisi* [Kritik der praktischen Vernunft] (1788) isimli eserlerinde incelemiştir. Kant, ömrünün sonuna doğru yazdığı *Ahlâk Metafizigi* [Die Metaphysik der Sitten] (1797) isimli eserinde ise pratik aklın ilkelerinin, ahlâk felsefesinin değişik konularına nasıl uygulanabileceğini araştırır. Erdem anlayışının yanısıra hukuk ve siyaset felsefesine ilişkin düşüncelerinin de bulunduğu bu eserde Kant'ın hak kuramı da en gelişmiş haliyle yer alır.

Kant, yukarıda da belirtildiği gibi *Ahlâk Metafizigi*'nde o güne kadar geliştirdiği ahlâk felsefesinin temel ilkelerini hukuk ve siyaset alanına uyarlar. Nitekim Kant bu eseri, daha önce yazdığı *Pratik Aklın Eleştirisi*'nin bir devamı niteliğinde kaleme aldığını söylemektedir. İki ana bölümden oluşan bu eserin ilk bölümü *Hak Öğretisi*, ikinci bölümü *Erdem Öğretisi* ismini taşır⁹⁴.

Kant, *Hak Öğretisi*'ne yazdığı giriş bölümünde hak öğretisinden ne anladığını açıklamaktadır. Hak Öğretisi, ancak bir dış kanun koyucu tarafından konulabilen yasaların araştırıldığı alandır. Eğer bu tür bir gerçek yasa koyucu varsa bu yasa koyucunun koyduğu, yani yürürlükteki yasaları araştıran alana Pozitif Hak Öğretisi ismi verilir. Bu tür bir gerçek yasa koyucu ve onun koy-

⁹³ Immanuel Kant, **Critique of Pure Reason**, Translated and Edited by Paul Guyer and Allen W. Wood, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, A800/B828-A802/B830, pp. 674-675; Immanuel Kant, **Critique of the Power of Judgment**, Translated by Paul Guyer and Eric Matthews, Edited by Paul Guyer, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 20:195, p. 3; Immanuel Kant, **Pratik Aklın Eleştirisi**, 3. Bası, Çev. İonna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsün Akatlı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1999, *29-30, p. 16. Ayrıca bkz. Frederick Copleston, **A History of Philosophy Vol. 6 (Modern Philosophy: From the French Enlightenment to Kant)**, New York, Doubleday, 1994, pp. 309-310; Julian Marias, **History of Philosophy**, New York, Dover Publications, Inc., 1967, pp. 287, 293-294; Heinz Heimsoeth, **Kant'ın Felsefesi**, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2007, pp. 148-149; Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", p. 481.

⁹⁴ Kant daha önce *Yargıgücünün Eleştirisi* [Kritik der Urteilskraft] (1790) isimli eserinin Önsözü'nde, bu eserle birlikte kendi felsefe sisteminin eleştirel kısmının sona erdiğini, bundan sonra doktrinel kısma geçeceğini, yani *Saf Aklın Eleştirisi* ve *Pratik Aklın Eleştirisi*'nde ortaya koyduğu ilkeleri, doğa ve ahlâk metafizigine uygulayacağını belirtmektedir. Nitekim Kant, *Hak Öğretisi*'ne hak metafizigi ismini vermektedir. Böylece hak öğretisi ampirik alanın dışına çıkarılmakta, salt aklın bir ürünü haline getirilmektedir. Kant'a göre önce hak öğretisine ilişkin metafizik bir sistem oluşturmalı, ardından bu, değişik olaylara uygulanmalı, böylece ampirik bir nitelik kazanmalıdır. Dolayısıyla *Ahlâk Metafizigi*'nde Kant'ın aslında *Hak Öğretisi* ile *Erdem Öğretisi*'nin metafizik ilkelerini ortaya koymak istediği, bir başka deyişle bu eserde bildiğimiz anlamda ahlâk, hukuk ve siyaset felsefesi yaptığı söylenebilir, Kant, **Critique of the Power of Judgment**, 5:170, p. 57; Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals**, Introduction, Translation, and Notes, Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, *205, p. 35. Ayrıca bkz. Mary Gregor, "Translator's Notes to the Text", Kant, **The Metaphysics of Morals**, p. 281, dipnot 1.

duğu pozitif yasalar yoksa sadece Hukuk Bilimi'nden söz edilebilir ve bu da doğal hak öğretisine ilişkin sistematik bilgiye ulaşmayı amaçlar⁹⁵.

Hak öğretisinin ne anlama geldiğini bu şekilde belirleyen Kant hak kavramını açıklamaya koyulur.

Kant'a göre hak kavramının üç temel özelliği vardır:

- Hak, tarafların karşılıklı birbirini etkilediği, pratik sonuçları olan ilişkilerin dışı yansıyan yönüyle ilgilidir.

- Hak, taraflardan birinin tercihi ile diğerinin isteği veya ihtiyacı arasındaki ilişkiyle değil, iki tarafın tercihleri arasındaki ilişkiyi işaret eder.

- Nihayet hak, tarafların tercihlerinin içeriğiyle, yani tarafların tercihleri altında yatan amaçlarla da ilgilenmez. Kant burada gündelik bir ticaret ilişkisinden örnek verir. Bir alım-satım ilişkisinde, alıcının bu satış işleminin sonucunda gerçekten kazançlı çıkıp çıkmayacağı hak açısından önem taşımaz. Burada göz önünde bulundurulması gereken sadece tarafların tercihlerinin formudur. Yani tercihlerin özgür iradeye dayanıp dayanmamasıdır önem taşınan. Ayrıca taraflardan birinin tercih ediminin, diğer tarafın tercih edimi ile evrensel bir yasaya uygun şekilde birarada varolup varolamayacağına bakılmalıdır⁹⁶.

⁹⁵ Kant, **The Metaphysics of Morals**, *229, p. 55. Kant, hak öğretisini bu şekilde tanımladıktan sonra hak öğretisiyle uğraşan bir hukukçunun hangi yönüme başvurması gerektiğini belirtir. Hukukçu hakkın ne olduğunu bulmaya çalışırken, belirli bir zamanda ve belirli bir yerde yürürlükte bulunan pozitif hukukun hak kabul ettiğiyle yetinmemelidir sadece. Pozitif hukukun hak dediğinin gerçekten hak olup olmadığını, haklı ile haksız birbirinden ayırmaya yarayan evrensel ölçütün ne olduğunu da bilmelidir. Bu ise ancak ampirik alanın dışına çıkmak ve sadece akim koyduğu kuralları ortaya çıkarmakla gerçekleşir. Böylece aynı zamanda her türlü pozitif yasanın da temelini ortaya koymuş olur. Phaedrus'un tahta kafası gibi, salt ampirik hak kuramı da güzel fakat maalesef içinde beyin olmayan bir kafadır, Kant, **The Metaphysics of Morals**, *229-230, p. 55. Bu noktada Kant'ın kullandığı anlamıyla hak öğretisi terimine biraz daha yakından bakmak gerekir. Burada haktan kasıt belirli özel bir hak değildir. Kant'ın haktan anladığı, bütün insanların yerine getirmesi gereken bir takım yükümlülükler ve bunlara karşılık gelen hakların tamamından oluşan bir sistemdir. Hak, ayrıca belirli bir yerde, belirli bir zamanda yürürlükte olan hukuk sisteminin, yani pozitif hukukun içerdiği hak ve yükümlülüklerin toplamı da değildir. Hak, yukarıda da belirtildiği gibi, herkesin sahip olması gereken hak ve yükümlülüklerin yer aldığı ideal bir hukuki ve siyasi sistemdir. Yani Kant'ın kullandığı anlamıyla hak, kendisinden önce Batı felsefe tarihinde adına "Doğal Hak" denilen kavrama işaret etmektedir. Bu özelliğe Kant'ın hak anlayışının hukuk felsefesi tarihinde "Doğal Hukuk" ismiyle bilinen geleneğe ait olduğu rahatlıkla söylenebilir. Buradaki hak terimi ne hukuka, ne de adalete tekabül eder. Zira hukuk, yukarıda tanımlandığı şekliyle hak terimine göre daha dar kapsamlıdır; adalete ise daha geniş kapsamlıdır, Mary Gregor, "Translator's Note on the Text, Kant, **The Metaphysics of Morals**, pp. x-xi; Paul Guyer, **Kant**, London and New York, Routledge, 2006, p. 262; Allen W. Wood, **Kant's Ethical Thought**, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 412, dipnot 3; Ernst Cassirer, **Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi**, 2. Basım, Çev. Doğan Özlem, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 1996, p. 423.

⁹⁶ Kant, **The Metaphysics of Morals**, *230, p. 56.

Bu üç özelliğten hareketle Kant hakkı şöyle tanımlar:

“Hak, bir kişinin tercihi ile diğer bir kişinin tercihinin evrensel özgürlük yasasına uygun şekilde birada bulunabileceği koşulların toplamıdır.”⁹⁷

Hakkı yukarıdaki gibi tanımlayan Kant, evrensel hak ilkesini de şu şekilde formüle eder:

“Bir eylem, ancak evrensel yasaya uygun şekilde herkesin özgürlüğüyle birarada bulunabiliyorsa veya eylemin maksimi⁹⁸, her bir kişinin tercih özgürlüğünün, herkesin tercih özgürlüğüyle evrensel yasa gereği birarada bulunabilmesini öngörüyorsa o eylem, doğru bir eylemdir/hak niteliğindedir.”⁹⁹

Şayet eylemim, evrensel yasaya uygun şekilde herkesin özgürlüğüyle birarada bulunabiliyorsa beni bu eylemi gerçekleştirmekten alıkoyan herkes yanlış hareket etmiş olur. Zira bu engelleme, evrensel yasaya uygun özgürlükle, yani evrensel hak ilkesiyle uyuşmaz¹⁰⁰.

Bununla birlikte Kant, evrensel hak ilkesini kişinin aynı zamanda kendi eylemleri için de bir maksim kabul etmesi gerektiğini düşünmemektedir. Kişi, kendi eylemleriyle başkasının özgürlüğünü engellemediği sürece istediği gibi hareket edebilir. Yani kişinin, her eyleminde bir başkasının özgürlüğünü dikkate alma yükümlülüğü yoktur. Yani kişi, dışarıya yansıtmadığı sürece bir başkası hakkında istediğini düşünebildiği gibi, başkasına zarar vermemek koşuluyla bu düşüncelerini dilediği şekilde hayata geçirebilir. Kişiden evrensel hak ilkesini kendi eyleminin maksimi kabul etmesini beklemek ancak ahlâkın bir gereği olabilir, fakat hak alanında böyle bir yükümlülük söz konusu değildir. Dolayısıyla “Öyle davran ki tercih özgürlüğün, evrensel yasayla uyumlu şekilde herkesin tercih özgürlüğü ile birarada bulunabilsin.” formülüyle de ifade edilebilecek evrensel hak ilkesi, kuşkusuz gerçek bir yasadır ve ahlâki bir yükümlülük doğurur. Buna karşın benden, özgürlüğümü salt bu yükümlülük adına kısıtlamamı talep etmez. Sadece söz konusu yükümlülük gereği özgürlüğümün belirli koşullarla sınırlı olduğunu gösterir. Bu sınır ise başkalarının özgürlüğüdür. Kant’a göre bu, daha fazla kanıt gerektirmeyen bir postulatır. Eğer amaç, ahlâki erdemlerin neler olduğunu değil de hakkın ne anlama geldiğini göstermekse hak ilkesinin, kendi başına bir eylemin saiki olamayacağı kabul edilmesi gerekir¹⁰¹.

Evrensel hak ilkesi, ilk bakışta Kant’ın *Pratik Akılın Eleştirisi* ve *Ahlâk Metafizikinin Temellendirilmesi* eserlerinde formüle ettiği evrensel ahlâk ilkesine çok benzemektedir. Bilindiği gibi Kant’ın evrensel ahlâk ilkesi şöyledir: “Öyle davran ki eyleminin maksimi, aynı zamanda evrensel bir yasa olmasını isteyebileceğin şekilde olsun.”¹⁰² Buna karşın Kant, temelinde hak kavramının yer aldığı hukuki ödev düşüncesi ile ahlâki ödev düşüncesini birbirinden ayır-

⁹⁷ Kant, *The Metaphysics of Morals*, *230, p. 56.

⁹⁸ Bilindiği üzere “maksim” kavramı Kant’ta bir eylemin öznel ilkesidir. Yani öznenin, eylemini gerçekleştirirken kendi kendine koyduğu ve eylemini dayandırdığı ahlâki ilke, “maksim” ismini alır, Kant, *The Metaphysics of Morals*, *225, p. 51.

⁹⁹ Kant, *The Metaphysics of Morals*, *230, p. 56.

¹⁰⁰ Kant, *The Metaphysics of Morals*, *231, p. 56.

¹⁰¹ Kant, *The Metaphysics of Morals*, *231, pp. 56-57.

¹⁰² Kant, *Ahlâk Metafizikinin Temellendirilmesi*, *17, p. 17.

maktadır. Hukuki ödevler sadece kişilerin eylemlerinin dışa yansıyan yönüyle, yani dış özgürlükle ilgilidir; eylemlerin temelinde yer alan saiklere karşı duyar-sızdır. Buna karşılık ahlâki ödevler, sadece kişilerin eylemlerinin dışa yansıyan yönüyle değil, amaçları ve saikleriyle de ilgilidir¹⁰³.

Hukuki ödevler alanında bir eylemin, temelinde yer alan saikten bağımsız şekilde yasaya uygun olup olmadığına bakılır. Eğer eylem yasaya uygunsa eylemin salt ödev düşüncesiyle gerçekleştirilmesi beklenmez. Buna karşılık ahlâki ödevler alanında ödev düşüncesinin bizzat kendisi, eylemin saikini oluşturur. Yani bir eylemin ahlâki ödevlere uygun olup olmadığı, ödev düşüncesiyle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bağlıdır¹⁰⁴. Diğer bir deyişle ahlâki ödevler eylemin dayandığı maksime bakılarak değerlendirilir. Hukuki ödevlerin değerlendirilmesinde ise eylemin maksimine değil, yasaya uygunluğuna bakılır¹⁰⁵.

Hukuki ödev ile ahlâki ödevin birbirinden ayrı olduğu, hak kavramının aynı zamanda belirli bir zor kullanma yetkisini içinde barındırmasından da anlaşılır. Kant hakkın bu niteliğini şöyle açıklar: Belirli bir sonucun ortaya çıkmasının engellenmesine karşı koyma, söz konusu sonucu daha da güçlendirir ve bu sonuçla tutarlıdır. Evrensel yasaya aykırı şekilde özgürlüğü kısıtlayan herhangi bir şey yanlıştır/haksızdır. Burada bir zor kullanma söz konusudur ve bu zor kullanma özgürlüğü engelleme şeklindedir. Dolayısıyla özgürlüğün yanlış/haksız bir kullanımı söz konusuysa yani bir başka özgürlüğün kullanımını engelliyorsa buna karşı koymak, yani özgürlüğün engellenmesini engelleme evrensel özgürlük yasası ile tutarlıdır, yani doğrudur/haklıdır¹⁰⁶.

Kant'm *Ahlâk Metafizigi*'nde geliştirdiği hak anlayışını kısaca bu şekilde gördükten sonra Weinrib'in Kant'm bu hak anlayışını kendi formalist hukuk kuramı açısından nasıl yorumladığı incelenebilir.

Weinrib'e göre Kant'm hukuk felsefelerinin merkezinde yer alan hak kavramı, normatifliğin en soyut ve en kapsamlı açıklama modeline zemin sağlar. Hak, özgür ve belirli bir amaca sahip bireyler arasındaki ilişkileri yöneten kurallar toplamıdır¹⁰⁷. Belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelmiş özgür bir bireyin temel özelliği, içinde bulunduğu koşullardan ve çevresinde yer alan her türlü nesneden kendisini soyutlayıp o şekilde karar alabilmesi ve bir eylemde bulunabilmesidir. Bu süreçte belirleyici olan akıldır. Akıl aynı zamanda amaca yönelmiş bu özgür bireyler açısından bir takım yükümlülükler de doğurur. Denkleştirici ve dağıtıcı adalet, önce bireyler arasındaki ilişkilere ait soyut gerçekleştirme yapılarını belirler, ardından her bir somut ilişkinin bu soyut yapılarla uygunluğunu denetler. Aynı şekilde hak kavramı da önce soyut bir birey düşüncesi ortaya koyar, ardından somut eylemlerin bu birey düşüncesine uygunluğunu tespit eder. Bu bağlamda aklın bireyler için belirlediği yükümlü-

¹⁰³ Wood, **Kant's Ethical Thought**, p. 322; Ayrıca bkz. Allen W. Wood, **Kant**, Çev. Aliye Kovanlıkaya, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2009, pp. 182, 183.

¹⁰⁴ Kant, **The Metaphysics of Morals**, *219, p. 46.

¹⁰⁵ Cassirer, **Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi**, p. 421.

¹⁰⁶ Kant, **The Metaphysics of Morals**, *231, p. 57.

¹⁰⁷ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 355; Weinrib, "Legal Formalism", p. 338.

lük, kararlarını alırken bireylerin belirli sınırlar içerisinde hareket etmeleridir¹⁰⁸.

Bu açıdan bakıldığında her iki adalet biçiminin de esasında Kant'm özne fikrine dayandığı söylenebilir. Bir ilişkinin taraflarını, zarar veren ve zarar gören şeklinde ele alan denkleştirici adalet, her türlü ahlâki mülahazadan kendisini soyutlayarak yalnızca zarar verme ile zarar görme arasındaki karşılıklılığın ahlâki yapısını göz önünde bulundurur¹⁰⁹. Denkleştirici adaletin normatif boyutu, Kant'm hak ilkesinde zeminini bulur. Bu ilkeye göre özgür iradeye sahip bir kişinin eylemi ile özgür iradeye sahip diğer bir kişinin eylemi, evrensel hukuka uygun şekilde birbirine bağlıdır¹¹⁰.

Tıpkı denkleştirici adalet gibi, dağıtıcı adalet de temelini Kant'm özne fikrinde bulur. Bir takım nesnelere kişiler arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin bir ölçüt ortaya koyan dağıtıcı adaletin normatifliği, kişiler ile nesnelere arasında ayırım kabul etmesinden kaynaklanır. Kantçı özne fikri işte bu ayırımın ahlâki temelini sağlar. Buna göre kişiler, kendi kararlarını yine kendisi alan öznelere dir. Dolayısıyla kendileri birer amaçtır; başka amaçlar için araç olamazlar. Buna karşılık nesnelere özgür değildirlere; bir takım amaçlar için araç olarak kullanılabilirler¹¹¹.

Hukuki düşünmenin içkinliği ile denkleştirici ve dağıtıcı adaletin gerekçelendirme işlevi görmesi formalizmin temel iddialarından birini gündeme getirir: Formalizm, hukuk ile siyasetin birbirinden ayrılması gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla çalışmanın bundan sonraki bölümünde, hukuki formalizmin hukuk-siyaset ilişkisine nasıl yaklaştığı incelenecektir.

III. Hukuki Formalizm ve Hukuk-Siyaset Ayırımı

Hukuk ile siyasetin birbirinden ayrılığı sorunu, özellikle yargıcın rolü hakkındaki tartışmalarda daha fazla kendini gösterir. Hukuk ile siyaseti birbirinden ayırmak gerektiğini savunanlar, yargıcı, siyasi olmayan ve fakat hukuki olanın savunucusu ve açıklayıcısı kabul ederler. Bu bağlamda hukuki olanın doğası, yargı yoluyla hukuk oluşturmanın sınırları üzerine düşünmenin sonucunda ortaya çıkar. Örneğin özel hukukta bu sorun, hukuk öğretisini mahkemeler aracılığıyla yenilemenin uygun olup olmadığı tartışmasında karşımıza çıkar. Anayasa hukuku ve idare hukukunda ise bu tartışma, yasamanın ve idarenin işlemlerinin anayasal denetiminde uygulanacak değerlerin statüsü hakkındadır¹¹².

Yargıcın rolünün siyasetten bağımsız olduğunu savunanlar, mahkemelelerin hem kurumsal uzmanlıklarının yetersizliğini, hem de demokratik denetimden muafiyetlerini gerekçe göstererek mahkemelerin meşru etkinliğinin son derece sınırlı olduğunu söylerler. Bu sınırlılık ise iki şekilde ortaya çıkar. Öncelikle mahkemeler, önceden varolan kurallara, standartlara, ilkelere göre karar vermek zorundadır. İkinci olarak mahkemelerden, mevcut siyasi tartışmalar-

¹⁰⁸ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 355.

¹⁰⁹ Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 355.

¹¹⁰ Weinrib, "Why Legal Formalism", pp. 355-356.

¹¹¹ Weinrib, "Why Legal Formalism", pp. 356.

¹¹² Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", pp. 985-986.

dan uzak durması beklenir. Böylece mahkemeler siyasi gerekçelendirmelerden bağımsız, çok dar ve sınırlı bir alanda iş görmüş olur¹¹³.

Weinrib'e göre bu yaklaşım yargıcın rolünü bir rastlantı meselesi olarak görür. Bir yandan hukuki olan ile siyasi olan arasında bariz bir farklılık olduğunu söyler, diğer yandan bu farklılığı, ancak yargı ve yasama organlarının dikkatini çekecek unsurlardan hareketle ortaya koyar. Herhangi bir somut olgunun, yargı alanını ilgilendirip ilgilendirmeyeceği, söz konusu olgunun doğasından kaynaklanmaz; mevcut hukuk öğretisi tarafından kabul edilip edilmediğine veya siyasi bir tartışmanın konusunu teşkil edip etmeyeceğine bağlıdır¹¹⁴.

Formalizm, yargıcın rolü hakkındaki tartışmayı ve temelinde yatan düşünceyi, yani eğer bir mahkeme kararına siyasi dersek, hukuk mahkemesi özelliğini inkâr etmiş oluruz düşüncesini, hukuki ilişkileri tutarlı bir şekilde anlamamızı sağlayan biçim kavramının özellikleri ile ilişkilendirmeye çalışır. Biçime ait özellikler, rastlantısal değil kavramsaldir. Mahkemenin karar verme aşamasında hukuki olan ile siyasi olanı belirlerken gündeme gelmezler; kişiler arasındaki dışa yansıyan ilişkilerin anlamını gösteren yapısal unsurlara işaret ederler¹¹⁵.

Yargıca sınırlı bir rol biçen görüş, yargılama faaliyeti aracılığıyla hukuk öğretisine bir takım yenilikler getirilebileceği ihtimalini tartışmaz. Bazen mahkemelerde de bu tarz yeni ve özel bir takım uygulamaların gerçekleştirilmesi kuşkusuz değerlidir¹¹⁶.

Formalist hukuk anlayışı, siyasi anlayıştan farklı olarak, hukuki kavranabilirliğe içkin hukuki biçimleri merkeze alır. Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, hukuki muamelelere ve dağıtımlara dışarıdan uygulanmaz. Bu iki adalet biçiminin hukuki muamelelere ve dağıtımlara uygulanabilmesinin sebebi, bu iki ilişki biçiminin kendi içerisinde bulunan gerekçelendirici kalıplar oluşudur. Bir ilişkinin, hukuki muamele şeklinde kavranabilmesi için denkleştirici adalete uygun olması gerekir¹¹⁷.

Neyin hukuki olduğu, kişiler arasındaki karşılıklı münasebetlere yönelik anlama faaliyeti içerisinde belirlenir. Adalet biçimleri, karşılıklı münasebetleri içeriden bir bakışla kavrama çabasını gösterir. Adalet biçimlerinin belirli bir hukuk sistemi dikkate alınarak açığa çıkarılması hukuk alanında gerçekleşir. Adalet biçimlerinin, uygulandıkları kişiler arası karşılıklı münasebetlerin anlaşılması sürecinde içkin olması, hukuki olanı ortaya çıkarmakla görevlendirilenlerin, yani yargıçların, karar verme faaliyetlerini bir yorum faaliyeti olarak görebilmelerini sağlar. Yargıçlar bu yorum faaliyetinde bir hukuki ilişkiyi yine kendisinden kalkılarak anlamamızı sağlayacak şekilde bütünlük oluşturan özelliklerin hukuku taşıdığı önemi gösterirler. Karar aşaması, belirli bir hukuki muameleyi veya dağıtımı, bir hukuki muamele veya dağıtım olarak tutarlı olacak şekilde ele almayı içerir. Yargıcın, hukuki ilişkiyi kendisinin tercih ettiği

¹¹³ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 986.

¹¹⁴ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 986.

¹¹⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 986.

¹¹⁶ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", pp. 986-987.

¹¹⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 987.

herhangi bir dış amaca göre yorumlamasına izin verilmemiştir. Denkleştirici adaletin ve dağıtıcı adaletin gerekçelendirici yapısı, yargıcın hukuk yaratma yetkisinin kavramsal sınırlarını gösterir. Yargıcın rolü, karar verme sürecinin belirli bir anında uygun adalet biçimini uygulamakla sınırlıdır¹¹⁸.

Yargıç, karar verirken denkleştirici ve dağıtıcı adalete açıkça başvurmuş olabilir. Fakat bu adalet biçimleri, pozitif hukukun değil hukuk felsefesinin kategorileridir. Gelişmiş bir hukuk sisteminde örtülü durumdaki gerekçelendirici yapıları sergilerler. Dolayısıyla gelişmiş bir hukuk sisteminin mutlaka parçası olmasalar da, temelinde yatan söyleme işaret ederler. Adalet biçimleri, hukuki ilişkilere ait en soyut kavramlardır. Pozitif hukuk, eğer tutarlı olmak istiyorsa açıkça olmasa bile mutlaka örtülü bir şekilde adalet biçimlerine yer vermelidir. Zira adalet biçimleri, bir hukuki ilişkinin bir bütünlük hâlinde anlamlı olabilmesinin yolunu gösterir. Adalet biçimlerini tespit ve tayin eden pozitif hukuk unsurlarını somut uyumsuzluğun çözümünde uygularken yargıç, bir anlamda hukukun sesi olmaktadır¹¹⁹.

Siyasi olan ise hukuki olanın tersine, hukuki biçimin karşılıklı ilişki içerisindeki unsurlarının dışında da anlamlıdır. Siyasi belirlenimler hukuki biçime şu açıdan dışsaldır: Siyasi belirlenimler her ne kadar biçim aracılığıyla ifade edilebilse de gerekçelendirici güçleri biçimden gelmez. Yani herhangi bir siyasi amaç, biçimin gözden geçirilip değerlendirilmesinden bağımsız olarak gerekçelendirilir, tercihe şayan olup olmadığı kararlaştırılır¹²⁰.

IV. Hukuki Formalizmin Uygulanması

Weinrib'e göre biçimden hareketle hukuku anlama çabası, hukukun içeriğini kavrama sürecini de izah etmelidir. Bu süreç iki aşamalıdır. Bu aşamalardan ilki, gelişmiş bir hukuk sisteminde görülen hukuki ilişkilerin asli unsurlarını tespit etmektir. Gelişmiş bir hukuk sistemi, tutarlılığı önemser ve tutarlı olma eğilimi gösterir. İkinci olarak önceden tespit edilen bu asli unsurların, ne derece birlikli bir yapı oluşturduğu araştırılır. Böylece hukukun içeriğine dair girilen bir düşünme ve anlama faaliyeti sonucunda hukuki ilişkiler için geçerli olan tutarlılığın doğası hakkında bir değerlendirme yapılır. Biçim, belirlenmiş bir içeriğin anlaşılabilir hâlde olmasıdır. Dolayısıyla hukuki biçim, hukukun içeriğine ait vazgeçilmez unsurlar aracılığıyla kavranabilir¹²¹.

Bu arada Weinrib'in gelişmiş hukuk sistemleriyle kastettiği, tutarlılığa önem veren ve tutarlı olma eğilimine sahip hukuk sistemleridir¹²². Weinrib gelişmiş hukuk sistemlerine örnek olarak Common Law sistemini, Roma Hukuku'nu ve ondan türeyen medeni hukuk geleneklerini ve Talmud'u gösterir. Gelişmiş hukuk sistemlerinden bahsetmek, aslında hepimizin aşına olduğu hukuki öğretiler, kavramlar ve kurumlar hakkında bildiklerimizi daha anlaşılır kılmaktır. Weinrib'e göre pozitivist anlamıyla bir hukuk sisteminin gereklerini

¹¹⁸ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 987.

¹¹⁹ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 988.

¹²⁰ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 988.

¹²¹ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 966; Weinrib, "Why Legal Formalism", pp. 356-357.

¹²² Weinrib, "Why Legal Formalism", p. 350, 356.

yerine getiren her hukuk olgusu gelişmiş kabul edilemez. Keza her gelişmiş hukuk sistemi de amaçladığı tutarlılığı tam anlamıyla gerçekleştirmiş sayılmaz. Burada önemli olan tutarlılığın doğasıdır. Yoksa tutarlılığı gerçekleştirmeyi amaçlayan yöntemlerin ne olduğu önemli değildir¹²³.

1. Hukuki İlişkinin Asli Unsurlarının Tespiti

Hukuku biçimsel yöntemle anlama sürecinin birinci aşamasında hukukun içeriğine bakılır. Hukukun içeriğinden, hukuki anlaşılabilirlik için gerekli olabilecek asli bir takım özellikler bulunup çıkarılmaya çalışılır. Weinrib'e göre bu aşamada söz konusu özellikler sanki kendiliğinden ortaya çıkar. Zira bu özellikler hukuki bilinç için ayırdedici ölçüt işlevi görür. Ayrıca kuramsal bir izaha gerek bile duymazlar. Zira herhangi sağduyulu bir hukuk tartışması, bu özelliklere başvurmaksızın veya onların varlığını önceden kabul etmeksizin gerçekleştirilemez. Bu özellikler, kuram düzeyinde ya açıklanır ya da açıklanmadan bırakılır. Fakat bu özellikleri ihmâl veya inkâr eden herhangi bir açıklama çabası, ya zorlama ya da yersiz veya yanlış olur. Uygulama düzeyinde ise hukuki söylem bu özellikleri, hukuki öğretilerin ele alınmasında kaçınılmaz surette temel kabul eder¹²⁴.

Weinrib bu özelliklerin niteliğini açıklamak için kusurlu eylem örneğini verir. Kusur meselesi hakkında düşünür ve tartışırken, sadece mevcut bir davada yargıcın verdiği kararlar üzerinde durulmaz. Yargıcın kararları daha üst bir seviyede, sorumluluk, nedensellik ve kusur gibi hukuki kavramlar ışığında ele alınır. Bu kavramlar da yine daha kapsamlı başka kavramlar ışığında incelenir. Örneğin nedensellik sadece kusurun varlığında söz konusu olur; ihmâl açısından önem taşımaz. Nedenselliğin ihmâl değil de kusurun varlığında söz konusu olması ise yine daha geniş kapsamlı başka kavramları gündeme getirir. Kusur ile ihmâlin bu şekilde ayrılması aslında başkasına zarar vermekten kaçınma yükümlülüğü ile kendi eylemiyle bir fayda elde etme özgürlüğü arasındaki ayrımı dayanır. Bu ayrım ise nihayet en üst seviyede, davacının hakkı ile davalının yükümlülüğü arasındaki ayırmadan doğar. Bütün bu özellikler, dava aşamasında önem kazanır. Bu davada tarafsız bir merci önünde iki taraf, yani davacı ile davalı vardır. Dava aşaması da eğer davacı haklı bulunursa davalının, davacıya belirli bir miktar ödeme yapması ile sonuçlanır. Bütün bunlar haksız fiil hukukunun sabit unsurlarıdır. Hukukçuların kullandığı dil bu tür kavramlardan oluşur. Bu kavramların uygunluğu, bir davada veya hukuk metinlerinde kullanılma sıklığı ile ilgili değildir. Hukuku anlama çabasının kendisi bu tür kavramlarla gerçekleşir¹²⁵.

2. Bir Hukuki İlişkinin Asli Unsurlarının Tutarlılığının Tespiti

Hukuku biçimsel yöntemle anlama çabası, bir hukuki ilişkinin asli unsurlarını tespit etmekle yetinemez. Bu unsurlar tespit edildikten sonra şu soru sorulmalıdır: Bu unsurlar bütünlüklü bir yapı oluşturuyor mu? Eğer bu unsurlar, birbirinden kopuk ve tutarsız iseler ilk aşama eksik kalacağı gibi tam anlamıyla gerekçelendirilmemiş de sayılmalıdır. Formalizme göre bir hukuki

¹²³ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 966, dipnot 42.

¹²⁴ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", pp. 966-967.

¹²⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law", p. 967.

ilişki, kavramsal olarak birbirinden kopuk veya birbiriyle tutarsız unsurların, tıpkı kum taneleri gibi, tamamen tesadüfi biraraya gelmesinden oluşmaz. Önceden tespit edilmiş bir unsur, bir hukuki ilişkinin anlaşılması sürecinde sabit bir işleve sahipse hukuki ilişkinin nasılsa öyle anlaşılmasını sağlayan bütünlüğün bir parçası olmalıdır. Yani kısaca belirli bir biçime işaret etmelidir¹²⁶.

Hukuk, her bir tek uyumsuzluğun, sadece o uyumsuzluğa özgü olacak şekilde çözüldüğü kararlar toplamından fazlasıdır. Bu sebeple hukuk öğretileri ve kurumları belirli bir biçimin yansıması olmalıdır. Bu biçim aracılığıyla bir hukuki ilişkinin karakteristik özellikleri, bir bütünün parçaları olarak anlaşılabilir. Formalizme göre bir hukuki ilişkinin anlaşılabilmesi için özelliklerinin tutarlı olması gerekir. Dolayısıyla tutarlılık, önceden tespit edilen bu özelliklerin, hukuk tecrübesinin kendilerine atfettiği öneme gerçekten sahip olup olmadıklarını belirler¹²⁷.

Formalizme göre bir hukuki ilişki, kavramsal bir organizmadır. Her bir bileşeni, bütünün anlamlı bir parçasıdır. Bu bütünün herhangi bir parçasının işlevi, diğer parçaların işlevleri anlaşılmadan anlaşılmaz. Örneğin kusur ve nedensellik, haksız fiil hukukunun asli unsurları ise herbiri diğerinin tamamlayıcısı olmak zorundadır; ikisinden biri bile eksik olsa haksız fiil sahibi ile mağdur arasındaki ilişki anlaşılabilir. Örneğin davacının, davalıdan hukuka aykırı herhangi bir eylemi olmadığı hâlde tazminat istemeye hak kazandığı veya davalının haksız fiil teşkil eden eyleminin davacıda herhangi bir zarara yol açmadığı bir haksız fiil ilişkisinde, sorumluluğun gündeme getirilmesi “kavramsal bir garabet”tir¹²⁸. Haksız fiile ait bu asli unsurlar ve yargısal bir süreçle bu unsurların değerlendirilmesi de birbirinden ayrı düşünülemez. Dolayısıyla haksız fiil ilişkisi, kavramsal ve kurumsal bir dizi özelliğin toplamıdır. Eğer bir haksız fiil ilişkisi, bu özelliklerin herhangi birisi olmaksızın da anlaşılabilirse ilişkinin asli unsurları olarak tespit edilen özelliklerde bir hata yapılmış demektir. Buna karşılık bir haksız fiil ilişkisinin hakiki anlamda asli özelliklerinin birbiriyle karşılıklı ilişki içerisinde olması, bu özelliklerin herhangi birinin eksikliğinin, diğerlerinin de anlaşılabilirliğine engel olması demektir¹²⁹.

Hukuki biçim kavramı bir birliğe işaret eder. Bu birlik ise oldukça iddialı bir tutarlılık düşüncesini gündeme getirir. Bir hukuki biçim, aynı zamanda gerekçelendirici bir yapı sergiler. Bu gerekçelendirici yapı, bir hukuki ilişkiyi anlamak için vazgeçilmez olan kavramlardan oluşur. Her ne kadar bu yapı parçalarına ayrılıp öyle incelenebilse de hiçbir parça, kendilerini birarada tutan bu yapıdan bağımsız bir anlam ifade etmez. Gerçi hukuk eğitiminde kullanılan kitaplarda hukuki kavramlar bir bütünlük içerisinde değil de ayrı ayrı ele alı-

¹²⁶ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, p. 968; Weinrib, “Why Legal Formalism”, p. 357.

¹²⁷ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, p. 969.

¹²⁸ Weinrib bu kavramı Michael Oakeshott’tan almıştır. Oakeshott, iki tür kavramdan bahseder. İlki sadece psikolojiktir; kavranacak şeylerin zihinde salt biraraya getirilmesidir. İkincisi ise bu şeylerin rastgele değil, tutarlı bir bütünlük içerisinde biraraya getirilmesi şeklinde gerçekleşir. Kavramsal garabet, işte bu ilk kavrama şekli sonucunda söz konusu olur, Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, pp. 970-971, dipnot 50.

¹²⁹ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, pp. 970-971.

nır. Örneğin haksız fiili anlatan hukuk kitaplarında haksız fiil teşkil eden bir eylem, bileşenlerine ayrılmak suretiyle incelenir. Burada her bir bileşen, diğere atıf yapılmaksızın ele alınır. Fakat bu kavramlar, eğer haksız fiil hukuku anlamının vazgeçilmez unsurları olacaksa tek bir bileşen incelenirken, diğer tüm bileşenler de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bileşenler ancak bir birlik içerisinde ele alındığında anlaşılabiliriyorsa her bir bileşen, bir yandan diğerlerini belirlemeli, diğer yandan da diğerleri tarafından belirlenmelidir¹³⁰.

Sonuç olarak formalizm, hukuka içkin bir yaklaşım olmasına karşın sadece betimleyici değil değerlendircidir de. Formalizmin amacı, değerlendirilen olguya içkin değerlendirme ölçütleri tespit etmektir. Hukuki kavram ve kurumlara, hukukçuların etkinliklerine bakıldığında hukukun bir gerekçelendirme etkinliği olma iddiası taşıdığı görülür. Formalizm, bu iddianın doğruluğu varsayımından hareket eder. Bu iddianın doğru olduğu varsayıldığında hukukun ne anlama geleceği sorusunu sorar. Dolayısıyla formalizm aslında eleştirel bir yaklaşıma sahiptir. Fakat bu eleştirellliği yine hukukun kendi doğasına dayanır¹³¹.

Değerlendirme

20. yy, diğer felsefi alanlarda olduğu gibi hukuk felsefesinde de radikal bir eleştirellüğün hakim yaklaşım hâline gelmesine tanıklık etmiştir. Başta Aydınlanma felsefesi olmak üzere modernitenin düşünce alanındaki kabullerinin hemen hemen hepsinin yeni baştan değerlendirilmesi süreci, doğal olarak hukuk felsefesinin de farklı bir bakışla ele alınmasına yol açmıştır.

Hukuk felsefesinin farklı bir bakışla ele alındığı bu süreç, hukukun “büyüsünü bozma” ile sonuçlanmıştır. Hukuk felsefesi açısından bu sürecin en önemli aktörlerinin başında kökleri 20. yy'm ilk çeyreğine kadar uzanan hukuki realizm akımı gelmektedir. Hukuki realizmin, hukuka ait her türlü klasik kabulü yıkmayı amaçlayan girişimi, 20. yy'm ikinci yarısında Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi ile çok daha radikal bir nitelik kazanmış ve nihayet 20. yy'm sonunda, başta postmodern hukuk kuramı ve feminist hukuk kuramı olmak üzere çok çeşitli hukuk yaklaşımları, hukukun “büyüsünü bozma” eğilimini mantiki sonuçlarına vardırıştır. Birbirinden çok farklı öncüllere ve sonuçlara sahip olsalar da bütün bu radikal hukuk yaklaşımları tek bir ortak noktada buluşur: Hukuk, kendine özgü bir alanı ve düşünme biçimi olan, tarafsız normlardan müteşekkil, başta adalet olmak üzere evrensel geçerliliğe sahip bir takım değerlere hizmet eden bir etkinlik değildir.

Dikkat edilirse bu yaklaşım, hukukun geleneksel bütün tanımlarını reddeder. Bu yaklaşıma göre öncelikle hukukun, anlamı ve değeri kendinde içkin bağımsız bir disiplin olmadığı kabul edilmelidir. Hukuk, diğer disiplinlerden bağımsız ele alınıp araştırılamaz. Diğer bir deyişle hukuk ile diğer toplum bilimleri arasında kopmaz bir bağ vardır. Dolayısıyla hukukun daha iyi anlaşılabilmesi için disiplinler arası bir araştırmanın konusu yapılması gerekir. Bu yaklaşım, günümüzde hukuk ile diğer disiplinlerin birlikte incelendiği farklı araştırma alanlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır. Hukuk ve ekonomi, hukuk ve edebiyat gibi başlıklar altında gerçekleştirilen araştırmalar buna örnek gös-

¹³⁰ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, p. 970.

¹³¹ Weinrib, “Legal Formalism”, pp. 340-341.

terilebilir. Bütün bu araştırmaların temelinde ise hukukun, insan ve toplum hakkındaki kuramsal çalışmaların bir alt dalı olduğudur. Böylece hukuk, kendine özgü araştırma konuları ve yöntemlerinden mahrum bırakılmaktadır.

Hukuka yönelik radikal yaklaşımların asıl ayırddedici özelliği, hukuk ile siyasetin birbirinden hiçbir şekilde ayrılamayacağı vurgusudur. Bu yaklaşımlara göre hukukun, siyasetin bir aracı olduğu bile söylenebilir. Hukuk, özü gereği siyasidir; siyasi iktidarın kendi amaçlarını gerçekleştirmek için başvurduğu bir araçtır. Hukuku siyasetten bağımsız ele alma çabaları, en iyi ihtimalle hukukun siyasi niteliğini göremez, en kötü ihtimalle de bu niteliği gizler.

Hukuka yönelik bu radikal eleştirel yaklaşımlar, bir taraftan hukukun belirli bir toplumsal ve tarihsel görünümünü evrenselleştirmeye çalışan ve böylece bir takım ideolojik amaçları gizleyen eğilimlerin bu yönünü ortaya çıkarmakta, dolayısıyla hukuka dair daha sağlıklı bir bakış açısı geliştirebilmemizi mümkün kılmaktadır. Fakat bu yaklaşımlar diğer taraftan da hukukun doğası diye bir şey kabul etmemekte, hukukun bizatihi kendisinde içinde bazı değerlerin bulunduğu inkâr etmekte, böylece hukuku bir takım siyasi, toplumsal ve ekonomik çıkarların hizmetinde bir etkinlik derecesine indirgemektedir. Diğer bir deyişle hukuk ve hukuka ait bütün sorunlar, nihayetinde pratik bir takım sorunlardır ve çözümleri de salt pragmatik ihtiyaçlar gözetilerek bulunmalıdır. Dolayısıyla bu yaklaşım, kaçınılmaz olarak pragmatizmle sonuçlanır. Üstelik diğer bütün hukuk yaklaşımlarını da pragmatizmin bakış açısıyla değerlendirir. Bu pragmatist yaklaşım günümüzde hemen hemen bütün hukuk kuramlarının bir şekilde paylaştığı bir özelliktir. Nitekim bir düşünürün de dediği gibi artık hepimiz pragmatist olmak zorundayız¹³². Sonuç olarak bu yaklaşıma göre hukuk, toplumsal ve tarihsel koşullara bağımlı, dolayısıyla mutlak bir göreceliğin hakimiyeti altında bir etkinliktir.

Tam da bu noktada Ernest Weinrib'in hukuki formalizme dikkat çekmesi ve günümüzün hukuk felsefesi meselelerinin çözümünü için formalizmi yeniden inşa etme çabası önem kazanmaktadır. Weinrib, hukukun tarihsel ve toplumsal görünümünü inkâr etmemekle birlikte değişmez bir özünün de olduğunu, olması gerektiğini söylemektedir. Weinrib'e göre bu öz ancak akılla kavranabilir. Akılla kavranabilmenin koşulu ise hukuk fikri üzerinde düşünmektir. Hukuk fikri üzerine düşünmek ise hukuka ait biçimleri bilmeyi gerektirir. Hukuk felsefesinin işlevi de işte bu biçimleri tespit etmek ve hukukun her bir görünümünü bu biçimlere uygunluğu açısından değerlendirmektir.

Hukuka ait bu biçimlerin başında hak ve adalet gelmektedir. Her ne kadar bugüne kadar hak ve adalet konusunda çok farklı görüşler ileri sürülmüşse de hak ve adalet kavramlarının tam ve kesin bir tanımına ulaşılamamıştır. Fakat Weinrib, bu iki kavramın tamamen biçimsel olduğu kabul edildiğinde, bu sorunun çözüleceği inancındadır. Zira çok farklı hak ve adalet tanımları varsa da bu tanımların hepsinde ortak bir takım unsurlar vardır. Bu unsurlar, tamamen biçimseldir ve hak ve adaletin görünümüne uygulanabilir. Burada önemli olan, hak ve adaletin, aklın kategorileri olduğunun kabul edilmesidir. Hak ve adaletin aklın kategorileri olduğu kabul edildiğinde, hak ve adalet kavramlarının tanımındaki muğlaklık da giderilebilir.

Hak ve adalete yönelik vurgusu Weinrib'in formalizmini geleneksel formalizmlerden ayırır. Zira geleneksel anlamda formalizm, pozitivistimin bir özelliğidir. Pozitivistimin hak ve adalete kuşkulu baktığı da bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla Weinrib'in formalizmi, pozitivistimin bir uzantısı değildir. Weinrib, hak ve

¹³² Patterson, "The Metaphysics of Legal Formalism", p. 741.

adalet kavramlarını merkeze almak suretiyle kendi formalizmini doğal hukuk geleneği içerisine yerleştirmektedir. Hukuk felsefesinin belki de başlangıcından beri varlığını sürdüren doğal hukuk geleneği içerisine yerleşmekle Weinrib, bir yandan kendisini çağdaş hukuk düşüncesindeki hakim yaklaşımlara karşı konumlandırmakta, fakat diğer yandan da Aristoteles, Kant ve Hegel gibi sadece hukuk felsefesi tarihi açısından değil, genel felsefe tarihi açısından da büyük öneme sahip filozofların zengin ve tutarlı kavramsal terminolojisinden beslenmek suretiyle kendi konumunu güçlendirmektedir.

Weinrib'in hak ve adalete yönelik vurgusu, bu kavramları aklın kategorileri sayması, hukuku da aklın özel bir çalışma biçiminin ürünü kabul etmesine yol açmaktadır. Bu yönüyle Weinrib'in yaklaşımı, felsefe tarihindeki diğer köklü bir geleneğe, yani rasyonalizme bağlanmaktadır. Böylece bir yandan hak ve adalet kavramlarına sağlam bir felsefi zemin kazandırmakta, diğer yandan rasyonalizme yönelik bütün radikal eleştirilere muhatap olmayı da göze almaktadır. Bu açıdan Weinrib'in yaklaşımı hem hukuka felsefi, yani akli bir temel kazandırmakta, hem de hak ve adalet gibi insanlık tarihinin hiçbir zaman vazgeçemeyeceği iki değere çağdaş hukuk tartışmalarında lâyık olduğu yeri vermektedir. Böylece Weinrib, günümüzde neredeyse bütün hukuk anlayışlarının reddettiği, hukukun kendine özgü bir doğasının bulunduğu, kavram ve ilkeleri olduğu, bu yönüyle de bağımsız araştırmaya imkân sunduğu kabullerini güçlendirmektedir.

Çağdaş hukuk felsefesine bu olumlu katkılarına karşın Weinrib'in formalizmi bazı zaafılara da sahiptir. Öncelikle Weinrib'in kendisinin de belirttiği gibi, hukuki formalizm, daha çok özel hukukun doğasını açıklamayı amaçlamakta, dolayısıyla bu alana uygun denkleştirici adaleti temel kabul etmektedir. Her ne kadar özel hukuk, genel olarak hukuku en iyi temsil eden ve kökleri çok eskilere uzanan bir alan olsa da günümüzde hâlâ kamu hukuku-özel hukuk ayırım geçerliliğini korumaktadır. Hatta hukukun doğasına ilişkin tartışmalar büyük oranda kamu hukukunun sorunlarından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla sadece özel hukuku açıklayan bir hukuk kuramı, hukuka dair bütüncül bir kuram olmaktan uzaktır. Bu noktada kamu hukukunun siyasetin alanı olduğu ve bu sebeple hukuka ait bir araştırmanın konusu dışında kaldığını söylemek bir çözüm değildir. Zira vatandaşların en fazla sorunla karşılaştığı noktalar kamu hukuku alanına girmektedir. Sıradan insanın hukuk sevgisi ile hukuk kuramını uzlaştırmayı amaçlayan bir kuram olma iddiası taşıyan formalizm, sıradan insanların bu sorunlarına da bir çözüm önermelidir. Yani kısaca hukuk-siyaset ilişkilerine dair daha ayrıntılı görüşler geliştirmeli, kamu hukukunun kendine özgü sorunlarına da çözüm önermelidir.

Bunun dışında Weinrib'in formalizmi hukuk-ahlâk ilişkileri konusunda da zaman zaman muğlak özellikler sergilemektedir. Bir yandan hukukun kendine özgü bir düşünme tarzı olduğunu söylemekte, fakat diğer yandan hukukun içkin bir ahlâki düşünme biçimi sunduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda hukuk, kendine özgü olduğu gibi gözükmemektedir. Eğer Weinrib özü gereği hukukun ahlâki olduğunu söylüyorsa o zaman da ahlâki düşünme ile hukuki düşünme arasındaki sınırın nasıl çizileceğini göstermesi gerekirdi. Aksi takdirde ya hukuk, ahlâkın bir alt kümesi olur ya da ahlâk, hukukun ayrılmaz bir unsuru haline gelmiş olur.

Nihayet Weinrib, kendi formalizmini doğal hukuk geleneğinin uzantısı olarak görmektedir. Fakat yukarıda ilgili yerde de işaret edildiği üzere çağdaş doğal hukukçulardan Finnis, Weinrib'in formalizmini eleştirmiş, hatta doğal hukukçu olmadığını ima etmiştir. Zira günümüzde doğal hukukçu gelenek, hukukun biçimsel yönünden çok, içeriğine vurgu yapmakta; hukukun, içeriği olan bir takım evrensel değerlere hizmet etmesi gerektiğini savunmaktadır.

Dolayısıyla Weinrib, kendini doğal hukuk geleneği içerisine yerleştiriyorsa öncelikle yeni bir doğal hukuk kuramı geliştirmek zorundadır.

Sonuç olarak güçlü ve zayıf yönleri bir yana Weinrib'in formalist yaklaşımı, hukuka inancın gittikçe zayıfladığı bir dönemde hukukun, bizatihi hukuk olarak değer taşıdığını, zira aklın özel ve gelişmiş bir ürünü olduğunu ileri sürmekle kendi içinde hem eleştirel, hem de yapıcı unsurlar barındırmaktadır. Bu yönüyle çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarına önemli katkılar sağlayabilecek niteliktedir.

Kaynakça

- Akbaş, Kasım: **Hukukun Büyübozumu**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006.
- Aktaş, Sururi: **Eleştirel Hukuk Çalışmaları**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 2006.
- Aristoteles: **Nikomakhos'a Etik**, 2. Bası, Çev. Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınevi, 1998.
- Binder, Guyora: "Critical Legal Studies", Dennis Patterson (ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Blackwell Publishing Ltd., 1996, pp. 280-301.
- Cassirer, Ernst: **Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi**, 2. Basım, çev. Doğan Özlem, İstanbul, İnkılap Kitapevi, 1996.
- Copleston, Frederick: **A History of Philosophy Vol. 6 (Modern Philosophy: From the French Enlightenment to Kant)**, New York, Doubleday, 1994.
- del Vecchio, Giorgio: **The Formal Bases of Law**, Trans. John Lisle, Boston, Boston Book Company, 1969 (1914).
- del Vecchio, Giorgio: **Hukuk Felsefesi Dersleri**, Çev. Suut Kemal Yetkin, İstanbul, İstanbul Maarif Matbaası, 1940.
- Finnis, John: "Natural Law: The Classical Tradition", Jules Coleman, Scott Shapiro (ed.), **Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1-60.
- Gözler, Kemal: **Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Ankara, Us-A Yayıncılık, 1998.
- Guyer, Paul: **Kant**, London and New York, Routledge, 2006.
- Hart, H. L. A.: **The Concept of Law**, Oxford, Oxford University Press, 1961.
- Heimsoeth, Heinz: **Kant'ın Felsefesi**, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2007.
- İşıқтаç, Yasemin: **Hukuk Felsefesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Kant, Immanuel: **Critique of Pure Reason**, Translated and Edited by Paul Guyer and Allen W. Wood, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- Kant, Immanuel: **Critique of the Power of Judgment**, Translated by Paul Guyer and Eric Matthews, Edited by Paul Guyer, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Kant, Immanuel: **The Metaphysics of Morals**, Introduction, Translation, and Notes, Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

Kant, Immanuel: **Pratik Aklın Eleştirisi**, 3. Bası, Çev. İonna Kuçuradi, Ülker Gökberk, Füsün Akatlı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1999.

Leiter, Brian: "Legal Realism", Dennis Patterson (ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Blackwell Publishing Ltd., 1996, pp. 261-279.

Marias, Julian: **History of Philosophy**, NewYork, Dover Publications, Inc., 1967.

Patterson, Dennis: "The Metaphysics of Legal Formalism", **Iowa Law Review**, Vol. 77, 1991-1992, pp. 741-771.

Schauer, Frederick: "Formalism", **The Yale Law Journal**, Vol. 97, No. 4, 1988, pp. 509-548.

Solum, Lawrence: "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", **Draft**, 2004, pp. 1-21.

Stone, Martin: "Formalism", Jules Coleman, Scott Shapiro (ed.), **Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 166-205.

Unger, Roberto Mangabeira: "The Critical Legal Studies Movement", **Harvard Law Review**, Vol. 96, No. 3, 1983, pp. 563-675.

Weinrib, Ernest J.: "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", **University of Toronto Law Journal**, Vol. 30, 1980, pp. 307-332.

Weinrib, Ernest J.: "Law As A Kantian Idea of Reason", **Columbia Law Review**, Vol. 87, 1987, pp. 472-508.

Weinrib, Ernest J.: "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 97, 1988, pp. 949-1016.

Weinrib, Ernest J.: "Why Legal Formalism", Robert George (ed.), **Natural Law Theory**, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 341-364.

Weinrib, Ernest J.: **The Idea of Private Law**, President and Fellows of Harvard College, 1995.

Weinrib, Ernest J.: "Legal Formalism", Dennis Patterson (ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, pp. 332-342.

Wood, Allen W.: **Kant's Ethical Thought**, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Wood, Allen W.: **Kant**, Çev. Aliye Kovanlıkaya, Ankara, Dosta Kitabevi Yayınları, 2009.