

# MÜZAKERE (SÖYLEM) ETİĞİ, DEMOKRASİ VE MEŞRULUK

*Prof. Dr. Sururi AKTAŞ\**

## I- Giriş

Bu makale çalışmasında hukuk kavramına dönük sosyolojik meşruiyetin bir alt bölümünü oluşturduğunu düşündüğümüz demokratik meşruluk anlayışıyla ahlakî meşruluk arasındaki gerilime dikkat çekilerek sadece sosyolojik veya demokratik meşruiyetin yetersiz olduğu ve dolayısıyla doğal hukukun ahlakî meşruiyetinin demokratik meşruiyeti tamamlaması gerektiği düşüncesi temellendirilmeye çalışılacaktır. Özellikle, müzakereci/katılımcı demokrasi anlayışını amaçlayan müzakere/söylem (discourse) etiğinin meşruluk anlayışının klasik doğal hukuk anlayışı karşısındaki zayıflığı vurgulanacaktır.

## II- Kavramsal Analiz

Pozitif hukukun haklılığı ve haksızlığı meselesi, hukuk biliminin ya da hukuk felsefesinin en temel ve en canlı tartışmalarına konu olmuştur ve olmaya da devam etmektedir. Hukukî pozitivizm bilimin ölçüleri içerisinde görmese de, hukuk kurallarının haklılığı ve meşruiyeti sorunu, doğa bilimlerinden farklı olarak, hukuk biliminin programı içerisinde yer almalıdır. Bu, hukuk kavramının kendine özgü bir niteliğidir. Epistemik olarak doğa bilimlerindeki “doğruluk”, hukuk bilimindeki “geçerlilik” ölçütüne denk düşmektedir. Ancak, pozitivist hukuk düşünürlerinin kanısının aksine, hukukta geçerlilik, biçimsel geçerliliğin ötesine geçmelidir. Çünkü hukukun haklılığının sorgulanması, hukukun niteliğine özgü bir gerekliliktir. Doğal hukuk teorilerinin genel olarak benimsediği bu gereklilik, haklılık ve meşruiyet arayışlarına pozitivist hukuk anlayışından daha derin bir boyut kazandırmaktadır.

Derinliğine göre bu haklılık ve meşruiyet arayışı, sosyolojik meşruiyetten ahlakî meşruiyete doğru uzanmaktadır. Demokratik haklılık ve meşruiyet arayışlarını sosyolojik meşruiyet arayışları içerisinde görebiliriz. Bu bağlamda sosyolojik meşruiyetin bir alt bölümünü oluşturduğuna inandığımız demokratik meşruiyet talepleriyle doğal hukukun ahlakî meşruiyet talepleri

---

\* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

arasındaki olası uyuşmazlıkların çıkaracağı sorunlar, dâima bir tartışma konusu olmaktadır. Pozitif hukukun demokratik olup olmadığı sorgulaması demokratik meşruiyet arayışlarına dönük çabalardır. Bu çabalar, hukuk düzenlerine toplumsal bir çerçevede milletin iradesi (will of nation) olarak bir haklılık temeli oluşturmayı amaçlarlar. Meşruiyet ve haklılık ölçütlerini derinleştirmek isteyenler için demokratik meşruiyet, pozitivist hukuk düşüncesine nazaran ileri bir aşamayı ifade etse de, doğal hukuk teorileri bakımından görece olarak yüzeysel kalmaktadır. Doğal hukuk teorileri genel olarak hukuk düzenleri için ahlakî (moral) bir meşruiyet kazandırma çabası ve iddiası içerinde olmuşlardır<sup>1</sup>. Bazı yazarlar, normların kesinliğine ek olarak hukukun hem sosyal olgu boyutunu dikkate alarak demokratik/sosyolojik meşruiyeti ve hem de etik değer boyutunu dikkate alarak ahlakî meşruiyeti birlikte ararlar<sup>2</sup>.

Hukuk teorilerine göre meşruluk talepleri farklılık arz etmektedir. Sosyolojik hukuk teorisi açısından normatif düzen, toplumsal olanla uyumlu olmalıdır. Bu teori, demokratik meşrulukla da uygunluk içerisindedir. Demokratik meşruiyet açısından, kurallar ve kararlar demokratik usullerle yapılmışlarsa meşrudurlar<sup>3</sup>. Hukuki pozitivism açısından ise, pozitif hukuk kuralları soyağacı (pedigree) tezinin gereğini karşılıyorsa, geçerlidirler<sup>4</sup>; bu teoride kuralların geçerliliği hukuk dışı (extra-legal) bir kaynağa dayandırılmaz; pozitivismde geçerlilik, ilgili hukuk sisteminin biçimsel geçerlilik kriterleriyle sağlanır<sup>5</sup>. Doğal hukuk teorisi, yukarıda da belirttiğimiz gibi pozitif hukuka dışarıdan (extra-legal) ahlakî bir temel bulmaya çalışmıştır.

Barnard, prosedürel meşruluk ile maddî meşruluğu bir birinden ayırt ederek; prosedürel meşruluğun, belirli bir siyasî karara varma yolundaki süreçlerle ilgili normlara uyulup uyulmadığıyla ilgili olup, ortaya çıkan sonucun kendisinin doğruluğunu sorgulamadığını; buna karşılık, maddî anlam-

<sup>1</sup> Bkz. Ratnapala, Suri, *Jurisprudence*, Cambridge University Press 2009, s. 119; Weinreb, Lloyd, “The Case For Natural Law Reexamined”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 38, (1993), s. 2.

<sup>2</sup> Bkz. Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF yayını, İstanbul 1976, s. 27-31; bkz. Işıkaç, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, 3. (Tıpkı Basım) Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 448 vd.

<sup>3</sup> Scheneller, Lena, “Conceptions of Democratic Legitimate Governance in the Multilateral Realm: The Case of The WTO”, *Living Reviews in Democracy*, Zürih, 2010, s. 2.

<sup>4</sup> Himma, Kenneth Einar, “The Epistemic Sense of Pedigree Thesis”, *Pacific Philosophic Quarterly*, Vol. 80, (1999), s. 46 vd.

<sup>5</sup> Bkz. Gözler, Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu*, US-A yayıncılık Ankara 1998, s. 73 vd.

daki meşruluğun ise, süreçlere bakmaksızın yapılan şeyin kendisini incelememiz gerektiğini bize buyuran bir anlayış olduğunu söylemektedir<sup>6</sup>. Maddî meşruluk anlayışında, sistemin, sorunları etkili bir biçimde çözüp çözmediği araştırılmaya çalışıldığı gibi, kurallar da, adalet ve özgürlük bakımından sorgulanmaya çalışılır<sup>7</sup>. Maddî meşruluğun dayandığı diğer önemli bir taban, bireysel hakların oluşturduğu özel bir alandır<sup>8</sup>. Bu alanın, her hangi bir kabul eyleminden bağımsız olduğu kabul edilir<sup>9</sup>. Biçimsel meşruluk olarak da nitelendirebileceğimiz prosedürel meşruluk anlayışı, süreçlere uyulmasını yeterli görürken, maddî meşruluk anlayışı sadece süreçlere uyulmuş olmasını yeterli görmeyip ayrıca süreçlerde ortaya çıkan kararların haklılığını da sorgunsallaştırmaktadır. Bu açıdan bakıldığında maddî meşruluk anlayışı doğal hukuk teorilerinin meşruluk anlayışlarıyla uyum içerisinde görünmektedir. Dolayısıyla hangi meşruluk anlayışını seçeceğimiz, hangi hukuk teorisini benimsediğimize bağlı olacaktır. Ancak, güçlü bir meşruluk ölçütünün inşa edilebilmesi için en azından iki boyutlu bir haklılaştırma ölçütüne ihtiyaç vardır. Bunlardan, birincisi topluma dayanma anlamında müzakere etiğini dikkate alan demokratik boyut; diğeri ise objektif bir değer anlayışına dayanan ahlakî boyuttur. Ahlakî argümanlar doğal hukuk anlayışlarının temel yöntemleri çerçevesinde algılanacaktır.

D'Aspremont de meşrulukla ilgili tek tip (monolithic) bir tanımlamanın yetersizliğine vurgu yaparak, *kökensel meşruluk* (legitimacy of origin) ile *kullanım meşruluğu*'nu (legitimacy of exercise) birbirinden ayırarak ele almaktadır<sup>10</sup>. D'Aspremont'un *kökensel meşruluğu*, demokrasinin prosedürel biçimine (prosedürel meşruluğa) denk düşmekte ve iktidarın serbest ve adil seçimler yoluyla belirlenmesini gerektirirken, *kullanım meşruluğu*, maddî anlamda meşruluğu gerektiren bir demokrasi tanımlamasını içermektedir<sup>11</sup>. Dolayısıyla D'Aspremont'un *kullanım meşruluğu* maddî anlamda bir meşru-

<sup>6</sup> Barnard, Frederick M., *Democratic Legitimacy : Plural Values and Political Power*, McGill-Queen's University Press, 2001, s. 27-28; bkz. Scheneller, s. 3.

<sup>7</sup> Bkz. Scheneller, s. 3.

<sup>8</sup> Pilon, Roger, "Individual Rights, Democracy, And Constitutional Order: On The Foundations Of Legitimacy", *Cato Journal*, Vol. 11, (1991-1992), s. 381.

<sup>9</sup> Pilon, s. 381.

<sup>10</sup> D'Aspremont, Jean, "Legitimacy of Governments in The Age of Democracy", *International Law and Politics*, (2006), Vol.38, s. 894 vd.

<sup>11</sup> D'Aspremont, s. 899.

luk olarak temel siyasî özgürlükleri, yurttaş haklarını ve hukuk devletinin ilkelerini güvence altına alan meşruluktur<sup>12</sup>.

### III- Doğal Hukuk, Haklar ve Demokrasi

Değişik doğal hukuk teorilerinin birbiriyle örtüşmeyen argümanları olmasına rağmen, klasik doğal hukuk teorileri içinde yer alabilecek teorilerin ortak referans noktaları belirlenebilir. Bu referans noktaları, insan doğası ve akıl biçiminde sıralanabilir<sup>13</sup>. Akıl, insan doğasını dikkate alarak evrensel ve objektif ahlakî değerleri ortaya çıkarabilir<sup>14</sup>. İlâhî doğal hukuk açısından, doğal hukukun kaynağı Tanrı'dır<sup>15</sup>. Doğal hukukun bu yaklaşımı açısından doğal hukuk ilkeleri, ya doğrudan ilâhî vahiy yoluyla insanlara verilir veya Tanrı'nın doğaya yerleştiği bu ilkeleri insan aklı keşfederek açığa çıkarır<sup>16</sup>. Çağdaş doğal hukuk taraftarlarından John Finnis'e göre, "etik, siyaset, hukuk ve hukuk bilimi bağlamlarında doğal hukuk, temel iyiler, doğru seçimin gerekleri ve bu gereklerden çıkarılabilen ahlakî normların tanımlanmasına dönük önermeler anlamına gelmektedir"<sup>17</sup>. Finnis'e göre, doğal hukuk geleneğinin en önemli özelliklerinden birinin, ahlakî şüpheliği, dogmatizmi ve gelenekselliği reddetmesidir<sup>18</sup>. Doğal hukuk geleneği dışında yer alan Greenawalt'ın tespitine göre doğal hukuk yaklaşımında insan doğasının evrenselliği iddiasına dayanılarak, ahlakî değerlerin de objektif ve evrensel olduğu ileri sürülür<sup>19</sup>. Hukuk kavramı da bu ahlaksal düzene paralel olarak inşa edilmeye çalışılır. Dolayısıyla, bu ahlakî ve hukuksal düzen, ne toplumun iradesine bağlanır ne de belirli tarihsel koşullara bağlı arizî (contigent) olgular olarak görülür. Örneğin Blackstone'a göre doğal hukukun ilkeleri her

<sup>12</sup> D'Aspremont, s. 896-897.

<sup>13</sup> Uslu, Cennet, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Liberte Yayınları, Ankara, 2009, s. 89 vd.

<sup>14</sup> Bkz. Mcaniff, John E., "The Natural Law- Its Nature, Scope, and Sanction", *Fordham Law Review*, Vol. 22, (1953), s. 247-248.

<sup>15</sup> Hill, Owen A., "The Natural Law", *Georgetown Law Journal*, Vol. 13, (1924-1925), s. 367.

<sup>16</sup> Hadjihambis, Demetrios, "Of The Laws of God and of Nature" *Bracton Law Journal*, Vol. 4, Issue 2, (June 1968), s. Xlii.

<sup>17</sup> Finnis, John, "The Natural Law Tradition", *Legal Education*, Vol. 36, (1986), s. 492.

<sup>18</sup> Finnis, s. 492.

<sup>19</sup> Greenawalt, Kent, "How Persuasive is Natural Law Theory", *Notre Dame Law Review*, Vol. 75, (1999-2000), s. 1650-1651.

yerde ve bütün zamanlarda geçerlidir<sup>20</sup>. Doğal hukuk yaklaşımı açısından, insan aklı tarafından ortaya çıkarılan bu ahlaksal ve hukuksal düzenin kendiliğinden (per se) doğruluğu söz konusudur. Böyle olunca, doğal hukukun ilkeleri demokratik bir oylama yoluyla da kaldırılamaz. Oysa, radikal bir demokrasi anlayışı açısından, demokratik süreçler dışında meşruiyet aranmaz. Habermas'ın müzakere/söylem (discourse) etiği ve iletişimsel rasyonalitesi de bu tür bir demokrasiyi öngörmektedir<sup>21</sup>. Dolayısıyla Habermas, kendiliğinden geçerli metafizik bir hukuk anlayışını reddetmiştir. Yazara göre metafizik sonrası (postmetafizik) dönemde meşruluğun kaynağı demokratik süreçlerdir<sup>22</sup>. Dolayısıyla Habermas açısından hukuk kavramı bakımından meşruluk, demokratik yasa yapım sürecinde ve dolayısıyla halk egemenliği ilkesinde yatmaktadır<sup>23</sup>.

20 Blackstone, William, *Commentaries on The Laws of England*, (Book The First), Clarendon Press, Oxford 1765, s. 41.

21 Bkz. Cohen, Joshua, "Reflections on Habermas on Democracy", *Ratio Juris*, Vol. 12, No. 4, (December 1999), s. 385.

22 Habermas bu yaklaşımını şu sözlerle dile getirmektedir: "*Siyasî yasa koyucu tarafından herhangi bir zamanda değiştirilebilen kuralların meşruluğunu temellendiren nedir? Bu soru, kapsamlı dünya görüşlerinin ve kolektif bağlayıcı olan etiğin parçalı olduğu çoğulcu toplumlarda, önceleri metafizik ve dinde temellendirilmiş doğal hukukun yerine artık ikame edilmeyen gelenek sonrası yaşayan vicdan ahlakının yer aldığı toplumlarda daha da önemlidir. Hukukun üretilmesine dönük demokratik süreç, açık bir biçimde sadece metafizik sonrası (postmetafizik) meşruluk kaynağını oluşturmaktadır. Fakat, acaba bu süreci meşru kılan güç nedir? Müzakere/söylem teorisi, buna ilk bakışta tahmin edilemeyen basit bir yanıt vermektedir: Demokratik süreç, meselelerin, katılımların, bilgilendirilmelerin serbestçe gerçekleşmesini mümkün kılmakta; siyasi iradenin oluşmasına ilişkin müzakereci karakteri temin etmekte; ve bu şekilde uygun süreçlerden çıkan sonuçların az çok makul/rasyonel olduğunu içeren yanlışlamaya açık varsayımı temellendirmektedir.* (Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Translated by William Rehg), Second Printing, The MIT Press 1996, s. 448).

23 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 89; Ancak Habermas, yasa yapım sürecinin daha başka unsurlarla desteklenerek nitelikli bir hale getirilmesini savunur. Habermas bu düşüncesini şu ifadelerle dile getirir: "*Siyasî yasa yapıcılığının rasyonel niteliği, sadece parlamentoda beraber çalışan çoğunluk ve azınlığa bağlı değildir. Bu, aynı zamanda katılım ve eğitimin seviyesine, bilgilendirmenin ve meselelerin daha geniş bir kamu alanında ifade edilmesinin derecesine bağlıdır. Kamu hayatının niteliği, genelde, medya ve gerçek anlamda açık olan kamusal alan kurumları gibi fırsat yapıları yoluyla şekillenir.* [Habermas, Jürgen, "Law and Morality", (Translated by Kenneth Baynes), *The Tanner Lectures on Human Values*, Delivered at Harvard University October 1 and 2 1986].

Habermas objektif değerleri kavrayan özcü bir rasyonalizm yerine iletişimsel rasyonaliteden yanadır<sup>24</sup>. İletişimsel rasyonalite, öznelerin kendi kendilerinin inşasını (self-constitution) sağlayarak, modernite içinde yeniden bir anlam bulmalarını hedefler<sup>25</sup>. Habermas'ın bu rasyonalite yaklaşımı, vatandaşlar arasında ideal bir konuşma biçimini gerektirmektedir. İdeal bir konuşma biçimi, müzakere/söylem etiği için önemlidir. Müzakere/söylem etiği, ahlak ve adalet ilkelerinin vatandaşlar tarafından ideal bir konuşma şartlarında tartışılarak bilinebileceğini varsayar<sup>26</sup>. Dolayısıyla Habermas, ahlakın rasyonel olarak kavranabileceğine inanarak ahlakın bilişselliğini (moral cognitivism) kabul etmektedir<sup>27</sup>. Müzakere/söylem etiği, toplumsal olana yönelik eleştirinin normatif tabanını haklılaştırma girişimidir<sup>28</sup>. Dolayısıyla Habermas'ın müzakere/söylem teorisi, normların nasıl haklılaştırılacağıyla ilgilidir. Hukuk ve ahlâk alanına ait normların geçerliliklerinin rasyonel olarak temellendirilmesi ilgililerin bunları tartışıp kabul etmelerine bağlıdır<sup>29</sup>. Bu teori yasaların yapımı ile ilgili olarak, bireylerin yasa yapımı sürecine eşit ve özgür bir biçimde katılmalarını gerektiren demokratik bir yoldur<sup>30</sup>. Müzakereci demokrasi anlayışı, vatandaşların tartışarak (müzakere ederek) sorunlar üzerinde ortak yararı esas alan bir uzlaşmaya varmasını amaçlar<sup>31</sup>. Müzakereci anlayışı savunanlar bakımından vatandaşların ortak yararları

- 
- 24 Habermas, Jürgen, *İletişimsel Eylem Kuramı*, (Çev. Mustafa Tüzel), Birinci Bası, Kabalcı Yayını, 2001, (Cilt. I, Giriş), s. 34 vd.
- 25 Bkz. Shabani, Omid A. Payrow, *Democracy, Power, and Legitimacy: The Critical Theory of Jürgen Habermas*, University of Toronto Press, 2003, s. 27.
- 26 Bkz. Yükselbaba, Ülker, “Habermas’ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi ve Hukuk Devleti”, *İstanbul Üniv. Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD) C. LXVI, Sayı 1*, s. 229; Baxter, Hugh, “Habermas’s Discourse Theory of Law and Democracy”, *Buffalo Law Review*, Vol. 50, (2002), s. 219-222; Feteris, Eveline T., *Hukukî Argümantasyonun Temelleri*, (Çev. Ertuğrul Uzun) 1. Baskı, Paradigma Yayını, İstanbul, 2010, s. 114.
- 27 Bkz. Finlasyon, James, Gordon, “Habermas’s Moral Cognitivism and Frege-Geach Challenge”, *European Journal of Philosophy*, Vol. 13, issue 3, (2005), s. 319 vd.
- 28 Bkz. Blaug, Ricardo, *Democracy, Real and Ideal, Discourse Ethics and Radical Politics*, State University of New York Press, 1999, s. 3
- 29 Feteris, Eveline T., “The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory”, *Informal Logic*, Vol. 23, No.2 (2003), s. 141.
- 30 Feteris, *Hukukî Argümantasyonun Temelleri*, s. 117; Yükselbaba, Ülker, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusalılık İlkesinden, İletişimsel kamusalığa Geçiş*, 1. Baskı, On iki Levha Yayını, İstanbul 2012, s. 370.
- 31 Uygun, Oktay, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefî ve Ahlakî Boyutları*, İnkılâp Yayınları, 2003 İstanbul, s. 309.

belirlemek için tartışmaya (müzakereye) katılması, kararlara rasyonellik bakımından zenginlik katmaktadır<sup>32</sup>.

Habermas'ın müzakere/söylem ilkesi, sadece hukuksal kurumsallaştırma yoluyla bir demokrasi anlayışını amaçlamaktadır. Böylece demokrasi ilkesi, yasa koyucular için meşru bir güç bahşetmektedir. Habermas bu süreci "hakların doğuş mantığı" (logical genesis of rights) olarak sunmaktadır<sup>33</sup>. Açıkça anlaşıldığı gibi bu mantık, doğal hukuk teorisinin doğuştan sahip olunan hak anlayışıyla uyuşmamaktadır. Çünkü klasik doğal hukuk teorisi açısından doğal veya ahlakî haklar, yasa koyucunun yasama gücünün sınırını oluşturur. Habermas açısından kamusal haklar ne ahlakî bir hak olarak yasa koyucuya dayatılabilir ne yasa koyucunun amaçlarının işlevsel bir ön şartı olarak araçsallaştırılabilir<sup>34</sup>. Başka bir anlatımla Habermas, insan haklarının ne ahlakî birer hak olarak algılanmasına, ne de halk egemenliğinin etik bir okuması olarak algılanmasına taraftardır. Daha açıkçası haklar ne doğal hukuka dayandırılır ne de tamamen egemen iktidarın iradesine indirgenir. Dolayısıyla düşünür ne özel otonominin ne de politik otonominin birbirine üstün olduğunu kabul eder. Her iki otonominin de eş düzeyde asliliği (co-originality) söz konusudur<sup>35</sup>. Jochua Cohen'in formülasyonuna göre her iki alanın ortak asliliği, "meşru yasa yapıcılığının demokratik sürecinin, hem iletişimsel katılım özgürlüklerini ve hem de kişisel özgürlükleri kapsayan vatandaşların eşit özgürlüklerini temin etmesi gerektiğini içermektedir"<sup>36</sup>. Habermas'da meşruluğun paradoksal bir niteliği vardır. Onun açısından meşruluk müzakere/söylem (demokrasi) ilkesine, yani demokratik yasa yapım sürecine bağlıdır<sup>37</sup>. Ancak müzakerenin, yani demokrasinin nasıl işleyeceği de hukuksal kurumlar yoluyla oluşturulmak istenmektedir<sup>38</sup>. Dolayısıyla yasallığın (pozitif hukukun) kaynağı müzakere/söylem (demokrasi) ilkesine bağlanırken,

---

32 Uygun, s. 309; Katılımcı demokrasinin daha rasyonel olmasının nedeni, bu demokrasi türünde politik sürecin, çıkar gruplarının bir anlaşması olmaktan ziyade, kişiler arası bir akıl yürütme olarak işlemesidir. (Uygun, s. 309; Parkinson, John, "Legitimacy Problems in Deliberative Democracy", *Political Studies*, 2003, Vol 51, s. 180).

33 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 121.

34 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 104.

35 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 104; Cohen, s. 391.

36 Cohen, s. 391.

37 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 89; bkz. Yükselbaba, Ülker, *Habermas ve Kamusal Alan*, s. 316.

38 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 121.

müzakerenin/demokrasinin işleyişi de yasal kurumlara dayandırılmaktadır<sup>39</sup>. Dolayısıyla Buxter'ın da ifade ettiği gibi Habermas'da meşru hukuk ile radikal demokrasi birbirini karşılıklı olarak önvarsaymaktadır<sup>40</sup>. Habermas, meşruluğun paradoksal olarak yasallıktan çıkışını, vatandaşların kendi siyasi otonomilerini kullanmayı teminat altına alan hakları vasıtasıyla açıklamaktadır<sup>41</sup>. Yani Habermas açısından meşruluk yasallıktan çıksa bile, yasalığı da belirleyecek müzakere ilkesidir; yani demokrasi ilkesidir. Vatandaşların müzakereye katılma hakları vardır. Ancak yine de bu hakkın kaynağı, müzakere ile oluşturulan pozitif hukuktur. Dolayısıyla paradoks çözülememektedir. Müzakereye katılma hakkı, pozitif hukuktan önce gelen bir doğal/moral hak olarak kabul edildiği takdirde paradoks çözülebilir. Buna da Habermas yanaşmamaktadır.

Habermas'ın müzakereci demokrasi yaklaşımı, iradeciliği (voluntarizm) ve hukukî pozitivizmi çağrıştırsa da, Habermas buna itiraz eder. Düşünürü göre, Weimar döneminde hukukî pozitivizmi savunan kamu hukuku profesörleri, halk egemenlik ilkesini klasik özgürlükleri koruyacak biçimde takdim etmediler. Habermas'a göre, "hukuken tanımlanmış özgürlüklerin öznelarası (intersubjective) anlamı" ihmal edilmiştir<sup>42</sup>. Görüldüğü gibi Habermas, meşruluğu, halka dayanan egemen otoritenin müzakere sürecini çalıştırmaksızın tek yönlü belirlemesine bağlı kılmamıştır. Özgürlüğe, öznelerin müzakere sonucu verdiği anlam esas alınmaktadır. Bu da, demokrasinin hukukî pozitivizme dönüşmesini, Habermas açısından engellemektedir. Ancak doğal hukuk teorisi açısından Habermas'ın bu tutumu yine de tatmin edici değildir. Müzakere ettiği adaletin evrensel özünü kavramaktan uzaktır. Çünkü müzakere sürecinin bazı özgürlüklerin doğru anlamını sınırlama ihtimali her zaman vardır. Demokratik bir müzakere süreci bazı hakların başka türlü tanımlanması sonucunu doğurabilir. Bundan dolayı haklar ve özgürlükler bakımından müzakere süreci vazgeçilmez olsa da, herkesi bağlayabilen objektif değerlere ihtiyacımız vardır. Oysa Habermas doğal hukukun bu yaklaşımını kabul etmez. Ona göre "vatandaşların kamusal özerklik alanı, doğal veya ahlakî haklarla sınırlanamaz"<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Bkz. Alexy, Robert, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", *Cardozo Law Review*, Vol. 17, (1995-1996), s. 1027.

<sup>40</sup> Buxter, s. 206.

<sup>41</sup> Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 83.

<sup>42</sup> Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 89.

<sup>43</sup> Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 127.



Habermas, *müzakere/söylem (discourse)* etiğinden bağımsız kendiliğinden geçerli objektif değerler sistemi anlayışını kabul etmemiştir. Ancak Habermas normların evrensellik testinden geçirilmesi gerektiğini düşünür. Bu bağlamda o, *discourse* etiği sürecinde haklılaştırılan normların, evrenselleştirme ilkesi yoluyla desteklenmesini öngörür<sup>44</sup>. Habermas'ın müzakere ve evrenselleştirme ilkesi şu şekilde ifade edilir:

Müzakere/discourse ilkesi: “*Ancak, bir pratik müzakereye/söyleme (discourse'a) katılanların onayını almış normlar geçerlilik iddiasını taşıyabilirler*”<sup>45</sup>

Evrenselleştirme ilkesi: “*Normlardan etkilen herkes, bunların sonuçlarını ve yan etkilerini kabul edebilirse, bu normların genel takibinin herkesin yararını tatmin edeceği beklenebilir*”<sup>46</sup>.

Görüldüğü gibi, Habermas'ın hem müzakere ilkesi ve hem de evrenselleştirme ilkesi, normların içeriğine dönük bir doğruluk iddiası taşımamaktadır. Habermas'ın meşruluk anlayışı *usulî* (prosedürel)<sup>47</sup> bir karakter taşımaktadır. Müzakere ve tartışma prosedürünün ürünü olan normların haklılığı veya haksızlığı mesele haline getirilmemektedir. Kuralların adilliği, yapıldıkları süreçlere indirgenmektedir<sup>48</sup>. Oysa beşeriyet tarihinin tecrübelerinin de tespit ettiği bir takım nesnel değerler açısından, müzakere sonuçlarının haksızlığı ve yanlışlığı sorgulanabilir. Örneğin hukuk bilimi bakımından hukukun evrensel ilkeleri, bir tartışma sonucu kabul edilmiş olmaktan ziyade, kendiliğinden billurlaşmış evrensel doğrulardır. Bu evrensel hukuk ilkeleri, nesnel ahlakî değerlerin hukuk pratiğine yansımalarıyla oluşan, ama hiç kimsenin özgül iradesinin doğrudan sonuçları olmayan normlardır. Bu tür evrensel normlar, demokratik süreçler karşısında özerk alanlar oluştururlar. Demokratik süreçler bunları çiğneyemez. Günümüzde insan haklarının küresel bir kimlik kazanmasının altında yatan, iradeye ve toplumsal kabullere bağlı olmayan değerler düzenidir. Bu değerler düzenine olanak sağlayan

44 Bkz. Feteris, *The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory*, s. 141-142.

45 Habermas, Jürgen, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Translated Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen), Massachusetts Institute of Technology Press, Sixth Printing 1999, s. 66; Feteris, *The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory*, s. 142.

46 Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, s. 65; Feteris, *The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory*, s. 142.

47 Bkz. Yükselbaba, *Habermas'ın Prosedüralist*, s. 229-233 vd.

48 Bkz. Yükselbaba, *Habermas'ın Prosedüralist*, s. 245.

insanın yaratılmış doğası ve aklıdır. Beşeriyetin tekâmül (human fulfillment) edebilmesi, böyle bir temele dayanan doğal hukuk anlayışına bağlıdır. Habermas'ın discourse sürecine herkesin eşit ve özgür olarak katılması anlayışı da böyle bir temele dayanmadığı sürece gerekçelendirilemez. Çünkü herkesin eşit ve özgür olarak müzakereye/söyleme veya tartışmaya katılması gerektiği de, herhangi bir pozitif hukuk düşüncesinden ve özgül bir müzakere-den önce gelen *a priori* bir kabuldür. Böyle bir kabul olmaksızın, herkesin eşit ve özgür olarak müzakere (discourse) sürecine katılmasını savunmak esastan yoksun olacaktır. Demek ki, demokratik sürecin dışında bazı ilkelere ihtiyacımız olacaktır. Bu ilkeler olmaksızın, demokrasiyi savunmak da mümkün olmayacaktır. Hukukumuzu demokratik süreçlerle belirlememiz gerektiği düşüncesinin altında yatan neden, birey olarak insanın taşıdığı değerdir. O halde, insanın bir takım temel hakları herhangi bir müzakere sürecine bağlı olmaksızın vardır. Hakların doğuş mantığının bu şekilde anlaşılması, insan haklarının dokunulmazlıkları bakımından önem arz etmektedir.

Oysa Habermas'da insan hakları ile halk egemenliği (popular sovereignty) yan yana durmaktadır. Birinin diğerine üstünlüğü söz konusu değildir<sup>49</sup>. Habermas'ın şu sözleri meseleyi çok iyi özetlemektedir:

“Haklar sistemi bu şekilde takdim edilirse, halk egemenliği ile insan haklarının nasıl kol kola gittiği ve kamusal (civic) otonomi ile özel otonominin nasıl eş düzeyde asliliğe (co-originality) sahip olduğu anlaşılabilir. Vatandaşların kamusal otonomi alanı yürürlüğe konulmayı bekleyen doğal veya ahlakî haklarla sınırlanamadığı gibi, bireylerin özel otonomileri de halk egemenliğinin amaçları açısından araçsallaştırılamaz<sup>50</sup>”.

Bu düşünceleriyle Habermas, halk iradesiyle insan haklarının birbirlerine üstünlüğünü reddetmektedir. Dolayısıyla Habermasın demokrasi anlayışında temel insan haklarının, halk iradesi karşısında üstünlüğü söz konusu olamaz. Böyle bir üstünlüğün olabilmesi için halk iradesi karşısında dokunulmaz bir insan hakları kavramına ihtiyacımız vardır.

Alexy, Kelsen'in mutlak ve objektif değer anlayışını reddeden göreceliliğine (relativism) karşı gelirken, insan haklarının varlığı için mutlak ve objektif ahlakî unsurların varlığını savunmaya çalışmaktadır<sup>51</sup>. Alexy'ye göre

---

49 Buxter, s. 257.

50 Habermas, *Between Facts and Norms*, s. 127; Buxter, s. 257.

51 Alexy, Robert, “Law, Morality, and The Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*. Vol. 25, No. 1 March 2012, s. 2 vd.

ahlakî, evrensel, temel ve soyut haklar olarak insan haklarının, diğer bütün normlar karşısında öncelikleri vardır. Moral haklarının geçerlilikleri ve dolayısıyla insan haklarının geçerlilikleri gerekçelendirilmelerine (haklılaştırılmalarına) bağlıdır. Alexy, insan haklarının varlığını iki argümana başvurarak gerekçelendirmektedir. Birincisi, açıklayıcı argüman, diğeri varoluşsal argümandır<sup>52</sup>. Açıklayıcı argüman, beşeri pratikte gizli bulunan, insanın *iddiada bulunmak* (asserting), *istemek* (asking) ve *ileri sürmek* (arguing) gibi özelliklerine dayanır. Bu özellikler dolayısıyla insan, bir müzakereci/tartışmacı olarak müzakere/söylem (discourse) pratiğinin katılımcısıdır. Alexy'ye göre müzakere/söylem pratiği, insanların müzakereye eşit ve özgür olarak katılmalarının ön kabulüne dayanır. Eşitlik ve özgürlük de bireyleri otonom olarak kabul etmemizi gerektirir. Bireylerin otonomisini kabul etmek, onları onurlu bir varlık olarak değerlendirmemizi sağlar. Bireylere onur ithaf etmek de, insan haklarını tanımak demektir<sup>53</sup>. İkincisi, varoluşsal argümandır. Bu argüman açısından insanın müzakere sürecine katılarak *discursive* kabiliyet ve imkanlarını kabul etmesi, kendisiyle ilgili söz sahibi olması demektir. İnsanın kendisini bir müzakereci olarak hareket edip tartışmalara katılması onun varoluşuyla ilgilidir<sup>54</sup>.

Yukarıdaki bilgiler ışığındaki değerlendirmemize göre Alexy, insanın müzakereci olarak kamusal tartışmalarda yer alıp müzakere yapmasını, onun doğasının bir gereği olarak sunmaktadır. Böylece o, insan haklarının varlığını da, insanın doğası gereği müzakerelere eşit ve özgür olarak katılmasına bağlamaktadır. İnsanın hemcinsleriyle eşit ve onurlu bir varlığının ön kabulü, insan haklarının temel ilkesi sayılmaktadır. Alexy, insanın yapısından kaynaklanan bu ön kabulden hareket etse de, insan haklarını evrensel ve objektif olarak kabul etmesi, meşruiyet açısından demokrasiden daha zengin bir düşünceyi içermektedir.

Çağdaş demokrasi teorilerini, sadece süreçlerle sınırlı bir meşruiyet düşüncesini benimseyerek, içeriksel/maddî (substantive) “iyi” kavramını dışlamakla suçlayan Moots ve Forster, John Locke’un doğal hukuk temelli demokrasi anlayışını esas alarak, meşruiyetin maddî (substantive) bir norma dayanması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>55</sup>. Moots ve Forster haklı olarak,

<sup>52</sup> Alexy, *Law, Morality, and The Existence of Human Rights*, s. 10-11.

<sup>53</sup> Alexy, *Law, Morality, and The Existence of Human Rights*, s. 11.

<sup>54</sup> Alexy, *Law, Morality, and The Existence of Human Rights*, s. 11.

<sup>55</sup> Moots, Glenn/Forster, Greg, “Salus Populi Suprema Lex: John Locke Versus Contemporary Democratic Theory”, *Perspectives on Political Science*, January–March 2010, Volume 39, Number 1, s. 35.

çağdaş demokrasi teorilerinin, doğal hukuk teorisini dışladıkları sürece demokrasiyi temelsiz bırakacaklarını belirtmektedirler<sup>56</sup>. Söz konusu yazarlar, çağdaş demokrasi kuramcısı Robert Dahl'ı, demokratik süreçler üstünde siyasî hak kavramını kabul etmediği, siyasi haklarla süreçleri özdeş saydıkları için<sup>57</sup>; yine çağdaş bir demokrasi kuramı olan müzakereci/katılımcı demokrasiyi de, hem demokratik süreçlerin inşa ve onarılmasına ve hem de bu süreçleri yönetecek normlara çok az ilgi gösterdikleri gerekçesiyle eleştirmektedirler<sup>58</sup>.

Gerçekten de demokratik süreçleri belirleyen ve bu süreçlerden önce gelen (onlara tekaddüm eden) bir değerler sisteminin bulunmadığı bir demokrasi teorisi, kendi içinde çözülemez paradokslarla doludur. Moots ve Forster, bu paradoksu *sonsuz seriler* (infinite series) problemi bağlamında özet olarak; “*meşruiyetin nihai temeli demokratik süreçler ise, hiçbir siyasî kurum bu süreçler dışında haklılaştırılmaz; ancak demokratik süreçlerin kendileri de birer politik kurumdur; o halde demokratik süreçler, demokratik süreçler dışında meşrulaştırılmaz; çünkü bu mantık açısından demokratik süreçlerden önce gelen meşrulaştırıcı bir şey söz konusu değildir; o halde demokratik süreçler nihai meşruluk kaynağı ise, kendileri meşru olarak kurumsallaştırılmazlar*”<sup>59</sup> biçiminde ifade etmektedirler. Gerçekten de bu paradoks yukarıda değindiğimiz gibi Habermas'ın *discourse* ilkesine dayalı katılımcı demokrasi anlayışında da söz konusu idi. Bu paradoksun çözümü, demokratik süreçlerden önce gelen ve onlara üstün olan evrensel hukukî ilkeler ve etik değerlerin varlığının kabulüyle mümkündür.

Demokratik süreçlerle adalet veya haklar arasındaki olası çelişkileri *süreç ve öz* arasındaki çelişkiler olarak takdim edip tartışan Dahl, tartışmayı diyalektik bir biçimde bir *savunucu* ve bir *eleştirici*'nin ağzından yürüttükten sonra<sup>60</sup>, süreç ve öz arasındaki karşıtlığı reddederek savunucunun yanında yer almaktadır. Dahl'a göre, demokrasi ile çatışkı halinde sunulan özsel haklar aynı zamanda demokratik süreçlerin bir parçası durumundadırlar. Yazar açısından demokratik sürece katılarak iktidarı paylaşmak da bir haktır ve bu

<sup>56</sup> Moots/Forster, s. 35.

<sup>57</sup> Moots/Forster, s. 37.

<sup>58</sup> Moots/Forster, s. 38.

<sup>59</sup> Moots/Forster, s. 36.

<sup>60</sup> Bkz. Dahl, Robert A., *Demokrasi ve Eleştirileri*, (Çev. Levent Köker), Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 205-220.

hak, bölüşümcü (dağıtıcı) adaletin bir gereğidir<sup>61</sup>. Aynı zamanda Dahl açısından demokratik süreçlere katılma hakkı, diğer tüm haklara, *inter alia*, ifade, basın ve toplanma özgürlüğüne sahip olmayı da kapsadığı için sadece soyut bir hak olarak kalmaz<sup>62</sup>. Ancak Dahl daha sonra aynı eserde, hiçbir çıkarın demokratik sürece üstün olamayacağı anlamına gelebilecek biçimde, demokratik sürecin ayrılmaz bir parçası dışındaki çıkarların ihlal edilebilirliğini akla yatkın bulmaktadır<sup>63</sup>. Dahl'a göre demokratik süreçler üzerinde siyasal haklar söz konusu değildir<sup>64</sup>. Dahl açısından temel haklarla demokratik süreçler çatışsa bile, bu çatışmadaki hakların nasıl korunacağına ilişkin tartışmalar da nihai olarak bir süreç tartışmasıdır. Başka bir anlatımla Dahl'a göre, özleri (hakları) süreçler karşısında savunmak, bu hakların nasıl korunacağına; yani hangi süreçlerle bu hakların korunacağı tartışmasına ve dolayısıyla yine süreçler hakkında bir tartışmaya geri dönelecektir<sup>65</sup>. Bu düşünceleriyle Dahl, süreçler dışındaki içerik tartışmalarının, zorunlu olarak süreç tartışmasına dönüşeceğini ifade ederek, özleri süreçler karşısında konumlandırmanın anlamsızlığını ima etmektedir.

Demokratik süreçlerin anayasallaştırılması, daha derin bir meşruiyet ideali için yeterli değildir. Anayasallaştırılmaları önelen/tekaddüm eden ilkelere dayanması gerekir. Yani meşruiyetin sadece prosedürel olmaktan çıkıp bir takım maddî ilkelere dayanması için, demokratik süreçlerin ihlâl edemeyeceği hak ve özgürlük kavramına ihtiyaç vardır. Hayek'e göre, Hukuk devleti (rule of law), anayasacılığa ek olarak, yasaların belirli ilklere uygun olması gereğini de içerir. Dolayısıyla Hayek açısından hukuk devleti anayasacılıktan daha fazla şeyi ifade eder<sup>66</sup>.

Doğal haklar temeline dayanan bir demokrasi anlayışı, sadece oya dayanan prosedürel nitelikli bir hukuk anlayışına göre daha güçlü bir meşruiyeti aramaktadır. Bu bağlamda Donnelly, Liberal demokrasi ile seçim demokrasisini (electoral democracy) dayanakları bakımından birbirinden ayırmaktadır. Yazara göre, liberal demokrasideki bireysel hakların ahlakî ve siyasal önceliği ile hukuk devletinin gerekleri, demokratik karar alma sürecini sınır-

---

61 Dahl, s. 220.

62 Dahl, s. 221.

63 Dahl, s. 231.

64 Bkz. Moots/Forster, s. 37.

65 Dahl, s. 232-233.

66 Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge 1990, s. 205.

lamaktadır<sup>67</sup>. Dolayısıyla Donnelly'nin analizine göre, liberal demokrasi anlayışında demokratik süreçler, keyfi ve sınırsız karar alma süreci değildir. Bu tür demokrasilerin hakları koruyucu (rights-protective) bir niteliği vardır<sup>68</sup>. Oysa Donnelly'ye göre sadece halkın gücüne dayan seçim demokrasisinde, eğer halk insan haklarını seçmişse bu haklar gerçekleşme olanağı bulacaktır<sup>69</sup>.

Bulut, liberal demokrasinin temel hak ve özgürlüklere verdiği önemi tespit ettikten<sup>70</sup> sonra, bu demokrasi anlayışındaki temsil ve katılım eksikliklerine vurgu yapmaktadır<sup>71</sup>. Yazar açısından bu kriz, liberal değerleri dışlamadan gerçek bir katılımı öngören radikal demokrasi yoluyla aşılmaya çalışılmaktadır<sup>72</sup>.

Sartori, iktidarın sınırlandırılması ve hakların korunması bakımından liberal anayasacılık karşısına demokratik anayasal hareketleri koymaktadır. Sartori'ye göre, anayasaların demokratikleştirilmesini savunan reformcuların ideali, hukuk kavramının tümünü yasa koyucunun iradesine indirgemektir<sup>73</sup>. Yazar açısından yasaların bu şekilde algılanması, keyfi iktidarı sınırlandıran yasa anlayışını zayıflatmaktadır<sup>74</sup>. Sartori'nin değerlendirmesine göre anayasacılık, bireysel hakların bir garantisi olarak başlamasına karşın, kısa sürede yasa koyucuların egemenliğine dönüşmüştür<sup>75</sup>. Bu bağlamda Sartori, biçimci hukuk kavramını savunan John Austin ve Hans Kelsen gibi pozitivistleri, özgürlüklerin güvencesi olan yasa kavramını yok ettikleri gerekçeyle eleştirmektedir<sup>76</sup>.

<sup>67</sup> Donnelly, Jack, "Human Rights, Democracy, and Development", *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, (1999), s. 620.

<sup>68</sup> Donnelly, s. 621.

<sup>69</sup> Donnelly, s. 621.

<sup>70</sup> Bulut, Nihat, "Demokrasiyi İdeal Anlamına Yaklaştırma Çabası Olarak Radikal Demokrasi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, sayı 1-2 (Haziran 2003), s. 51.

<sup>71</sup> Bulut, s. 52.

<sup>72</sup> Bulut, s. 52 ve 67.

<sup>73</sup> Sartori, Giovanni, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu-Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 354.

<sup>74</sup> Sartori, s. 354.

<sup>75</sup> Sartori, s. 351.

<sup>76</sup> Sartori, s. 350- 351.

Uygun da, antik demokrasi yaklaşımıyla modern demokrasi arasında bir ayırım yaparak, antik demokrasilerin insan haklarına göndermede bulunmadığını, buna karşılık modern demokrasilerin insan haklarını, meşruluk temeli olarak esas aldığını söylemektedir<sup>77</sup>. Ancak Uygun'un modern demokrasilerden kastettiği şey liberal demokrasilerdir<sup>78</sup>. Teoriler düzeyinde baktığımızda da, Robert Dahl ve Habermas gibi teorisyenler, yukarıda değindiğimiz gibi, insan hakları ve adalet değerini bir öz olarak demokratik süreçlerin önüne geçirmemektedirler. Bu anlayıştaki demokrasi teorisyenleri açısından, demokratik süreçlere katılma, korunması gereken en önemli haktır. Ancak karar alma süreçlerine katılma hakkının kaynağı bu teorisyenler tarafından tutarlı bir biçimde ortaya konulmuş değildir. Bu hakkın korunma gerekçesi ne olabilir? Bu hakkı, meşrulaştırılmaya gerek duyulmayan *a priori* veya apaçık (self-evident) bir hak olarak tanımladığımızda, diğer insan haklarını da bu şekilde haklılaştırmamız tutarlı değil midir? Bu akıl yürütmeyi tutarlı olarak kabul edersek, demokratik süreçlerden önce ve bu süreçlerin çiğnemeceği hak kavramını kabul etmiş oluruz.

Morlino, kusurlu (defective) demokrasiler ile iyi demokrasileri karşılaştırmasında kusurlu demokrasiler olarak, siyasî haklar konusunda sadece sınırlı güvenceler getiren, iktidar odaklarının (powerful group) seçilmiş liderleri etkileyerek koşullandırdığı ve yurttaşlık hakları konusunda yalnızca kısmî güvenceler sağlayan siyasî düzenleri anlamaktadır<sup>79</sup>. Morlino, iyi bir demokrasiden de, vatandaşların özgürlük ve eşitliğini teminat altına alan<sup>80</sup>; vatandaşların, birliklerin ve toplulukların en azından özgürlük ve eşitliği makul ölçüde kullandıkları<sup>81</sup>; ve vatandaşların, hukuk devleti açısından eşitlik ve özgürlüğün gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda yönetimi denetleyip değerlendirebilecekleri bir demokrasiyi anlamaktadır<sup>82</sup>. Görüldüğü gibi yazar, demokrasiye sadece biçimsel süreçler olarak değil, bir takım değerler açısından yaklaşmaktadır. Siyasî haklar, yurttaş hakları, eşitlik ve özgürlük kusurlu demokrasi ve iyi demokrasi ayrımında birer ölçüt olarak alınmıştır. Bu anlayış, insan hakları ve özgürlüklerine dayanan bir demokrasi

---

77 Uygun, s. 131.

78 Uygun, s. 131.

79 Morlino, Leonardo, "Legitimacy and The Quality of Democracy", *International Social Science Journal*, Jun2009, Vol. 60 Issue 196, s. 212.

80 Morlino, s. 213.

81 Morlino, s. 213.

82 Morlino, s. 213.

anlayışını yüceltmektedir. Dolayısıyla bir sistemin gerçek anlamda demokrasi sıfatını hak edebilmesi için, demokrasinin sadece prosedürel niteliklerine sahip olması yeterli değildir. Bunun yanında bir takım maddî/içeriksel öğelerini de içermesi gerekir<sup>83</sup>. D'Aspremont'a göre demokrasi aynı zamanda hukuk devletinin gereklerini de içerir<sup>84</sup>. Touraine, demokrasinin, sadece genel iradeye saygıdan ibaret bir sistem olarak görülemeyeceğini, bunun yanında demokrasiyi iktidarın keyfî iradesini sınırlayan bir mekanizma olarak görmek gerektiğini söylemektedir<sup>85</sup>. Devlet iradesinin sınırlandırılması bağlamında, Touraine, doğal hakların önemine vurgu yapmaktadır<sup>86</sup>. Dolayısıyla yazar açısından demokrasi, otoriter bir yönetime de olanak veren halk gücü değildir<sup>87</sup>. Demokrasinin sınırsız halk gücü olarak algılanması, prosedürel anlamda bir meşruiyete denk düşse de, maddî anlamda bir meşruiyete zorunlu olarak tekabül etmez. Dolayısıyla doğal haklara dayana bir demokrasi, keyfiliği önleyici işlevi dolayısıyla hukuk devletiyle daha tutarlı olacaktır.

#### IV- Sonuç

Demokrasi teorilerinden müzakereci/katılımcı demokrasi, vatandaşları daha fazla karar alma süreçlerine dâhil etmesi ve özneler arasında ideal bir tartışma zemini öngörmesi bakımlarından, diğer demokrasi teorilerine nazaran daha kapsayıcı ve ikna edici/rasyonel bir görünüm sunsa da, insan haklarının keyfî güç karşısında dokunulmazlıklarını tam olarak sağlamada yetersiz görünmektedir. Müzakereci demokrasi de olsa, eğer insan haklarının demokratik süreçler karşısında üstünlüğünü ön şart haline getirmiyorsa, hakların ihlâli mutlak anlamda ihtimal dışı bırakılamaz. Doğal hukuk ve doğal haklar (moral haklar) temeline dayalı olan ve bu temeli aşılmaz gören bir demokrasi, insan haklarının teminatı için zorunludur.

Ayrıca klasik doğal hukukun ve kadim geleneklerin kabul edilmiş ortak insan tasavvurunu bir tarafa bırakarak her şeyi müzakere etiği kapsamında gören, insan doğasının/fitratının gereklerinin, insana yüklediği yükümlülükleri görmezden gelerek, her şeyi uzlaşma süreçleriyle meşrulaştırmaya çalı-

---

83 D'Aspremont, s. 895.

84 D'Aspremont, s. 899.

85 Touraine, Alain, *Demokrasi nedir?* (Çev. Olcay Kunal), 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2011, s. 64.

86 Touraine, s. 64-65.

87 Touraine, s. 66.



şan bir müzakereci demokrasi, ne hakikî anlamda bir insan tanımlamasını ne de insan haklarını teminat altına alabilir. Demokratik tartışma süreçleri zorunlu olabilir; ancak yeterli değildir. Dolayısıyla meşruluk için demokratik katılımı, müzakereyi ve ortak kabulü, zorunluluk koşulu olarak saymalıyız. Ancak bunları meşruluğun yeterli koşulu sayamayız. Kısaca, meşruluk için demokratik katılım ve demokratik karar alma zorunludur ancak yeterli değildir.

Dolayısıyla gerek klasik doğal hukukun, gerekse kadim kültürler, gelenekler, inançlar ve felsefelerin tartışmasız kabul ettiği ortak insan doğasının gereklerine dayanan ve insan onurunu esas alan bir haklar şemasını ön koşul haline getiren bir demokratik kültür meşruluğun sağlam bir zemini olacaktır. Tabii ki, insan doğası ve doğal hakların ayrıntılarında bir takım belirsizlikler ve uzlaşmazlıklar çıkabilir. Böyle durumlarda sağ duyu (common sense) önem kazanacak ve bunun için demokratik süreçler belirleyici olacaktır. Ancak doğal hukuk ve doğal hakların ana yapısına aykırı işleyen bir demokratik süreç anlayışı meşruluk bakımından yeterli olmayacaktır. Çünkü eğer insan haklarını karar alma süreçlerinin ön koşulu haline getirip üstünlüklerini kabul etmezsek, her şeyi iradeye bırakırsak, insan haklarının ve onurunun ihlali ihtimal dâhilinde olabilir. Bundan dolayı doğal haklar ve doğal hukuka dayanan bir demokrasi teorisi meşruluk bakımından vazgeçilemez olmalıdır.

**Kaynakça**

- Alexy, Robert**, “Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse”, *Cardozo Law Review*, Vol. 17, (1995-1996), pp. 1027-1034.
- Alexy, Robert**, “Law, Morality, and The Existence of Human Rights”, *Ratio Juris*. Vol. 25, No. 1 March 2012, pp. 2-14.
- Barnard, Frederick M.**, *Democratic Legitimacy : Plural Values and Political Power*, McGill-Queen’s University Press, 2001.
- Baxter, Hugh**, “Habermas’s Discourse Theory of Law and Democracy”, *Buffalo Law Review*, Vol. 50, (2002), pp. 205-340.
- Blackstone, William**, *Commentaries on The Laws of England*, (Book The First), Clarendon Press, Oxford 1765.
- Blaug, Ricardo**, *Democracy, Real and Ideal, Discourse Ethics and Radical Politics*, State University of New York Press, 1999.
- Bulut, Nihat**, “Demokrasiyi İdeal Anlamına Yaklaştırma Çabası Olarak Radikal Demokrasi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VII, sayı 1-2 (Haziran 2003), ss. 41-68.
- Cohen, Joshua**, “Reflections on Habermas on Democracy”, *Ratio Juris*, Vol. 12, No. 4, (December 1999), pp. 385-416.
- D’Aspremont, Jean**, “Legitimacy of Governments in The Age of Democracy”, *International Law and Politics*, (2006), Vol.38, pp. 877-917.
- Dahl, Robert A.**, *Demokrasi ve Eleştirileri*, (Çev. Levent Köker), Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Donnelly, Jack**, “Human Rights, Democracy, and Development”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, (1999), pp. 608-632.
- Feteris, Eveline T.**, “The Rationality of Legal Discourse in Habermas Discourse Theory”, *Informal Logic*, Vol. 23, No. 2 (2003), pp. 139-159.
- Feteris, Eveline T.**, *Hukukî Argümantasyonun Temelleri*, (Çev. Ertuğrul Uzun) 1. Baskı, Paradigma Yayını, İstanbul, 2010.
- Finlason, James Gordon**, “Habermas’s Moral Cognitivism and Frege-Geach Challenge”, *European Journal of Philosophy*, Vol. 13, issue 3, (2005), pp. 319-344.
- Finnis, John**, “The Natural Law Tradition”, *Legal Education*, Vol. 36, (1986), pp. 492-495.

**Gözler, Kemal**, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu*, US-A yayıncılık Ankara 1998.

**Greenawalt, Kent**, “How Persuasive is Natural Law Theory”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 75, (1999-2000), pp. 1647-1680.

**Habermas, Jürgen**, “Law and Morality”, (Translated by Kenneth Baynes), *The Tanner Lectures on Human Values*, Delivered at Harvard University October 1 and 2 1986, pp. 219-279.

**Habermas, Jürgen**, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Translated by William Rehg), Second Printing, The MIT Press 1996.

**Habermas, Jürgen**, *İletişimsel Eylem Kuramı*, (Çev. Mustafa Tüzel), Birinci Bası, Kabalıcı Yayını, (Cilt. I, Giriş), 2001.

**Habermas, Jürgen**, *Moral Consciousness and Communicative Action* (Translated by Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen), Massachusetts Institute of Technology Press, Sixth Printing 1999.

**Hadjihambis, Demetrios**, “Of The Laws of God and of Nature” *Bracton Law Journal*, Vol. 4, Issue 2, (June 1968), pp. xli-xliv.

**Hayek, F.A.**, *The Constitution of Liberty*, Routledge 1990.

**Himma, Kenneth Einar**, “The Epistemic Sense of Pedigree Thesis”, *Pacific Philosophic Quarterly*, Vol. 80, (1999), pp. 46-63.

**İşıktaç, Yasemin**, *Hukuk Felsefesi*, 3. (Tıpkı Basım) Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

**Mcaniff, John E.**, “The Natural Law- Its Nature, Scope, and Sanction”, *Fordham Law Review*, Vol. 22, (1953), pp. 246-253.

**Hill, Owen A.**, “The Natural Law”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 13, (1924-1925), pp.367-372.

**Moots, Glenn/Forster, Greg**, “Salus Populi Suprema Lex: John Locke Versus Contemporary Democratic Theory”, *Perspectives on Political Science*, Volume 39, Number 1, January–March 2010, pp. 35-45.

**Morlino, Leonardo**, “Legitimacy and The Quality of Democracy”, *International Social Science Journal*, Vol. 60 Issue 196, Jun2009, pp. 211-222.

**Özbilgen, Tarık**, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF yayını, İstanbul 1976.

**Parkinson, John**, “Legitimacy Problems in Deliberative Democracy”, *Political Studies*, 2003, Vol 51, pp. 180-196.

**Pilon, Roger**, “Individual Rights, Democracy, And Constitutional Order: On The Foundations Of Legitimacy”, *Cato Journal*, Vol. 11, (1991-1992), pp. 373-390.

**Ratnapala, Suri**, *Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2009.

**Sartori, Giovanni**, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu-Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

**Scheneller, Lena**, “Conceptions of Democratic Legitimate Governance in the Multilateral Realm: The Case of The WTO”, *Living Reviews in Democracy*, Zurich, 2010, pp. 1-18.

**Shabani, Omid A. Payrow**, *Democracy, Power, and Legitimacy: The Critical Theory of Jürgen Habermas*, University of Toronto Press, 2003.

**Touraine, Alain**, *Demokrasi nedir?* (Çev. Olcay Kunal), 5. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2011.

**Uslu, Cennet**, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Liberte Yayınları, Ankara, 2009.

**Uygun, Oktay**, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlakî Boyutları*, İnkılâp Yayınları, 2003 İstanbul.

**Weinreb, Lloyd**, “The Case For Natural Law Reexamined”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 38, (1993), pp. 1-13.

**Yükselbaba, Ülker**, “Habermas’ın Prosedüralist Hukuk Paradigması, Haklar Sistemi ve Hukuk Devleti”, *İstanbul Üniv. Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)* C. LXVI, Sayı 1, ss. 221-252.

**Yükselbaba, Ülker**, *Habermas ve Kamusal Alan: Burjuva Kamusal Alanından, İletişimsel kamusalığa Geçiş*, 1. Baskı, On iki Levha Yayını, İstanbul 2012.