


# Adalet Bilimi Olarak Hukuk Bilimi\*

Josef Franz LINDNER<sup>1</sup>, Mustafa BAŞAR (translator)<sup>2</sup>

 <sup>1</sup> Prof. Dr., Augsburg University, Faculty of Law

 <sup>2</sup> Researcher, University of Fribourg, Faculty of Law

Free University of Berlin, Faculty of Law

## Özet

Hukuk bilimi bir çeşit oryantasyon krizi içindedir. Kanıtı ise, temel olarak kendi kendisiyle meşgul olmasıdır. Zira normatif anlamda denetim otoritelerinin konçertosunun yorum egemenliği çerçevesinde köktenci bir rekabet içinde bulunması bunu haklı çıkarmaktadır: Hukuk bilimi ekonomi, politika bilimi, etik ve diğer bilişsel bilimler gibi normatif söylemin (ve dolayısıyla politik-medya) önemi üzerine tartışma yürütmektedir. Bu sebeple bahsedilen temel süreç içinde hukuk biliminin biçimsel-teorik düzleme sert bir biçimde geri çekilmiş görünmesi şaşırtıcıdır. Bu durum “hukuk bilimi teorisi” olarak adlandırılan güncel bir tartışmayla örneklendirilmektedir. Aşağıda takip eden katkı buna mukabil bir nokta olarak addedilir: Bu nokta hukukun, ancak kanunu maddi anlamda kesintiye uğratmaksızın kontrol etme iddiasını ayakta tutabildiği oranda ciddiye alınacağını varsaymaktadır. Buradan hareketle hukuk felsefesi bağlamında daha güçlü bir bakış açısı savunulmaktadır. İnsana özgü spesifik durumdan (‘condicio humana’) hareketle doğru (ve dolayısıyla bağlayıcı olan) hukukun meşrulaştırılıp meşrulaştırılmayacağı – ve de bir bilim olarak hukuk için bundan ne gibi sonuçların çıkarılabileceği sorusu açıklığa kavuşturulur.

**Anahtar Kelimeler:** Adalet bilimi; hukuk bilimi teorisi; hukuk antropolojisi; condicio humana.

---

\* Makalenin orijinal metni için bkz. *Josef Franz Lindner, Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft in: RW, Jahrgang 2 (2011), Heft 1, ISSN print: 1868-8098, ISSN online: 1868-8098, <https://doi.org/10.5771/1868-8098-2011-1-1>*

# Jurisprudence as a Science of Justice

## Abstract

Jurisprudence is in the midst of an orientation crisis. The proof is its engagement only with itself, as a basis. In addition, the concert of inspection authorities in normative terms legitimizes their fundamental competitive posture within the interpretation sovereignty. Jurisprudence deals with a dispute about the importance of normative discourse among economy, political science, ethic and the other cognitive sciences (consequently politics-media). That's why it is surprising that the jurisprudence seems to be withdrawn to a formal-theoretical platform sharply in this fundamental process. It exemplifies the popular debate called "The Jurisprudence Theory". The following contribution below is regarded as a counterpoint: It assumes that the jurisprudence can only be taken seriously as long as it maintains its assertion to control law without concrete interruption. Thus a stronger point of view is justified within the context of philosophy of law. Based on a specific human condition (*condicio humana*), the question whether the right law (thus the binding law) can be legitimised or not and the results that can be concluded by the jurisprudence as a science are clarified.

**Keywords:** Science of Justice; The Jurisprudence Theory; Legal anthropology; *condicio humana*

---

<b>Corresponding Author</b>	Mustafa BAŞAR
<b>E-mail</b>	<a href="mailto:mustafabasar@zedat.fu-berlin.de">mustafabasar@zedat.fu-berlin.de</a>
<b>Manuscript received</b>	November 5, 2019
<b>Revised manuscript accepted</b>	November 5, 2019

---

## Adalet Bilimi Olarak Hukuk Bilimi

<b>A.</b>	<b><u>GİRİŞ: HUKUK BİLİMİNİN ORYANTASYON KRİZİ?</u></b> .....	<b>224</b>
<b>B.</b>	<b><u>HUKUK BİLİMİ TEORİSİ?</u></b> .....	<b>226</b>
<b>C.</b>	<b><u>HUKUK BİLİMİNİN ÖZBENLİĞİ OLARAK ADALET</u></b> .....	<b>227</b>
I.	<u>PROGRAMA UYGUN GÖREV: ADİL HUKUK NEDİR?</u> .....	227
II.	<u>BU GÖREVİN 'RÖNESANS' I İÇİN SAVUNU</u> .....	228
<b>D.</b>	<b><u>EPİSTEMOLOJİK PROBLEM</u></b> .....	<b>230</b>
I.	<u>MÜNCHHAUSENTRİLEMMA</u> .....	230
II.	<u>MADDİ ONTOLOJİ YERİNE MAKULİYET</u> .....	231
<b>E.</b>	<b><u>ADALETİN EPİSTEMOLOJİK KAYNAĞI OLARAK 'CONDICIO HUMANA'</u></b> .....	<b>232</b>
I.	<u>İNSANA YÖNELİK HUKUK: ANTROPOLOJİK BİR HUKUK FELSEFESİNİN PARADİGMASI</u> .....	232
II.	<u>ANTROPOLOJİK HUKUK FELSEFESİ GELENEĞİ</u> .....	233
<b>F.</b>	<b><u>ANTROPOLOJİK BİR HUKUK FELSEFESİNİN TEMELLENĐİRME PROGRAMI</u></b> .....	<b>235</b>
I.	<u>'DOĞAL HUKUK KURUNTUSU'</u> .....	235
II.	<u>MAKULİYETİN KABULÜNE YÖNELİK METODOLOJİK TALEPLER</u> .....	236
1.	<u>Gerçeğin Yakınsama Teorisi</u> .....	236
2.	<u>Transandantal Menfaat Kategorisi</u> .....	236
III.	<u>MEŞRU HUKUKUN BİLGİ KAYNAĞI OLARAK 'CONDICIO HUMANA'</u> .....	237
1.	<u>Varoluşsal</u> .....	237
2.	<u>Tözsel</u> .....	239
3.	<u>Sosyal</u> .....	239
4.	<u>İçsel</u> .....	240
<b>G.</b>	<b><u>HUKUK BİLİMİ İÇİN OLASI SONUÇLAR</u></b> .....	<b>240</b>
I.	<u>HUKUK FELSEFESİ: ADİL HUKUK İÇERİĞİNİN ZEMİNİ</u> .....	240
II.	<u>HUKUK POLİTİKASI: ADİL HUKUK İÇERİĞİNİN HAYATA GEÇİRİLMESİ</u> .....	241
III.	<u>HUKUK DOĞMATİĞİ: ADALETİ OPTİMİZE EDEN BİR UYGULAMA ÖĞRETİSİNİN GELİŞİMİ</u> .....	241
1.	<u>Doğmatığın Görevi</u> .....	241
2.	<u>Hukuk Alanını Kuşatan Doğmatik: Menfaat Üçgeni Figürü</u> .....	244
IV.	<u>HUKUK TEORİSİ: GÖREV OLARAK HUKUK KRİTİĞİ</u> .....	246
1.	<u>Eşlik Eden Eleştirel Analiz</u> .....	246
2.	<u>İdeoloji Kritiği</u> .....	247
<b>H.</b>	<b><u>GÖRÜNÜM: ÖZERK VE DİSİPLİNLERARASI</u></b> .....	<b>248</b>

### A. Giriş: Hukuk Biliminin Oryantasyon Krizi?

Bir (yeni)<sup>2</sup> oryantasyon fazı ya da hukuk bilimi alanında muhtemel oryantasyon krizi için bazı göstergeler vardır: Bunlardan ilki, hukukun klasik alanları arasında giderek artan bir yakınılan suskunluğun olmasıdır.<sup>3</sup> Medeni hukukçuların, ceza ve kamu hukukçularının her biri büyük ölçüde kendileriyle baş başa kalakalmıştır.<sup>4</sup> Alanlar arası üst bir kavram çerçevesindeki tartışmanın eşine az rastlanmaktadır.<sup>5</sup> Buna bir de birbirleriyle neredeyse çok nadir ilişkili olan hukukun çeşitli alt dallarına (Kamu hukuku alanında kamulaştırma-düzenleme-telekomünikasyon-planlama-çevre-enerji-teknoloji hukuku benzeri) yönelik gittikçe ilerleyen alan içi parçalanmalar da eklenmiştir.<sup>6</sup> Kolaylıkla hukukun ve bununla birlikte hukuk biliminin atomlara bölünmesi eğiliminden bahsedilebilir. Bütüncül teorik parantezler ya da dogmatik parantezler nadiren algılanır. Bu eğilim temel olarak adlandırılan alanların<sup>7</sup> azalan önemi<sup>8</sup> ile pekiştirilmektedir. Sosyal bilimlere<sup>9</sup>, özellikle de sistem teorisine,<sup>10</sup> bir anlamda ampirik ve

<sup>2</sup> Bilimsel teori ve teorik öz-şüphe çalışmaları, hukuk alanında uzun bir geleneğe sahiptir; bkz. *U. Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, in: *A. Kaufmann/W. Hassemer/U. Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl. Heidelberg 2004, S. 385: '*Soru..... hukukun bir bilim olup olmadığı ve hangi anlamda olduğu sorusu daha 16. yüzyılda filozofları ve hukukçuları meşgul etmişti*'.

<sup>3</sup> *M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen 2008, Vorwort, S. V.

<sup>4</sup> *M. Jestaedt, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, in: *ders./O. Lepsius (Fn. 2)*, S. 205: '*... Belegung des Gesprächs zwischen den „Säulen“ der Jurisprudenz, deren Vertreter sich vielleicht allzu sehr daran gewöhnt haben, ihren Horizont auf den eigenen rechtsdogmatischen „Beritt“ zu begrenzen.*'

<sup>5</sup> Ancak, son zamanlarda önemli istisnalar olmuştur: Dipnot 2'de belirtilen gruba ek olarak, her şeyden önce *C. Engel/W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2007, burada iç hukukun bilimsel niteliğini neyin oluşturduğu sorusu medeni hukuk, ceza ve kamu hukuku açısından ele alınmıştır. Modern beyin araştırmasıyla yeniden canlanan hukuk iradesinin özgürlüğü ve önemi hakkındaki tartışmalar da çapraz yoldan yürütülüyor, bkz. *E.-J. Lampe/M. Pauen/G. Roth (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, Frankfurt a.M. 2008; medeni hukuk, ceza hukuku ve devlet hukuku açısından ele alınmıştır.

<sup>6</sup> Ayrıntı için bkz. *H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin 2007, S. 35: '*Çeşitlendirme ve bireysel uzmanlaşma 'mega trend' olarak işlemekte, sonuçta 'çeşitli konular arasındaki bağlantının görülmesinin' ... kaybedilmesi tehdidiyle karşı karşıyadır.*'

<sup>7</sup> Bunun, bir yandan üniversite yüksek okul uygulamasının üçüncü taraf fon finansmanına ve diğer yandan spesifik kürsü atamalarının daha genç oluşumuna dayandırılıp dayandırılmamasının gerektiği ayrı bir hukuksal ampirik araştırma projesinin konusu edilmelidir.

<sup>8</sup> Örnek için bkz. *E. Hilgendorf, Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute*, in: *W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt a.M. 2008, S. 111; deutlich A. Somek, *Rechtliches Wissen*, Frankfurt a.M. 2006, S. 10 im Hinblick auf die Rechtstheorie: '*Hukuk teorisi hukuk uzmanları tarafından sıkı bir hukuki iş olarak deneyimlendiği için sosyal olarak tanınır.*'

<sup>9</sup> Bu eğilimler özellikle 'Yönetişim' araştırması alanında ve 'yeni idare hukuku' olarak adlandırılan alana bazı katkılarda bulunabilir; bkz. *G.F. Schuppert, Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft im Wandel. Von Planung über Steuerung zu Governance?* AÖR 133 (2008), S. 79 m.w.N.; *C. Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft*, DV 2006, S. 335; A.

açıklayıcı olan normatif çalışma disiplinlerine tabiri caizse dengeleyici olarak yönelinmektedir. Hukukun maddi-normatif denetim işlevi işlevsel-teknokratik<sup>11</sup> bir sistem imgesinin<sup>12</sup> yerleştirilmesi lehine ihmal edilme eğilimindedir. Yanı sıra hukuk bilimi –en azından kamu hukuku alanında<sup>13</sup>- norm bilimi olarak bilimsel bağımsızlığını ve dolayısıyla kendi ‘markasının çekirdeğini’ de kaybetme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Bu gelişme, hukukun ve bununla birlikte hukuk biliminin üstesinden gelmek zorunda olduğu sorunları daha da büyütme eğiliminde olması bakımından nahoştur. Seçili örnekler:<sup>14</sup> Uluslararasılaşan ve Avrupalılaştan hukukun sadece teoriksel olarak tertip edilen bir sistematığe ve pratiğeye yönelik dogmatığe gereksinimi yoktur; aynı zamanda demokrasiye, hukuk devletine ve temel haklara ilişkin standartların maddi anlamda korunmasına yönelik beklentisi de vardır.<sup>15</sup> Özellikle tıp, biyoloji ve sinirbilim alanlarındaki ilerleme, insanlık onuruna dayalı insanlık imajımızı başlangıçta, inşa<sup>16</sup> aşamasında ve yaşamın sonunda sınamaya sokmaktadır. Demografik gelişmeler hukuk sisteminde de değişimleri gerektirmektedir. Bu zorluklar ışığında denetim otoritelerinin konçertosunda (özellikle partilerin, ekonominin ve bilişsel bilimlerin) hangi denetim talebi hukuk içinde yer

---

Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaften, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, München 2006, § 1.

<sup>10</sup> Amaç ve sonuçlarla ilgili erken dönem eleştiri için bkz. O. Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen 1999, S. 7: ‘Anayasa hukuku fikrinin makro ölçüde düzen fikirleriyle yer değiştirmesi tehlikesi vardır, bu ise hukukun özerkliğinin kaybına ve aynı zamanda anayasanın normatif gücünün göreceli hale gelmesine neden olur.’

<sup>11</sup> Bkz. T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Aufl. Tübingen 2006, S. 155; burada sistem teorisi ve bireyler arası teknolojiler arasındaki bağlantı açıkça görülmektedir: ‘Bunlar (sosyolojinin sistem teorisi yaklaşımları, J.F.L.) insanoğlunu aracı güçler ve alt güçlere tabi kılıyor ... ve böylece kolayca teknolojik bir hak düşüncesine yol açıyor ...’

<sup>12</sup> P.M. Huber, Die Demontage des Öffentlichen Rechts, in: W. Kluth/M. Müller/A. Peilert (Hrsg.), Festschrift für Stober, Köln 2008, S. 547 (556): ‘Bunu yaparken, en karmaşık gerçek bulgular, örgütsel-sosyolojik, kararlara ilişkin teorik ve politik-bilimsel görüşler ... gerçek dünyadaki bir bilimsel analiz biçiminde genellikle nominal değere yaslanır ve yasanın yorumlanması ve uygulanması yanlış bir şekilde gerçekleşir. Ancak bu, kamu hukukunun asıl görevinin başlangıcıdır. Gerçek bulgular ... normatif denetim düzenlemelerine bağlanmalı ve yasal olarak uygulanabilir ... eylem biçimlerine, kurumlara ve prosedürlere çevrilmelidir.’

<sup>13</sup> Bu nedenle -aynı zamanda yakın siyasi ve dolayısıyla güç ilişkisi nedeniyle- oryantasyon tartışmalarının doğrudan kamuoyunda tam hızla sürmesi şaşkırtıcı değildir. Son yıllardaki Devletler Hukuku Günleri’ndeki konularına (2007: ‘Die Leistungsfähigkeit der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts’; 2008: ‘Erosionen der Verfassungsvoraussetzungen’) iyi bir örnek için bkz. *Sammelband von H. Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin 2007.

<sup>14</sup> Ayrıca çevresel ve iklimsel değişikliklerin bir sonucu olarak su kıtlığını ve açlığını tehdit eden göç hareketleri, medeniyetle başa çıkma, ekonomik diktatörlüğün evcilleştirilmesi ve toplumdaki dini/dünyasal çoğulluğun barış odaklı kontrolünün kayda geçirilmesi de kayda değer.

<sup>15</sup> Görülmeye değer bir örnek; AİHM’nin, uluslararası terörizmle, özellikle de fonların ‘dondurulması’ ile mücadeleye ilişkin Birleşmiş Milletler önlemlerini uygulamaya yönelik AB yasal işlemlerine karşı temel hakların korunmasına ilişkin içtihat hukuku için bkz. *Geldern*; ECJ NJW 2008, s. 3697.

<sup>16</sup> Bkz. J.F. Lindner, ‘Neuro-Enhancement’ als Grundrechtsproblem, MedR 2010, S. 463.

bulacak (daha doğrusu onu muhafaza edecek) ve bu, norm bilimi olarak hukuk bilimi savi üzerinde nasıl bir etki yaratacak?

Son zamanlarda bu tür sorular üzerine yoğunluğu giderek artan bir tartışma yürütülmektedir. Ancak bu tartışmalarda daha ziyade hukuksal ve bilimsel yaklaşımlar ön plandadır (B). Hukukun maddi-hukuk felsefesi bakışıyla temelleri ise daha az yoğunlukta ele alınmaktadır. İçeriksel ve doğru hukuk sorusuna, adil hukuk sorusuna, daha güçlü bir bakış yöneltilmelidir (C). Doğrusu bu, önlenemez temellendirme problemleri yüzünden metodik olarak nahoştur; özellikle bugün neredeyse hiç tartışılmayan metafiziksel hakikatlerin ya da tözsel ontolojik nihai temellendirmelerin imkansızlığı sebebiyle (D). Bu yüzden daha az hırslı bir yolla yetinilmesi gerekmektedir. Böyle bir yol, hakkın maddi içeriğinin ve dolayısıyla hukuk bilimi için adalet köklü bir oryantasyon programının insanın doğal koşulluğundan, 'condicio humana'dan, türetilmesinden ibaret olabilir (E). Onun doğal hukuk 'zannı' nedeniyle, böyle bir hukuk antropolojisi yaklaşımının argüman programı ilk önce metodolojik ve içerik açısından açıklığa kavuşturulmalıdır (F). Bundan sonra da, hukuk bilimi için antropolojik hukuk felsefesi bilgisinin hangi sonuçlara sahip olduğu (G) ve onun bilimler konçertosundaki statüsünün ne olduğu üzerine düşünülmesi gerekmektedir (H).

## B. Hukuk Bilimi Teorisi?

Hukukun temelleriyle olan uğraş, son dönemde bir dinamizm kazanmıştır. Odakta<sup>17</sup> bilimsellik ve hukuk biliminin mahiyeti soruları yer almaktadır. Yeni bir yazı dizisinin mottosu: Hukuk-Bilim-Teori, Pozisyonlar ve Tartışmalar.<sup>18</sup> Bu dizinin amacı, 'hukukun teorisini dikkatin merkezine' koymaktır; burada 'hukuk biliminin teorik olarak yönlendirilen ve sadece pratikle motive olmayan bir bilim olarak benimsenmesi potansiyeli' söz konusudur. Bu dizinin yayınlanan sayılarında yürütülen şimdiye kadarki tartışmalarda bilimsel-teorik problem söylemi ağırlık taşımaktadır. Adı geçen ikinci ciltte<sup>19</sup> 'hukuk bilimi teorisi'nin ne olabilirliği<sup>20</sup> -

<sup>17</sup> Özellikle, hukuk teorisi, şimdiye kadar önemli bir odaklanma zor olsa bile, yeni bir canlanma yaşıyor; örneğe bkz. S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2006; ayrıca tenkit edici genel bir bakış için bkz. B. Lahusen/D. Simon, *Zufall, Abfall, Ausfall – Rezensionen und Betrachtungen zur rechtstheoretischen Gegenwartsliteratur*, Frankfurt a.M. 2008., Hukuk teorisinin yeri ve fonksiyonu için bkz. s. T. Vesting, *Rechtstheorie*, München 2007, S. 1 ff. Hukukun retorik evrimi için bkz. F. Steinhauer, *Gerechtigkeit als Zufall*, Wien, NewYork 2007.

<sup>18</sup> M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/A. Voßkuhle.

<sup>19</sup> Band 1: C. Engel/W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2007 (bunun için bir karşılaştırma bkz. dipnot); Band 2: M. Jestaedt/O. Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen 2008 (dipnot 2); Band 3: A. Funke/J. Lüdemann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, Tübingen 2009.

<sup>20</sup> Jestaedt, *Rechtswissenschaftstheorie* (dipnot 3), s. 186: 'hala ilgisiz'. Şimdiye kadar, 'hukuk bilimi teorisi' terimi kullanılmamıştır (yukarıdaki dipnot 1'e bakınız).

şimdiye değin kullanılmamış bir ifade- ve ne tür bir amaca hizmet edebileceği sorusu konu edilmiştir. ‘Hukuk bilimi teorisi’<sup>21</sup> altında –hukuk teorisinin ve metodoloji öğretisinin sınırlandırılma problemlerinde<sup>22</sup>- hukuk biliminin bilimselliğinin koşullarını ele alan ve bu temel üzerinde her bir hukuki (alt) disiplinin<sup>23</sup> birbiriyle olan münasebetinin ilişkilendirildiği bir meta-teori<sup>24</sup> ya da meta-disiplin<sup>25</sup> anlaşılmaktadır. Hukuk bilimi teorisinin araştırmasının öteki ağırlık noktası, onun komşu disiplinler olarak adlandırılan (sosyoloji, politik bilimler, iktisat bilimi, psikoloji<sup>26</sup> vb.) diğer disiplinlerle disiplinlerarası iş birliğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu, disiplinlerarası araştırma projelerinin benimsenebilirliği ve başarısı için metodolojik araçları ‘disiplinler arası iş birliğinin meta kuralları’<sup>27</sup> olarak formüle etmenin ve bu yolla disiplinler arası söylemde<sup>28</sup> maddi normatif bilimin kendine olan güvenini korumanın<sup>29</sup> vazgeçilmez olması bakımından son derece önemlidir. ‘Hukuk bilimi teorisi’ kavramı, hangi koşullar altında hukukun ‘doğru’, yani ‘adil’ olduğu sorusu için elverişli kilit açar bir kavramdır. Ne var ki, şu ana kadar teorik erişim ağırlık kazanmış olup ‘hukuk bilimi teorisi’ henüz (maddi) hukuk felsefesine ulaşmamıştır. Ama şayet, hukuk bilimi teorisinin ‘normatif olarak da algılanması’<sup>30</sup> gerektiği vurgulanırsa, bu salâhiyetle normatifin maddi temeline yönelik soru sorulabilir.

### C. Hukuk Biliminin Özbenliği Olarak Adalet

#### I. Programa Uygun Görev: Adil Hukuk Nedir?

---

<sup>21</sup> Terimlerin olası anlamlarının sistematikleştirilmesi için bkz. *Jestaedt*, *Rechtswissenschaftstheorie* (dipnot 3), S. 186.

<sup>22</sup> Bu sınırlandırmalar için bkz. *C. Möllers*, *Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts*, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius* (dipnot 18), S. 156 sowie *M. Jahn*, *Pluralität der Rechtsdiskurse*, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius* (Fn. 18), S. 175.

<sup>23</sup> *Jestaedt/Lepsius*, *Rechtswissenschaftstheorie* (dipnot 18), Vorwort S. V.

<sup>24</sup> *A. v. Aaken*, *Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft*, in: *M. Jestaedt/O. Lepsius* (dipnot 18), S. 81 f.

<sup>25</sup> *Jestaedt*, *Rechtswissenschaftstheorie* (Fn. 3), S. 201.

<sup>26</sup> Ancak, hukuk psikolojisi aslında Almanya’da ‘ölü’dür. Bu daha da şaşırtıcı, çünkü hukuki yargıların davranışsal psikolojik analizi, sadece adli uygulamada değil, hukukun anlaşılması ve onun oluşumunun ve uygulanmasının anahtarıdır. Ayrıca gelişen araştırma yönü bağlamında ‘davranış hukuku ve ekonomi’ bağlamında psikolojik (ve sosyo-bilimsel) uzmanlıktan vazgeçilmemelidir; bkz. *H. Wieduwilt*, *Juristen auf den Spuren der Unvernunft – Rechtswissenschaft öffnet sich der Verhaltensforschung*, *FAZ* v. 6.1.2009, S. 12; *H. Eidenmüller*, *Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behaviour Law and Economics*, *JZ* 2005, S. 216.

<sup>27</sup> Bu yönde bir formülasyon için bkz. *Voßkuhle*, *Verwaltungsrechtswissenschaften* (dipnot 8), Rn. 39.

<sup>28</sup> Ekonomi ve Kamu Hukuku arasındaki ‘iş birliği’ konusunda bkz. *Recht J.F. Lindner*, *Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer ökonomischen Theorie des Öffentlichen Rechts*, *JZ* 2008, S. 957 (960).

<sup>29</sup> *v. Aaken*, *Rechtswissenschaftstheorie* (dipnot 22), S. 88: ‘*Bir hukuk teorisi, sosyal bilimsel fiili ifadeler (tanım, açıklama ve prognoz) ile hukuk politikasına ilişkin değer ifadeleri arasında bilimsel-teorik keskin bir ayırım yapmalıdır*’.

<sup>30</sup> *Jestaedt*, *Rechtswissenschaftstheorie* (dipnot 3), S. 205.

Hukuk Felsefesi alanında daha yoğun<sup>31</sup> bir tartışma gözlemlenebilmektedir.<sup>32</sup> Son dönemde yayınlanan '21. Yüzyılda Hukuk Felsefesi'<sup>33</sup> başlıklı bir antoloji yeni zorluklar karşısında 'bağımsız analizler, kavram türetimleri ve teorik yaklaşımlar' sunma hedefini belirlemiştir.<sup>34</sup> Temel olarak hukuk felsefesi iki soruyla ilgilenmektedir:<sup>35</sup> Birincisi, hukuk adil olmalı mıdır? İkincisi, adil hukuk nasıl temellendirilebilir? Haliyle hukuk felsefesi ilk adımında adaletle ilgilenmek durumundadır. Zira o, adalet bilimi olarak hukuk biliminin maddi temellerini oluşturmaktadır. Adaletin tecelli etmesi hukukun görevi ve dolayısıyla hukukun biliminin temel karakteristiğidir.

## II. Bu Görevin 'Rönesans'ı İçin Savunu

Bununla birlikte, -özellikle prosedüre uygun olarak adlandırılan adalet tartışmalarında-<sup>36</sup> doğru ve adil hukukun maddi-hukuk felsefesine yönelik sorununa ilişkin söylemlere daha az odaklanılmaktadır.<sup>37</sup>

Maddi adalet sorununu hukuksal bilimselliğin temel tartışmalarının merkezine yeniden oturtmak için birkaç sebep başı çekmektedir:<sup>38</sup>

- Her şeyden önce, hukuk ve hukuk bilimi için içeriksel zorlukların (yukarıda A.) doğruluğu üzerine hukuk felsefesi açısından kanaat getirilmesi zorunlu olan içeriksel cevaplar gerekmektedir.

<sup>31</sup> Bir envanter için bkz. s. A. Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: ders./W. Hassemer/U. Neumann (dipnot 1), S. 26; ders., Rechtsphilosophie, 2. Aufl. München 1997; U. Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt a.M. 1994, S. 145; A. Brockmöller/E. Hilgendorf (Hrsg.), Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert – 100 Jahre Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Stuttgart 2009.

<sup>32</sup> Bkz. T. Osterkamp, Juristische Gerechtigkeit, Tübingen 2004; J. Schapp, Freiheit, Moral und Recht. Grundzüge einer Philosophie des Rechts, Tübingen 2005; D. von der Pfordten, Normativer Individualismus und das Recht, JZ 2005, S. 1069; ders., Was ist und wozu Rechtsphilosophie? JZ 2004, S. 157; ders., Was ist Recht? Ziele und Mittel, JZ 2008, S. 641; H. Otto, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte, JZ 2005, S. 473.

<sup>33</sup> Herausgegeben 2008 von W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste (dipnot 7).

<sup>34</sup> Vorwort S. 7; bkz. M. Pawl'ın bu yüksek talep karşısında oldukça şüpheli bir incelemesi FAZ v. 5.1.2009, S. 6.: 'Genel izlenim belirsiz. Hukuk felsefesi disiplini işe yarıyor, buna hiç şüphe yok. ... Ancak yenilikçi, göz kamaştırıcı, kışkırtıcı olmaması eksiklidir'.

<sup>35</sup> Bkz. Kaufmann, Rechtsphilosophie (dipnot 30), S. 9.

<sup>36</sup> Aşağıda bölüm bkz. D.II.

<sup>37</sup> Elbette önemli istisnalar vardır, örneğe bkz. E. Nass, Der humane gerechte Sozialstaat, Tübingen 2006; O. Höffe, Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt a.M. 1987; ders., Kategorische Rechtsprinzipien, Frankfurt a.M. 1995; W. Kersting, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, Stuttgart 2000; daha güncel bir karşılaştırma için bkz. G. Sprenger, Von der Wahrheit zum Wert. Gedanken zu Recht und Gerechtigkeit, Stuttgart 2010.

<sup>38</sup> Neredeyse yakaran sözlerle A. Kaufmann, 45 Jahre erlebte Rechtsphilosophie, in: R. Alexy/ R. Dreier/U. Neumann (Hrsg.), Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, ARSP (Beih. 44), 1991, S. 161: 'Hukuk felsefesi daha çok hukukun içeriğine odaklanmalıdır. İş, adaletin gerçekleşmesinin önünü açmaktır. Steril saflık teorileri ile bu mümkün değildir. Yol kayalıklı ve kirli, ve yürürken lekeler bulaşır. Ama bunun alternatifi ne olurdu?'



- Adalet arayışı son kertede bilimsel bir disiplin olarak hukuk bilimi için üniter bir işlev edinebilir. Her bilim tüm zorlukların kendisinden doğduğu ve bulguların, tezlerin, antitezlerin ve yanlışlamaların ilişkilendirildiği kristalize edilmiş bir noktaya ihtiyaç duyar. Bu tıp için insanken, dini bilimler için tanrıdır, hukuk bilimi için ise adalettir. *Gustav Radbruch'a* dayanarak: *Hukuk adalete hizmet etmeyi amaç edinmiş bir fenomendir.*<sup>39</sup> Tüm bu karmaşıklıkta, tekniklikte ve çeşitlilikte Avrupalı ve giderek artan uluslararası bağlantıları olan hukuk düzenimize adalet hizmeti onun için gündelik hayatta yürütülen mücadeleye yararlı ve bağlayıcı bir element olabilir.
- Öyle ki, hukukun maddi meşru temellerinin tefekkürü hukuk bilimine zamanın ruhuna yönelik direnç noktasında daha güçlü bir nispet olanağı sunabilir ve eleştirel bilim olarak onu yeniden daha güçlü şekilde ortaya koyabilir. Maddi temelli kritik hukuk teorisi<sup>40</sup> fiksajdan dogmatığe (sadece uygulamalı dogmatik manasında anlaşılır) değin hukuk biliminin son dönemde talep ettiği çözümün de faturasını yüklenir.<sup>41</sup>
- Dahası adalete yönelmiş hukuk bilimi, somut hukuk düzeninin hukuk pratiğindeki ve halkın itibarındaki istikrarına yönelik özsel bir katkı sunabilir.<sup>42</sup> Hukuk, yaptırım tehdidi ve zor kullanma gücüyle ilgili olduğundan bununla karşılaşan insan –her zaman bilinçli olmasa da, sezgisel olarak da- bu iki özellik için meşruiyet sorusunu yöneltir. Her hukuki zor, muhatabının gözünde meşrulaştırılma ihtiyacı duyar. Hukuka uygunluk için ilgili hükmün demokratik olduğunu ve dolayısıyla usulüne uygun olarak yerine getirildiğini nakletmek kural olarak tek başına yeterli olmamalıdır. Yanı sıra, zor kullanımın adil olup olmadığı sorusunun cevabına daha çok ihtiyaç vardır. Bu sorunun formel açıdan ve demokrasi teorisi açısından cevaplanması yeterli olmayıp, çoğu kez bu sorunun cevabının hukuka boyun eğdirilen insan tarafından kabul edilen ya da en

---

<sup>39</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg 1932, § 4.

<sup>40</sup> Hukuk eleştirisinin aşamalarını ayırt etmek için çeşitli yöntemler vardır: (1) Dogmatik hukuk eleştirisi, dogmatik kavramların, figürlerin ve tartışma şemalarının eleştirisinin dikkat merkezinde durur -bu, bilimsel olarak yönlendirilen hukuk doktrininin 'günlük işi' dir. (2) Hukukun belirli bir alanı hususunda, özellikle muhakeme çelişkilerine, yapısal kırılmalara ya da önemli tutarsızlıkları ifade eden 'yapısal' hukuk kritiği (3) Hukuku ve yansımalarını temel alan, özellikle maddi bir bakış açısıyla sorgulayan 'ontolojik' hukuk kritiği. Birkaç isim, v.a. Dekonstrüktivizm (*Derrida*) ve Almanya'da az tanınan 'critical legal studies'e atfedilebilecek düşünce okulları için bkz. G. Frankenberg, *Partisanen der Rechtskritik*, in: *Buckel/Christensen/Fischer- Lescano, Rechtstheorie* (dipnot 16), S. 97.

<sup>41</sup> O. Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, in: *Jestaedt/Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie* (dipnot 18), S. 20.

<sup>42</sup> Yeni bir çalışma için bkz. R. Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a.M. 2007.: '...bu, 'insanın biricik temel hakkı' olarak hukuka uygun olmayan normlara tabi olmama hakkını nitelendirir'.

azından kabul edilebilir maddi standartlara sahip olması gerekir. Hiç değilse, hukuk muhatapları arasında hukuk düzeninin maddi olarak meşrulaştırılabilir temelleriyle tekil hukuk alanlarının ve tekil hukuki soruların bu temellere karşıtların dengelenerek sonucun çıkarılması aracılığıyla yapacağı atfın anlaşılır olması ve nihayetinde kabul görmesi beklenebilmelidir.

- Son olarak, adalet bağı refleksiyonu norm bilim olarak hukuk biliminin müstakil konumunu güçlendirir –deneysel sosyal bilimlere normatif olarak imlenmiş ayrımdaki. Bu, disiplinlerarası söylemin reddedilmesi anlamına gelmez; fakat bu söylemde hukuk biliminin adalet bilimi<sup>43</sup> olarak spesifik normatif rolünü keskinleştirmek anlamına gelir.

#### D. Epistemolojik Problem

##### 1. Münchhausentrilemma

Hukuk biliminin adalet bilimi olması gerektiği tezine yönelik beklenen karşı tez çok da uzakta değildir: Hukuktan önce gelen veya onun içinde yer alan bir töz olarak adalet standartları, genel ve nihai biçimde bağlayıcı kabul edilemez, içerikleri bakımından keyfidirler ve dolayısıyla da hukuk için uygun bir refleksiyon konusu değildirler. İki bin yılı aşan etik ve (hukuk) felsefe(sin)den sonra bile adaletin içeriği konusunda bir anlaşma yoktur. Olsa olsa, söylem ve demokrasi teorisinin temeli bakımından makul derecede güvenilir olduğu söylenebilir. Aslında: Adil bir hukuk ve bununla ilgili hukuk bilimi arayışı *Hans Albert*'in Münchhausentrilemma<sup>44</sup> olarak tarif ettiği bir aporiayı sona erdirmeyi tehdit etmektedir. Normatif içerikleri adil olarak temellendirme, bundan türetilmiş postulatı temellendirme teşebbüsü ile bu tür içeriklerin hukuki içerik olması gerekliliği de ya mantıksal bir daire içinde (örneğin; normatif içerik X adildir, çünkü insanın doğasına uygundur ve insanın doğasına uygun olan her şey adildir) sonsuz bir gerilemede (örneğin, belirli normatif bir içerik neden adildir? Bunun için ileri sürülen gerekçeler neden geçerlidir? vs.) olmalıdır ya da gerekçelendirme işleminin bir noktada sonlandırılmasıyla nihayete ermelidir. Her üç çözüm de normatif içeriğin doğruluğunun nihai temellendirilmesi<sup>45</sup> için tatmin edici değildir. Doğal

<sup>43</sup> Özellikle kamu hukukuna yönelik bkz. *J.F. Lindner*, 'Gewissheit' als Paradigma der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht – Versuch einer Grundlegung aus rechtsphilosophischer Sicht, JÖR n.F. 57, Tübingen 2009, S. 173 (205).

<sup>44</sup> *H. Albert*, Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl. Tübingen 1991, S. 9.

<sup>45</sup> Erken dönem bir çalışma için bkz. *N. Hoerster*, Was ist Moral? München 2008.; *D. Birnbacher*, Analytische Einführung in die Ethik, Berlin, New York, 2003, özellikle S. 354; *P. Stemmer*, Handeln zugunsten anderer – eine moralphilosophische Untersuchung, Berlin, New York 2000 sowie *J.L. Mackie*, Ethik. Die Erfindung des moralisch Richtigen und Falschen, Stuttgart 1981.; hangi koşullar altında pozitif hukukun doğru olduğu ve hangi ek pozitif hukuk standartlarının hukuk felsefesinin temel problemini formüle eden değerlendirme kriterlerine

hukuka veya hukuk etiğine ait postulatlar nihai gerekçe olamazlar, moral değerlerden hukuk için ne mantıklı ne de normatif mutlak bir şey anlaşılır.<sup>46</sup>

## II. Maddi Ontoloji Yerine Makuliyet\*

Bununla birlikte, bu, hukuk ve hukuk dışı meşruiyet ölçütleri arasında çoğunlukla<sup>47</sup> hukuki pozitivizmin varsaydığı türden ayrık model<sup>48</sup> gibi hiçbir normatif bağlantının olmayacağı mutlak bir kesinliği ifade etmez. Tüm hukuki pozitivizm topluca hukuksal içeriklerle moral içerikler arasında zorlayıcı bağın olmadığını kabul eder. Ne var ki, bu, hukuksal pozitivistin bile – bu konuda en katı olanın dahi- hukukun doğruluğunu moral ya da dini motifler açısından talep edemeyeceği anlamına gelmez. Pozitivizm ve değer rölativizmi mutlaka el ele hareket etmek zorunda değildir. Bu yüzden hukuki pozitivist de, hukuk yaratıcısının hukuk felsefesi bakımından normatif anlamını reddetse bile, her halde antropolojik hukuk felsefesini temsil edebilir. Basitçe: Hukuki pozitivist hukuk felsefesinin bulgularının hayata geçirilmesini yalnızca hukuk politikasına özgüler, doğal hukukçu ise bir bağ olduğunu inkâr etmez. Burada ayırt edilmesi gereken, ihlal doğuran hukuki işlemin geçerliliği uğruna böyle bir bağlayıcı etkinin ihlali hangi sonuçlara sahip olurdu sorusudur. Yani, hukuk ve hukuk dışı değer kriterleri arasında elzem normatif, yani doğal hukuksal – maddi ontolojik, bağlantıların olmayacağı varsayılmasıyla, otomatik olarak makuliyet mülahazalarına dayanan meşruiyet bağlarının üretilmeyeceği söylenmemiştir. Bu tür makuliyetleri temellendirmek maddi-ontolojik bağlantılı doğal hukuk ile hukuk dışı doğruluk ölçütlerinden etkilenmeyen normatif pozitif

---

hizmet verebileceği sorusu için bkz. *H. Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Heidelberg 1962; *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie* (dipnot 30), S. 20; *G. Ellscheid*, *Strukturen naturrechtlichen Denkens*, in: *A. Kaufmann/W. Hassemer/U. Neumann* (dipnot 1), S. 148; *N. Hoerster*, *Was ist Recht?* München 2006, S. 92 ('ethische Anforderungen an das Recht').

<sup>46</sup> Çeşitli şekilleri (Hukuk ve Adalet, Hukuk ve Etik, Hukuk Etiği) için bkz. *D. v.d. Pfordten*, *Rechtsethik*, München 2001; ders., *Normative Ethik*, Berlin 2010.

\* *Çevirenin notu*: 'Die Plausibilität' (ing. 'plausibility') kelimesinin karşılığı olarak 'makuliyet' verilmiştir. Die Plausibilität fiil formunda 'plausibilieren' olarak kullanılmaktadır. Fiilden türemiş isim hali ise 'die Plausibilierung veya das Plausibilieren' formundadır. Ancak burada 'Plausibilität' sıfattan ('plausibel') türemiş isim olduğu ve bu her üç isim formunun (die Plausibilierung, das Plausibilieren, die Plausibilität) farklı anlamları ifade ediyor olması sebebiyle 'makul' sıfatı da fiil formundan (makul olmak) değil sıfat formundan türetilerek isimleştirilmiştir. Bilindiği üzere, Türkçe'de kural olarak her yabancı kelimenin fiil olarak kullanılabilmesi Türkçe bir yardımcı fiili gerekli görür. Ancak yabancı kökenli sıfattan isim yapmak için sıfattan isim yapan eklerin kullanılmış olması dil bilimsel açıdan yeterlidir. Açıklanan sebeple fiilden türetilen isim formu (makul olma) ile 'makul' yerine yakın anlamlı diğer kelimelerin seçilmesi metindeki anlamı karşılayamayacağından bahisle sıfattan türetilen 'makuliyet' isminin çeviride kullanılması uygun görülmüştür.

<sup>47</sup> Maßgeblich *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, hukuk bilimini ona yabancı olan tüm elementlerden özgür kılmak istiyor. Burada sözü edilen analitik hukuk teorisi için bkz. *H.L.A. Hart*; vgl. v.a. *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, in: ders. *Recht und Moral*, hrsg. v. *N. Hoerster*, Göttingen 1971, S. 14.

<sup>48</sup> Ayrıca bkz. *Hoerster*, *Recht* (dipnot 45), S. 65 ('Der sog. Rechtspositivismus'), hukuk pozitivizminin geçerli olan çeşitli çoğu görünümünü isabetli biçimde vurgulamaktadır.

hukuk arasındaki temellendirme stratejilerinin temennisidir. Bu amaçla bir dizi tez ve teoriler geliştirilmiştir.<sup>49</sup> Hâkim olan (muhtemelen bugün hala) akımlar<sup>50</sup> ‘adalet usulü teorileri’ olarak nitelendirilmektedir.<sup>51</sup> Bunlar –basitleştirilmiş biçimde- somut bir yargılamada hayat bulan normatif içeriklerin doğruluğundan türemektedir.<sup>52</sup> *J. Rawls*’un ‘Adalet Teorisi’ gibi akdi meşruiyet modellerine<sup>53</sup> ek olarak aynı zamanda içeriğin formel söylem kurallarına uymakta doğru olduğu sonucuna varılan teoriler de bunun kapsamındadır.<sup>54</sup> Doğal hukuksal özgür maddi-ontolojiye dayanan bir biçimsel ontolojik sonuçtan söz edilebilir: Bazı belirli biçimlerin korunması en azından içeriğin doğruluğu için esaslı bir göstergedir. Söylem teorilerinin saldırı alanları da bu sonuç içinde yer alır. *A. Kaufmann* haklı olarak ‘burada maddenin bu gizemli kendiliğinden türeyişini yeniden şekillendirmemiş miyiz?’ diye soruyor.<sup>55</sup> Başka bir deyişle, içeriğin uygunluğunu haklı çıkarmak için formel standartlarla uyumlu olması yeterli kabul edilebilir mi?

### E. Adaletin Epistemolojik Kaynağı Olarak ‘Conditio Humana’

#### I. İnsana Yönelik Hukuk: Antropolojik Bir Hukuk Felsefesinin Paradigması

Az önce bahsedilen biçimsel makuliyet modellerinin aksine, burada tercih edilen yolun içeriği maddi makuliyetin temellendirilmesi teşebbüsüdür. Aşağıda gerekçelendirilmeye çalışılan temel tez şudur: *Hukuk, insanı kendi doğal yaratmasında, kendi kreatifliğinde adil yapması şartıyla doğrudur.* Kendi hakiki yapısındaki, doğal donatımındaki ve şartlılığındaki insanın insan olmasının analizinden; kısaca: *Conditio humana*’dan normatif olarak zorlayıcı olmayan ve fakat maddi olarak makul olan göstergeler adil bir hukuk düzeninin içeriği için türetilir. Dini, maddi antropolojik, ya da tersine ideolojik, kısa metafiziksel insan tasvirlerinin aksine burada antropolojik hukuk felsefesinin önerilen formu kendi –normatif

<sup>49</sup> Ayrıntılı ve kapsayıcı delilleri için bkz. *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie* (dipnot 30) S. 39.

<sup>50</sup> Daha fazla -burada derinleştirilmedi- teoriler için bkz. s. *S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano*, *Rechtstheorie* (dipnot 16).

<sup>51</sup> Bkz. *A. Tschentscher*, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, Baden-Baden 2000.

<sup>52</sup> *R. Alexy*’in formülasyonu için bkz. *Probleme der Diskurstheorie*, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43 (1989), S. 81: ‘Tüm usul teorilerine göre, bir normun doğruluğu veya bir ifadenin gerçeği, norm veya ifadenin belirli bir prosedürün sonucu olup olmamasına bağlıdır.’

<sup>53</sup> Ayrıca ilkesel olarak bkz. *W. Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, Darmstadt 1994.

<sup>54</sup> *J. Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M. 1981; ders., *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a.M. 1983, S. 53; s. *R. Alexy*’nin yorumu için, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1991, S. 134 ve bkz. *S. Chambers*, *Zur Politik des Diskurses: Riskieren wir unsere Rechte?* in: *K.-O. Apel/M. Kettner* (Hrsg.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a.M. 1993, S. 168 (170).

<sup>55</sup> *A. Kaufmann*, *Rechtsphilosophie* (dipnot 30) S. 276.

etkiden bağımsız- determinist türü açısından böyle olma halindeki insanı norm meşruluğunun odağına yerleştirilmesidir. Her durumda *üç boyut* bu böyle oluşa özgüdür (aşağıda F.III.):

- Varoluşsal boyut: Olmakta olan, evvela korumasız olan, tehdit altında olan, topluluğun yardımına ve entegre olduğunun korumasına başvuru varlık olarak insan dünyaya gerçekten yerleşmiştir (atılmıştır).
- İnsanoğlunun doğal özlemlerine odaklanan, temeller ortaya çıkarmasından, gelişmesine, fikirlerini ve yeteneklerini bağımsız olarak kullanmasına, başkalarıyla iletişim kurmasına, iş birliğine girmesine ve hatta kendini bile aşmasına odaklanan bireysel-kültürel boyut.
- Sonunda, insanın maddi kaynaklara ve fiili fırsatlara ulaşma ve ona güvenme ihtiyacına işaret eden dağıtıcı-sosyal boyut.

Adil olduğunu iddia eden bir hukuk düzeni bu boyutları göz önünde tutmak zorundadır. Hukuk bilimi bunları teorik ve dogmatik olarak biçimlendirmeli ve ayrıca hukuk pratiğine geçirmelidir.<sup>56</sup> Böyle bir yaklaşımda pozitivist ve doğal hukuk bakış açıları bir araya gelir: Öyle ki, hukuksal içeriğin meşrulaştırılması için Arşimet noktası olarak insan olmanın gerçek, pozitif, normatif olarak belirlenmemiş bağlayıcılığı pozitivisttir. Doğal hukuksal unsurlar, maddi makuliyet anlamındaki normatif sonuçları bu hakiki-doğal olarak varolan insanın şartlılığına bağlayan teoriye yaslanmaktadır.

## II. Antropolojik Hukuk Felsefesi Geleneği

Felsefe tarihinde normatif antropolojinin girişimleri her zaman tekrarlanma gelmiştir.<sup>57</sup> İnsan her zaman felsefenin öznesiydi, buna karşın bu şekilde her zaman odak noktasında yer almıyordu. Aksine uzunca bir süre 'üst yapılara gömülü', daha büyük bir bütünün bağımlı bir parçası olarak kavrandı: Maddi meşruiyetin kaynakları mit, logos, din, idealizm, saf akıl (elbette aralarında antroposentrik aralıklar vardı, örneğin, sofistliğin bölümleri ve Rönesans'ın evreleri gibi) görüldü. İlk olarak, aydınlanma döneminde metafiziksel bütün sistemlerin açıklayıcı tekellerinin ve hukuka uygunluk tekellerinin üstesinden gelinmesi başarılabilir; insanın kendisi ve onun önyargısız normatif şartlılığı maddi meşruiyet kaynağı olarak görüldü.

---

<sup>56</sup> Metodolojik gerekçe için aşağıda bkz. F. II.

<sup>57</sup> Bu konu burada derinleştirilemeyeceğinden *Kaufmann*'ın ayrıntılı tasnifi için bkz. *Rechtsphilosophie* (dipnot 30), S. 186; *O. Schwemmer*, Artikel 'Anthropologie', in: *J. Mittelstraß* (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Bd. 1, Stuttgart 2004, S. 126; *M. Scheler*, *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, Darmstadt 1928; *A. Gehlen*, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 6. Aufl. Berlin 1958; *H. Plessner*, *Die Frage nach der conditio humana*, Frankfurt a.M. 1976; *W. Kudlich*, *Philosophische Anthropologie*, Mannheim 1973; *J. Fischer*, 'Philosophische Anthropologie'. Eine Denkrichtung des 20. Jahrhunderts, Freiburg 2008; vgl. auch *C. Bumke*, *Menschenbilder des Rechts*, JÖR n.F. 57, Tübingen 2009, S. 125 ff.

İnsanın öncelikli olarak normatif, dini ya da başka bir şekilde ideolojik etkilerden sıyrılmış (tespit edilememiş) ‘kreatörlüğü’nden<sup>58</sup> hukuksal içeriğin doğruluğunun türetilmesine ilişkin teori her zaman azınlık fikri olarak kaldı. Antropolojik teoriler de bugüne değin hukuk felsefesi<sup>59</sup> tarafından çok az ilgi buldu. Bağımsız bir araştırma alanı olarak hukuk antropolojisi<sup>60</sup> ya da antropolojik hukuk felsefesi ortaya çıkmamıştır,<sup>61</sup> *M.T. Cicero* her ne kadar hukuk antropolojisinin araştırma programını önceden tespit etmiş olsa da: ‘Natura iuris explicanda nobis est eaque ab hominis repetenda natura’.<sup>62</sup> Antropolojik araştırma yaklaşımları söz konusu olduğunda, temelde iki farklı metodolojik yaklaşım ayırt edilmelidir:

- Bir yanda, ilk adımdaki beklentisi hukukun çeşitli ve yanı sıra özgün toplum formlarındaki fiili fonksiyonlarının incelenmesi ve tasarımları olan ampirik bir anlayış bulunur.<sup>63</sup> Bu anlamda hukuk felsefesi ampirik-analitik bilimden daha az normatiftir.
- Hukuk antropolojisinin hukuk felsefesine yönelik varyasyonu, *condicio humana*’dan doğan hukuki içeriğin maddi olarak meşrulaştırılmasını hedeflemektedir. Bu tür yaklaşımlar Almanca konuşulan hukuk felsefesinde izole durumdadır: Bunlardan *E.-J. Lampe*,<sup>64</sup> *J. van der Ven*<sup>65</sup> ve daha yeni olarak da *W. Brugger*<sup>66</sup> tarafından bahsedilmektedir. Hukuksal içeriğin haklılığının antropolojik olarak gösterilmesinin

<sup>58</sup> Buradaki anlamda antropoloji hiçte Kantçı değildir; I. Kant ‘Pragmatik Perspektifte Antropoloji’ adlı eserinde (1. baskı, 1798), yaratıcı bir insana değil, ahlaksal olan bir insana, zaten normatif olarak tanımlanmış bir insana odaklanır.

<sup>59</sup> Hukuk sosyolojisi alanında anılması gereken *H. Schelsky*; paralel kanıtlar için bkz. *Raiser*, *Rechtssoziologie* (dipnot 10), S. 148 (154).

<sup>60</sup> Bkz. *E.-J. Lampe*, *Rechtsanthropologie. Entwicklungen und Probleme*, ARSP 85 (1999), S. 246 sowie das Beiheft 22 (1985) zum ARSP mit dem Titel ‘Beiträge zur Rechtsanthropologie’; *R. Lange*, *Anthropologie und Recht*, FS 600 Jahre Universität zu Köln, Köln 1988, S. 459 ff.

<sup>61</sup> *W. Fikentscher*, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. 1, Tübingen 1975, S. 60.

<sup>62</sup> *M.T. Cicero*, *De legibus*, I, 17; *Çevirenin notu: Türkçe söyleyişle; ‘Hukukun doğası insanın doğasından türetilerek açıklanmalıdır.’*

<sup>63</sup> Bu yönelimin önemli bir temsilcisi *L. Pospisil*’dir, *Anthropologie des Rechts; Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*, München 1982; dazu *P. Landau*, *Anthropologie des Rechts*, FamRZ 1986, S. 126; ayrıca: *W. Fikentscher*, *Rechtsanthropologie – Am Beispiel einer Feldstudie zu rechtlichen Reaktionen auf Gewalt in der Familie bei Pueblo-Indianern*, Jura 1998, S. 182 (özellikle ‘düşünme biçimi araştırmaları’ olarak adlandırma için)

<sup>64</sup> *E.-J. Lampe*, *Rechtsanthropologie. Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht*, 1. Band, Berlin 1970, S. 7: ‘... hukukun ferdi yapısal olarak bağladığını ve bağlayıcı olması gerektiğini, şu kadar ki doğru hukuk olduğunu ortaya koyarsa’. ders., *Grenzen des Rechtspositivismus. Eine rechtsanthropologische Untersuchung*, Berlin 1988; ders., *Anthropologische Legitimation des Grundgesetzes*, in: *W. Brugger* (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 1994, S. 189.

<sup>65</sup> *J.J.M. van der Ven*, *Ius humanum. Das Menschliche und das Rechtliche*, Frankfurt a.M. 1981.

<sup>66</sup> *W. Brugger*, *Würde, Recht und Rechtsphilosophie im anthropologischen Kreuz der Entscheidung*, in: *W. Brugger/U. Neumann/S. Kirste* (dipnot 7), S. 50; ders., *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*, 2. Aufl. Baden-Baden 2008; *H. Joas/M. Jung* (Hrsg.), *Über das anthropologische Kreuz der Entscheidung*, Baden-Baden 2008.

temeldeki bir yolu da kişisel ölçü teorisi sebebiyle *A. Kaufmann*'a kadar götürülür.<sup>67</sup> Yanı sıra, *N. Hoerster* de insanın 'açıklığa kavuşmuş', 'iyi anlaşılmış' (yani doğal?) menfaati üzerine inşa edilmiş olması şartıyla belirli bazı hukuksal içeriklerin (onun fikrince olası tarafsız) hukukiliği için benzer bir yolu benimser.<sup>68</sup> Anglo-Amerikan felsefesinden *M. Nussbaum*'un 'capabilities approach'<sup>\*</sup> olarak adlandırdığı felsefesinde, adalet odaklı sosyal ve hukuk felsefesinin merkezine insanların ahlaki açıdan korunmaya değer yeteneklerinin normatif olarak korunmasını yerleştirdiğinin zikredilmesi gerekir. İnsani yetiler, - *Nussbaum*'un insanın gereksinimleri olarak ifade ettiği- (Aristotelesçi anlamda) ulusal sınırların da ötesinde iyi yaşamın ve bu yüzden ahlaksal (ve aynı zamanda hukuksal) koruma ve teşvik olgusunun koşullarını oluşturur.<sup>69</sup>

## F. Antropolojik Bir Hukuk Felsefesinin Temellendirme Programı

### I. 'Doğal Hukuk Kuruntusu'

Antropolojik hukuk felsefesinin meşruiyet modelleri yöntemsel olarak doğal hukuk 'kuruntusu' altındadır. Buna iki itiraz yöneltilebilir:

- *Condicio humana*'ya tanınan imtiyaz başarısızlığa mahkumdur, zira kavranabilir değildir. Kaldı ki uzun süredir tartışıla gelmektedir, ve burada konusu edilen maddi-ontolojik yerleşimdir. Sözü edilen, meşruiyet programının nihai gerekçelendirilmesi meselesi olmayıp (olayda böyle bir gerekçelendirme mümkün olmaz), aksine sadece normatif türevlerin makuliyeti meselesidir.
- İkinci itiraz geçersiz yanlış karar –olmanın-olmalının- isnadıdır; vaki *condicio humana*'dan normatif sonuçlar çıkarılamayacağı. Bu itiraz da çürütülebilir.<sup>70</sup> Geçersiz yanlış kararlar sadece iki türev modaliteyle karşılaşır, özellikle bunları yasaklar: İlkin, somut durumdan durumun doğru ya da yanlış olduğu anlamı doğmaz. İkinci olarak, kesin bir sonuç anlamında, belirli normatif sonuçların belirli bir fiili durumdan

<sup>67</sup> *Kaufmann*, Rechtsphilosophie (dipnot 30) S. 292 ff: Die 'Person als Grundrelation des Rechts'.

<sup>68</sup> *N. Hoerster*, Ethik und Interesse, Stuttgart 2003, S. 162; ders., Was ist Moral?, München 2008, S. 55.

\* *Çevirenin notu*: 1980'li yıllardan itibaren etkili bir yaklaşım olarak geliştirilen 'capabilities approach' özellikle iktisat alanında yoğun bir biçimde kullanılmıştır. *Nussbaum* ise bu yaklaşımı, insanın temel tecrübeleri ve temel yetenekleri sınıflandırması bağlamında ahlak ve hukuk alanında kullanan etkili filozofların başında gelmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bir okuma için bkz. *Martha Nussbaum*, Human Capabilities, Female Human Beings, in: *Martha Nussbaum/Jonathan Glover* (Hrsg.): Women, Culture, and Development. A Study of Human Capabilities, Oxford University Press, Oxford 1995, S. 61-104, 74-75.

<sup>69</sup> Bkz. *M. Nussbaum*, Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership, Cambridge 2006.

<sup>70</sup> Olan-Olması Gereken problemi için ayrıntılı olarak bkz. *G. Ellscheid* (dipnot 45), S. 201.



çıkarılması gerektiği iddia edilemez. Bununla birlikte, hiçbir 'yanlış sonuç', belirli bir koşulun normatif sonuçlar vermenin makul bir nedeni olabileceği iddiasında değildir, - burada söz konusu olan budur.

## II. Makuliyetin Kabulüne Yönelik Metodolojik Talepler

Bununla birlikte, makuliyet iddiası yeterli bir temellendirmeyi gerektirir: Hangi koşullar altında somut bir fenomenden normatif bir türetme makuldür? Kesin bir gerekçe bulunmasa bile, gerekçenin ikna edici nitelikte olması gerekir. Burada iki gerekçelendirme stratejisi önerilmiştir:<sup>71</sup> Gerçeğin 'yakınsama teorisi' (birinci başlıkta) ve aşkın çıkar kategorisi (ikinci başlık altında)

### 1. Gerçeğin Yakınsama Teorisi

Gerçeğin yakınsama teorisi\* -yazışmalar teorisi ve konsensüs teorisi gibi-\* gerçeğin felsefi teorileri ile kategorize edilir:<sup>72</sup> Normatif bir ifadenin doğruluğu için esaslı kriter, ona göre sadece usule dayalı (ideal söylemdeki gibi) inşa edilmiş bir fikir birliği değil, aksine birbirinden bağımsız birkaç süjenin aynı konu itibarıyla biçimden bağımsız olarak içerikte tutarlı olan tezlere ulaşmasıdır. İfadelerin usulden bağımsız yakınsaması, doğruluklarının ağırlıklı göstergesidir. Tüm insanların 'eşit onur'u, 'eşit değer'i, 'tüm insanların yaşama hakkı', özgürlük, kendini gerçekleştirme özerkliği, dayanışma ve fırsat eşitliği ve tüm diğer insan hakları gibi normatif ifadeler yüksek bir yakınsama arz etmektedir. Pek çok ülkede (ama hepsinde değil), pek çok anayasal metinde ve uluslararası toplumda hukuki ve normatif olarak algılanırlar. Yakınsak gerekçeli ve lakin yasal olmayan değerlerin nitelikli bir gerekçelendirme seviyesine sahip olması nedeniyle, bu değerleri hukukun yüklenmesi makuldür.

### 2. Transandantal Menfaat Kategorisi

<sup>71</sup> Bağlantılı olarak bkz. *J.F. Lindner*, Zur Kategorie des rechtswertungsfreien Raumes aus rechtsphilosophischer Sicht, ZRPh 2004, S. 87.

\* *Çevirenin notu*: Yakınsama teorisi, her ne kadar iktisat bilimi ile ilgilenenler tarafından rağbet görse de sosyal bilimlerin birçok alanı ve hatta doğa bilimleri için dikkat çekici bir teoridir. Hukuk bilimi yönünden bir okuma için bkz. *Andrey Y. Mordovcev, Tatyana V. Mordovceva, Aleksey Y. Mamychev*, The Convergence of Law: The Diversity of Discourses, Mediterranean Journal of Social Sciences, Vol 6, No 3 (2015), S. 262-267.

\* *Çevirenin notu*: Konuyla ilgili detaylı güncel bir okuma için bkz. *Patricia Hanna, Bernard Harrison*, Word and World: Practice and the Foundations of Language, Cambridge University Press, 2004.; *Jürgen Habermas*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns. Suhrkamp, Frankfurt 1984, S. 127–183.

<sup>72</sup> *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie (dipnot 30) S. 283.; *L.B. Puntel*, Wahrheitstheorien in der neueren Philosophie, 2. Aufl. Darmstadt 1993; *K. Gloy*, Wahrheitstheorien, Tübingen – Basel 2004.



Maddi olarak makulün haklı gösterilmesine yönelik ikinci (daha güçlü) meşruiyet stratejisi, *transandantal menfaat* kategorisine yapılan referanstır.<sup>73</sup> Bu analitik argüman figürü, genel olarak insani menfaatlerin imkânlılığını sorunsallaştırır. Transandantal aşkın bir menfaat, mantıksal biçimde gerçekleştirilmesi gereken ve böylece herkesin ya da birçok diğer insani menfaatlerin realize edilebildiği bir menfaattir. Transandantal en yüksek menfaat yaşamak menfaatidir: Yalnızca yaşayan başka herhangi bir faydasını realize edebilir. Yaşam, menfaatlerin realize edilmesinin imkânı için bir koşuldur ve dolayısıyla analitik bakımdan en yüksek konuma sahip menfaattir. Aynı değer ve transandantal menfaatlerin korunmasına aynı derecede layık olduğunu iddia eden bir meşruiyet cümlesinin ‘doğru’ olduğu kanıtlanmamıştır,<sup>74</sup> ancak bu meşruiyet cümlesi analitik olarak yüksek bir gerekçeyi yüklenmektedir, bu da hukuksal bağın kurulmasını makul kılmaktadır.<sup>75</sup>

### III. Meşru Hukukun Bilgi Kaynağı Olarak ‘Condicio Humana’

Demek ki, yakınsak onay bulan(bilen) ve/veya transandantal menfaatlerin korunmasını ve realize edilmesini içeren ifadeler maddi makuliyet tezi için yeterli nitelikte bir temellendirme seviyesine sahiptir. Bu ölçütlere göre temellendirilebilen meşruiyet ölçütlerinin hukuk düzeni tarafından (ve dolayısıyla da hukuk bilimi tarafından) benimsenmesi makuldür. Bu kapsamda *condicio humana*’nın dört boyutu, bir normun makul temellendirilmesinin kaynağı olarak kanıtlayıcı olabilir: Varoluşsal (1.), Tözsel (2.), Sosyal (3.) ve İçsel (4.).

#### 1. Varoluşsal

Varlık insan olmanın transandantal temelidir. İnsan olma yalnızca bedensel-biyolojik varlık yoluyla mümkündür –en azından günümüzde geçerli bilim için durum budur. Bu üç normatif türetmenin bağlamı bununla ilişkilidir.

---

<sup>73</sup> Bu kavram için bkz. *M. Kettner*, Höffes transzendental-kontraktualistische Begründung der Menschenrechte, in: *W. Kersting* (Hrsg.), *Gerechtigkeit als Tausch?* Frankfurt a.M. 1997, S. 243 (254); *O. Höffe*, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München 1999, S. 55. Prägnant *Kersting*, *Politische Philosophie* (dipnot 52), S. 47: ‘*Birinci sınıf menfaatler temel menfaatlerdir, birinci düzenin menfaati; tatmin edici değerlendirmesi normal yaşamın imkânının ve gündelik peşin menfaate ilişkin eylemin koşulu olduğu için o da transandantal menfaat olarak adlandırılabilir. İçeriği temel insan kaynaklarının, yaşamın, fiziksel bütünlüğün, özgürlüğün garantisidir. İkinci sınıfın çıkarları şarta bağlı çıkarlardır, ikinci dereceden çıkarlar; yalnızca ilk düzenin menfaatleri karşılandığında şekillendirilebilirler ver etkili bir şekilde hareket edebilirler.*’

<sup>74</sup> Böyle bir delilin kabulünde olan-olması gereken yanılıgısı geçersizdir.

<sup>75</sup> BVerfG’in içtihatlarında transandantal menfaat şöyle seslenir: ‘*İnsani yaşam anayasal düzen içerisinde en yüksek değeri ifade eder; bu insan onurunun hayati derecede önemli temelidir ve diğer tüm temel hakların şartıdır*’ (BVerfGE 39, 1, (42)). Hukuk antropolojisi açısından bakıldığında *E.-J. Lampe*, *Anthropologische Legitimation des Grundgesetzes*, in: *W. Brugger* (dipnot 63) S. 189 (198) ‘*biotische Legitimationsgründe*’. Hukuk dogmatığına yönelik transandantal menfaat kategorisinin anlamı için bkz. *J.F. Lindner*, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen 2005, S. 205 (burada dipnot 114).

- İnsan olarak aynı varlık: Her insan biyolojik olarak insan türüne aittir ve bu eşit biçimdedir. Olmak bakımından eşitlik *condicio humana*'nın tanımlanabilir olmaktan uzak bir parçası değildir. Tabiatıyla, insanların birbirinden farklı normatif muameleye tabi tutulması olanaksızdır, ama bu apriori sabit ve temellendirilebilir olmayan, daha çok aposteriori normatif bir gerekçelendirmeye muhtaçtır.<sup>76</sup> Yani ki, eşitlik transandantal bir menfaati mimler: *Condicio humana*'da apriori temellendirilmiş eşitlik normatif eşitliğin, bu şekilde olan her insanın denkliği anlamında eşit onurun imkânı için koşuldur. Her eşit olmayan muamele normatif meşruiyet gerektirir.
- İnsan, varoluşundaki 'kusurlu yaratık' olarak (*Gehlen*) tehdit altındadır: Diğer insanlar, hayvanlar, doğa güçleri, hastalıklar, kendi kendisinin aracılığıyla. Tehdit, korunma ('hayatta kalma içgüdü') için varoluş aşinalığı ihtiyacından kaynaklanmaktadır. İnsan tek başına korunma sağlayamayacağı veya en azından gerekli olduğu ölçüde bunu üretemediği için diğer insanlarla bir araya gelmeye muhtaçtır. Sadece topluluk içinde kalıcı korunma mümkündür. Bununla birlikte topluluğun (henüz normatif düşünülmüş değil!) kendisi de tehdit ve baskının kaynağı olduğundan bunun da insanların tabi kıldığı kurallar aracılığıyla kısıtlanması gerekmektedir.<sup>77</sup> Normatif kuralların ve yaptırımların yanı sıra devletin (veya güç tekeli talep eden karşılaştırılabilir kurumların) bu görevini yerine getirmesi için bu kuralları uygulayacak kurumları hizmete sunmak hukukun görevidir.
- Ayrıca, insanın varlığına yönelik aposteriori-kurumsal herhangi bir tehdit bununla ayrılamaz biçimde bileşiktir. Devlet, topluluklar ya da diğer normatif olarak oluşturulmuş veya tanınmış kurumlar (kamusal veya özel nitelikli) birey için sadece koruma ve kesinlik ifade etmeyip aynı zamanda bir tehlikedirler de. Varlığı tehdit altında bulunan kişinin korunması için var edilmiş yasal kurumlardan da korunması gerekir. Bu temel hakların saygı uyandıran ödevidir: Kamusal-kurumsal (bilhassa devlete özgü) gücün keyfiliğine ve ölçsüzlüğüne karşı ve aynı zamanda özel-kurumsal (bilhassa girişimsel) güce karşı kamusal-kurumsal güç aracılığıyla koruma. Kısaca: Devlete özgü güçten insanın korunması ve özel hukuk kişinin gücünden devlete özgü

<sup>76</sup> Lindner, Grundrechtsdogmatik (dipnot 74), S. 180 (für das Menschenwürdekonzepit des Grundgesetzes).

<sup>77</sup> Temel olarak bu meşruiyetlerin bağlamı için bkz. *Höffe*, Politische Gerechtigkeit (dipnot 36).

güç aracılığıyla insanın korunması.<sup>78</sup> Bu (ancak sadece ilk bakışta) paradoksal yapıda tüm hukuk sistemi kendi kristalleşme noktasını bulur (aşağıda G. III.2.'deki çıkarlar üçgeni figürüne bkz.)

## 2. Tözsel

İnsan sadece var olmakla, sadece tehdit altında olmakla ve korunmaya yönelmiş olmakla kalmaz, o aynı zamanda akıl ve anlayışla donatılmıştır. Bunlar insan olmanın özünü/tözünü oluşturur; bunun dışında özgür olmayı, özgür –sadece içgüdüsel değil- davranmayı, kendini belirlemeyi, kültür ortaya koymayı, insanilik göstermeyi, duygusallık uyandırmayı tesis eder. Bu tözsellik (transandantal bir menfaat anlamında) her insanın alametidir –aktüel olarak (bayılma, koma, sakatlık yüzünden gibi) onu kullanamıyor olsa da. Bu tözsellik (eşit haklara sahip) gelişimini sağlamak ve engellemeden korumak adil bir hukuk sistemi için makul bir başlangıç noktasıdır. Özgürlük hakları ve bunları efektif bir biçimde realize eden bir hukuk düzeni, özellikle özel hukuk düzeni, bu gelişime hizmet eder.

## 3. Sosyal

Buna ek olarak, insan olmanın distribütif-sosyal boyutu, çıkarlarını gerçekleştirmek için kendisinin tedarik edemediği ya da kısmen tedarik edebildiği araçlara ve gerçek fırsatlara ihtiyaç duyduğuna işaret eder. İnsan olmanın ideal-kültürel boyutunun hayata geçirilebilmesi için, insanın bugün 'eğitim' sloganı altında anlaşılan maddi araçlara ihtiyacı vardır. Başka birçok çıkarın realize edilmesini mümkün kılması bakımından eğitim, transandantal bir iyidir. Adalet dağıtmanın hem ideal hem de maddi açıdan gözetilmesi adil bir hukuk sisteminin önemli konusudur. İdeal bileşen hukuksal olarak fırsat eşitliği ilkesi aracılığıyla örneklenir. Bu, her insanın, maddi servetin bölüşümü ile ilgili olmayan ve ancak kendi kendisini gerçekleştirme fırsatları ile ilgili olan resmi bölüşüm süreçlerine eşit, önyargısız ve de koşulsuz erişimi demektir. Bireyin özgür, kişisel, profesyonel vb. gelişiminin hükümetin öne sürdüğü koşullara bağlı olduğu her yerde, her bireye bu şartları yerine getirmesi için aynı hukuksal fırsat tanınmalıdır. Dağıtım adaletinin maddi bileşeni, özellikle sosyal devlet prensibi ve somutlaştırıcı emek ve sosyal hukuk ile temsil edilir. Bu nedenle, 'doğru' bir hukuksal sistem aynı zamanda eşit eğitim hakkı<sup>79</sup> ve profesyonel erişim ile servetin maddi olarak eşit bir

---

<sup>78</sup> Elle tutulur bir formüle göre: '*Müdahale yoluyla koruma*'; bkz. R. Wahl/J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 557.

<sup>79</sup> J.F. Lindner, Was ist und wozu brauchen wir eine Theorie des Bildungsrechts? DÖV 2009, S. 306.

şekilde dağıtılmasıyla da tanımlanmalıdır.<sup>80</sup> Bu bağlamda yaygın (demokratik) bir değerlendirme marjı vardır. Sadece belirli bir dağıtım şekli de maddi açıdan adil değildir, adil olarak tanımlanabilecek oldukça farklı modeller düşünülebilir.

#### 4. İçsel

İnsan, yalnızca 'animal rationale' olarak var olmaz, aynı zamanda (tanımlanmaya uzak olmayan) içsel bir varlıktır da: Psişik olarak her zaman stabil olmayıp, bazen şüphe duyar, endişelenendir, kesinlik için çabalayandır. Her zaman rasyonel davranmaz; 'homo oeconomicus' değildir, aksine kararlarında bazen tutarsız, tahmin edilemez; değişiklik gösteren mizacı, önyargıları, gündelik ruh halleri, irrasyonel tercihleri, arkadaşları ve korkuları tarafından yönetilir. Aşırılık, öfori, umursamazlık, kıskançlık,<sup>81</sup> çelişiklik de *condicio humana*'nın ayrılmaz bir parçasıdır. Adil olmak isteyen bir hukuk sistemi çoğu zaman 'forum internum' olarak erişilmez ve karanlıkta kalsa da bu içselliği göz önünde tutmalı, en azından hesaba katmalıdır. Bu, taktir süreçlerinde, örneğin ceza taktirinde ya da değerlendirme hukukunun inşasında rol oynar (oynayabilir); diğer örnekler için aşağıda G. III. 1. bkz.

#### G. Hukuk Bilimi İçin Olası Sonuçlar

Daha önce elbette sadece taslak olarak çerçevesi çizilmiş olan antropolojik hukuk felsefesinin meşruiyet programından toplamda hukuk bilimi için doğan sonuçlar ne olabilir? Hukukun adaletin içeriğini *condicio humana*'dan türetmeyi sağlama görevi varsa, o halde hukuk bilimi ilke olarak adalet bilimi ile ilişki içinde olmak zorundadır. Adalet hizmet, hala çok dallanmış tüm hukuk alanlarına ayrı ayrı atıfta bulunan, hala çok teknik ve kompleks olan dogmatik tüm yapıların ve oluşumların meşru olarak yansıdığı hukuk biliminin paradigmasıdır. Bu ölçüye göre tekil alanlar yönlendirilebilir, hukuk biliminin dalları aşağıda olduğu gibi sistemleştirilebilir.<sup>82</sup>

#### I. Hukuk Felsefesi: Adil Hukuk İçeriğinin Zemini

<sup>80</sup> Daha eşit/eşitlikçi ve daha liberter dağılım modelleri arasındaki tartışmalar üzerine bkz. S. Gosepath, *Gleiche Gerechtigkeit. Grundlagen eines liberalen Egalitarismus*, Frankfurt a.M. 2004, insbes. S. 215; W. Hinsch, *Gerechtfertigte Ungleichheiten. Grundsätze sozialer Gerechtigkeit*, Berlin – New York 2002; W. Kersting, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, Stuttgart 2000; A. Krebs (Hrsg.), *Gerechtigkeit oder Gleichheit. Texte der neuen Egalitarismuskritik*, Frankfurt a.M. 2000; Übersicht bei J.F. Lindner, ARSP 91 (2005), S. 446.; die Diskussion im Roman Herzog Institut, *Bedingungsloses Grundeinkommen – eine Perspektive für die soziale Marktwirtschaft?* München 2008.

<sup>81</sup> M. Desens, *Neid als Grundrechtsausübungsmotiv*, AöR 133 (2008), S. 404.

<sup>82</sup> Hukuk sosyolojisi, hukuk psikolojisi ve hukuk ekonomisi doğru olarak kanaat getirileni ve ondan geliştirilen hukuk kurallarını ampirik olarak sağlamasını yapma amacına hizmet eder.

Hukuk felsefesinin (maddi olarak anlaşılan) araştırma konusu adil bir hukuk düzeninin içeriğinin temellendirilmesidir. *Condicio humana*'ya referansla doğruluk kriterlerinin makuliyetin temellendirilmesi bir ölçüde hukuk felsefesinin 'temel işi'dir. Elbette bu görev adil hukukun kaynaklarının soyut isimlendirilmeleri aracılığıyla hiçbir şekilde yerine getirilemez. Aksine, *condicio humana*'dan elde edilecek maddi türevler her an daha çok somutlaştırılıp tasrih edilmelidir ve böylece (Alman, Avrupa, Uluslararası) hukuk sistemine yönelik mevcut ve gelecekteki (sosyal, biyo-etik, küresel-iklim, küresel-güvenlik vs.) zorluklar bağlamında hukuk düzeni güncellenmelidir.<sup>83</sup>

## II. Hukuk Politikası: Adil Hukuk İçeriğinin Hayata Geçirilmesi

Belirli bir hukuk içeriği postulatıyla bu doğru olarak yapılamamıştır. Maddi (tüm hukuk alanlarına ait) içerikler yürürlükteki (ulusal, Avrupalı ve uluslararası) hukuka uyarlanmalıdır. Bugün, bu gerçekleştirme görevi, politikanın görevi olarak algılanmakta ve dolayısıyla siyasal partilerce bir görüş oluşturma süreci öncelikli olarak bizim enlemlerimizde demokratik olarak örgütlenen politik güçlerin oyununa tevdi edilmektedir. Bununla birlikte hukuk politikası hukuk biliminin görevi olarak da kavranmalıdır: Politika, 'modern' devlette ağırlıklı olarak hukuk vasıtasıyla inşa anlamına gelir. Bu inşa yalnızca çıkar gruplarına ve gelecek seçime atfedilen parti politikalarına terk edilmemelidir. Temellendirilebilen makul adalet postulatlarını politik olarak talep etmek hukuk biliminin ağırlık bir görevidir. Bu açıdan hukuk normatif-politik bir bilimdir de. Demokratik olarak meşrulaştırılmış anayasa ya da kanun koyucunun politik karar özgürlüğüne yapılan atıf vazgeçilemez adalet postulatlarını etkisizleştirmek bakımından hukuk biliminin incir yaprağı olmamalıdır. Kuşkusuz, birçok problem alanına ilişkin makul doğruluk ölçülerini karşılayan ve bu yüzden demokratik bulgu sürecine tevdi edilen çözüme yönelik fazlaca yaklaşımlar sunulacaktır, -bundan ötürü, demokratik vargılar için mevcut marjları göstermek hukuk biliminin görevidir. Sonuçta, hukuk bilimi, kendinin normatif olarak çalışan bilim olduğu iddiasındaysa hukuk politikasına ilişkin alanını tamamen ekonomik ve politik-bilimsel öğüte veya 'Think-Thanks' olarak adlandırılan kuruluşların kontrolüne bırakmamalıdır.

## III. Hukuk Dogmatığı: Adaleti Optimize Eden Bir Uygulama Öğretisinin Gelişimi

### 1. Dogmatığın Görevi

Meşru tanınan (ve talep edilen) pozitif hukukun dogmatik açılımının ve farklılaşmasının, hukuk felsefesiyle ve onun hukuk politikası aracılığıyla hayata geçirilmesiyle doğruluk

---

<sup>83</sup> Örnek: İnsanın kendini belirleyen gelişimi *condicio humana* maddesine aittir. Bundan, liberal bir hukuk sisteminin unsurları çıkarılabilir; bkz. aşağıda bölüm IV.2.(3).

kriterlerinin maddi temellendirilmesine hukuk biliminin üçüncü görevi olarak dahil olması gerekmektedir. Meşruiyet gerekliliklerini (örneğin kamu hukuku alanında özgürlük ve eşitlik hakları, sosyal devlet ilkesi, temel haklar bağlamında koruma görevi vs. gibi) adilane yerine getiren hukuk normlarının varlığı tek başına yeterli değildir. Adil bir hukuk sisteminin işleyiş kabiliyeti onun uygulanmasını gerektirir. Uygulama, münferit olgularda ilgili aktörler aracılığıyla öngörülebilirlik gibi nesnel ve fonksiyonel hukuk uygulamasını mümkün kılan dogmatik gelişmeyi içerir. Bu, meşruiyetin maddi temellerine sürekli olarak açık atıfta bulunan ve münferit durumda pratik olması gereken hukuk dogmatığının görevidir. Hukuk dogmatığı bu görevi soyut kavramlar, argümana ilişkin figürler, inceleme şablonları ve pratik hukuk uygulamasına yönelik alanı kuşatıcı yapısal modeller aracılığıyla yerine getirir. Kamu hukuku örneğinde; Anayasa\* burada temsil edilen meşruiyet konseptine göre 'adil' olan bir hukuk düzeni oluşturmuştur: Eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesi aracılığıyla adalet dağıtılması (ideal ve maddi anlamda) gibi bütün insanlar için onurun eşit şekilde korunması, kendini gerçekleştirmeye yönelik temel haklar aracılığıyla özgürlüklerin geliştirilmesi, yine temel haklar (ve koruma yükümlülükleri) aracılığıyla topluma dahil olmanın korunması. Ne var ki, bunlar sadece anayasal hukuk kurumları olarak adlandırılmıştır. Bunların efektif bir biçimde gelişimlerine yardım etmek ve hayata geçmelerini sağlamak için dogmatik yapıların gelişimine ihtiyaç vardır. Bu türden dogmatik yapıların geliştirilmesi hukuk biliminin ve bilhassa ayrıntılı olarak kamu hukuku biliminin esaslı görevidir. İnsanın nesnel özünü temel haklar dogmatığı bağlamında yaygın olarak kabul gören kural-istisna ilişkisi aracılığıyla özgürlüğün kendi kendini belirleyen gelişimi, onun lehine olacak şekilde dogmatik olarak realize ve optimize edilir. Norm, her ferdin özgürlüğü lehine hukuken gereken istisna olan sınırlandırmanın boşluk içermediğine dair bir karinedir. Hukuka uygunluk çerçevesinde koruma gerekliliği özgürlüğün icrasından etkilenen ilgili üçüncü tarafın (yukarıda F.III.1) varoluşundan sonra gelir. Devletin üçüncü taraf lehine koruma yükümlülüğü diğerinin özgürlüğünün gelişimine müdahaleyi haklı kılabilir. Özgürlük lehine ve müdahale yoluyla koruma lehine olan kural-istisna ilişkisi adalete yönelmiş bir hukuk düzeninin dogmatik çekirdeğini oluşturur.<sup>84</sup> Bu durum genel ve özel idare hukukunun bir kısmında da böyle işler. Maddi ve ideal dağıtıcı adalet, sosyal olgu (yukarıda F.

\* *Çevirenin notu*: Burada anayasadan kasıt Alman Anayasası olan Grundgesetz'dir.

<sup>84</sup> J.F. Lindner, *Das Regel-Ausnahme-Verhältnis im Verwaltungsrecht*, VerwArch 98 (2007), S. 213.

III. 3.) sosyal devlet prensibinin somutlaştırılması aracılığıyla ve eşitlik ilkesi kriterine göre geliştirilmiş bir hukuk alanı olan 'Eğitim Hukuku' örneğinde şekillendirilmektedir.<sup>85</sup>

Burada temsil bulan hukuki antropolojik yaklaşımın önemli bir özelliği de hukukun dogmatik olarak dekorasyonunun (ve uygulaması) insanın tipleştirilebilen (en azından) duygu durumunu hesaba katmasıdır, başka deyişle: *Condicio humana*'nın içsel boyutuna riayet etmeyi hesaba katmasıdır. Hukuk doktrini usul odaklı-işlevsel kumanda edici yaklaşımlardan daha güçlü düzeyde antropolojik perspektifi benimseyebilir ve benimsemelidir. Bunun için (ağırlıklı olarak kamu hukuku alanında) üç örnek:

- Şimdiye kadar hukuk biliminde her bir kişi için temel anlama sahip olmasına rağmen; kayda değer rol oynamayan eğitim hukuku alanında, insanla ilgili mühim kavşaklar hakkında kararlar içeren düzenlemeler söz konusudur. Bu düzenlemeler orta öğretim okullarına erişim ve bununla birlikte eğitim fırsatları ve bunun neticesinde mesleki fırsatlar hakkındadır. Bu bağlamda bir diğer hayati önemdeki anlamı, sınavın spesifik hassasiyetlerini gözden geçiren ve ona kural olarak ikinci bir fırsatın sunulmasını zorunlu kılan sınav hukukudur.<sup>86</sup>
- İkinci örnek medya ve ceza muhakemesi hukukuyla ilgilidir: Antropolojik bakış açısına göre, özellikle de sanık açısından, kamuya yönelik haber yapma süreçlerinde genel kişilik haklarının daha güçlü bir biçimde gözetilmesinin gerekli olduğu işaretlenir. Ceza yargılaması başlığı altında kamusal haber yapmaya, sanığın masumiyet karinesi gibi genel kişilik hakları karşısında ağırlıklı olarak foksiyonel-teknokratik perspektif içinde kamuoyunu bilgilendirme denilen bir teori lehine öncelik tanınmaktadır. Suçlanan kişi adı üzerinde haber yapma aracılığıyla yaşamı boyunca saygınlığını kaybederse, bu, medyanın demokrasinin işleyişinin bir şartı olarak kamu için üretilmesindeki önemini hukuka uygun hale getirmeyecektir. Hukuk antropolojisi içinden çıkacak bir bakış açısıyla bu taşınabilir bir sonuç değildir!<sup>87</sup> Genel olarak antropolojik bir yaklaşım

---

<sup>85</sup> Eğitim hukukunun daha geniş anlamda dogmatik nüfuzu, henüz başlangıç aşamasındadır, bkz. *Lindner, Theorie des Bildungsrechts* (dipnot 78).

<sup>86</sup> Örnek için bkz. *J.F. Lindner, Wider unnötige Härten im Prüfungsrecht*, RdJB 2008, S. 218.

<sup>87</sup> Özellikle savunma avukatları tarafından, sanıkların kişisel haklarına ilişkin görüşlerini güçlendirmeye yönelik çabalar şu ana kadar başarılı olmamıştır. Örneğin, 2006'daki 30. Duruşma günü şu konuyla ilgileniliyordu: '*Yargı gizliliğine ihtiyacımız var mı?*'; bunun için bkz. *J.F. Lindner, Der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten im Strafverfahren*", StV 2008, S. 210; ders., *Der Verfassungsrechtssatz von der Unschuldsvermutung*, AÖR 133 (2008), S. 235; aus der Praxis *G. Friedrichsen, 'Litigation-PR' – Prozessführung über Medien?* ZRP 2010, S. 263.

kamusal işlevsellik karşısında ferdin daha güçlü korunmasının gerekliliğini hedefler. Bu teklif yakın zamanda AIHM tarafından destek görmüştür (*Caroline Kararı*).

- Üçüncü örnek idari usul kanunu bağlamındadır: Paradigması, kendi hakları ihlal edilen kimse buna karşı dava ehliyetine de sahiptir (§§ 42 II, 47 II VwGO). Bütün kütüphaneler üçüncü tarafın korunması kazanımına sahip kamu hukuku hükmünün ne zaman mümkün olacağı sorusuyla meşguldür. Öğrenim görenler (değerli) yerel bakış açısından bu füzuli soruyla zamanlarının büyük bir çoğunluğunu geçirmektedir. Antropolojik yaklaşımın bakış açısıyla hukuksal koruma paradigması yetersiz olup, her fert, üçüncü tarafın korunması normuna dayanamayacak olsa bile fiili (içsel de) durumlara dayanarak (doğrudan kendisiyle ilgili olmayan) bir idari kararın denetlenmesinde tamamen spesifik bir çıkara sahip olabilir. VwGO 42/2\* ile 47/2 maddelerinde yargısal denetimde menfaat sahibi olunmasının yeterli kabul edilmesi düşünmeye değer olurdu. Buna karşın bunun Alman hukukuna yabancı bir genel halk davası\* olarak girmesine itiraz edilirdi. Bu karşı bir argüman mıdır? Baviera Özgür Devleti herhangi bir dava aşırılığına neden olmaksızın uzun zamandan beri hukuk normlarına karşı genel halk davasını kabul etmektedir.<sup>88</sup>

## 2. Hukuk Alanını Kuşatan Dogmatik: Menfaat Üçgeni Figürü

Hukuk dogmatığının tutarlılığı için önemli olan, şimdiye kadar büyük ölçüde yan yana duran Özel Hukuk, Ceza Hukuku, Kamu Hukuku dogmatik 'branşları'nı daha sıkı biçimde birbirine bağlayan kapsayıcı dogmatik yapıların formülasyonudur. Bu amaçla, ilgili kapsayıcı alanın kendi dogmatik kavramsallığını ve yapılarını yaratması gerekir; her üç hukuk alanı için geçerli olacak genel bir hukuk dogmatığı her birinin spesifik özgünlükleri sebebiyle mümkün olmazdı veya suni olurdu, ama her durumda karmaşık halde olurdu. Bununla birlikte, bu, tekil

\* *Çevirenin notu*: 'Yasal olarak aksi belirtilmedikçe, dava, davacının sadece idari işlem yoluyla veya kendi haklarının ihlali ya da ihmali yoluyla zarar gördüğüne ilişkin iddiasının olması halinde dinlenilir.', VwGO md. 42/2.

\* *Çevirenin notu*: 'Popularklage' olarak ifade edilen Almanya'nın Baviera Eyaletine özgü dava türü 'genel halk davası' adı altında çevrilmiştir. Davanın şekil şartları esas alındığında 'menfaat davası' denilmesi de uygun olabilir. Kişinin kendi haklarını ihlal veya ihmal eden idarenin herhangi bir eylemine karşı iptal davası açması mümkünken, kendi haklarını ihlal etmemekle birlikte bir menfaatin (herhangi birinin) ihlal edilmesinin söz konusu olması halinde Baviera Eyaletinde bu dava yoluna başvurulabilmektedir. Normatif temelini Baviera Anayasasının 98. maddesinin 4. fıkrasında bulur. Buna göre; '*Anayasa Mahkemesi, bir temel hakkı anayasaya aykırı olacak biçimde kısıtlayan yasanın veya tüzüğün yok hükmünde olduğunu ilan eder*', BayVerf, 98/4. Dernekler/vakıflar tarafından yoğun bir şekilde kullanılan bu dava türü özellikle çevre hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda etkin bir dava yoludur. Bu bakımdan Baviera Eyalet Hukukunda anayasal şikayetle birlikte soyut norm kontrolünün bir türü olarak görülmektedir. Ayrıntılı bir okuma için bkz. *J.F. Lindner, Bayerisches Staatsrecht, Stuttgart 2011.*

<sup>88</sup> Bkz. *J.F. Lindner, Bayerisches Staatsrecht, Stuttgart 2011, Rn. 489 ff.*



hukuk alanlarını en azından ilkesel anlamda 'bir arada tutan' kapsamlı temel hukuksal dogmatik konseptleri formüle etmenin mümkün olabileceği gerçeğini gizlememelidir.

Bunun için genel hukuksal dogmatığın menfaat üçgeninin geliştirilmesi bir yapı taşı olacaktır: Önemli hukuksal olgular menfaatler üçgeninde takip edilebilecek belirli fiili menfaatler ile menfaat çatışmalarına dayandırılacaktır: Üç kutupluluk (şematik olarak gösterilmiştir)

- P1: Gerçek veya tüzel kişi, belirli bir menfaati gerçekleştirmek isteyen bir şahıs veya işletme
- P2, P3, ... Pn: P1'in menfaatinin gerçekleştirilmesiyle kendi menfaatleri zarar görür
- Son olarak, üçgenin en üstünde, P2-n ve P1'in çıkarlarını göz önünde bulunduran ve çıkar çatışmalarıyla baş etmek için yasal araçlar sağlayan devlet (AB dahil tüm ülkeleri temsil eder).

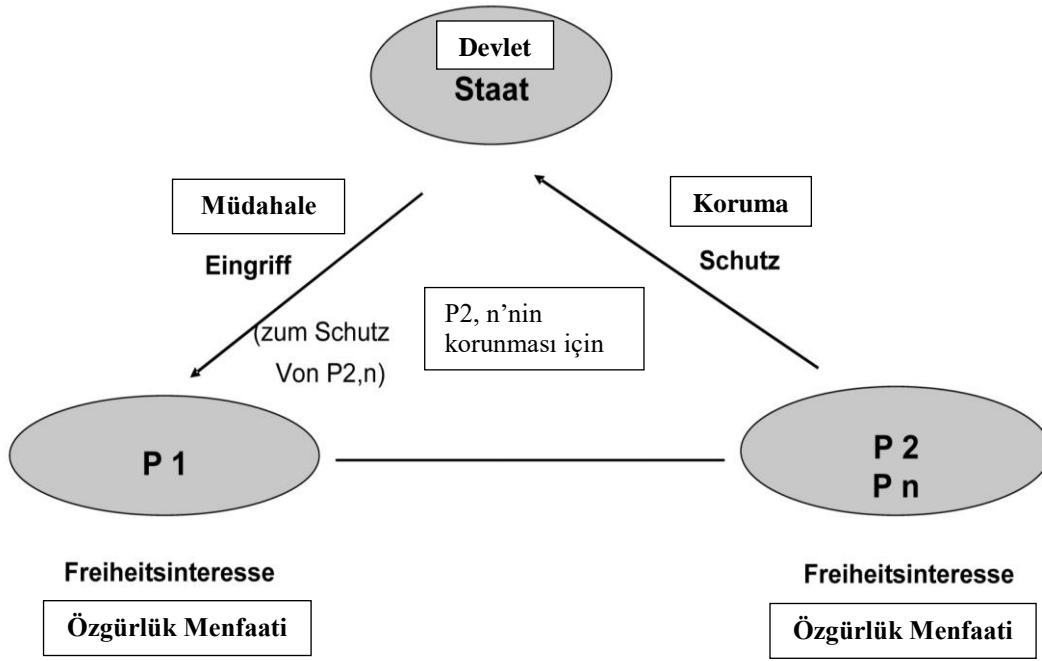
P2 veya n'nin menfaatlerini veya diğer anayasal olarak korunan hukuksal menfaatleri koruma yükümlülüğünü yerine getirmek için bir araçtan başka bir şey olmayan bu hukuk enstrümanı, çeşitli hukuk alanlarında dogmatik olarak somutlaştırılmıştır: Ceza hukukunda, güvenlik hukukunda, iş hukukunda, tüketiciyi koruma hukukunda, rekabet hukukunda, düzenleyici işlemler hukukunda. Temel şema her zaman aynıdır: Devlet<sup>89</sup> (yasa koyucu, yürütme ve yargı bölümlenmesinde) menfaat çatışmalarını adil bir dengeye oturtmak için diğerinin hukuksal olarak korunan pozisyonuna müdahale eder.<sup>90</sup> 'Yaşam alanlarında' dogmatik olarak daha fazla düşünmek ve daha sonra her durumda bu yaşam alanlarını medeni-ceza-kamu hukuk(u) kapsamında analitik olarak menfaat üçgenine göre analiz etmek en azından ilkesel olarak Alman hukukunun 'sütunlu yapısını' aşmak için uygun bir yaklaşım olabilir.

### Dogmatik hukuki menfaatler üçgeni

---

<sup>89</sup> Ya da ilgili özgülenmiş yeterliliklere uygun olan başka bir egemen.

<sup>90</sup> Somut dogmatik görev, ilgili yaşam koşulları için menfaat üçgenini somutlaştırarak açıklamak, menfaat çatışmalarını tanımlamak ve onlarla başa çıkmak için ilgili hukuki, kamusal ve cezai yasal enstrümanları açığa çıkarmaktır.



#### IV. Hukuk Teorisi: Görev Olarak Hukuk Kritiği

Bağımsız bir hukuk-bilimsel branş olarak 'hukuk kritiği' şimdiye değin var olmuş değildir. Söz konusu –bu zamana kadar kendi konu alanında belirsiz kalan- 'hukuk teorisi' çatısı altında bir ev bulunabilirdi. Karşılık olarak, tercihen hukuk dogmatığına iliştirilmiş alan daha önce genel norm öğretisi ya da metodoloji öğretisi gibi hukuk teorisi içinde de kategorize edilebilirdi. Hukuk politikasına ilişkin uygulamanın ve dogmatik formülasyonun hukuk felsefesi bağlamında temellendirilmiş maddi standartlarının gerçekten adil olup olmadıklarına dair eleştirel denetleme fonksiyonu, hukuk teorisinin alt kümesi olarak hukuk kritiğinin işi olurdu.

##### 1. Eşlik Eden Eleştirel Analiz

Buna her şeyden önce, mevcut zorluklarla baş etmek için her bir önerinin ve konseptin eşlik eden analizi dahildir. Eşlik edici bir hukuk kritiğinin görevi hukuk felsefesine ilişkin program temelinde hukuk politikası için kavramsal temelleri formüle etmektir. Özel bir dikkat, çelişme özgürlüğü anlamında hukuk düzeninin birliğinin optimizasyonunun üzerinde olmalıdır.<sup>91</sup> Hukuk düzenindeki kaçınılabilir çelişkiler insanların hukuk duygusunda iyi bir intiba

<sup>91</sup> Tutarlılık şartı, bilimsel iddialara ilişkin her bir teorisinin oluşumunun yalnızca bir unsuru değildir, aynı zamanda anayasal literatürde çoğunlukla hukukun işlevselliğinin bir koşulu olarak kabul edilir; bkz. H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen 2000, S.190. P. Kirchhof, *Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung*, Heidelberg 1978, S. 8: 'Hukuk düzeninin birleştirici ve barışçıl gücü daha çok sadece onun birel ifadelerinin tutarsızlık özgürlüğünü korur. Tutarlılık bir hukuk sisteminin temelidir.'; H. D. Jarass, *Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe*, AöR 126 (2001), S. 588. Hukuk düzeninin sistem adaletine ait postulat benzer bir yöne gider: F.-J. Peine, *Systemgerechtigkeit*, Baden-Baden 1985, S. 24 ff.; C. Degenhart, *System-*

bırakmaz ve adalet düzeni olarak hukuk düzenini ağır stres testleriyle karşı karşıya bırakır. Elbette kompleks bir hukuk düzeninde çelişkiler ve tutarsızlıklar asla bütünüyle dışlanamaz. Tam da bu sebeple kritik analize ihtiyaç vardır.<sup>92</sup> Bu şartlar altında 'hukuk kritiği' hukuk biliminin görevi<sup>93</sup> olmalıdır.

## 2. İdeoloji Kritiği

Ek olarak, hukuk politikasına karşı hukuk teorisinin bir çeşit velilik fonksiyonu olmalıdır. Bu görev, *condicio humana*'yı haklı göstermeyecek tek taraflılıkları ve ideolojik gereksiz aşırı eylemleri adlandırmak ya da bunların abartılmış olduğuna dikkati çekmek ve kritik etmek görevidir. Bu fonksiyon birkaç örnekle resmedilebilir:

- Belli bir 'abartma potansiyeli' insanın kendi kaderini tayin etme ilkesine dayanır. Kendini belirlemek ve ortaya çıkarmak insanın doğasındandır. Bununla birlikte, rasyonel kendi kendini belirleme her şey demek değildir, bunda bazen de irrasyonel içselliğin boyutları da gizlidir. Rasyonel özerklik, birçok insanın itici güçlerinden biridir sadece, bazen ötenazi hakkındaki tartışmalarda olduğu gibi abartılmamalı veya mutlaklaştırılmamalıdır. Aktif ötenazi veya (hukuka uygun olarak) ticari intihar refakatinin kendi kendini belirleme paradigmasına dayalı onayı adil bir hukuk düzeninin gereğine uygun olmayabilir. Aktif ötenazinin veya (hukuka uygun olarak) ticari intihar refakatinin kendi kendini belirleme paradigmasına dayalı temellendirilmiş onayı adil bir hukuk düzeninin gereğine uygun olmayabilir.<sup>94</sup>
- Aynısı son zamanlarda yoğun biçimde tartışılan 'hukukun ekonomik teorisi' olarak adlandırılan şey için de geçerlidir.<sup>95</sup> Burada da sadece *homo oeconomicus* figürüne dayanmak ve hukuk ilişkisinde ferdin ekonomik başarıya yönelik rasyonel eylemine odaklanmak her zaman yeterli değildir. Aksine insanın 'içselliği'ni, irrasyonelliklerini, tercihlerini kontrol edici duygularını vb. gereğince hesaba katan davranış psikolojisinin bulguları çoğu kez dikkate alınmalıdır.<sup>96</sup>

---

gerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, München 1976; C. Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit*, Tübingen 2004.

<sup>92</sup> Hukuk kritiğinin farklı şekilleri üzerinde yukarıda bkz. 39 no'lu dipnot.

<sup>93</sup> Aynı şey hukukun uygulaması için de geçerlidir. İcrailiğe rağmen uymamanın, icra edilmemenin veya eşitsiz infazının kabul gören yıkıcı bir etkisi olabilir. Bu bağlamda, her hukuk düzeninin uygulamasının açık yanları aydınlatılmalıdır. Burada hukuk psikolojisinin (ihmal edilen) sonuçları söz konusudur; ayrıca bkz dipnot 25

<sup>94</sup> Tartışmalar için bkz. m.w.N. J.F. Lindner, *Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe*, JZ 2006, S. 373.

<sup>95</sup> Lindner, *Ökonomische Theorie des Öffentlichen Rechts* (dipnot 27).

<sup>96</sup> Eidenmüller, *homo oeconomicus* (dipnot 25).

- Üçüncü örnek, son zamanlarda insanın irade özgürlüğünün nörobiyolojik bakış açıyla fiksiyon olduğu, bu yüzden de yeni bir insan tasarımına ihtiyaç olduğu görüşünün temsil edildiği beyin araştırmalarıdır.<sup>97</sup> Bu tür tezler (hukuk kritiği olarak) hukuk teorisi tarafından hukuk düzeninin vargıları içinde esaslı biçimde araştırılmalıdır. Bu tezler – doğa bilimleri açısından- doğru olsalar bile, bunların insanın normatif tanımına dayandırılmasının gerekip gerekmediği ya da hiç de gerekemeyeceği sorusu sorulmalıdır. Doğa bilimlerine ilişkin tezlerin sosyal-normatif iddiasına rölatif yaklaşmak hukuk kritiğinin büyük ölçüde görevidir. Nörobilimsel bulgular insanın özgür iradesini sorgulasa bile, normatif olarak ona tutunulabilir ve bu gereklidir. O, *condicio humana*'nın (en azından hissedilen) bir parçasıdır.
- Doğa bilimlerinin bulgularının normatif alakalarının sorgulanmasında ve incelenmesinde zaman zaman iddia edildiği gibi<sup>98</sup> orta çağ hukuk kültürüne bir geri dönüş olmayıp, aksine tamamen salt doğa bilimlerinin koşulluluğu ve tarafsızlığından kurtarılmış, kültürel ve normatif olarak yetişmiş doğru olduğu sanılan kanaatlerin korunması teşebbüsüdür bu.
- Hukukun idealleştirilmesinin bir başka ifadesi de hukukun her çatışmaya hukuksal olarak karar verebilmesi ve her çatışma için bir çözüm önerebilmesi gerektiği yönündeki genel iddiadır. Hukukun bu türden her şey üzerindeki egemenliği iddiası çatışma durumlarının ezici çoğunluğunda etkili olsa da, bir hukuki değer sadece diğerinin hukuki değerinin altında korunabildiği eşdeğer hukuki değerlerin trajik çatışmalarında işlememektedir. Tamamen dolu bir yolcu uçağının uçağı kaçırınlar tarafından tamamen dolu bir futbol stadyumuna düşürülecek olmasında uçağın düşürülmesi örneği bunun için paradigmaldır. Bu trajik çatışmaların çözümü için ne etik ne de hukuk doğru bir çözümü elinde bulundurmamaktadır. Hukuk düzenleme yapmaktan uzak durmalı, hukuki (değer) içermeyen alanlara tahammül etmelidir.<sup>99</sup>

#### H. Görünüm: Özerk ve Disiplinlerarası

Hukuk biliminin (normatif) bir adalet bilimi olarak bilimler konçertosunda kendi özerkliğini koruma şansı vardır. Kendi spesifik normatif görevinin farkında olduğu (ve öyle de kalırsa) ve

<sup>97</sup> W. Singer, *Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen*, C. Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, Frankfurt a.M. 2004, S. 30.

<sup>98</sup> S. H.A. Wolff, *Die Willensfreiheit und die Grundrechte*, JZ 2006, S. 929.

<sup>99</sup> Lindner, *Rechtswertungsfreier Raum (dipnot 70)*; ders., *Tragische Konflikte*, FAZ v. 15.10.2004, S. 8.

iletişim kurduğu taktirde diğer disiplinler tarafından gözetilecek, ciddiye alınacaktır.<sup>100</sup> Diğer disiplinlere yönelik terminolojik bir sokulma özellikle zayıflatıcı bir etkiye sahiptir. Hukuk kendi iddiasını ileri sürmelidir. Bu amaçla, hukuk-, adil bir sosyal düzen için normatif standartların elde edilmesine yönelik yöntemleri formüle etmesi, içeriğini temellendirmesi, onun gerçekleştirilmesinin dogmatik uygulaması ve eleştirel yansıması üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Bu konuda –bir önceki iddiaya rağmen- yalnız da değildir, aksine diğer bilimlerin bulgularına yaslanmaktadır. Sosyolojinin, psikolojinin ve iktisadi bilimlerin bulgularının spesifik etkisinin ve kontrol potansiyelinin doğru olarak benimsenen hukuk normları için geliştir(ebil)ip geliştir(ile)mediklerinin hukuk bilimi tarafından ve demokratik açıdan meşrulaştırılmış normatif yasa koyucu tarafından eleştirel bir şekilde yansıtılabilmesi ve değerlendirilebilmesi için bu bilimlerin bulgularına özellikle ihtiyaç vardır. Meşhur bir sözün dönüştürülmüş haliyle söylenirse: Adaletsiz hukuk bilimi kör, etkinliği olmaksızın adil hukuk boştur. Birincisi için, hukukun önemli bir meşruiyet iddiası vardır; ikincisi için ise, aynı zamanda diğer bilimlerin bulgularına da atıfta bulunmaktadır. Bu şekilde temellendirilmiş disiplinlerarası bir yaklaşımda hukuk biliminin araştırmasını ve gelişmesini sürdürmede önemli bir potansiyeli vardır –Adil, insancıl bir düzen hayrına.

#### ORCID ID

Mustafa BAŞAR



<https://orcid.org/0000-0003-4828-3241>

#### Declaration of Conflicting Interests

The author declared that there were no conflicts of interest with respect to the authorship or the publication of this article.

#### Çıkar Çatışması Beyanı

Yazar bu makalenin yazarlık veya yayımlanmasına ilişkin olarak hiçbir çıkar çatışması olmadığını beyan etmiştir.

---

<sup>100</sup> Bkz. P.-A. Alt, Mehr Disziplin wagen, SZ v. 21.10.2010, S. 13: 'Differenz entsteht durch Identität'; çevirenin notu: 'Fark aidiyet yoluyla meydana çıkar'.