

# “ HABERMAS’IN İLETİŞİMSEL EYLEM KURAMI’NDA HUKUK”

Mathieu Deflem\*\*

Çev. Yard. Doç. Dr. Ülker Yükselbaba\*\*\*

## GİRİŞ

Habermas’ın eserleri, modern toplumun teorik olarak anlaşılmasına yapılan büyük katkılar arasında kabul edilerek geniş bir kesim tarafından alkışlanmaktadır. Özellikle hukuk kuramı son yıllarda akademik alanda büyük ilgi gören bir konu olmuştur. Ancak bugüne kadar Habermas ve hukuk konusundaki tartışma büyük ölçüde esas olarak Eleştirel Teori geleneğine mensup Avrupalı uzmanlardan oluşan alıcı kitleleriyle sınırlı kalmış ve tartışmaların çoğu ampirik yönelimli hukuk araştırmalarından çok ahlak ve hukuk felsefesi alanında gerçekleşmiştir<sup>1</sup>. Hukuk araştırmaları alanında giderek artan, geniş fel-

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* DEFLEM, MATHIEU, “Introduction: Law in Habermas’s Theory of Communicative Action”. In: *Habermas, Modernity and Law*, ed. MATHIEU DEFLEM. London: Sage, 1996’dan uyarlanmış ve değiştirilmiştir. Vniversitas. ucls. Bogotá (Colombia) N° 116: 267-285, julio-diciembre de 2008’de yayınlanmıştır.

\*\* Mathieu Deflem, Ph.D., Sosyoloji Profesörü, South California Üniversitesi Sosyoloji Bölümü.

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

<sup>1</sup> Bu HABERMAS’ın teorilerinin Avrupa sınırları dışında hukuksal çalışmalar alanında dikkati çekmediğini ima etmek için değildir. HABERMAS’ın hukuk yaklaşımı hakkında genel girişler ve eleştirel değerlendirmelere örnek olarak, bakınız: BRAND (BRAND, ARIE. Ethical Rationalization and “Juridification”: HABERMAS’ Critical Legal Theory’, *Australian Journal of Law and Society* 4, 1987, pp.103-27) ; EDER (EDER, KLAUS. ‘Critique of HABERMAS’ Contribution to the Sociology of Law’, *Law and Society Review* 22, 1988; pp. 931-44) ; HAARSCHER (HAARSCHER, GUY. ‘PERELMAN AND HABERMAS’, *Law and Philosophy* 5, 1986; pp. 331-342) ; MURPHY (MURPHY, W. T. ‘The HABERMAS Effect: Critical Theory and Academic Law’, *Current Legal Problems* 42, 1989; pp. 135-165) ; PREUSS (PREUSS, ULRICH K. ‘Rationality Potentials of Law: Allocative, Distributive and Communicative Rationality’, In: C. JOERGES and D. M. TRUBEK (eds). *Critical Legal Thought: An American-German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989) ; RAES (RAES, KOEN. ‘Legalisation, Communication and Strategy: A Critique of HABERMAS’ Approach to Law’, *Journal of Law and Society* 13, 1986; pp. 183-206) ; SCHEUERMAN (SCHEUERMAN, BILL. ‘NEUMANN V. HABERMAS: The Frankfurt School and the Case of the Rule of Law’, *Praxis International* 13, 1993; pp. 50-67) ; VAN DER BURG (VAN DER BURG, WIBREN..Jürgen Habermas on Law and Morality: Some Critical Comments., *Theory, Culture and Society* 7, 1990; pp. 105-111). HABERMAS’ın teorisi aynı zamanda feminist hukuki düşünceler gibi çok çeşitli konularla ilgili Amerikan hukuku ve toplum geleneğinde ampirik araştırmaya doğru yol bulmuştur. (COLE, DAVID. ‘Getting There: Reflections on Trashing from Feminist jurisprudence and Critical Theory’, *Harvard Women’s Law journal* 8, 1985; pp. 59-91.), çevre hukuku (NORTHEY, ROD. ‘Conflicting Principles of Canadian Environmental

sefi ve teorik perspektifler ile sosyal konulardaki ampirik temelli araştırmalar arasında karşılıklı bağlantı kurma kaygısı dikkate alınarak - ki bu arzu aslında Habermas'ın eserlerinde de merkezi bir konumdur - bu makaledeki katkılar ikili bir amacı gerçekleştirme umudunu taşımaktadır.

Bu makalede Habermas'ın iletişimsel eylem kuramının temel ilkelerini kısaca özetleyeceğim. Habermas'ın hukuk ve toplum yaklaşımı konusunda yapacağım sunumu *İletişimsel Eylem Teorisi'nin* formülasyonu ve bu formülasyonun *Faktizität und Geltung'un* yayınlanmasına kadar olan gelişmeleri ile sınırlıyorum.

Bu iki ciltlik *İletişimsel Eylem Kuramı* (The Theory of Communicative Action,) <sup>2</sup> isimli eserde Habermas kuşkusuz yenilikçi ve etkili bir toplum teorisi formüle etti, ancak bu kitabın okunması (Habermas'ın eserlerinin çoğu için olduğu gibi) her türlü standartlar açısından bakıldığında kolay değildir. Özellikle, çok çeşitli klasik ve çağdaş sosyal teorinin ayrıntılı ve teori-ötesi tartışmalarına dayanan bir sosyal teori geliştirmeyi amaçlayan argümantasyon yapısı, başlangıçta potansiyel okuyucuları eserleri bütünlüklü olarak incelemekten vazgeçirebilir<sup>3</sup>. Habermas'ın genel teorik çerçevesinin kısa bir sunumu bu

---

Reform: TRUBEK and HABERMAS v. Law and Economics and the Law Reform Commission', *Dalhousie Law Journal* 11, 1988; pp. 639-662), hukuki yorum (HOY, DAVID C. 'Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives', *Southern California Law Review* 58, 1985; pp. 135-176; MOOTZ, FRANCIS J. 'The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of GADAMER, HABERMAS, and RICOEUR', *Boston University Law Review* 68, 1988; pp. 523-617), hukuki toplulukta profesyonel roller (DAN -COHEN, MEIR. 'Law, Community, and Communication', *Duke Law Journal* 6, 1989; pp. 1654-76), ve yasama analizi ve anayasal düzenlemeler (FELDMAN, STEPHEN M. 'The Persistence of Power and the Struggle for Dialogic Standards in Postmodern Constitutional jurisprudence: MICHELMAN, HABERMAS, and Civic Republicanism', *Georgetown Law Journal* 81, 1993; pp. 2243-90; FELTS, ARTHUR A. and FILDS, CHARLES B. 'Technical and Symbolic Reasoning: An Application of HABERMAS. Ideological Analysis to the Legal Arena', *Quarterly Journal of Ideology* 12, 1988; pp. 1-15; LEEDES, GARY C. 'The Discourse Ethics Alternative to RUST v. SULLIVAN', *University of Richmond Law Review* 26, 1991; pp. 87-143; SOLUM, LAWRENCE B. 'Freedom of Communicative Action: A Theory of the First Amendment Freedom of Speech', *Northwestern University Law Review* 83, 1989; pp. 54-135). HABERMAS'ın kuramının Latin Amerika'da etkisi, bkz.: BOTERO, ANDRÉS. 'Aproximación al pensar filosófico de HABERMAS', *Revista Holística Jurídica: Facultad de Derecho USB*. 2 (2003) ; pp. 7-36. Botero yakında HABERMAS'ın Latin Amerika'da etkisi üzerine başka bir eleştirel makale yayınlacaktır.

<sup>2</sup> Habermas, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*, Volume 1, *Reason and Rationalization of Society*. Boston, MA: Beacon Press, 1984. Habermas, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*, Volume 2, *System and Lifeworld: A Critique of Functionalist Reason*. Boston, MA: Beacon Press 1987.

<sup>3</sup> Habermas'ın çalışmasının ansiklopedik doğası ve nispi ulaşılmazlığı, buna rağmen, onun düşüncesinin temel unsurlarıyla okuyucuları tanıştırmayı amaçlayan muazzam sayıda giriş niteliğindeki yazılar ve kitaplar üretmiştir. McCarthy'nin Habermas'ın eserlerinin eleştirel özeti, özellikle Habermas'ın erken çalışmasının temellerini ve entelektüel gelişmelerini takip edebilmek bakımından hala en değerli kaynaktır. (McCarthy, Thomas. *The Critical Theory of Jürgen Habermas*. Cambridge, MA: MIT Press, 1978). Habermas'ın daha yeni çalışmalarına girişler için bkz. Brand (Brand, Arie. *The Force of Reason: An Introduction to Habermas' Theory of Communicative Action*. Sydney: Allen and Unwin, 1990) ; Holub, Holub, Robert C. *Jürgen Habermas: Critic in the Public Sphere*. London: Routledge, 1991) ; Ingram (Ingram, David. *Habermas and the Dialectic of Reason*. New Haven, CT: Yale University Press, 1987) ; Rasmussen (Rasmussen,

nedenle hukuka ve bugüne kadar literatüre geçen bazı eleştirilere ışık tutmaya yardımcı olabilir. Bu gözden geçirme aynı zamanda bu kitaptaki makalelerde sunulan Habermas'ın hukuk teorisiyle ilgili tartışmaların konumlandırılmasını da sağlayacaktır.

### I - ELEŞTİREL EYLEM KURAMI: KAVRAM VE TEZLER

Habermas'ın iletişimsel eylem teorisi esas olarak, bilgiyi şekillendirerek eyleme rehberlik eden iki farklı rasyonalite kavramı arasında yapılan bir ayrıma dayanır<sup>4</sup>. Birincisi, bilişsel-araçsal rasyonalite, özel olarak tanımlanmış hedeflerin başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesini amaçlayan eylemi yönlendirir. Bu eylem türleri ya araçsaldır ve dünyadaki olgulara etkili bir müdahalede bulunmaya yöneliktir (örneğin çalışma yoluyla) veya stratejiktir ve başka aktörlerin kararlarını (örneğin tahakküm ilişkileri içerisinde) başarıyla etkilemeye yönelik girişimlere kılavuzluk eder. İkincisi iletişimsel rasyonalite, karşılıklı olarak birbirini anlamayı amaçlayan eylemlerin altyapısında yer alır ve konuşan özneler arasında, dünya hakkındaki yorumlarını uyumlulaştırmak amacıyla anlaşmaya ulaşma süreci olarak düşünülür.

Yanlış anlaşılmayı önlemek açısından şunu önemle belirtmek gerekir ki, Habermas'ın iletişimsel eylem kavramı, öznelin karşılıklı olarak birbirini anlama amacına sadece söz edimleri (yani en az iki aktör arasındaki etkileşimde kullanıldığı şekliyle dil) üzerinden yönelebileceklerini veya anlaşmanın, akılda canlanan masum bir düşünce olarak, her iletişimsel sürecin gerçekleşmesi şart olan ürünü olacağını var saymamaktadır. Dilbilimsel olmayan çeşitli eylem biçimleri de (işaretler, semboller) anlamaya yönelik olarak kullanılabilir ancak bunun şartı dilin aracılık ettiği etkileşimlere aktarılabilmeleridir. Aynı zamanda, iletişimsel aktörlerin anlaşmaya yönelimleri, çarpıtılmış veya kararsız iletişimin sonucu olarak anlaşmazlığın ortaya çıkması ihtimalini dışlamaz. Habermas, sosyal aktörlerin karşılıklı olarak birbirini anlama açısından yaptıkları eylemlerini koordine etmelerinin ancak dil üzerinden ve rasyonel argümantasyon şartları altında mümkün olabileceğini savunur.

Habermas, iletişimsel eylemdeki rasyonel argümantasyon şartlarını, söz edimlerinde açık veya örtülü olarak öne sürülen farklı geçerlilik iddiaları arasındaki ayrımlar temelinde analiz eder ve şu geçerlilik iddialarını ayırt eder: anlaşılır ve iyi oluşturulmuş söz edimleri doğruluk konusunda objektif bir iddia ortaya koyar, normatif bir haklılık iddiası ve dışavurumcu ve değerlendirmeci güvenilirlik ve samimiyet iddiaları<sup>5</sup>. Farklı türlerdeki söylemler, açıkça bu iddialara hizmet eder: doğruluk konusundaki teorik söylem; normatif haklılık konusundaki ahlaki-pratik söylem; güvenilirlik ve samimiyet hakkındaki estetik ve terapötik eleştirisi<sup>6</sup>. Bu argümantasyon teorisi temelinde Habermas iki katmanlı yaşam dünyası ve sistem yaklaşımını geliştirir.

Günlük sosyal hayattaki iletişimsel eylemlerin iddialarının çoğu zaman sorgulanmadığını veya eleştirilmediğini öne süren Habermas, bunun sebebi olarak da bunların tartışılmayan ve paylaşılan bir yaşam dünyasının sınırları

David M. *Reading Habermas*. Oxford: Basil Blackwell, 1990 ; Roderick (Roderick, Rick). *Habermas and the Foundations of Critical Theory*. London: Macmillan, 1986).

<sup>4</sup> Habermas, *The Theory ...*, 1984, Op. Cit., pp.8-22 and 168-185.

<sup>5</sup> Ibid., pp.319-328.

<sup>6</sup> Ibid., pp.22-42.

içerisinde ortaya konulmuş olduklarını belirtir<sup>7</sup>. Yaşam dünyası, genel olarak kabul gören eylemin koordine edildiği çerçeveyi oluşturan arkaplan bilgilerini sunar. Batı toplumlarının rasyonalizasyonunun karakteristiği yaşam dünyasının, söz edimlerinin geçerlilik iddialarının hatları paralelinde farklılıklar göstermiş olmasıdır. Böylece, iletişimsel eylemde üç edimsel tavır ayırt edilir: dış olaylar ve koşullar dünyasına yönelik bir nesneleştirme tavrı, bir grup insandan oluşan bir topluluğun sosyal dünyasına yönelik normatif tavır ve bireyin öznelliğinin iç dünyasına yönelik bir dışavurumcu tavır. Habermas'ın yaşam dünyası kavramı, bu nedenle, belli bir topluluğun kültürel geleneğiyle (dünyanın paylaşılan yorumlarıyla) sınırlı değildir. Bir dizi kültürel değer sağlamanın yanı sıra yaşam dünyası, sosyal aktörlerin toplumlarının normatif standartlarına uygun davranmalarını (sosyal grupların dayanışması için) ve sosyal aktörlerin sosyal çevreleriyle uyumlu ve yetkin kişilikler olarak davranabilme yeteneğini kazanmalarını garanti altına alır.

Yaşam dünyasının üç yapısal bileşeni şu fonksiyonlara tekabül eder: kültür, toplum ve kişilik. Kültür düzeyinde, kültürel yeniden üretim, yaşam dünyasının üyeleri tarafından konsensüs yoluyla paylaşılan yorum şemalarının aktarılmasıyla ilgilidir. Sosyal etkileşim düzeyinde, sosyal entegrasyon, öznelarası paylaşılan normlar aracılığıyla eylemlerin koordine edilmesi üzerinden kişiler arası ilişkilerin meşru bir şekilde düzenlenmesine işaret eder. Nihayet, kişilik düzeyinde, sosyalleşme süreçleri, interaktif yeteneklere sahip kişiliklerin oluşturulmasını sağlamayı hedefler. Kültür, toplum ve kişilik rasyonalize edilmiş bir yaşam dünyasının yapısal bileşenleridir. Buradan, sosyal rasyonalizasyon süreci, bir zamanlar birleşmiş olan bir yaşam dünyasının farklı yapısal alanlar ve özelleşmiş sosyal kurumlar olarak farklılaşmasını getirir. O halde yaşam dünyasının iki katlı bir anlamı vardır: bir yanda içinde iletişimsel eylemin gerçekleştiği kültür, toplum ve kişiliğin ufuk oluşturan bağlamları, diğer yanda ise olasılık kaynakları bulunmaktadır ve iletişimsel eylemin katılımcıları bu kaynaklardan kültürel bilgilerini aktarabilir ve yenileyebilir, dayanışma kurabilir ve sosyal kimlik inşa edebilir.

Yaşam dünyasına eylem temelli yaklaşımın bütün karmaşık modern toplumlara açıklama getiremeyeceğini ileri sürmesi Habermas'ın sosyal evrim kuramı için önemli bir dönemeçtir. Rasyonelleşme süreci sadece sembolik olarak üretilmiş iletişimsel bir düzen olan yaşam dünyasının ayrışması olarak değil, aynı zamanda, toplumun 'maddi altyapısı' açısından da düşünülmelidir<sup>8</sup>. Bu iki katlı bakış açısı toplumların kültürel değerlerinin, meşru normlarının ve sosyalleşme süreçlerinin aktarımını korumak zorunda olduklarına ve buna ek olarak, başarılı müdahaleler açısından çevrelerini etkin olarak yönlendirmeleri ve kontrol etmeleri gerektiğine işaret eder. Habermas bu nedenle yaşam dünyası perspektifini bir sistem teorisi ile tamamlar ve özellikle ekonomik ve politik sisteme dikkatini verir<sup>9</sup>.

Bu sistemler tarih boyunca yaşam dünyasından kopmuşlar veya "ayrılmışlardır" ve bundan böyle bağımsız işleyerek, uzlaşmaya yönelik iletişimsel eylem temelinde değil, fakat medya, para ve gücün yönlendirmesinin işlevselliği açısından hareket etmişlerdir. Bu yönlendirici ortamlar üzerinden koordine edilen eylemler, iletişimsel eylemi, bir dizi eylem alternatifinin karakterize ettiği

<sup>7</sup> Habermas, *The Theory ...*, Volume 2, 1987, Op. Cit., pp.119-152.

<sup>8</sup> Ibid., pp.235-282.

<sup>9</sup> Ibid., pp.338-343.

karmaşık toplumlardaki konsensusa erişme zorluklarından ve böylece, daimi bir uyumsuzluk tehlikesinden kurtarılır. Para ve gücün yönlendirici uzamları tarafından koordine edilen eylemler, bunların üretim ve malların değişimini kâr amacı (ekonomi) ve bürokratik verimlilik (politika) amacıyla bağlayıcı kararlara ulaşmak için idarenin biçimlenmesi temelinde başarılı bir şekilde (bilişsel-araçsal olarak) organize etmeyi hedeflemeleri noktasında iletişimsel eylemden ayrılırlar.

Habermas, yaşam dünyası ve sistemin “birbirinden ayrılmasını” kendinde sorunsal olarak ifade etmez. Sistemlerde eylemlerin koordinasyonu en iyi şekilde yönlendirici ortamlarla sağlanır, çünkü iletişimsel eylemi uyumsuzluk olasılığından kurtarmayı başarırlar ve bunu yüksek bir verimlilik ve etkinlikle yapabilirler. Ancak, sistemlerin de yaşam dünyasının içine geri sızma kapasiteleri vardır. Koordinasyon mekanizmaları başarıya yöneliktir, böylece, arıza ve kriz belirtilerinden uzak kalmak istiyorlarsa, karşılıklı anlaşmada yerleşik iletişimsel eylemin sağlanması gereken yaşam dünyasının alanlarına (kültür, toplum ve kişilik) girebilirler<sup>10</sup>. Bu süreci Habermas yaşam dünyasının kolonileştirilmesi olarak adlandırır: yaşam dünyasında anlaşma amaçlı iletişimsel potansiyeller, parasal sistemsel buyruklar ve bürokratik sistemin müdahaleleri yönünden aşınır.

## II - YAŞAM DÜNYASI, SİSTEM VE HUKUKUN RASYONALİZASYONU

Habermas, *İletişimsel Eylem Kuramı*'nda hukuka dair, sosyal rasyonalizasyon sürecindeki iki önemli gelişmenin tartışmasını temel alan bir yaklaşım geliştirir. Birincisi sistem ile yaşam dünyasının farklılaşması için hukukun ahlaktan ayrılması elzemdir, ve ikincisi ise hukuki süreçler, batı toplumlarındaki yaşam dünyasını kolonileştirme sistemlerinin mevcut belirtilerinin açıklanmasına yardımcı olur.

### 1. Hukuk ve sistem ile yaşam dünyasının farklılaşması

Habermas, hukuka, yönlendirici araçlar olan para ve gücün bağımsız işleyişlerini normatif bir şekilde sağlamlaştırma veya kurumsallaştırma şeklinde önemli bir rol yükler. Para ve gücün hukuksal anlamda biçimlenmesi, ekonomik ve politik sistemlerin yaşam dünyasından ayrılması sonucunun elde edilmesinde çok önemlidir<sup>11</sup>. Tarihsel bağlamda, politik sistemin farklılaşması ilk olarak politik otoritenin güç araçlarını elinde bulunduran hukuki pozisyonlar etrafında kristalize olmasıyla ortaya çıktı. Politik makamlar arasındaki daha ileri ayrışma süreçleri, tam olgunluğuna modern devlette ulaşan politik örgütlenmenin karmaşıklığını artırdı. Devlet etrafında örgütlenen toplumların çerçevesi içerisinde para aracılığıyla yönlendirilen piyasalar oluştu. İletişimsel eylemin belirsizliğinden kurtulan modern devletin politik sistemi, güç üzerinden alınan bağlayıcı kararlar aracılığıyla erişilen müşterek amaçlar belirlerken, ekonomi de malların üretim ve dağıtımını parasal üretkenlik üzerinden sağlıyordu. Bu sistemler, ‘... artık birbiriyle – son tahlilde - karşılıklı anlayış mekanizmasıyla bütünlük içerisinde olmayan, yaşam dünyasına ilişkin bağlamlardan uzak

<sup>10</sup> Ibid., pp.318-331.

<sup>11</sup> Ibid., pp.164-97 ve 264-282.

duran ve bir tür normdan bağımsız bir sosyallik etrafında pıhtılaşmış formel olarak organize olmuş eylem alanlarıdır<sup>12</sup>.

Habermas'a göre sistem ve yaşam dünyasını bu şekilde ayırabilmek için ekonomi ve devlet yapılarının yaşam dünyasından bağımsızlığının hukuk tarafından kurumsallaştırılması gerekir<sup>13</sup>. Yönlendirici araçlar olan para ve gücün yaşam dünyasında normatif olarak 'sağlamlaştırılması' sağlayan kurum hukuktur. Başka bir deyişle, sistemler ancak ilgili araçlarının hukukileştirilmesi suretiyle yaşam dünyasına yeniden bağlandıklarında yaşam dünyasından bağımsız olarak çalışabilirler. Para aracı bağlamında, para alışverişi ilişkilerinin eşya hukuku ve sözleşme hukukunda düzenlenmesi gerekirken, politik sistemin güç ilişkisi ise bürokrasilerdeki formel makamların kurumsallaştırılması suretiyle normatif olarak sağlamlaştırılmalıdır. Bu nedenle sistemlerin farklılaştırılması, hukuk ve ahlakın ve özel hukuk ile kamu hukukunun birbirinden ayrılması suretiyle yaşam dünyasının yeterli düzeyde rasyonelleştirilmesini gerekli kılar. Hukuk ve ahlakın birbirinden ayrılması, sosyal evrimin gelenek sonrası düzeyinde, yani yasal ve ahlaki temsilin doğrudan katı etik geleneklere bağlı olan spesifik değerlerden ziyade eleştirilebilen soyut ilkelere dayalı olduğu bir düzeyde gerçekleştirilebilir. Böylece ahlak, katı ama *kişisel olan ahlaki-pratik endişelere* ilişkin *kişisel* bir konu haline gelirken, dışsal kuvveti olan toplumsal bir kurum olarak hukuk ise soyut normatif standartları toplumun tamamı için somut hale getirir. Özel hukuk ve kamu hukukunun birbirinden ayrılması, ekonomi (örneğin sözleşme hukuku) ve politikanın (örneğin vergi hukuku) bağımsız çalışmasına tekabül eder.

Habermas'ın, hukuku, sistemlerin bağımsız çalışmalarının normatif olarak hukukileştirilmesi olarak gören tartışmasının temelinde yatan görüş, hukukun, formel olarak, toplumsal normların pratik söyleminin kurumsallaştırılması olarak alınabileceğidir<sup>14</sup>. Habermas, batılı toplumlardaki modern hukukun pozitif (egemen bir kanun koyucunun iradesinin ifadesi), yasacı (normlardan sapmalara uygulanmaya ilişkin) ve formel (hukuki olarak yasaklanmamış şey serbesttir) olduğunu (Weber'le birlikte) kabul eder. Modern hukuk bu anlamda ahlak açısından müzakereyi herhangi bir ihtiyaç kalmamışcasına uzaklaştırmış gibi görünen işlevsel, teknik bir sisteme dönüşerek pozitif hale gelmiştir. Bununla birlikte, Habermas, (Weber'in düşüncesine tezat bir şekilde) toplumsal evrimin geleneksel sonrası seviyesinde hukukun hâlâ tartışmaya açık ahlaki ilkelere dayalı olduğunu ileri sürer: 'Hukuki düzenin pozitif hale getirilmesinin sağlanabilmesi, haklılaştırma sorunlarının *mevcut yerlerinden çıkartılması*, yani hukukun geniş açılımlardaki teknik uygulamasının bu sorunlardan kurtarılmasıdır - ancak bunları tamamen kaldırıp atmamak değildir'<sup>15</sup>. Bir bütün olarak modern hukukun haklılaştırmaya ihtiyacı vardır ve normatif haklılık konusundaki evrensel geçerlilik iddialarının soyut şartları altında tam da sistemsel yapısını açığa çıkarabilmek için eleştirilebilir.

<sup>12</sup> Ibid., p.307.

<sup>13</sup> Ibid., p.164-179.

<sup>14</sup> Habermas, *The Theory ...*, 1984, Op. Cit., pp.243-271.

<sup>15</sup> Ibid., p.261.

## 2. Hukuk, hukuksallaştırma ve yaşam dünyasının kolonileştirilmesi

Habermas'ın iletişimsel eylem kuramı bağlamında hukuka yüklediği ikinci önemli rol, yaşam dünyasının içsel kolonileştirilmesi teziyle ilişkilidir<sup>16</sup>. Habermas, bu tezi (Avrupa) tarihi boyunca yaşanan hukuksallaştırma süreçlerini tartışırken geliştirir. Hukuksallaştırma kavramı genel olarak formel hukukta şu yollarla yaşanan bir artışı ifade eder: pozitif hukukun genişlemesi, yani daha çok sayıda sosyal ilişki yasal olarak düzenlenir; hukukun yoğunluğunun artması, yani yasal düzenlemeler daha ayrıntılandırılır. Habermas, Avrupa refah ülkelerinin spesifik bağlamında dört tane hukuksallaştırma dalgası tanımlar.

Birinci hukuksallaştırma dalgası, Avrupa'daki mutlakiyetçi burjuva devletin oluşumu sırasında meydana geldi. Egemenin güç üzerindeki tekeli ve özel bireylerin sözleşmeye dayalı hak ve yükümlülükleri, güçlü bir monarşik devlet ile özgür girişime dayalı pazarın birlikte var olmalarını meşrulaştıracak şekilde düzenlendi. İkincisi, 19. yüzyılın burjuva anayasal devleti, adım adım bireysel hakları monarkın politik otoritesine karşı koruyacak düzenlemeler yaptı: özel bireylerin yaşama, özgürlük ve mülkiyet hakları anayasal olarak garanti altına alındı. Bundan sonra, Fransız Devriminin sonucunda demokratik anayasal devletin yaratılmasıyla, yurttaşların politik düzenin oluşumuna katılımına izin veren sosyal haklar düzenlenerek devletin gücü demokratikleştirildi. Son olarak, 20. yüzyılın sosyal refah devletinin yükselişiyle, bireysel özgürlükleri ve sosyal hakları serbest piyasanın şartları karşısında ve bunların üstünde tutan yasalar çıkartılmak suretiyle kapitalizmin ekonomik sistemi ilk defa dizginlendi.

Habermas, son üç hukuksallaştırma eğilimi yaşam dünyasının taleplerinin devlet ve ekonominin otonom işleyişine nasıl direnme girişiminde olduğuna işaret ettiğini ileri sürer. Bu, önce egemenden bireysel hakların talep edilmesi, arkasından politik düzenin demokratikleştirilmesi ve son olarak da ekonomik sisteme karşı özgürlüklerin ve hakların garanti altına alınmasıyla gerçekleşir. Habermas, bununla birlikte, refah devletlerindeki mevcut hukuksallaştırma formunun belirgin bir şekilde kararsız olduğunu, çünkü garanti edilen her bir özgürlüğün aynı zamanda başka bir özgürlüğün alınması anlamına geldiğini iddia eder. Habermas, bu kararsızlığın sosyal refah kanunlarındaki dört önemli sorundan kaynaklandığını belirtir: (1) yaşam dünyasına yönelik yasal müdahalelerin formel yeniden yapılandırılması, hukuki taleplerin *bireyselleştirilmesini* gerektirir; (2) Sosyal yasaların uygulandığı şartlar *formel* olarak belirlenmiştir; (3) hukuki yetkilendirmeler sosyal sorunlarla ilgilidir, ancak bunlar *bürokratik olarak* merkezi ve bilgisayar temelli gayri şahsi organizasyonlarca uygulanmaktadır ve (4) sosyal refah talepleri genellikle *parasal* tazminatlar ödenmek suretiyle karşılanmaktadır (tüketici-esaslı yeniden tanımlama). Bu durumda, yaşam dünyasının talepleri de bürokratik ve parasal organizasyonların zorunluluklarına dönüştürülür ve böylece hukuk da günlük yaşamın sosyal ilişkilerine sistemik bir şekilde müdahalede bulunmak üzere devreye girer. Hukuki düzenlemelerin devlet ve ekonominin zorunluluklarına uyduğunun gözlemlendiği durumlarda, aynı zamanda yaşam dünyası da hukukun aracılığıyla içsel olarak kolonileştirilmiş olur.

<sup>16</sup> Habermas, *The Theory ...*, 1987, Op. Cit., pp.356-373.

Habermas, bir araç olarak hukukun, pratik söylemin kurumsallaştırılmış alanı olarak hukuka bağlı kalmaya devam ettiğini ileri sürer. Bir araç olarak hukuk, ekonomi ve devletin hukuki organizasyonuna olduğu gibi, yaşam dünyasının formel olmayan yapılarındaki refah politikası düzenlemeleri müdahalelerine de uygulanır. Bu son duruma örnek olarak Habermas, sosyal entegrasyon bağlarını bürokratik ve parasal kontroller itibarıyla hukuk aracına dönüştürmeyi başaran okul ve aile yasalarından bahseder. Bu yasalar maddi (*substantive*) bir haklaştırmaya ihtiyaç duymazlar; burada sadece bir işlevsel prosedür söz konusudur. Diğer yandan, bir kurum olarak hukuk ahlakla içsel bir bağlantıyı devam ettirir. Anayasa ve ceza hukuku gibi yasal kurumlar, normatif olarak değerlendirilmek zorunda olan ve ahlaki-pratik söylem bakımından haklaştırılması gereken düzenlemelerle ilişkilidir.

### III - HABERMAS'IN HUKUK TEORİSİNDEKİ BAZI SORUNLAR VE GÖRÜŞLER

Habermas'ın hukukla ilgili gözlemleri, hukuki ve yasal süreçler üzerinde teoriler geliştirilmesine ve araştırmalar yapılmasına ilham olmuş ve Habermas'ın yaklaşımlarının teorik ve ampirik açıdan gerilimleri ve sınırlamalarıyla ilgili bazı ilginç değerlendirmelerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu eleştirel tartışma ve uygulamaların ele aldığı ana konuları kısaca gözden geçireceğim ve özellikle de bu çalışmada tartışılan başlıklara değineceğim.

Habermas'ın hukuk anlayışıyla ilgili en yoğun tartışmalara neden olan teması, söylem etiği formülasyonudur<sup>17</sup>. Habermas, ahlaki prosedürel kavramın nasıl anlaşılabilirliğini bu ahlaki-felsefi önermeyle açıklamaktadır. *İletişimsel Eylem Kuramı*'nda da Habermas, modern hukukun tamamen işlevsel bir varlık şeklinde rasyonalize edilmek yerine, normların haklılığı konusunda pratik bir söylem şeklinde ahlaki haklaştırmadan geçmesi gerektiğini öne sürmektedir. Bu durumda soru da, bu söylemin rasyonel argümantasyonu sağlayacak şekilde nasıl ifade edilebileceği olmaktadır. Habermas, post-metafiziksel perspektiften bakıldığında, felsefenin artık tartışılmaz, rasyonel açıdan haklaştırılmış ve doğru ahlak normları (hukuki normların maddi temeli gibi) sunabiliyormuş gibi davranamayacağını öne sürmektedir. Bunun yerine, felsefi incelemeler, prosedürün rasyonel koşullarını, insanların kendi yaşam dünyaları

<sup>17</sup> Söylem etiğinin üzerinde ilk olarak Habermas durmuştur. (HABERMAS, JÜRGEN. *Moral Consciousness and Communicative Action*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990. pp. 43-115) Bu konu eleştirilerle birlikte yakın dönemde açık hale gelmiştir. (HABERMAS, Jürgen. *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1993). Habermas'ın moral felsefesi için yardımcı özet açıklamalar için bkz. FERRARA (FERRARA, ALESSANDRO. 'A Critique of HABERMAS. Diskursethik', *Telos* 64, 1986; pp. 45-74) ; HELLER (HELLER, AGNES. 'The Discourse Ethics of HABERMAS: Critique and Appraisal', *Thesis Eleven* 10/11, 1984-5; p. 5-17) ; RASMUSSEN (RASMUSSEN, *Reading HABERMAS, Op. Cit.*, pp. 56-74) ; TUORI (TUORI, KAARLO. 'Discourse Ethics and the Legitimacy of Law', *Ratio Juris* 2, 1989; pp. 125-43). Habermas'ın önermelerinin değeri ve sınırları hakkında tartışma için BENHABIB'in ve DALLMAYR'ın yorumlarına bkz. (BENHABIB, SEYLA and DALLMAYR, FRED (eds.). *The Communicative Ethics Controversy*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990) ; KELLY (KELLY, MICHAEL (ed.). *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990) ; RASMUSSEN (RASMUSSEN, DAVID M. (ed.) *Universalism vs. Communitarianism: Contemporary Debates in Ethics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990).



bağlamında temellendirebildiği ve temellendirmesi gereken normlar çerçevesinde ancak iyi şekilde belirleyebilmektedir. Bu nedenle, söylem etiği ilkesi şunu belirtmektedir. Yalnızca, *pratik söylemin katılımcısı olma* sıfatıyla etkilenen herkesin onayını alan (ya da alabilecek olan) normların geçerli olduğu iddia edilebilir<sup>18</sup>. Habermas, normlarla ilgili bu tarz bir söylemin ancak belli bazı etik yaşam biçimlerinin sınırları dahilinde ortaya çıkabileceğini kabul etmekle birlikte, yine de önerilen ilkenin net bir şekilde prosedürel ve bu nedenle de evrensel olarak uygulanabilir olduğunu savunmayı sürdürmektedir.

Habermas'ın söylem etiği üzerindeki tartışmalar, büyük oranda hukukla ilişkisinden çok, prosedürel statüsünü ele almaktadır. Örneğin bazı yazarlar, Habermas'ın ahlak felsefesinin esasında maddi değerleri içerdiğini de öne sürmektedir<sup>19</sup>. Habermas'ın teorisinde üstü kapalı bir şekilde de olsa demokrasi, otonomi ve eşitlik kavramlarının yer alması, pratik söylemin gerçekleşeceği somut yaşam biçimlerinin muhtemel bozucu etkilerini de azımsamasına neden olmuş olabilir. Diğer yandan, Habermas'ın gerçek bir ahlak teorisi geliştirilemediği ve şekilci önerisinin kabul edilebilir bir biçimde 'boş' olduğu da öne sürülmektedir<sup>20</sup>. Söylem etiğinin, herhangi bir maddi ahlak ilkesi sunmayan ve ideal bir topluma gidecek yolu formüle etmeye kalkan kararsız bir metodoloji olduğu da savunulmaktadır. Söylem ilkesinin anlamlı şekilde uygulamasına da,

<sup>18</sup> Habermas, *Moral Consciousness ...*, Op. Cit., p.66.

<sup>19</sup> Benhabib'in belirttiğine göre, katı prosedürel niyetine rağmen, Habermas'ın söylem etiğinin eleştirisi maddi normatif önermeler içerir. (BENHABIB, SEYLA. 'In the Shadow of ARISTOTLE and HEGEL: Communicative Ethics and Current Controversies in Practical Philosophy', in M. KELLY (ed.) *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990) ; KELLY (KELLY, MICHAEL. 'MacIntyre, HABERMAS and Philosophical Ethics', In: M. KELLY (ed.) *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990) ; TUORI (TUORI, Discourse Ethics., Op. Cit., pp. 125-43).

<sup>20</sup> Habermas'ın moral felsefesinin kararsız formel doğasını ve uygulamadaki zorluklarını Döbert tartışır. (DÖBERT, RAINER. 'Against the Neglect of Content in the Moral Theories of KOHLBERG and HABERMAS', In: T. E. WREN (ed.). *The Moral Domain: Essays in the Ongoing Discussion between Philosophy and the Social Sciences*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990) ; DWARS (DWARS, INGRID. 'Application Discourse and the Special Case-Thesis', *Ratio Juris* 5, 1992; pp. 67-78) ; GÜNTHER (GÜNTHER, KLAUS. 'A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal justification', *Ratio Juris* 2, 1989; pp. 155-166; GÜNTHER, KLAUS. 'Impartial Application of Moral and Legal Norms: A Contribution to Discourse Ethics', In: D. M. RASMUSSEN (ed.) *Universalism vs. Communitarianism: Contemporary Debates in Ethics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990) ; HELLER (HELLER, The Discourse., Op. Cit.) ; PETTIT (PETTIT, PHILIP. 'Habermas on Truth and justice', In: G. H. R. PARKINSON (ed.). *Marx and Marxisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982). Bu konuyla ilgili hukuk çalışmaları Alexy ile yapılan tartışmalarda iyi açıklanmıştır. (ALEXY, ROBERT. 'A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason', *Ratio Juris* 5, 1992; pp. 23 1-5 1; ALEXY, ROBERT. *Begriff und Geltung des Rechts*. FREIBURG und MNCHEN: ALBER, 1992; ALEXY, ROBERT. 'Justification and Application of Norms', *Ratio Juris* 6, 1993; pp. 157-170) and GÜNTHER (GÜNTHER, KLAUS. 'Critical Remarks on ROBERT ALEXY.s.Special- Case Thesis.', *Ratio Juris* 6, 1993; pp. 143-156). Habermas'ın hukuk teorisıyla ilgili insan hakları perspektifinde bir tartışma için bkz. Mullen (MULLEN, T. 'Constitutional Protection of Human Rights', In: T. CAMPBELL, D. GOLDBERG, S. MCLEAN and T. MULLEN (eds.). *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986).

insan hakları, dayanışma, özen, özgürlük veya adalet gibi önemli ilkelerin uygulanması ve incelenmesi yoluyla en iyi şekilde erişilebilir.

Habermas'ın prosedürel söylem etiğinin maddi normlarla genişletilmesi gerektiği yönündeki öneri, iletişimsel eylem kuramından ilham alan bazı hukuki araştırmalarda ele alınmıştır. Özellikle Alman hukuk teorisini Robert Alexy<sup>21</sup>, Habermas'ın söylem teorisini hukuk analizine uyarlamış ve pratik söylemin hukuki söyleme uyarlanma modelinin her durumda herhangi bir hukuki yapı içerisinde zaten var olan maddi normlar bağlamının içinde kullanıldığını savunmuştur<sup>22</sup>. Böylece, hukuk her zaman içinde maddi etik de barındırmakta ve söylem modeline ilişkin analizler de tali kalmaktadır. Bu nedenle, söylem etiğinin temeline ilişkin hukuki araştırmalar, hukuk mahkemelerindeki normatif iddialardan daha temel olan ve yüzleşme standartı olabilecek olan ilkeleri hesaba katmalıdır. Bu, anayasal hukuk gibi hukuki süreçlere ve hukuki prosedürlere rehberlik eden temel normatif ilkelerin açıkça ortaya konmasına ve eleştirilmesine de olanak tanıyacaktır. Son olarak, söylem etiğinin karsarsız doğasına yönelik eleştirilere uygun olarak, Habermas'ın söylem etiğine ilişkin hukuki araştırmaların, hukukun maddi normatif ilkeleri karşıladığı ya da karşılama yolunda olduğu derecede prosedürel gereklilikler bağlamında bir eleştiriye konu olması halinde Habermas'ın söylem etiği açısından bir hukuki araştırmanın geliştirilmesi de anlamlı olacaktır. Özellikle insan hakları bağışlanmış bir olgunun ötesinde ele alınarak, hukuki, prosedürlere karşılaşmalıdır.

Ahlakın prosedürel kavramının ilgisi, Habermas ile Eleştirel Hukuk Çalışmaları (CLS) hareketi arasındaki tartışmanın da bir parçası olmuştur<sup>23</sup>. CLS perspektifinden yapılan analizlerde, Habermas'ın hukuk ve ahlakın yakından

<sup>21</sup> ALEXY, ROBERT. *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Clarendon Press, 1989. ALEXY, ROBERT. 'On Necessary Relations Between Law and Morality', *Ratio Juris* 2, 1989; pp. 167-183. ALEXY, ROBERT. 'Problems of Discursive Rationality in Law', In: W. MAIHOFFER and G. SPRENGER (eds.). *Law and the States in Modern Times*. Stuttgart: FRANZ STEINER, 1990.

<sup>22</sup> Ayrıca bkz.: ALEXY, ROBERT. 'Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales', Trad. CARLOS BERNAL. *Revista española de derecho constitucional*, year 22, 66 (septiembre-diciembre de 2002); p. 13-64. BOTERO, ANDRÉS. 'Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de ROBERT ALEXY'. Conference in Buenos Aires University, March 31 2008; 24p. Basılmamış bildiri.

<sup>23</sup> For introductions to the perspective of Critical Legal Studies, see, for instance, FITZPATRICK and HUNT (FITZPATRICK, PETER and HUNT, ALAN. *Critical Legal Studies*. Oxford: BASIL BLACKWELL, 1987) ; UNGER (UNGER, ROBERT M. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986). HABERMAS has occasionally commented upon the Critical Legal Studies approach to law (e.g. HABERMAS, JÜRGEN..Law and Morality., In: S. M. MCMURRIN (ed.). *The Tanner Lectures on Human Values*, Volume 8. Salt Lake City: University of Utah Press, 1988; HABERMAS, JÜRGEN. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992; s. 261 ff.), and several commentaries have centered on the relationship between HABERMAS.s work and Critical Legal Studies (see BELLIOTTI, RAYMOND A..Radical Politics and Nonfoundational Morality., *International Philosophical Quarterly* 29, 1989; p. 33; HOY, Interpreting the., Op. Cit., pp. 135-176; HUSSON, CHRISTINE A. DESAN..Expanding the Legal Vocabulary: The Challenge Posed by the Deconstruction and Defense of Law., *Yale Law Journal* 95, 1986; pp. 969-991; INGRAM, DAVID..DWORKIN, HABERMAS, and the CLS Movement on Moral Criticism in Law., *Philosophy and Social Criticism* 16, 1990; p. 237-268; RASMUSSEN, DAVID M..Communication Theory and the Critique of the Law: HABERMAS and UNGER on the Law., *Praxis International* 8, 1988; pp. 155-170; and RASMUSSEN, *Reading HABERMAS*, Op. Cit.).

ilişkili olduğu görüşü paylaşılırken, CLS okulunun mensupları, söylem konusunda evrensel bir prosedür geliştirilmesi konusunda hukukun ahlaki temellerinin rasyonel bir biçimde yeniden inşa edilmesi olasılığına da genel olarak karşı çıkmışlardır. Hukukun ahlaki haklılaştırılması, yasal ahlak anlayışını ve karar alma süreçlerinin demistifikasyonunu keyfi bir 'yamalı yorgana' dönüştürmemesi amacıyla reddedilmektedir. Habermas, bu görüşe, CLS okulunun mensuplarının da kendi niyetleri açısından hukukun işlevlerini eleştirerek değerli bir görev üstlendiğini ancak eleştirilerini haklılaştırmayı veya rasyonel bir taban oluşturmayı başaramadıklarını söyleyerek, yanıt vermektedir. Bu nedenle, kendi ahlaki duruşlarını kanıtlayacak rasyonel bir standardı üstü kapalı bir şekilde varsaymak ile aynı zamanda bunun hukuk çerçevesinde var olma olasılığını sorgulamak ikilemiyle karşı karşıya kalmaktadırlar<sup>24</sup>.

Hukukun ahlaki temelleri sorusu (ya da hukukun ahlak kavramından farklılaşma boyutu) ayrıca, Habermas'ın çalışmalarını, Niklas Luhmann'ın<sup>25</sup> hukuk teorisinin karşısına en açık şekilde yerleştiren temel meseleyi de oluşturmaktadır. Luhmann, modern toplumlarda görülen toplumsal evrimin, yüksek bir farklılaşma düzeyine ulaşarak, hukukun normatif bakış açısı çerçevesinde herhangi bir haklılaştırmaya ihtiyacının kalmadığı autopoietik bir sisteme dönüştüğünü savunmaktadır. Hukuka yönelik autopoietik bakış açısı, hukuk sisteminin işlevsel anlamda kapalı olduğunu ve yalnızca kendi programlarında (yasalar) belirlenen ikili kod (yasal/yasadışı) çerçevesinde işleyebildiğini düşünmektedir. Ahlak gibi diğer sosyal sistemler de benzer şekilde kapalı durumda olup, farklı sistemler arasında bilgi alışverişi mümkün olsa da, sistemler arasında şeffaflığın olmaması, otonom şekilde işleyen bir sistemin bir diğerini etkilemesini engellemektedir. Bu nedenle Luhmann, hukukun, kendi iç işleyi-

<sup>24</sup> Habermas'ın performativ çelişkisi olarak altı çizilen eleştiri konusu, Habermas tarafından Eleştirel Hukuk Çalışmalarının konusu olarak belirtilir. Performativ çelişki, bir argümanın, argümantasyon eyleminin kendisinin kaçınılmaz varsayımlarını ileri taşıdığı içinde bulunduğunu belirtir. (bkz. HABERMAS, *Moral Consciousness*, Op. Cit., pp. 80-85). Habermas, düzenli olarak yapıbozum ve postmodern teorilere karşı eleştirinin analogik moduna başvurur (bkz. HABERMAS, JÜRGEN. *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*. Cambridge: Polity Press, 1987), ve benzer argümanları Michel Foucault'a karşı da ileri sürer. (Ibid., pp. 238-293; HABERMAS, JÜRGEN. *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historians. Debate*. Cambridge, MA: MIT Press, 1989. pp. 173-179; Jay, Martin'de yer alan tartışmaya bkz. JAY, MARTIN. 'The Debate over Performative Contradiction', In: A. HORNETH, T. MCCARTHY, C. OFFE and A. WELLER (eds.). *Philosophical Interventions in the Unfinished Project of Enlightenment*. Cambridge, MA: MIT Press, 1992).

<sup>25</sup> Niklas Luhmann'ın teorileri bu girişin kapsamını aşan bir tartışmayı hak ediyor. Luhmann'ın hukuk teorisinin ayrıntıları için bkz. LUHMANN (LUHMANN, NIKLAS. *A Sociological Theory of Law*. London: ROUTLEDGE & KEGAN PAUL, 1985. LUHMANN, NIKLAS. 'Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System', *Cardozo Law Review* 13, 1992; pp. 1419-41). Habermas, Luhmann'ın projesini sistemlerin teorik temelleri açısından değerlendirir. (HABERMAS, *The Philosophical*, Op. Cit., pp. 368-85) and its repercussions for the study of law (HABERMAS, *Law and*, Op. Cit., pp. 251-60). Habermas ile Luhmann'ın teorileri arasındaki karşıtlıklar Holub'da açık hale getirilmiştir (HOLUB, JÜRGEN HABERMAS, Op. Cit., pp. 106-32) ; ve hukuka farklı yaklaşımlarını Eder tarafından ele alınmıştır. (EDER, Critique of., Op. Cit., pp. 931-944) ; TEUBNER (TEUBNER, GÜNTHER. 'Substantive and Reflexive Elements in Modern Law', *Law and Society Review* 17, 1983; pp. 239- 285. TEUBNER, GÜNTHER. 'How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law', *Law and Society Review*, 23, 1989; pp. 727-757).

şini garanti altına almak amacıyla ahlaki tabanlara ihtiyaç duymadığını ve duymadığını öne sürmektedir.

Luhmann'ın bakış açısının, özellikle hukukun ahlaki haklılaştırılması söz konusu olduğunda Habermas'ın hukuk anlayışıyla zıtlık içerdiği açıkça görülmektedir. Sistem ve yaşam dünyası arasındaki iki kademeli bir bakış açısı temelinde, Habermas, hukuksallaştırma süreçlerini, yaşam dünyasının dirençlerinin siyasi ve ekonomik sistemin emperatifleri bağlamında dönüşmesinin müphem bir sonucu olarak yorumlamaktadır. Habermas, hukuka yapılan parasal ve bürokratik müdahaleleri, amaca yönelik işlevsellik açısından tasavvur ediyor olsa da hukukun yaşam dünyası boyutlarının karşılıklı anlamayı sağlamayı amaçlayan iletişimsel bir eylem bakış açısından ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Habermas'ın hukuku hâlâ ahlaki bir haklılaştırmaya ihtiyaç duyan bir kurum, bir aracı ve ahlaki davranma kaygılarından kopuk bir sistem olarak tanımlaması, 'hukukun rasyonelleştirilmesindeki ana muğlaklığı' tam olarak ortaya koymaktadır<sup>26</sup>.

Bu tartışma, Habermas'ın hukuk teorisiyle ve hukuk konusunda yaptığı son çalışmalarda fazlasıyla ele aldıklarıyla ilgili son bir konuyu daha ortaya çıkarmaktadır. Bu konu, hukukun işlevselliği (aracı olarak) ve süregelen ahlaki haklılaştırması (kurum olarak) arasındaki ilişkidir. Bu sorun, Habermas'ın *İletişimsel Eylem Kuramı*'nda modern toplumların evriminde hukuka hayati ancak bir şekilde müphem bir rol yüklemiş olmasından kaynaklanmaktadır<sup>27</sup>. Bir kurum ve yaşam dünyasının bir parçası olarak hukukun ahlakla bağlantısı bulunurken, aracı olarak hukuk, aynı siyasi ve ekonomik sistemler gibi işlevsel bir varlıktır. Bu formülasyonun müphemliği, biri, normatif haklılık iddiasında ve eleştiriye açık olan, diğeri de tamamen sistemlerin emperatifleriyle (etkinlik ve verimlilik açısından) ilgili olan iki farklı hukuk türü arasında kesin bir ayrıma gidiyor gibi görünmesinde yatmaktadır. Buna ek olarak Habermas, ilk başta, aracı olarak hukukun, kurum olan hukukla bağı olduğunu ancak yine de rasyonelleşme (bilişsel-araçsal ve iletişimsel) sürecinde farklı yollar izlediklerini savunmuştur. Böylece, Hukuksallaştırma teorisi ve yaşam dünyasının içsel kolonizasyonu, yaşam dünyasının kurumsal bir yapısı olarak hukukun, kendisinin kolonileşmeye yol açan bir aracı olmaktan çok hukukun kolonizasyonunu da beraberinde getirecek şekilde sistemler tarafından yeniden yapılandırılabilirliği olasılığını gözardı ediyormuş gibi görünmektedir. Bu formülasyon, hukukun ahlakla yakından bağlantılı olduğu bir pozisyonun sürdürülmesine izin verirken, sistem emperatiflerinin de hukuka müdahalesini inkar etmemektedir. Aslında Habermas, en son yayımlarında, modern hukukun, demokratik anayasal devletlerde oluşturulan ve güvence altına alınan adil hukuk prosedürleri açısından hukukun rasyonel olması nedeniyle ve kadarıyla yaşam dünyası ve sistem arasında konumlandığını savunmaktadır<sup>28</sup>. Bir başka deyişle, mo-

<sup>26</sup> Habermas, *The Theory ...*, Op. Cit., p.270.

<sup>27</sup> İletişimsel Eylem Kuramı'nda yer alan Habermas'ın hukuka yaklaşımının orijinal formülasyonununun eleştirileri Raes tarafından ele alınmıştır. RAES, *Legalisation.*, Op. Cit.; VAN DER BURG, Op. Cit.

<sup>28</sup> Habermas, hukuk üzerinde düşüncelerindeki bu değişikliği daha sonra yayınlanan bir çok çalışmasında açıklamıştır. (the 1981 German original of) *The Theory of Communicative Action* (bkz, e.g., HABERMAS, *Law and.*, Op. Cit.; HABERMAS, JÜRGEN. 'Towards a Communication-Concept of Rational Collective Will-Formation: A Thought-Experiment.', *Ratio Juris* 2, 1989; pp. 144-54; HABERMAS, JÜRGEN..'Remarks on the Discussion', *Theory, Culture and Society* 7, 1990; pp. 127-

dern hukuk, resmi bir şekilde organize olan siyasi ve ekonomik sistemlerin olası müdahalelerinden uzak olmamakla birlikte ahlaki bir zemine de sahip olabilmektedir. Ahlaki-pratik söylem açısından hukuk, somut ve etik olarak doğru değerleri içinde barındırdığı için değil, yasama, hukuk bilimi ve hukuki yönetimde bulunan demokratik ilkeler tarafından hayata geçirilen rasyonalitenin prosedürel olarak tasarlanmış nosyonuna dayandığı için meşru hale gelebilmektedir.

Habermas'ın hukuk teorisiyle ilgili tartışmalar hakkındaki görüşlerimi sonlandıracağım hukukun meşruluğu meselesi, Habermas'ın hukukla ilgili son yazılarının da merkezini oluşturmaktadır. Daha önce belirttiğim gibi, hukukun işlevselliği ve ahlaki arasında kesin olarak çizilen ayırım, yaşam dünyasının içsel kolonizasyonu nosyonunu korurken, diğer yandan da hukukun ahlaki haklılaştırması yapılması gereken bir bütün olduğu argümanına sahip çıkmayı sorunlu bir hale getirmektedir. Hukuksalığın meşruluğu gereği ve olasılığıyla ilgili tüm bu değerlendirmeler, Habermas'ın '*İletişimsel Eylem Kuramı'nun* ikinci cildinde bir aracı olarak hukuk ve bir kurum olarak hukuk arasında yaptığı ayırımı devam ettiremeyeceği' yönünde olumsuz bir sonuca varmasına neden olmuştur<sup>29</sup>. *Faktizität und Geltung'un*<sup>30</sup> en son basımında da Habermas, bu konuyu kapsamlı bir şekilde ele almış ve özellikle de demokratik anayasal devletler bağlamında hukukun meşruluğu konusunu detaylı bir şekilde tartışmıştır. Bu kitapta yer alan *Habermas, Modernite ve Hukuk*<sup>31</sup> bölümleri, bu konuları ele almaktadır.

### KAYNAKÇA

ALEXY, ROBERT, 'Justification and Application of Norms', *Ratio Juris* 6, 1993; pp. 157-170.

ALEXY, ROBERT, 'On Necessary Relations Between Law and Morality', *Ratio Juris* 2, 1989; pp. 167-183.

ALEXY, ROBERT, Problems of Discursive Rationality in Law., In: W. MAIHOFFER and G. SPRENGER (eds.). *Law and the States in Modern Times*. Stuttgart: Franz Steiner, 1990.

ALEXY, ROBERT, Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales.. Trad. CARLOS BERNAL. *Revista española de derecho constitucional*, year 22, 66 (septiembre-diciembre de 2002) : pp. 13-64.

---

32; HABERMAS, JÜRGEN. 'Morality, Society and Ethics: An Interview with TORBEN HVILD NIELSEN', *Acta Sociologica* 33, 1990; pp. 93-114). Ayrıca Habermas'ın, hukuk teorisinde yeniden uyumlulaştırma beklentisi yaratan sivil itaatsizlik tartışmaları için bkz.

(HABERMAS, JÜRGEN. 'Civil Disobedience: Litmus Test for the Democratic Constitutional State', *Berkeley Journal of Sociology* 30, 1985; pp. 96-116; HABERMAS, JÜRGEN. 'On Morality, Law, Civil Disobedience and Modernity', In: P. DEWS (ed.). *Autonomy and Solidarity: Interviews with JÜRGEN HABERMAS*, revised edn. London: Verso, 1992).

<sup>29</sup> Habermas, *Remarks on ...*, Op.Cit., P.130.

<sup>30</sup> Habermas, *Faktizität und ...*, Op.Cit.; Habermas, *Between Facts ...*

<sup>31</sup> Deflem, Mathieu (Ed.). *Habermas, Modernity and Law*. London: Sage, 1996.

ALEXY, ROBERT, "A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason", *Ratio Juris* 5, 1992; pp. 231-51.

ALEXY, ROBERT, *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

ALEXY, ROBERT, *Begriff und Geltung des Rechts*. FREIBURG und MNCHEN: ALBER, 1992.

BELLIOTTI, RAYMOND A., "Radical Politics and Nonfoundational Morality", *International Philosophical Quarterly* 29, 1989.

BENHABIB, SEYLA and DALLAYR, FRED (eds.). *The Communicative Ethics Controversy*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

BENHABIB, SEYLA, "In the Shadow of Aristotle and Hegel: Communicative Ethics and Current Controversies in Practical Philosophy", in M. KELLY (ed.) *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

BOTERO, ANDRÉS, "Aproximación al pensar filosófico de HABERMAS", *Revista Holística Jurídica: Facultad de Derecho USB*. 2 (2003) ; pp. 7-36.

BOTERO, ANDRÉS, "Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy", *Conference in Buenos Aires University*, March 31 2008; 24p. Unpublished text.

BRAN, ARIE, "Ethical Rationalization and Juridification.: HABERMAS", *Critical Legal Theory.*, *Australian Journal of Law and Society* 4, 1987, pp. 103-27.

BRAN, ARIE, *The Force of Reason: An Introduction to Habermas. Theory of Communicative Action*. Sydney: ALLEN & UNWIN, 1990.

COLE, DAVID, "Getting There: Reflections on Trashing from Feminist jurisprudence and Critical Theory", *Harvard Women.s Law journal* 8, 1985; pp. 59-91.

DAN -COHEN, MEIR, "Law, Community, and Communication", *Duke Law journal* 6, 1989; pp. 1654-76.

DEFLEM, MATHIEU (ed.), *HABERMAS, Modernity and Law*. London: Sage, 1996.

DEFLEM, MATHIEU, "Introduction: Law in HABERMAS's Theory of Communicative Action", In: *HABERMAS, Modernity and Law*, edited by MATHIEU DEFLEM. London: Sage, 1996.

DÖBERT, RAINER, "Against the Neglect of Content in the Moral Theories of KOHLBERG and HABERMAS", In: T. E. WREN (ed.). *The Moral Domain: Essays in the Ongoing Discussion between Philosophy and the Social Sciences*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

DWARS, INGRID, "Application Discourse and the Special Case-Thesis", *Ratio Juris* 5, 1992; pp. 67-78.

EDER, KLAUS, "Critique of HABERMAS' Contribution to the Sociology of Law", *Law and Society Review* 22, 1988; pp. 931-44.

FELDMAN, STEPHEN M., "The Persistence of Power and the Struggle for Dialogic Standards in Postmodern Constitutional jurisprudence: MICHELMAN, HABERMAS, and Civic Republicanism", *Georgetown Law journal* 81, 1993; pp. 2243-90.

FELTS, ARTHUR A. and FIELDS, CHARLES B., "Technical and Symbolic Reasoning: An Application of Habermas. Ideological Analysis to the Legal Arena", *Quarterly Journal of Ideology* 12, 1988; pp. 1-15.

FERRARA, ALESSANDRO, "A Critique of HABERMAS. Diskursethik", *Telos* 64, 1986; pp. 45-74.

FITZPATRICK, PETER and HUNT, ALAN, *Critical Legal Studies*. Oxford: Basil Blackwell, 1987.

GÜNTHER, KLAUS, "A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal justification", *Ratio Juris* 2, 1989; pp. 155-166.

GÜNTHER, KLAUS, "Critical Remarks on Robert Alexy's Special-Case Thesis", *Ratio Juris* 6, 1993; pp. 143-156.

GÜNTHER, KLAUS, "Impartial Application of Moral and Legal Norms: A Contribution to Discourse Ethics", In: D. M. RASMUSSEN (ed.) *Universalism vs. Communitarianism: Contemporary Debates in Ethics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

HAASCHER, GUY, "PERELMAN and HABERMAS", *Law and Philosophy* 5, 1986; pp. 331-342.

HABERMAS, JÜRGEN, "Civil Disobedience: Litmus Test for the Democratic Constitutional State", *Berkeley Journal of Sociology* 30, 1985; pp. 96-116.

HABERMAS, JÜRGEN, "Law and Morality", In: S. M. MCMRRIN (ed.). *The Tanner Lectures on Human Values, Volume 8*. Salt Lake City: University of Utah Press, 1988.

HABERMAS, JÜRGEN, "Morality, Society and Ethics: An Interview with TORBEN HVILD NIELSEN", *Acta Sociologica* 33, 1990; pp. 93-114.

HABERMAS, JÜRGEN, "On Morality, Law, Civil Disobedience and Modernity", In: P. DEWS (ed.). *Autonomy and Solidarity: Interviews with JÜRGEN HABERMAS*, revised edn. London: Verso, 1992.

HABERMAS, JÜRGEN, "Remarks on the Discussion", *Theory, Culture and Society* 7, 1990; pp. 127-32.

HABERMAS, JÜRGEN, "Towards a Communication-Concept of Rational Collective Will-Formation: A Thought-Experiment", *Ratio Juris* 2, 1989; pp. 144-54.

HABERMAS, JÜRGEN, *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1992.

HABERMAS, JÜRGEN, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1993.

HABERMAS, JÜRGEN, *Moral Consciousness and Communicative Action*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990. pp. 43-115.

HABERMAS, JÜRGEN, *The New Conservatism: Cultural Criticism and the Historians. Debate*. Cambridge, MA: MIT Press, 1989. pp. 173-179.

HABERMAS, JÜRGEN, *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures*. Cambridge: Polity Press, 1987.

HABERMAS, JÜRGEN, *The Theory of Communicative Action, Volume 1, Reason and the Rationalization of Society*. Boston, MA: Beacon Press, 1984.

HABERMAS, JÜRGEN, *The Theory of Communicative Action, Volume 2, System and Lifeworld: A Critique of Functionalist Reason*. Boston, MA: Beacon Press, 1987.

HELLER, AGNES, *The Discourse Ethics of Habermas: Critique and Appraisal*, Thesis Eleven 10/11, 1984-5; p. 5-17.

HOLUB, ROBERT C., *JÜRGEN HABERMAS: Critic in the Public Sphere*. London: Routledge, 1991.

HOY, DAVID C., "Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives", *Southern California Law Review* 58, 1985; pp. 135-176.

HUSSON, CHRISTINE A. DESAN, "Expanding the Legal Vocabulary: The Challenge Posed by the Deconstruction and Defense of Law", *Yale Law Journal* 95, 1986; pp. 969-991.

INGRAM, DAVID, "Dworkin, Habermas, and the CLS Movement on Moral Criticism in Law", *Philosophy and Social Criticism* 16, 1990; p. 237-268.

INGRAM, DAVID, *"HABERMAS and the Dialectic of Reason"* New Haven, CT: Yale University Press, 1987.

JAY, MARTIN, "The Debate over Performative Contradiction", In: A. HORNEH, T. MCCARTHY, C. OFEE and A. WELLMER (eds.). *Philosophical Interventions in the Unfinished Project of Enlightenment*. Cambridge, MA: MIT Press, 1992.

KELLY, MICHAEL (ed.), *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

KELLY, MICHAEL, "MacIntyre, Habermas and Philosophical Ethics", In: M. KELLY (ed.) *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

LEEDES, GARY C., "The Discourse Ethics Alternative to *Rust v. Sullivan*", *University of Richmond Law Review* 26, 1991; pp. 87-143.

LUHMANN, NIKLAS, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", *Cardozo Law Review* 13, 1992; pp. 1419-41.

LUHMANN, NIKLAS, *A Sociological Theory of Law*. London: ROUTLEDGE & KEGAN PAUL, 1985.

MCCARHY, THOMAS, *The Critical Theory of JÜRGEN HABERMAS*. Cambridge, MA: MIT Press, 1978.

MOOTZ, FRANCIS J., "The Ontological Basis of Legal Hermeneutics: A Proposed Model of Inquiry Based on the Work of Gadamer, HABERMAS, and RICOEUR", *Boston University Law Review* 68, 1988; pp. 523-617.

MULLEN, T., "Constitutional Protection of Human Rights", In: T. CAMPBELL, D. GOLDBERG, S. MCLEAN and T. MULLEN (eds.), *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.

MURPHY, W. T., "The HABERMAS Effect: Critical Theory and Academic Law", *Current Legal Problems* 42, 1989; pp. 135-165.

NORTHEY, ROD, "Conflicting Principles of Canadian Environmental Reform: TRUBEK and HABERMAS v. Law and Economics and the Law Reform Commission", *Dalhousie Law Journal* 11, 1988; pp.639-662.



PETTIT, PHILIP, "HABERMAS on Truth and justice", In: G. H. R. PARKINSON (ed.). *MARX and Marxisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

PREUSS, ULRICH K., "Rationality Potentials of Law: Allocative, Distributive and Communicative Rationality", In: C. JOERGES and D. M. TRUBEK (eds). *Critical Legal Thought: An American- German Debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989.

RAES, KOEN, "Legalisation, Communication and Strategy: A Critique of HABERMAS. Approach to Law", *Journal of Law and Society* 13, 1986; pp. 183-206.

RASMUSSEN, DAVID M. (ed.), *Universalism vs. Communitarianism: Contemporary Debates in Ethics*. Cambridge, MA: MIT press, 1990.

RASMUSSEN, DAVID M., "Communication Theory and the Critique of the Law: HABERMAS and UNGER on the Law", *Praxis International* 8, 1988; pp. 155-170.

RASMUSSEN, DAVID M., *Reading Habermas*. Oxford: Basil Blackwell, 1990.

RODERICK, RICK, *HABERMAS and the Foundations of Critical Theory*. London: Macmillan, 1986.

SCHEUERMAN, BILL, "NEUMANN v. HABERMAS: The Frankfurt School and the Case of the Rule of Law", *Praxis International* 13, 1993; pp. 50-67.

SOLUM, LAWRENCE B., "Freedom of Communicative Action: A Theory of the First Amendment Freedom of Speech", *Northwestern University Law Review* 83, 1989; pp. 54-135.

TEUBNER, GÜNTHER, "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", *Law and Society Review*, 23, 1989; pp. 727-757.

TEUBNER, GÜNTHER, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law and Society Review* 17, 1983; pp. 239-285.

TUORI, KAARLO, "Discourse Ethics and the Legitimacy of Law", *Ratio Juris* 2, 1989; pp. 125-43.

UNGER, ROBERT M., *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

VAN DER BURG, WIBREN, "JÜRGEN HABERMAS on Law and Morality: Some Critical Comments", *Theory, Culture and Society* 7, 1990; pp. 105-111.

