

UYKUSUZ
KİTAP & KİRTASIYE & FOTOKOPİ

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİ HUKUKU

İLK DÖNEM DERS NOTU



ÇAYLAK

KONYA-2017

05.10.2017

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ DERS NOTLARI

Doğal bilim nedir? Ne anlıyorsunuz? Peki tabiat ile hukukun nasıl bir ilişkisi olabilir ki ne dersiniz? Tabiat ile hukuk arasında nasıl bir ilişki var? Kendi içinde kurallarının olması hukuk ile fen bilimlerinin alakası var mı? (-sınıftan evet cevabı geliyor.)

Tüm bilimlerin kendi içinde kuralları olduğu kabul edilebilir ancak daha somut bir alaka var mı? Hukuku bilim olarak kabul ettiğimizde bu doğru ancak hukukun bilim olup olmadığı tartışmalı.

(Bkz: İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği)

Peki mesela şey var ceza hukukunda birinin ayırt etme gücünün neye dayanarak tespit ediyoruz? Ayırt etme gücü, irade ve algılama yeteneğini ölçmek için neyi kullanıyoruz? Genelde bilirkişiye sevk ediyoruz. Adli tıp ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını kontrol ediyor tamam mesela trafik kazası oldu kişi diyor ki her türlü şey yaptım saatte 80 kilometre ile gidiyordum ama aracı durduramadım karşı tarafta diyor 70 kilometre ile gidiyordum ama durduramadım. Ölümlü trafik kazası hani öyle bir vurmuş ki iki arabada pert durumda nasıl anlayacağız? Bilirkişiye gidiyor arkadaşlar genelde ODTÜ makine mühendisliğine gidiyor. ODTÜ makine mühendisliği inceleme yapıyor. Geçen sene Mercedes-Benz'in göndermiş olduğu arabanın hava yastığının kazadan sonra açıldığını farkettiler. Mercedes-Benz'in o modelinde var olan bir sorunmuş, firma bunu biliyormuş ama sizin tüketici hukukunun çok etkin olmadığı için o fabrikadan çıkan malların da bir yerlere satılması gerekiyor. Mesela Decathlon'dan aldığımız montların hepsi aynı kalitede değildir. Fransa'dan alırsınız gerçekten su geçirmez, Türkiye'den Decathlon'dan alırsınız su geçirebilir. Hukukun etkin

olduğu ülke satacağım mal ile hukukun daha az etkin olduğu ülke satacağım malı da büyük firmalar ona göre seçmek zorunda. Mantıklı düşünün kar etmek zorunda

O zaman şöyle bir şeye geliyoruz hukuk ile fen bilimlerinin gerçekten bağlantısı var. Hani bunu hukukun da kendi içinde kurallarının olması kanunlarının olması dışında, hukuk gerçekten sorununu çözmek için fen bilimlerini her alanda kullanır. Neredeyse 100 davanın 70-80'inde fen bilimlerinden yardım alarak çözmek zorunda, tıptan yardım alarak çözmek zorunda çünkü evet kuralları koyduğunu anladık ama somut olayda yargılamanın genelliği ilkesi var. Yargılamanın genelliği ilkesi kurallar bakımından, genel adaleti sağlamak bakımından her olayın kendi koşuluna bakmak zorundayız. O her kendi koşulu değerlendirirken de ister istemez fen bilimlerini atıf yapıyoruz. Mesela kişi o an sinir krizi geçirdim hatırlamıyorum dediğinde gerçekten sinir krizi geçirip geçirmediğini bakıyoruz. 15 yaşında ayırt etme gücü tam gelişmiş ve gelişmemiş mi ona bakıyoruz. Şeyi hatırlıyor musunuz? 80-90'larda hatırlamazsın tabii de hani bir yerlerden bir şekilde duydunuz mu? Bir çocuk İngiltere'de arkadaşlarını öldürdü hem de çok feci bir şekilde dövmüşler ağzını bantlamışlar sonra tren yoluna bırakıyorlar 2 çocuk yaşları 8 ile 12 öyle bir şey. Hani normalde çocuk olarak yargılanmaları gerekiyormuş onların ayırt etme gücüne sahip olduklarını ve yetişkin gibi yargılanmaları gerektiği sonucuna varıyor sonra itiraz ediliyor. Yine de çocuk gibi yargılanmalılar falan bayağı çetrefilli hukuk açısından da incelenmesi gereken bir daha vardı. Ama jürinin ilk kararı bunların ayırt etme gücü var normalde 8 yaşında çocuktan bahsettiğiniz de yoktur. Hastaneye sevk ettiğinizde bazen şöyle bir şeyle karşılaşıyorsunuz her şeyin farkında ciddi ciddi her şeyin farkında olan acayip yaramaz çocuklar vardır. O halde her şeyin kendine has bir doğası var. Evet hukukta da cidden tabii hatta bir kere doğal hukuk dememizin sebebi şu; ilk ortaya çıktığı dönemde Platon ve Aristo ile başlıyoruz. Ya bunları Antik Yunan'da insanların bilimsel araştırma yapacakları alanlar belli. Şimdi bir konuda araştırma

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPİ

yapmak istiyorlarsa önce araştırma yapacağım alanı seçmem gerekiyor. Sonra o alanda tezimi ortaya koyacağım. O tezin doğru olup olmadığını araştıracağım. Araştırmanın da belirli yöntemleri var. İşte ya katılımlı gözlem yapacağım ya derinlemesine mülakat yapacağım ya gizli katılımcı olacağım hani şey var mesela üniversite öğrencilerinin hukuk fakültesinde hukuk eğitimi ile ilgili bir şey yapacaksan belki gelip aranızda hukuk fakültesi öğrencisi gibi bütün yıl boyunca dersleri dinleyecek, sizinle arkadaş olacak, sizinle konuşacak ama siz onun kim olduğunu bilmeyeceksiniz. Araştırmacı olduğunu bilmeyeceksiniz. Derslere girecek, sizinle aynı sorunları paylaşacak, konuşacak ondan sonra o biri verileri aktaracak; ya da siz onun kim olduğunu bileceksiniz bütün yıl boyunca mesafeli davranacaksınız bir süre sonra mesafe aranızda kapanacak tanışacaksınız aşına almaya başlayacaksınız. Hani şey gibi böyle vardı ya bizim okulun önünde (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) rahmetli oldu bir simitçi vardı. Aslında sivil polismiş emniyet onu orada görevli unutmuş... yıllardır orada ne oluyor, simitten aldığı para yanına kar kalıyor, ayrıca maaşı varmış falan. İnsanlar önce mesafeli kalıyor. Ama sonra Galatasaraylıya (simitçiye) giderdin hocaları çekiştirirdin, maçlardan da konuşurdun Türkiye'yi de kurtarırdın. Genelde simit arabasını aldığı için Gökçek'i çekiştirirdin abi niye alıyor falan öğrenciler eylem yapardı bazen simitçinin arabasını geri ver diye mesela. Simitçi katılımlı gözlemci olabilir. Şimdi alanımız belli oluyor. Antik Yunanda da hukukla ilgili, adaletle ilgili bir kaygısı varsa ne olduğunu ortaya koyarsak orada ortaya koyacağız. Sorun için önce kendi toplumuna bakacak. Ne kadar uzağa gidecek, uzağa gitmesini sağlayacak ray sistemi var mı? Yok. Motorlu taşıt var mı? Yok. At arabasıyla Atina'dan Ege'den İyonya'dan ne kadar ileriye gidebilir? Hangi gemiyle ne kadar açılabilir? Pusulanın icadı gemilerin bu hale gelişiyse daha uzak yerlere gidilebilir de ondan önce insan gücüyle gemilerle ne kadar gidilebilir? Karşı kıyı ile bu köye gitti hadi Karadeniz. Dünyası o kadar. Hukuka dair, adalete dair gözlem yapabilecek kaygısını dile getirebileceği alan da orada. O alana baktığın zaman şeyi görüyor; şimdi bile aynı

aynısı var; bir şey araştırırken doğaya bakıyoruz, diğer canlılara bakıyoruz, araştırmalarımız belli. O zaman da araştırma alanları belliydi. Antik Yunan'da hukuk nedir, adalet nedir, siyaset nedir kendi toplumundan gözlemleyerek belli sonuçlara vardılar. Ama o varmış oldukları sonuçlar bu kadar genel ilkeler de ki bugün bile kabul ediyorum. Mesela platon şeyi fark ediyor: doğada diyor klasik örneği mağarada kapalıdır. İnsanlar var, o insanların arkasında ateş yanıyor şimdi derse girip bütün ders boyunca size bakmam yasak olsa, aramızda bir perde olsa, ben sırtı dönük ders anlatsam, siz benim ister istemez sesimden yüzümü tahmin etmeye çalışacaksınız. Ben konuşanları az çok çıkarmaya çalışacağım. Yeri gelince telefonda konuşurken de sestten yüz çıkarmaya çalışmaz mıyız? Sesinden o insanı bir hayal edersiniz. Ya da bir şey var mı yüzüme baktığınızda konuşmasak bile bir yakınlık kurmaya çalışırsınız. Antipatik ya da değil. Ya ısınırız ya ısınmayız. İlk defa görmüşümdür ama ben onu sevmedim diyebiliriz. 'Neden sevmedim; alışamadım, ısınamadım'. Aslında hoşuna gitmemesini de geçmiş yaşantıların etkilidir. Platon da diyor ki cidden o insan arkasında ateş yanıyor mağaranın duvarına ateşin yansıması vuruyor, ateşin olduğunu bilmiyor. Yansımayı biliyor. Oradan geçen her şeyin sadece bir kuş uçsa, kelebek uçsa biliyorsunuz. Güneş gibi doğrudan yansıtmaz. Ateş hafif kırarak yansıtır. Şimdi böyle bir durumda hayatla ilgili her şeyi, beklentisini kendi dünyasını kurması tüm o şeyler bir yansımadan ibaret. Oradaki her şeyi bir gölgeden ibaret asıl olan şeyi görmüyor aslın gölgesini görüyor ve onun dünyası gölgelerden ibaret oluyor. Platon diyor ki bu dünyada algıladığımız her şey aslında idealar dünyasında gerçek formu mükemmel olan nesnelerin buraya yansımış hali. Bu yansıma eksik. Bu yansıma tam olsa bile ben eksikim. Benim görüp duyabileceğim ve algılayabileceğim sınır belli. İdealar dünyasındaki o gerçek formu gerçek anlamda kavramama imkan yok. Her şeyin orada daha ideali var. Mükemmel formu orada burada ki onun yansıması nesneler içinde böyle kavramlar içinde böyle nesneler için aslında çok sorun yok. Renkler üzerinden tartışılıyor. Pembeye pembe değil de yeşil demiş olsaydık

pembe dediğimizde yeşilli algılayacak gitme farklı olacaktı. En sevdiğim kalem dediğimizde hepimizin gözünde canlanan kalemler vardır. Kalem dediğim zaman aklınıza kalemi tanımlamak için gelen nesne nasıl bir nesne herkesin aklına bir kalem geliyor. Herkesin aklına farklı bir kalem geliyor. Herkesin imgesinde canlanan kalem farklı. Şimdi nesnelerde şey oluyor mesela kuş dediğim zaman nasıl bir kuş canlandı? Uçan :D serçe, güvercin, hangi kuş, paçalı mı beyaz mı? Normal. Bakın şöyle bir şey var nesneleri algılamak için bilen nesnelerde sorun yok. Peki soyut kavramları nasıl algılayacağız. O zaman güzel dediğimizde aklımıza ne gelecek olabilir. Evet, karşıtıyla. Güzel dediğimde kafasında belirli bir nesne belirli bir insan formu canlanan var mı? Şimdi mesela soyut nesnelerde güzel kadın dediğimde kim geliyor aklınıza? Güzel kadın Bergüzar Korel. Çok güzel kadın. Beren Saat. Şimdi bakın güzel dedik mi az çok anlayabiliyoruz. Şimdi bakın güzel değil az çok anlayabiliyoruz. Ama kimisinde güzel dendi mi bir gül canlanabilir. Güzel dediğimizde estetik dediğimizde kişilerin zihinlerinde farklı şeyler canlı olabilir. Platon için nesnelerde sorun yok ama somut kavramlarda nasıl anlayacağız ve onları nasıl bulacağız. Gördüğünüz gibi kavramlar çok çok göreceli mi değişiyor? Varolan nesneler de az çok anlayabiliyoruz farklı da olsa.hani nesne de herhangi bir kalem dediğimiz zaman yazı yazdığımız şey anlayacağız. Ev dediğimizde evler farklı bile olsa barındığımız yerleri anlayacağız. Yemek dediğimizde çeşit çeşit yemekler aklımıza gelseydi bir ihtiyacı giderdiniz şey aklına gelecek ama adalet mutluluk güzellik insanın hep aradığı ve varlığının sebebi olan kavramlarda ne olacak? Adaleti nasıl anlayacağız ve adaletin ne olduğu üzerinde nasıl anlayacağız nasıl bulacağız adaleti? Mutluluğu nasıl bulacağız? Merhameti nasıl bulacağız? Merhamet deyince ne anlayacağız? Somut nesne soyut kavramlardan nasıl anlayacağız? Platon'un ideası: Biz bunları sezgilerimiz aracılığıyla bulabiliriz çünkü doğaya baktığımız zaman bütün bunların adaletin de güzelliğin de mutluluğun da aslında yansıdığı, iddialı olan formları var. Bunları bir şekilde sezgilerimizle bulacağız hatta şey var altın oran kaçtır? 1.618.

Sezgilerimiz hareket ettikçe farklı olabilir ama bazı şeylerin doğada ideal formlarını bulabiliriz. Mesela bir yaprağın altın oranı doğada vardır. Kar tanesinin altın oranı doğada vardır. Gülün altın oranı doğada vardır. Deniz salyangozu altın oranı doğada vardır. İnsan formunun altın oranı vardır. Hepimiz altın orana uymasak da yine de vardır. Bazen şey diyoruz yani güzellik görecelidir. Güzelliğin simgesi bizde yarattığı karşılığı görecelidir. Güzellik aslında somut olarak ortaya konulabilecek bir şeydir. Estetik görecelidir. Bir binaya baktığınız zaman sizde uyandırdığı şey güzel, aslında güzellik değil estetik. Ama özü estetik değil o bina mühendislik olarak altın oranlara uygun mu değil mi? Mesela insan için şey vardır biliyorsunuzdur Picasso'nun formu var ya 'Venüs'ün Yaratılışı' tablosunu gördünüz mü ? Baktığınız zaman bugünkü güzellik kaygımıza tam uymuyor, balık etli, hafif beli kalın, azıcık göbeği olan bir kadın ama oranlarına baktığımızda altın orana uyuyor. Örneğin bilgisayar ortamında 10 tane kadın 10 tane erkek alınıyor. Her biri gerçek insanlar. Sonra bu gerçek insanların her birinden belli şeyler alınarak altın oranlı bilgisayar ortamında yeni bir yüz yapılıyor ve insanlara sorulduğunda en yakışıklısı, en güzeli kim diye insanlar hep altın oranlı oluşturulan gerçek olmayan kişiyi seçiyorlar. Milletlere göre göz rengi saç rengi değişmekte; kuzey ülkelerinde doğru giderseniz soluk ten açık renkli saç, aşağılara doğru indiğinizde saç renginin ve ten rengini koyulaştığını görürsünüz. Ama seçilen altın orana uyan insan. Hepsi onu seçiyor. Platon gerçekten haklı mı acaba? Sezgimizle güzeli buluyor muyuz, sezgimizle adaleti buluyor muyuz? Aristoteles şu noktada eleştiriyor Platon'u: Sadece sezgi yetmez diyor, evet doğada her şeyin yansıması var, ve aslında hayat da içinde yaşadığımız, doğal ortam gerçek olan ama insanın içinde yaşadığı bir çeşit simülasyon gibi. Şöyle düşünün doğada var olan bir şey mi toprağın üzerine dikebildiğimiz kadar diktiğimiz koca koca beton binalar? Bizim yaptığımız bir şey, insan yapısı. Peki kabileler, hayvan grupları doğada var mı? Vardır. Aslanlar gruplar halinde yaşıyor, makatlar gruplar halinde yaşıyor, kuşlar sürü halinde uçuyor. Ama peki insan toplulukları? Bir arada yaşıyoruz ama bir

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPI

araya getirdiğimiz topluluklar son buluyor. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk felsefesi dersini dinlemek için amfide bulunan insanlar, bir araya geldiniz ama birazdan da dağılacaksınız. Gerçekten kaç kişi hayvan türlerinde olduğu gibi birbirlerini tanıyor? İnsanların yapmış olduğu her şey simülasyon. Yarattığımız olanın doğadan yansıması. Doğada aslı var burada yansıması var. Kurallarımızı ve her şeyimizi doğadan öykünerek oluşturmuşuz. Bizim yaptığımız her şey simülasyon. Tay doğduktan birkaç dakika sonra annesi yalaya yalaya ayağa kaldırıyor. Ciddi ciddi ayağa kalkıyor. Peki ya insan yavrusu? Evrim sürecinde doğumunu dışarıda tamamlayan tek canlıdır. İnsan doğduğunda eksik olmuştur. Aslında içeride kalmamız gereken bir yılımız var ama vücut yapımız buna uygun değil. O yüzden dışarıda tamamlıyoruz. Doğan canlı aslında eksik, henüz tamamlanmamış. Peki onu beslemek, bakmak, büyütmek... İnsan yavrusunu bıraktığınızda akşam ölür. Aristoteles diyor ki: Evet, Platon belli noktalarda haklıydı. Gerçekten doğada var olan kendi hayatlarımızı öykünerek oluşturduk. Ancak onun eksik olduğu nokta şuydu: Sadece sezgilerle bulamayız. İnsanı diğer canlılardan ayıran özelliği aklıdır. O halde bir adaleti bulabilmek için ve çeşitli kavramları aklımızı kullanacağız. Sezgiler yetmez. Bazı kavramlara aklın aracılığıyla ulaşacağız. Aristoteles için adalet, genel adalet, özel adalet olarak ayrılır. Genel adalet bir insanın tüm eylemlerindeki adalettir. Bir insanın adil olup olmadığını, mutlu olup olmadığını anlamak için onun genel şeyine bakmamız gerekiyor. Özel dediğimizde ise kişilerin birbiriyle olan ilişkilerindeki tutumları, kişi bazında nasıl karşılıklı ilişkide. O kişiye göre nasıl bütün bunların dışında dağıtıcı ve denkleştirici adalet kavramı vardır? Hukuk sistemimize dağıtıcı adalet hangi noktada yansımıştır? Biz dağıtıcı adalete hangi hukuk alanında kullanıyoruz? Ceza kanununda dağıtıcı adalet vardır. Herkese aynı eşit davranırız kimin ne olduğu artık önemli değildir. Ancak özel hukuk söz konusu olduğunda denkleştirici adaleten bahsederiz. Denkleştirici adalet ve farklılıkları göz önünde tutarız. Kişiye göre adaleti denkleştirmeye ve dağıtmaya çalışırız. İhtiyacı olana ihtiyacı

kadarını vermeye çalışırız. Klasik örnek herkese bir somun ekmek vermek ne kadar adil? bir kişiye de bir somun ekmek veriyorsunuz, bir aileye de bir somun ekmek veriyorsunuz. İşte özellik okla herkese aynı davranamıyorum bu noktada denkleştirmemiz gerekiyor. Örneğin aldatılan eş tazminat talep edebilir değil mi? peki her aldatılan eş tazminat alabiliyor mu? Peki tazminat alan aldatılan eşler aynı oranda mı tazminat alıyor? Kişiyi göre durumu somutlaştırılır. Denkleştirmek için adalet ve herkese farklı davranıyoruz. Siyasal adalet insanların bir arada yaşadığı oluşturduğu polis adı verilen gruplardaki adalettir. Aslında siyasal anlamda bir nevi iktidarın adaleti. Adalette kendi içinde dağıtıcı, denkleştirici, siyasal olarak çeşitlenmektedir. Aristoteles'in hukuk felsefesinde veya felsefe dünyasında bilmeniz gereken özelliği şu Aristoteles'e çok yakın olarak Kant da belirli düşünceleri ortaya koyuyor ama Aristoteles Kant'tan farklı olarak tek tek durumlar için adaleti öngörüyor. Daha tektekçi olduğunu söyleyebiliriz. Her duruma ayrı koşullara bakmak gerektiğini söylüyordu. Genel bir ilkedden bahsetmiyor oysa Kant genel bir ilkedden bahsederek adaleti açıklamaya çalışıyor. Aristoteles tek genel ilke olmadığı için bir her olayda her koşulda bir kişinin adil olup olmadığına bir olayda adaletli olup olmadığına bakıyor. Nikomakhos'a'nın 'Etik' adlı kitabının beşinci bölümünde şöyle anlatıyor: "Genel olarak erdemın parçası olan adaleti ararız. Örneğin korkaklığından dolayı kalkanını atan öfkelenendiğinden dolayı kötü söz söyleyen ya da cimriliği yüzünden para yardımı yapmayan gibi oysa bir çıkar sağladığı zaman çoğu kez öyle bir kötülükten ya da bütün bu kötülüklerden değil, belirli bir kötülük yüzünden ve adaletsizlik yüzünden yapar. Şimdi iki gruba giriyor. Bir o halde tüm adaletsizliğin parçası olan başka bir adaletsizlik ve yasaya aykırı olduğu anlamında ki bütün haksızlığın parçası olan bir haksızlık var. Eğer biri kazanç veya para alarak zina yapıyorsa bir başkası ise arzusundan dolayı para vererek ve zarar görerek yapıyorsa; ikincisi çıkarıcı daha çok haz düşkünü, birincisi ise halk düşmanı değil adaletsizdir. Çünkü bunu kazanç için yaptığı açıktır. Yani diyor ki bir şeyin adaletsiz olmasından bahsedilirken evet

kişi bazında yapmış olduğunun adaletsiz olması dışında o işten kazanç elde ediyor mu, zina yapan kişiye hal düşkünlüğüyle suçlayabiliriz. Zina yapan kişiye ne zaman adaletsiz diyebiliriz? Bundan bir kazanç, iş sağladığında çıkar elde ettiğinde artık adaletsiz olur." Aristoteles'in adaletsizlik veya adalet tanımında biz bir kavramı karşıtı ile biliriz. Mutluluğu bilmemiz için mutsuzluğu bilmemiz gerekir. Gerçekten de öyledir. İnsan sağlıklı olduğunu veya mutlu olduğunu başına bir şey gelmeden anlamaz. Genelde kavramları olayları genelde karşıtı ile biliriz. Her zaman kavramları karşıtlarından biliriz. O yüzden de aslında adalet kavramını biz karşıda olan adaletsizlik kavramı olmadan bilemeyiz. Bir olayda çoğu zaman adaletin olup olmadığını düşünmeyiz. Eğer bir adaletsizlik yoksa düşünmeyiz durumda bir adaletsizlik varsa o zaman fark ederiz. Genel bir ilke konum olmasının sebebi de altın oran doğal kaynak mıdır? altın orta diye bir kavramdan bahsediyor. Bütün eylemlerin bütün durumları bir altın ortası vardır. Her şeyin iki ucu vardır. O iki ucun ortasında altın orta vardır.(Dogville filminden bahsediyor LarsVonTrier'in çok sağlam filmidir tavsiye ederim :D) Aristoteles'in düşüncesi de o karşıtı kavrayabilmek için sevgiden fazlası gerektiğini söyler. Karşıtı bulabilmek için akıl gereklidir ve insan kavramları adalet mutluluk ve diğer önemli kavramların hepsini aklıyla bulur ve Aristoteles'in polisi aslında doğadan öykünerek oluşturulmuş bir durumdur. İnsanlar bir arada yaşarlar çünkü insan akıl sahibidir ve akıl sahibi varlıkların hemen hemen hepsi bir arada yaşarlar. Poliste akıl sahibi insanların bir arada yaşarken oluşturulmuş olduğu bir durum, bir siyasi topluluktur. Aradan yüzyıllar geçtikten sonra Thomas Aquinas'ın ortaya koymuş olduğu şey doğal hukuk ortaçağdaki yansıması Antik Yunan'da doğal hukuk açıklarken atıf yaptığımız kavramlar daha doğrusu sadece hukuk değil hukuk = iktidar, hukuk = kuramlar, hukuk insanların bir arada neye yaşadığının açıklanması bir anlamda hukuk = o dönemin insanının kültürü. Yani şey var hukuk dediğimiz kavramı tek bir kaynağı yok. Şu noktada anlaşalım dinen hukuk olarak ortaya çıkması ortaçağ icadıdır ve Thomas Aquinas'ın icadıdır. Herkesin kendi düşüncesi farklıdır antropolojik olarak

insanlık tarihini açıklayan farklı görüşler var bu görüşlerden bir tanesinde de işte şey var insanlar ilk dönemde avcı ve toplayıcıydılar ve o avcı toplayıcı insanlar yerleşik hayata geçene kadar din kavramı hayatlarında yoktu. Avcı toplayıcı topluluklar yerleşik hayata geçince din kavramını buldular ve ondan sonrasında da gelişmişlik düzeyine göre çok tanrılı dinler tek tanrılı dinler ortaya çıktı diye açıklayan bir antropolojik görüş var. Bir başka antropolojik görüşte der ki insanlar var olduğundan beri inanç kavramı vardır bakın din değil inanç kavramı hep vardır. İnanıkları şeyler hep vardır ve inandıkları şeyler bugünkü anlamıyla olmasa bile hayatlarında hep yer aldı. Modern anlamda bizim gözlemleyebildiğimiz görebildiğimiz anlamda da ilk ortaya çıkışı çok tanrılı dinler dönemi sonrası tek tanrılı dinler oluyor. Sadece İslam dininin sorunu değil İslam, Hristiyanlık, Yahudilik hepsini çatıştığı nokta şu: Her iki antropolojik görüşe de şu iddiaya karşı çıkılıyor yaratılan ilk insan ilk peygamber de bu bütün dinler için geçerlidir. Kavramları açıklayabilmek kavramları anlayabilmek ve öğrenebilmek için belirlenmiş olan bilim tarihinin kendi içinde sistemli kuralları var bu sistemli kurallara göre geliştirip anlatıyoruz. Evet, insanlık tarihi boyunca din hep vardı inanç hep vardı ama şöyle bir şey söz konusu Aquinas da ortaya çıkan farklı olan durum şu: Hitit kralı Hattuşili çıktığı zaman; "Hititler! Bana itaat edin çünkü benim gücüm tanrıdan gelir tanrı beni seçtiği için ben size lider oldum." diyordu bunun anlamı ne? İktidarının meşruiyet kaynağı olarak daha üst bir varlığa, tanrıya atıf yapıyor veya şey var Antik Yunan site devletlerinde her bir site devletinin bir tanrısı veya tanrıçası vardı. Atina gerçekten Atina'dan geliyor Atina şehrinin ismi Antik Yunan'dan beri evrilerek Atina haline gelmiş olması. Savaş tanrısı Athena'dan evirmişler ve başka başka şeyler var mesela Denizli-Burdur sınırı arasındaki o kent Afrodisyas tanrıça Afrodit için yapılmış olan bir şehirdir. Şimdi bunu mu anlamış? Şu yönetici sınıfına geçenler kendilerini kabul ettirebilmek için meşruiyet kaynağı bulabilmek için iktidarlarının kaynağını veya kendilerine kaynağını hep daha üst bir varlıkla kurgulandırıp açıkladılar. Ama

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPI

Aquinas dedi ki; hayır kendisini konumlandırmadan örnek verelim bugün o kitap Incil olsun. Dedi ki hukukun kaynağı, iktidarın kaynağı Incil'dir. Şimdi ikisi arasındaki farkı anlıyor musunuz? Birinde meşruiyet kaynağıdır Hitit kralı Hattuşili çıkıp evet benim iktidarın kaynağı tanrıdır bu yüzden meşruuyum diyordu ama bahsettiği kurallar kendi kurallarıydı, Mısır'da Firavun çıkıp ben yaşayan tanrıyım diyordu çünkü işte şey var Ra'dan aldım, Set'ten aldım, Isis'ten aldım diye anlatıyordu iktidarın kaynağını. Ama tutup koymuş olduğu kurallar kendi kuralları oluyordu. Kuralların kaynağı için bir kutsal metin göstermiyordu, gösteremiyordu. Bir hukuksal metine atıf yaparak şeyi koymuyordu mesela Antik Yunanlı kadınlar 2. varlıklardır bunun sebebi ne peki? Hanı Atina'nın yüce yöneticisi yüce komutanı kadınlar neden ikinci varlıklardır dediğimizde: çünkü Zeus'un kutsal kitabı böyle diyor demiyordu, şunu söylüyordu: iddiaya bakın kadınlar daha güçsüz kılıç da kullanamıyorlar o yüzden kadınlar ikinci el ya da şey söyleyebiliyordu borcunu ödeyemeyen köle olacak kaynağı ne canım istedi niye böyle bir kural koydum. Çünkü ben kralım. Sen niye kralısın? Çünkü ben seçildim. Ama şöyle bir şey var: borcunu ödeyemeyen köle olacak veya sonra sonrasında işte şey var Hristiyanlar para biriktirin Protestan ahlakı vardır ya para biriktiren bir sermaye kaynağı oluşturun. Neden? Çünkü İsa şu şeyin de böyle der. Oburluk günahdır, çok yemeyin. Neden? Çünkü oburluğun günah olduğu söylenir. kaynak ne peki? ben değilim Incil. Thomas Aquinas'ın getirmiş olduğu doğal hukuk anlayışının temelinde diğer doğal hukukta da Antik Yunan Hukukunda gerçekten doğa vardı ve şeydi: Biz hukuk veya iktidarın kuralını koyarken her birini doğadan öykünürüz ama burada doğadan öykünemiyoruz, burada bizden daha üstün bir varlığın bahsetmiş olduğu kuralları getiriyoruz diyor.

Thomas Aquinas'ın hukuk sistemi 4 aşamadan oluşur:



En üstte ebedi hukuk vardır. Ebedi hukuk tanrı katında hukuktur ve tanrı katındaki hukukun insan tarafından anlaşılmasına imkan yoktur. O tanrı katında var olan hukuk sistemidir. Onun bir altında doğal hukuk yer alır. Doğal hukuk tanrının yaratmış olduğu evrende ve tanrının bilerek insan isteyerek akıl sahibi olarak yarattığı insanın yaşamış olduğu evrende var olan kurallar, yani doğal hukuktan kast etmiş olduğu evrenin dünyanın kuralları ve bu dünyada geçerli olan hem fen bilimleri kuralları hem sosyal bilimler. Hepsi tanrı katında. Tanrının yaratmış olduğu evrende geçerli olan bir hukuk. Bunun bir altında ilahi hukuk yer alır. İlahi hukuk kutsal kitaptır. Bunun altında insanın yaptığı hukuk vardır. İnsan kendi hayatını düzenlemek için hukukunu yapar. Ama insan bu hukuku yaparken insanın içindedir. İnsanın yapmış olduğu hukuk, ilahi hukukun sınırı içindedir. İlahi hukukun sınırı da kutsal kitaptır. Yani insan tek başına çıkıp da bir konuda kendi başına kural koyamaz. Koyulacak kural ilahi hukuk tarafından belirlenmiştir. İlahi hukuk tanrının yaratmış olduğu evrenin içerisinde insanların doğal hukukun egemen olduğu o sistemde sınırlı kafasıyla insanın anlayamayacağı için tanrının doğal okul katkı sağlar diye peygamberleri aracılıyla göndermiş olduğu ilahi hukuk vardır. Thomas Aquinas için hukukun amacı insanın diğer hayatı hazırlanmasıdır. Bu hayat değildir. Devlet ve iktidar bu hayata hazırlanmak için insanları korumakla görevlidir. Yani şöyle bir şey var aslında: İktidar dediğimiz şey bizi

diğer hayata hazırlamakla görevlidir. Bununla yükümlüdür. Bunu yapabilmek için de ilahi hukukun sınırları içerisinde olur tüm kurallar. Eğer bir kural ilahi hukuka aykırıysa eğer bir kural ilahi hukukta yer almıyorsa ve sizin diğer dünyanızı tehlikeye atıyorsa o kural meşru değildir. Böyle kurallar vaaz eden bir iktidar meşru değildir. O iktidarın değişmesi gerekir. Çünkü iktidar dediğimiz şey diğer hayata hazırlar. Aslında hukuk dediğimiz şey bu kavramı insanlık var olduğundan beri vardır. Çünkü iki insan bir araya geliyorsa orada iktidar vardır. Siz istediğiniz kadar eşitiz deyin aranızda fark etmediğiniz bir iktidar ilişkisi vardır. Çok iyi arkadaş olabilirsiniz ama aranızda iktidar vardır. Evlisinizdir aranızda iktidar vardır ebeveynsinizdir ama aranızda iktidar vardır ki insanın olduğu her yerde her ortamda iktidar ilişkisi vardır ve bu iktidar ilişkisinden doğan bir hukuk vardır. Çünkü hukuk dediğimiz şey temel olarak kurallardır. İktidardır düzendir. İlk çağdan itibaren insanların yapmaya çalıştığı şey şu: bunları açıklamak anlamak ve anlamlandırmak. Ve kendi dönemlerindeki aslında hukuk devlet siyaset yapısını anlamlandırma çalıştılar. Antik Yunan'daki açıklama evet sezgilerin bize bulabilirsiniz de çünkü yansıtmış olduğu siyasi iktidar zaten erkek var köleler kadınlar bu yapıyı anlamlandıran ve açıklayacak ortaçağa geldiğimiz zaman şimdi anlamlandıracağı yapı burada artık. Şey var bir güç olarak bir unsur olarak din var millet vardı burada artık iktidar benim diyen bir cin var önce iktidarın meşruluğu kaynatılıp çekiliyordu; yönetme arzusu yoktu. Bu noktada artık yönetme arzusu var insanların hayatlarını ilişkin tüm kuralları ben koyarım diyor Rönesans'la gelip Protestanlık yaşanan kadar Katolik inancına göre insanların tüm hayatı düzenlenir. Mesela şey vardı evli kadınlar saçlarını uzatmaz. Kadın evlendikten sonra saçını kısa kestirir hatta yeri gelir kısa saçın üstüne eşarpla bağlarlar çünkü saç şehvetin simgesidir ve saçın uzun olması gerek şehvetten aramanız gerek bunu kilise koyar. Hatta şöyle der evli kadının da gece geceliğin şekli bellidir daha da ilginç evli çiftlerin nasıl cinsel ilişkiye gireceklere bellidir. Bunun dışındaki her şey günahtır. Bu alanda günah işliyorsunuz belki sizi kilise bilemez

ama günah işliyorsunuzdur. Thomas Aquinas'ın hukukunda suç ve günah alanı örtüşür yani günah olan şeyi suçtur. O halde şöyle bir şeyle karşı karşıya insanlar evli insanlar tarif edilen şekilde cinsel ilişkiye girmedilerse suç işlemiştir. Hayatı bu kadar kısıtlı bir şekilde akmaktadır. Bu kısıtlılığın yansıması nasıl olmuştur hukuka, siyasete ve iktidarın nasıl yansımıştır? hayatın bu derece biçimlendirilebilir olması nasıl yansımıştır? Aquinas için şu geçerlidir iyi haklıdan önce gelir. Doğal hukukundaki temel ilkesi iyi kavramı haklı kavramından önce gelir. Peki iyinin haklıdan önce gelmesi ne demektir? İyi haklıdan önce gelir kavramı eğer dinin tanımı yapılmamışsa çok da sorun değildir. Ama iyi olan nedir? Peki haklı olan nedir? Aquinas'a göre iyi olan nedir? Kutsal kitapta yer alandır. Ona göre yaşıyordır. Düşünen somut bir nesne de kalem dediğimde herkesin kafasında farklı bir şey canlı mı yoksa herkesin aynı şekilde inanması mümkün olabilir mi? Bütün rahibelerin için de aynı inancı taşımalarını bekleyebilir miyiz? Herkes kendini sonsuz bir arzuyla İsa'ya adasın herkes kendini sonsuz bir arzuyla tanrıya adasın ve hiçbir şekilde cinsel hiçbir şey hissetmezsin, mümkün mü? 100 kişinin içinde belki bir kişi aradığımız anlamda huşuya varacaktır. Eğer iyi tanımlayacaksak bir kalıbın içine girmeyen iyi değildir. Ne oldu? Suç ve günahlar örtüştü. "İyi bir Hristiyan değilsin Ramon, nasıl anladın? Her pazar kiliseye gelmiyorsun. Ramon her pazar kiliseye gelmedi, gelmeye başladı Ramon iyi bir Hristiyan değilsin, Ramon neden kiliseye yeteri kadar bağış yapmıyorsun? Ramon yaptı. Ramon kızın 15 yaşına geldi hala evlendirmedin yaş ilerlediğinde günah işleneceği ve şehvet duyulabileceği için mümkün olduğunca erken evlenmek gerekir. Eee kız evlenmek istemiyor, iyi bir Hristiyan değilsin Ramon." Çünkü yönetici kim kilise meşruluk kaynağı olmaktan çıktı. Artık burada iktidar benim diyor o yüzden karşı gelemezsin iyi kavramını da tanımlamış durumda iyi haklıdan önce gelir. Sille'deki Rum köyünden alışveriş yapacak ve gidecek kalmış olduğu handaki 3 koyunun yanına hancının da koyununu çalarak gitti, hancı Müslüman. İyi haklıdan önce gelir hırsızlık mı? İyi haklıdan önce gelir çünkü tanımlanmış bir iyi

kavramı var gülün kokusunu iyi olmasıyla insanın iyiliğini tanımlanmış olması farklı. Güzel koku iyidir yeşil alan iyidir tamam peki iyi insan kimdir ben iyi miyim? Sorun iynin ne olduğunda ortaya çıkıyor. İynin sadece bir alandan çıkıp tüm iktidar alanının temeline oturtulmuş olması sorun olarak karşımıza çıkıyor. Aquinas'ın söylemiş olduğu iynin ne olduğu konusuna tam bir yanıt veremiyor. Sadece genel bir açıklama yapıyor. Bilgi iyidir, üretkenlik iyidir, yalan söylemek kötüdür, cinayet işlemek kötüdür, dine küfretmek kötüdür gibi tanımlıyor ama iyi kavramına ilişkin objektif şu iyidir diye bir kriter sunamıyor. Sadece şey söylüyor eylemlerin iyi olup olmadığını eylemin amacına eylemin sonucuna eylemin özelliklerine ve eylemi koşullarına bakarak karar verebiliriz diyor. Ama amaç sonuç özellikler yine şey var ilahi hukuk içerisinde kaldığı sürece iyi olarak tanımlıyor.

Bunun dışında Aquinas'tan sonra Finnis geliştirecek. Aquinas iyi kavramını dinle temellendirir ve bu sonraki yüzyıllarda hukukun laikleşmesinin temel sebeplerinden biridir ama hem Antik Yunan'da hem orta çağdaki, ilkçağ doğal hukukunda, ortaçağ doğal hukukunda, yeniçağ doğal hukukunda temel özellik hukukun evrensel ve dokunulmaz olması, üst hukuk olması akılla keşfediliyor olması. İlk çağda zaten doğa kurallarından esinlenildi için ve doğada her yerde aynı şekilde geçerli olduğu için evrensel ve dokunulmaz üst hukuk insan yapısı değil doğadan keşfediliyor ve onu aklımızda kavırıyoruz. Ortaçağa geldiğimiz zaman zaten tanrı tarafından vaaz edilmiş bir kuraldan bahsediyorsak o dokunulmazdır. Hem de tüm evren için geçerli olan kuraldır. Çünkü yaratıcının kuralı olduğuna göre tüm evren için geçerlidir ve insanın onun üstüne bir hukuk yapabilmesi söz konusu değildir ve insan yaratılmış bir varlık olup akıl sahibi olduğu için yine bu hukukun yani yine ne olduğunu aklıyla keşfedebilecektir. İlk çağda da ortaçağda da doğal hukukun ortak özelliği budur. 15 yüzyılda Rönesans başlıyor Rönesans başladıktan sonra kilisenin etkisi nasıl azaldı? Özgür düşünce

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPI

nasıl başladı ? Tamam, insanlar kiliseye sorguladılarda bunca yüzyıl hiç sorgulamamışlardı da ne oldu da 15 yüzyılda sorgulamaya başladılar? Daha doğrusu laik hukukun ortaya çıkışı 17 yüzyıldır. Hugo Grotius laik hukukun temelidir.

17 yüzyılda ne oldu? Tanrı aynı tanrı İncil aynı İncil, günah aynı günah, ne oldu da ne değişti? Daha mı az korkmaya başladı insanlar? Değişen şu: Hukuk hiçbir zaman tek bir şeyle açıklanamıyor. Ya hukuk mutlaka kendi döneminin siyasal kültürel coğrafi koşullarıyla değişir. 14. yüzyılda Rönesans başladı evet ama coğrafi keşifler ile birlikte şu yaşandı: temel sebep para, zenginleştiler. Ortaçağ boyunca Avrupa'nın genel olarak siyasi yapısı parçalıydı. Bir krallık egemenliğindeydiler ama o krallığın içinde kralın tam egemenliği yok siyasi birlik söz konusu değildi. Krallığın içerisinde çeşitli feodal beylikler vardı. Feodal beyliklerin içinde yaşayan insanlar sınırlarının dışına çıktığı an korumasızdı. İnsanların güvenliği ve karşılık verdiği şey şu köle değiller ama o toprağa bağlı olarak yaşamak zorundaydılar. Kilise dindar insanlara diyor ki gidelim ve kutsal toprakları Müslümanlardan alalım. Ama temel kaygı kutsal toprakları Müslümanlardan almak değil, temel kaygı para; ordular birleşiyorlar ve gidiyorlar. Haçlı seferleri başladı, sefere giden feodal beyler gittiler ve para ile döndüler. Tapınak şövalyeleri dünyadaki ilk faizi bankalardır. Para kilise dışında şövalyelerde birikti. Kiliseye parayı ele geçirebilmek için sefere giden şövalyelerin Müslüman olduğunu iddia ederek aforoz etti ve mal varlıklarına el koydu ve kilise bir anda güçlendi. Bunu yaptığı için bu beyliklerin her birinin üstünde egemenlik kurdu ve güçlü olan para sahibi olan iktidarı ortak olur. Dünyanın her yerinde geçerlidir. (Bkz. Trump) Kralın tam anlamıyla iktidarından bahsedemiyoruz. Kural koyacağız kilise diyor ki hayır o konuda kural koyamazsın çünkü İncil var, vergi alacağım ancak kilise diyor ki ben ayarlarım sana. İşte bu yüzden tam anlamıyla bir iktidarından bahsediyoruz. Feodal beylerin üstünde

zaten kilisenin etkisi var ve insanları feodal beylikler de tutmak için kralın da dine ihtiyacı var.

İhtiyaçları kilise belirliyor ve bunun anlamı da şu dikey geçiş söz konusu değil dikey geçiş bir toplumda ne kadar hareketli olursa toplum o kadar canlı ve dinamiktir. Dikey geçişle kast edilen şudur memurla hakim aynı düzeyde mi hayır, memurun çocuğu hakim olursa peki bu bir dikey geçiş midir, evet. Ama sürekli hakimin çocuğu hakim olursa, fırıncının çocuğu fırıncı, kasabın çocuğu kasap, öğretmenin çocuğu öğretmen olursa dikey geçiş olmaz. Toplum statik duruyor dikey geçiş yoksa sermaye bir noktadadır ve değişim durmuştur. Toplum artık durmuştur. Burada da o söz konusu sınırlar delille olduğu için kazanç belli. Ortaçağ Avrupası insanın üstünde loncaların feodal beylerin kralın ve en önemlisi kilisenin baskısı vardı. Sermayenin gelişiyile birlikte coğrafi keşifleri Latin Amerika'nın Afrika'nın altın elmas her türlü kaynağı hatta insan gücü Avrupa'ya akmaya başlayınca buharlı makinalar ile üretime geçildi. Bantlı üretim hukukun ekonominin her birinin kaynağıdır.

12.10.2017

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ DERS NOTLARI

Pozitivizm nasıl yükselişe geçti? Pozitivizmin yükselişe geçmesi şöyle oluyor arkadaşlar birçok bilimsel gelişme yaşanıyor. Doğa alanında fen bilimleri alanında hala çok sayıda bilimsel gelişme yaşanıyor.

Pozitivizm 17 ve 18. yüzyılda kendi doruk noktasına ulaşıyor ve bununla birlikte hukuktaki kesinlikle ihtiyacı ortaya çıkıyor tıpkı diğer bilimlerde olduğu gibi örneğin fen bilimlerinde nasıl su 100 derecede kaynıyorsa ya da grip mikrobunun özellikleri neyse kime bulaşırsa bulaşsın grip mikrobunun belirli bir özelliği vardır, aynı şeyi gösterir. İşte bunlar fen bilimleri gelişmesi ve her yerde aynı. Liberallik yok, bölgesellik yok sizi şaşırtmıyor. İşte bu 18 ve 19. yüzyıllarda

hukuktan beklenende ,özellikle 19. yüzyılda Birinci Dünya Savaşı'ndan 2. Dünya Savaşı'na kadar olan dönemde fen bilimlerinin o aşırı gelişmesi pozitivizmin çok çok yükselmesi ve kabul edilen bilimsel görüş olması sebebiyle hukukta da kesinlikle netlik isteniyordu. Her yerde aynı olsun haklarımız. Şunu yapalım diyorlardı suç olan şeyleri yazalım belirleyelim insanlarda suç ne öncesinde ben bileyim istiyordu. Orta Çağda insanlar suçunun ne olduğunu öncesinde bilmiyordu eylemi yapıyordu "aaa suç muymuş?" diyordu. Esneme alanı yoktu bir şey yapacak ama yapamıyordu çünkü şey deniliyordu kati olan emirlere göre kati emir İncil'den kaynaklıdır.- Bunu yapamazsınız kutsal kitap kaynaklı olduğu için değiştiremezsiniz. Hadi yeni kural getireyim, esneteyim diyemezsiniz içtihat yolu tamamen kapalıydı. Ne zaman olursa olsun aynı kurallara uygulanacaktır. Toplum değişiyor, ekonomi gelişiyor, pek çok şey yaşanıyor ancak aynı kurallar. İnsanlar için çözüme ulaştırmıyordu. İnsanların hukuktan beklediği şey bir sorun ortaya çıkıyorsa o soruna çözüm bulunması deniyo doğrusu bir de hayatı düzenleyen kurallar olması hani basit şeyler bekleniyordu aslında hukuktan. Ve o basitliğin içerisinde öngörülebilir olmasını belirli olmasını kesin olmasını bekliyorlar.- kesinlikle kasıtlı kişiden kişiye değişmesinin.-

Dağıtıcı ve denkleştirici adaletten kaynaklanan belirli şeyler olabilir ama onları adalet için göz önünde bulundurmamız gerekiyor ama onun dışında hiçbir şey olmasını bekliyorlar. Bunun için de mümkün olduğu kadar tüm hukuk kurallarının yazılı olmasını istiyorlar. Hani her şey yazılı olsun, tüm sorunları çözebilelim gibi bir amaçları var. Ancak Birinci Dünya Savaşı'na geldiğimiz zaman işlerin çığırından çıktığını fark ediyorlar. İnsanlar İkinci Dünya savaşında şununla karşılaşılıyorlar de evet teknoloji çok iyiydi, kesinlik çok iyiydi, ekonomi çok güzel gelişmişti ama 2. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan mahkemede yargılanan hukukçular, yargılanan askerler, yargılanan devlet adamları hep aynı savunmayı yaptılar "Ben hukuku uyguladım. Hukuksuz hiçbir şey yapmadım." Ve bakıldığı

Değerden arınmış hukuk çok da iyi değildir.

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPI

zaman yargıçların, askerlerin ve devlet adamlarının hepsi gerçekten hukuku uygulamışlar. Hitler'in iktidara gelişinden itibaren Hitler'in Savaş sonunda düşüşüne kadar geçen sürede çıkan tüm yasalar meclisten çıkmış. Meclisi halk seçmiş. Halkın seçimle iktidara getirdiği meclisten çıkan yasaları uygulamışlar, yasaların yetki verdiği organların yaptığı kuralları, yönetmelikleri uygulamışlar. Ama bir ortaya çıkıyor ki yasalar insanların derisinden abajur yapmış. Dişlerinden, kemiklerinden objeler yapılmış, saçlarından tüylerinden yastıklar doldurulmuş. Deney sırasında ölen ya da sonrasında öldürülen insanlardan sabun yapılmış ve cilde en iyi gelen sabunun insan yağıyla yapılan sabun olduğu söyleniyor ve bütün bunların hiçbirisi hukuksuz yapılmamış hepsi kuralına uygunmuş. Toplama kampında trenden indirilen insanları sınıflara ayırıp onlar üzerinde deney yapılacaklar, hemen yakılıp ya da yakılmayacaklar, çalıştırılacaklar şeklinde sınıflandıran gardiyan kendisine hukukun verdiği yetkiyi uyguluyor. Hukuku kim yapıyor? Meclis yapıyor. Meclise kim yetki veriyor? Halk. Bir tek Almanya'da değil İtalya'da da aynısı yaşıyor. Fransa'da Nazi subaylarla yakın ilişkiye giren kadınların saçları kesiliyor çırılçıplak olarak şehirde dolaştırılıyor. Bütün bunların hukukla yapıldığı görülür. İnsanların savunmaları ben hukuku uyguladım olunca bu sefer savcıların iddialarını değiştirmeleri gerekiyor. Evet, hukuku uygulamış o noktada şey diye düşünüyor insanlar o halde değerden arınmış hukuk çok da iyi değil. Çünkü pozitivizmin yapmaya çalıştığı şey buydu değerden arınmış bir hukuk yapabilir miyiz? Şunu gördüler değerden arınmış hukuk çok da iyi olmayabilir.

Hukukun belli bir değeri, içinde bir şeyleri taşınması gerekiyor. İnsan Hakları bundan sonra ortaya çıkıyor hukukun aslında amacı "iktidara çelme takmaktır." Çünkü iktidar büyür, büyüdüğü zaman da kontrolden çıkar. Bu bütün iktidarlar için geçerlidir. İnsan hakları dediğimiz şey aslında tamamen iktidarı sınırlandırmak için bir alandır. Siz egemenseniz istediğiniz kuralı yapabilmeniz gerekir. Egemen'in özelliği budur egemen kuralı kendi vaaz eder. Egemen olmanın

bir numaralı kuralı kendi kuralınızı yapabiliyor olmanızdır. Ortaçağda kralların feodaliteyi yıkıp iktidar tek bir noktada birleştirmeye çalışmasının sebebi buydu iktidar olacağım ve kendi kuralımı yapacağım kimsenin karışmadığı kuralları ben vaaz edeceğim. Kaynağının iktidar olduğu kurallar yaparsınız, egemensinizdir. İktidara gelirim kaynağı ben olan kurallar yapmam gerekiyor. Bununla kastedilen şu, evet önceden kurulmuş bir takım kanunlar var ama yine de bir faaliyet alanı var değil mi? Hükümet politikam var, iktidara gelirken ne diyorum? Ülkede liberal ekonominin gelişmesinin sağlayacağım. İktidara geldiğim zaman bunun için yasalar yapmam gerekiyor. İktidara gelirken sosyal devleti güçlendireceğiz dersem o zaman bununla ilgili yasalar yapıyorum ve yasalarının kaynağı ben, benim iktidarım. Kendi çıkarları ve hedefleri doğrultusunda herhangi bir yerden meşruluk kazanmayan kurallar yapar. Biz bu iktidarlara bu kadar serbest bıraktığımızda Nazi iktidarında olduğu gibi kendi kuralını yaparken sınırı aşabilir o halde aşmayacağı sınırları belirlememiz gerekiyor.

Aşılamayacak sınır: İnsan Hakları. İnsanın insan olmaktan kaynaklı haklarına dokunulamaz. 1. kuşak haklar 2. kuşak haklar nelerdir? Yaşama hakkı. Yaşam hakkına dokunamazsınız. Savaşta bile uymanız gereken savaş hukuku kuralları vardır. Eğer bunlara uymazsanız savaş sonunda kurulan savaş suçları mahkemesinde yargılanırsınız. En yakın Miloseviç yargılandı Saddam'ın ve Mursi'nin yargılamaları tam olmadı gibi aslında ama onlarınki de savaş suçudur. Bütün bunlardan sonra hukuka bir sınır çizmek için doğal hukuk tekrar yükselişe geçti ve doğal hukuka ilişkin yeni görüşler meydana gelmeye başladı. Evet, pozitivizmin artılarını cepte tutalım ama pozitivizmi de doğal hukuk ilkeleri ile harmanlayalım gibi bir görüş ortaya çıktı. Herkes de hakim değildi.

Katı pozitivistler, kesin olarak doğal hukuk ve pozitivizmin ayrımını savunuyorlardı. Hukuk dediğimiz şeyi bambaşka bir şekilde savunuyorlar. Yumuşak pozitivistler ikisinin arasında, doğal hukukçular zaten tamamen romantik.

Hobbs'un toplum sözleşmesi doğal hukuk ile gördüğümüz gibi iktidarı sınırlandıran çok fazla bir şey yok. Kurallara belli bir değer atfediliyor ve hukukun ne olması gerektiği erdemle, ahlakla, iyi niyetle, özgürlükle çözülmeye çalışılıyor. Ama bu kavramların hepsini muğlak kavramlar bu kavramların içerisinde de doldurulması gerekiyor. Yoksa iyi niyet kuralları dediğimiz şeyi tam anlamadığımız sürece o alan boş kalır. İyi niyet kuralları nedir? İyi niyet nedir? Sözleşme özgürlüğü nedir? Bunların da tanımlanması gerekiyor. O dönemde ortaya çıkan düşünürlerden birisi de John Finnis.

John Finnis'in doğal hukuk anlayışına göre; Platon, Aristoteles ve Thomas Aquinas tarafından başlatılan akımın devamı olarak görüyor kendini ve diyor ki; Onların yaptığı gibi hukukun ne olduğuna dair düşünmemiz gerektiğini söylüyor. İyiye yönelmemiz gerektiğini söylüyor. Thomas Aquinas gibi. Thomas Aquinas da diyordu ki: Doğal hukukun temeli iyinin yapılması kötünün kaçılması. Fikir güzel ama iyi tanımlama noktasında sorun çıkıyordu hangi iyi? Denildiğinde herkesi kapsayan bir tanıma kuralı, grup normu oluşturan iyi tanımından çok, sadece belirli bir kesimi hedef alan iyi tanımlıyordu. Diyordu ki İncil'e göre iyi olan iyi. Hristiyan'ın yapacağı iyi olan. Bu herkesi kapsamıyordu hukuk dediğimiz şey herkese kapsamıyorsa zaten sorun vardır. O zaman hukukunda egemenliğinden bahsedemeyiz. Diyor ki Platon, Aristoteles ve Thomas Aquinas ilk cevaplamanız gereken soru şudur iyi ve arzulanan bir hayatı oluşturan nedir? Hayatın arzulanan ve iyi olmasından biz ne anlamalıyız?

Bunu ortaya koyabilmek için 7 tane temel iyisi var:

John Finnis

- I. Yaşam ✓
- II. Bilgi, peki hangi bilgi? Bütün bilgiler aynı değerde mi? ✓
- III. Oyun (hoş vakit geçirmek) ✓
- IV. Estetik Deneyim ✓
- V. Sosyallik ✓

VI. Pratik makullük, kişinin kendi aklını, kendi zekasını istekleri doğrultusunda kullanabilmesi

VII. Din, insanın hayatında mutlaka vardır.

VIII. (++sonradan ekliyor.) Evlilik

yaşam
bilgi
duygu
estetik duygusu
sosyalite
pratik makullük
din
evlilik

Pratik makullük iyisini de sağlanabilmesi için 9 ilkedен bahseder.

1-Pratik makullük

2- Tutarlı Bir Yaşam Planı

3- Değerler Arasında Keyfi Tercihte Bulunmamak

4- Kişiler Arasında Keyfi Tercihte Bulunmamak

5- Mesafelilik ve Bağlılık

6- Mantık Neden Sonuç İlişkisi

7- Tüm Eylemlerde Tüm Değerlere Saygı

8- Ortak Fayda

9-Kendi Vicdanın

A. Yaşam

Tereddüttünüz var mı? Bir hukukçu olarak Sizce yaşam her zaman ve her yerde dokunulmazdı şey midir?(Sınıfta hayır diyen bir kesim var devletin çıkarlarının ön planda olduğunu ve yaşama müdahale edilebileceğini, idam isteriz minvalinde bir şeyler söylüyorlar.) Ceza kanununda birebir aynısıyla ceza normu ceza felsefesi içinde, idam, yaşama kastettiği için karşılığında canını alalım gibi bir ilke mi var modern ceza hukukunda? Yoksa ceza hukukundaki, cezanın felsefesi farklı mı? Ötenazi ile idamı karıştırmamak lazım. Biri ceza biri taleptir. Ceza hukukunun temel felsefesi ıslah etmek, suçların önlenmesi. Peki

idam, eğer suçları önleyebilen bir şey olsaydı yüzyıllardır neden hala aynı suçlar işlenmekte? Önceleri insanlar günümüzde olandan çok daha ağır şekilde öldürülüyordu. Peki tüm bunlara rağmen suç niye ortadan kalkmadı? Eşcinsel erkekler nasıl öldürülüyor biliyor musunuz? Erkeklik organlarından asılmak suretiyle. Eşcinsellik niye ortadan kalkmadı? Peki tecavüzcüler aynı şekilde işkenceyle öldürülüyordu. Tecavüzler niye ortadan kalkmadı? Devlete karşı isyan edenler mesela bizdeki en yaygın ceza şekli derisini yüzmek vs. Tüm bu cezalara rağmen suç neden ortadan kalkmadı? Toplumsal olarak müdahale edilene kadar kan davası çözülemedi. Kan davası hala var ama eskisi kadar değil toplumsal olarak idamla çözemediniz onu veya şimdi kadın cinayetleri, Batman'da kadınlar intihar ediyordu bir ara. İntihara zorlanıyordu, bu sefer intihara teşvik de suç olarak düzenlenince bir anda intihar oranları düştü. Kadınlar garip şekilde intihar etmemeye başladı. Eğer hukukçu isek ve hukuku sindiriyorsak idam bizim için öğ alma mekanizması olamaz. Çünkü eğer öyleyse hukuk dediğimiz şey etkisiz, hukuktan çözüm alamıyoruz ve bedene yöneliyoruz demektir bu. Ölüm bedenin kontrol edilmesidir. Demek ki benim hukukum etkin değil, ne hukuktan ne hukukun sosyolojik olarak altyapısından sonuç olabiliyorum, ne benim ceza hukuku etkin ne benim medeni hukukum etkin, ben o zaman bambaşka bir alana gidiyorum çünkü benim hukukum etkin değil, idamın anlamı bu. Toplumdan kaynak olarak hareket edersek sorun çok ileriye gidebilir. Toplum dediğimiz kitle her zaman aynı noktada değildir. Toplum adına karar veriyoruz tamam örneğin geçen sene yaza doğru bir rehberlik öğretmeni bir öğrencide bir tuhafılık olduğunu seziyor. Öğrenci ile konuşurken fark ediyor ki, çocuk düzenli olarak tecavüze uğruyor. Polis çağırılıyor. annesi çağırılıyor. Çocuk annesinin yanında sorgulanırken, okuldaki hademenin tecavüz ettiğini söylüyor. Savcı tutuklama talebiyle sevk ediyor. Hakim tutuklanmasına karar veriyor. İlk duruşmaya kadar tutuklu yargılanmak üzere tutukevine gönderiliyor. Çocuk tecavüzcülerine hapisshanede çok iyi davranılmaz bunun üzerine de insanlar hep o hak ettiğini buldu derler. Hademe hapisshanede

tecavuze uğruyor. Evli, çoluk çocuk sahibi bir adam buna dayanamayarak intihar ediyor. İlk duruşmada ortaya çıkıyor ki 3 aile bir arada yaşıyor. Kadın 2 kayınbiraderiyle beraber yaşıyor. Onların da ergenlik yaşındaki çocukları var ve bu çocuğa kayınbiraderinin çocukları tecavuz ediyor. Kadın aileye ilişkin laf soz almasın diye hademeyi suçlamış. Şimdi Türk milleti adına karar verdik. Acaba adalet bir tane bile masumum zarar görmemesi mi? Yoksa arada kaynayanlar önemli değildir diyerek yaşanacak olan hayatı bir şeylere kurban etmek mi? Adamın hayatı elinden alındı. Karısının hayatı elinden alındı. Çocuklarının hayatı elinden alındı. Peki ilk duruşmaya kadar bekleseydi hukuka güvenseydi ve adaletin yerini bulacağına gerçekten inanıp, ciddi şekilde iddianameyi hazırlansaydı, savunması yapılsaydı ve cezasının sonunda müebbet alsaydı eğer gerçekten bunu yapmışsa gunyuzu göremeseydi, şartları en ağır olan hapisanelerde omur boyu bunu çekseydi, her gün bunu hatırlayarak hiçbir şekilde güneşi görmeden yaşasaydı daha iyi olmaz mıydı? Ama biz ne yaptık masum bir adam katlettik, Karısını katlettik, Çocuklarını katlettik, Türk milleti adına yaptık biz bunu. Sizler hukukçu olacaksınız eğer hukuktan umidinizi keserseniz bedene gidersiniz. Toplayacak olursak yaşam temel iyisi üzerinde o halde tam olarak ulaşamıyoruz. Ama şey diyebilirsiniz tereddütlerimiz olsa da var diyebiliriz hani bunun üzerinde yüzde yetmiş de olsa bir uzlaşma sağlayabiliyoruz.

B. Bilgi

Peki bilgi temel iyisi üzerinde anlaşmamız mümkün mü? Cehalet mutluluktur sözü doğru mu? Bilgi mutsuzluk mudur? Ne düşünüyorsunuz? Bilgi temel iyisi üzerinde objektif olarak ulaşmanız mümkün mü? Bilgi temel iyisi üzerinde yapılan eleştirilerden bazıları şudur: Hangi bilgi? Herkesin kabul ettiği neyin bilgisi? Bütün bilgiler aynı değerde mi? Mesela Einstein'ın parçacık teorisine getirdiği bilgi ile karısını aldatmış olması bilgisi aynı mı? Ben bunu niye biliyorum? Size

aktardım sizin hayatınızda nasıl bir değişiklik yaptı? Belirli bir alandaki bilgilerimiz diğer alandaki bilgilerinize yargı oluşturabilir.

C. Oyun (Hoş Vakit)

Bir yaşamı, yaşanılabilir kılan, arzulanabilir kılan şeylerden birisi de yaşamımızdan zevk almamız, onunla hoş vakit geçirebilmemizdir. Desem ki, ben şu tip insan yaratmak istiyorum ve bu tip insan yaratmak için şu şekilde yaşayacaksınız desem ve hiçbir şekilde sabahdan yatma saatinize kadar tüm alanınız belirlenmiş olsa zevk almanıza izin veren hiçbir şeyin olmaması ve hatta zevk veren her şeyi yasaklasam mesela müzik edebiyat vs. hepsi yasak olsa çünkü sizi gevşetir, yumuşatır, çalışmanızı engeller. Savaştan sonra Almanya tekrar kurulacak ve çok fazla savaş tazminatı ödüyorlar. Çok fazla savaş tazminatı ödüyorlar zaten bunun anlamı insanlardan çok ağır vergiler alınıyor olması. Almanlara soruyorlar hani bir parça artan parayla sizler için ne yapalım? Neyi tercih ediyorlar biliyor musunuz? Tiyatro binası (bence de zevkli bir seçim). Çünkü şey var zaten çok çalışıyorlar ve çok ağır vergiler ödüyorlar sizin için artan parayla be yapalım dediği zaman tiyatro binası yapın ve mümkün olduğu kadar çok oyun oynansın istiyorlar. Çünkü nefes alabileceğimiz bir alanın olması gerekiyor.

D. Estetik Deneyim

Bir yaşamıne yaşanılabilir kılar? Sizce bu nasıl olabilir? Kitaplıklarımı boyayarak, işyerindeki odanın duvarlarını boyayarak, duvara bir şeyler asarak, devlet dairesi mantığından çıksın diye bana dair bir şeyler olsun, yaşadığım alan benleşsin istiyorum. Çünkü insan estetik olarak güzelleştirdiği alanda daha mutlu yaşar. Şu konuda çok eleştiri gelir Türkler evlerinin dışına gerektiği kadar uzun göstermezler, evlerinin içi çok iyidir ancak dışı iyi değildir. Selçuklu Dönemi'nden kalma camilerde şimdilerde Davut Yıldızı olarak bilinen 5 köşeli yıldız var.

Fatma'nın eli olarak bilinen şeyler var ama yok neden yapmıyoruz neden evimizin dışına bir tane küçücük melek kondurmuyoruz? Yaşadığımız alan güzelleştikçe mutlu olursunuz. Mesela şehircilik, kamu yönetimindeki bir numaralı kural şudur: Yaşadığımız şehirlerin geniş alanlara açılıyor olması. Neden kocaman bir Kızılay Meydanı kurulmuş ortaya? İstanbul'da neden Taksim Meydanı var ? Konya'da Alaaddin var neden? Şunu hiç duydunuz mu kamusal alan iletişimsel eylem kuramı?

E. Sosyallik

İşten çıktığınızda yaşadığımız şehirler geniş alanları açıyorsa, ince uzun bir sokaktan aşağı inerken denizi görmek ve yüzünüze rüzgarın çarpması bir mutluluk şeyidir. Aynı şekilde deniz olmayan bir yerde bile yaşasanız dar bir sokaktan geniş bir meydana bir parka bir ağaçlık alana ulaştığınız zaman bir anda hissettiğiniz duygu bambaşkadır ve şu olur işten çıktığınız zaman evden çıktığınız zaman farklı zamanlarda insanlar o geniş alandan geçmek zorundaysan, çok farklı insanlar oradan geçer kamusal alanın temel düşüncesinde o yatar. Ne kadar farklı insan geçerse o kadar farklı insanı görürsünüz. Fransa neden herkesin gözünde harikadır? Çok pistir ve hiçbir şey yoktur aslında. Sebebi Fransa'da tüm caddelerde küçük küçük kafeler vardır. Çoğunda yola doğru taşarsınız ve insanlar oradan arabayla değil yürüyerek ya da bisikletle geçer ve o kafelerde her tip insan oturur. Şunu demeye çalışıyorum kamusal alan iletişimsel eylem kuramı Sosyallik yaşamı şekiller kılan şeylerden biri bunlardır.

F. Pratik Makullük

Kişinin kendi aklını kendi zekasını istekleri doğrultusunda kullanabilmesi.

G. Din

Siz semavi bir dine inanıyor ya da inanmıyor olabilirsiniz. İnanmıyor da olabilirsiniz ama diyor ki inanmazsanız bile aslında bir şey inanıyorsunuzdur. Bu durumda yaptığımız açıklamalar aslında sizin kendi inanç sisteminizi oluşturuyor.

Inandığınız en azından bir ahlak sistemi vardır ve bu herhangi bir şey. Hayatına koyduğunuz için hiçbir şeye inanmamak gibi bir şey söz konusu değildir. Ateizmin bile bir ahlak sistemi, kendince yaptığı bir açıklaması vardır. Ve onu kabul ediyordur. O zaman ben buna din derim diyor. İnsanın hayatında mutlaka bu vardır.

Bir hayatı arzulanabilir kılan bu 7 iyidir ve bu 7 iyiden ve pratik makullük ilkesinin 9 tane ilkesi vardır. Bir hukuk sisteminin temel olarak yerine getirmesi gerekli bu 7 iyi sağlamak bunu sağlamak için ve 9 temel ilkeyi içermesi gerekiyor. 9 iyiden bir tanesi pratik makullük iyisi pratik makullük iyisi ile kastedilen şudur arkadaşlar: Sizin kendi iynizi oluşturabileceğiniz bir ortamın var olması (sınıfa elindeki iki kalemden hangisini seçtiğini soruyor.) Maviyi seçti özgür iradesiyle mi seçti sizce? Özgür iradesi yoktu aslında seçimin gerçek seçim olabilmesi için kırmızı mı? Mavi mi? Hiçbiri mi? Hepsi mi? Yani şunu diyoruz siz insanları belirli bir tercihe zorluyorsanız orada özgür irade yoktur. Çünkü bir şeyler arasında tercih yapabilmek özgür irade değildir. Tercihe zorlanmaktadır. Özgür iradenin olabilmesi için seçmeme hepsini seçme hakkımızın da olması gerekir. Tüm ihtimallerin var olması gerek. Size tüm ihtimaller sunulduğunda özgür iradenizden bahsedebiliriz. Hukukun veya iktidarın size, kendinizi ortaya koyabilmesi için pratik malullük iynisini sağlaması gerekiyor.

Pratik makullük ilkesini de sağlayabilmesi için ilk ilke pratik makullük iyisi bununla da kastedilen kendi iynizi oluşturabileceğiniz bir ortam. İkincisi tutarlı bir yaşam planı. Hukuk sisteminin size yaşam planınızı tutarlı olarak sağlaması gerekiyor. Böyle söyleyince çok muğlak kalabilir kastedilen şu hayatta insanın başına her şey gelebilir ama başınıza gelecek şeyler hukuktan gelmemeli. Yani hukuk diyor, sunduğu bir şeyi tutarsız bir şekilde değiştirmemeli. Olağanüstü hallerin istisnai olmasının sebebi budur. Ohallerin hukuk sisteminde çok uzamamasının istemesinin sebebi budur. Siz mezun olmadan önce Adalet

Bakanlığının şöyle bir karar aldığını düşünün 10 yıl içerisinde hakim savcıya ihtiyaç yok ve barolar gereğinden fazla üyeye sahip olduğu gerekçesiyle hukuk sisteminde avukat alımına ihtiyaç olmadığı için bundan sonra hukuk fakültesi mezunları hukuk ile ilgili bir alanda çalışamayacaklar. Ne oldu devletin iyiliği için oldu bu da ? (devletin çıkarları üstündür diyen arkadaşlara yönelik) Tutarlı bir yaşam planı sağladı mı? Hayır. Hukukunun size tutarlı bir yaşam planı sağlaması lazım böyle bir şey olacaksa bile en azından bir geçiş aşaması planlanması lazım. Tekrar toparlarsak;

1- Pratik makullük iyisi kendi iyini oluşturmak, insanı belirli bir tercihe zorlamak özgür irade değildir. Tüm ihtimaller var olmalıdır.

2- Tutarlı bir yaşam planı her şey olabilir Ama tutarsızlık hukuktan kaynaklanmamalı *Tutarsızlık hukuktan kaynaklanmamalı.*

3- Değerler arasında keyfi tercihte bulunmamak

4- Kişiler arasında keyfi tercihte bulunmamak

5- Mesafelilik ve bağlılık

Bunu Türkçede nasıl özetleyebiliriz? Hemşericilik yapmayın. Mesela Almanya'da değerler arasında ya da kişiler arasında keyfi tercih de bulunduğu olmuyor ama çocuklar ortaokuldan liseye geçerken Türklerin en çok yakındığı şey şu: Bizim çocuklarımızı meslek liselerine gönderiyorlar. Evet, başka durumlarda belki değerler ve kişiler arasında keyfi tercihte bulunmuyor ama tüm vatandaşlarına karşı aynı mesafede ve aynı bağlılıkta değil. Göçmen çocuklarını meslek lisesine göndermek gibi bir düşünceleri var.

6- Mantık neden sonuç ilişkisi

7- Tüm eylemlerde tüm değerlere saygı

8- Ortak fayda

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPI

Mesai saatlerinin çıkışında yaşlıların toplu taşımaya kullanmasından hoşlanmıyorum ve kendi kişisel çıkarım diyor ki: binmeyin. Ama ortak faydayı nasıl sağlayacağız? O insanların o saatlerde toplu taşımayı kullanmasını engellersem bir özgürlüğü kısıtlamış olmuyor muyum? Çok hoşunuza gitmesede bir şekilde sağlamak zorundayız.

9- Kendi vicdanım

Kişinin kendi vicdanına ilişkin son noktada kanaatlerini gerçekleştirebileceği yönteminin olması gerekiyor. Bu 7 temel ilmin bir hukuk sisteminde gerçekleşmesi gerekir ki; biz o hukuk sisteminde hukukun belli bir değer taşıdığından bahsedebilelim. Finnis'in arzulanan bir hayatı oluşturabilmek için 7 +9 gibi bir iyisi var. Yani onun için hukuk bir amaç değil hukuk bir sonuç değil hukuk bir araç. Arzulanan bir hayatı gerçekleştirmek için 7 tane iyiyi sağlayacak artı 9'u sağlayacak ve böylece bir sonucu ulaşacak. Hukukun araç olduğunu düşünüyor ve niçin Finnis için muhafazakar demiş olabilirim? Evet, sınırlı sayıda tuttuğu için. Yıllar sonra kitabı tekrar baskı yapıyor ve bu baskı yenilenken 8. bir iyi ekliyor: evlilik :D Buraya kadar olan kısımda sizce hukuk ve ahlak birbirinden ayrılabilir mi? Yoksa hukuk ve ahlak aynı şey mi? (Bkz: Hart-Fuller Tartışması)

Eğer koşullar değiştiğinde hukuk da değişiyorsa bu sizce kaygan zemin oluşturmaz mı ? Peki arkadaşlar, 1944'de yaşanmış bir olay için 1950'de cezalandırmak hangi ilkeyi ihlal etmek anlamına geliyor?

19.10.2017

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ DERS NOTLARI

Hart-Devlin tartışması hukuk felsefesindeki en tartışmalı konulardan biridir. hukuk alanında en fazla tartışmak çıkan konular kürtaj eşcinsellik ve Ötenazidir. Bu üç konu Sürekli tartışma konusudur ve üzerinde tam olarak uzlaş

sağlanamaz. Kürtaj ve Ötenazi konusu hala tartışmalı bunların tartışmalı olmasının sebebi ortada çünkü her üçü de hak kavramı ile ilişkili. Tarih boyunca eşcinsellik hep var olmuştur ama artmıyor, kabul gördüğü dönemler olmuş, tamamen reddedildiği dönemler olmuş insanlık var olduğundan beri eşcinsellik var bir dönem daha az şiddetle karşılanıyor bir dönem tamamen reddediliyor ama her zaman var. Hart-Devlin tartışmasında 1957 yılında İngiltere'de bir komite kuruluyor. Wolfenden komitesinin kuruluş amacı eşcinsellik suç olmaktan çıkarılsın mı çıkarılmasın mı? 1957 yılında bu komite kurulana kadar İngiltere'de eşcinsellik suç. Suç olduğu için de cezalandırılıyor. Hukukun özellikle de ceza hukukunun amacı zayıf olanı, genç olanı, tecrübesiz olanı, korunması gerekeni korumak, kötülüklerden uzak tutmak, başkalarının sömürsünden korumak hukukun amacını korumak olarak açıklıyor ve koruyacağı özneyi de zayıflar, gençler, tecrübesizler, daha böyle toplumun kırılgan kesimi olarak tanımlıyor ama diyor Toplum planlı bir şekilde suç alanıyla ceza alanına örtüştürmek istemiyorsa yani toplumun istediği suç alanıyla günah alanını örtüştürmekse tamam o zaman hukuk alanından çıktık suç ve günah alanı örtüşebilir diyor ama toplum planlı olarak suç ve günahlarını örtüştürmek istemiyorsa hukukun karışamayacağı özel ahlak veya ahlaksızlık alanı vardır bu nedenle de eşcinselliği suç olmaktan çıkarıyor. Gerçekten hiç kimsenin dokunmayacağı bir özel ahlak ve ahlaksızlık alanı var. Hatta bırakın onu inanan bir insansınız, inancınız doğrultusunda diyelim ki tek tanrılı bir dine inanıyorsanız-arkadaşlar biz de hukukçuyuz kendi kişisel inançlarımız değer yargılarımız hatta tuttuğumuz futbol takımı, insan tercihimiz ve bir sürü şeyi arkaya bırakıp bir perde çekip önünde tamamen hukukçu olarak bulunmak zorundayız. Oraya çıktığınızda siz siz değilsiniz. Ama sadece orada değilsiniz arabada giderken hız yaptığınızda kırmızı cüzdanı gösterip ben hakim savcıyım ceza yazma dediğinizde hakimlik savcılık yapmıyorsunuz orada kimseden farkınız yok kürsüye çıktığınız anda siz insan değilsiniz. Çünkü siz çok daha fazlasını cüret eden bir varlıksınız. "Adalet dağıtmak cüret etmektir." Bambaşka

bir şeye cüret ediyorsunuz hem de çok fazlasına cüret ediyorsunuz yaratıcının sıfatlarından birini cüret ediyorsunuz orada mümkün olduğu kadar kendinizi bir tarafa bırakmak zorundasınız tek amacınız adaleti gerçekleştirmek olmalı. Kişisel ahlak ya da kişisel ahlaksızlık alanı dinlerin bıraktığı bir alandır bir düşünün bakalım neden yaratıcı tarafından size süre verilir? Bakın orada size kimse müdahale etmiyor ilk kişisel ahlak ya da ahlaksızlık alanı ne zaman nerede oluştu? Küçük çocukları düşünün arkadaşlar rahatlayın gözünüzü kapatın. (kapat, kapat evet sen de:D) Evde kimse yokken yaptığınız en abuk sabuk şeyleri düşünün. Herkesin var hiç kimse evde hanımefendi beyefendi olarak dolaşmıyor evde herkes tek başına kaldığında pislik şeyler yapıyor. İşte o sizin kişisel ahlak ya da ahlaksızlık alanınız oraya hukuk dokunamaz. Bu nasıl başlar sorusuna gelince sosyalleşme ile başlar. Komite eşcinselliği de böyle değerlendirip suç olmaktan çıkarıyor. Karşılarında ise Devlin var. - Kendisi yargıçtır ve aynı zamanda lorddur. - Devlin buna şiddetle karşı çıkıyor komitenin kararının kesinlikle yanlış olduğunu söylüyor. Ve diyor ki toplumların ortak bir kumaşı vardır ve ortak kumaş toplumun ahlakıdır. Toplumun ortak ahlakı vardır ve bu ortak ahlak alanı toplumu bir arada tutan unsurdur. Ne zaman ki toplumsal ortak ahlak ortadan kalkar o zaman toplumlar çözülmeye başlar ve yıkılırlar. Tarih de bunların örnekleriyle doludur diyor. Aynı zamanda hukuk kötülüğü ve zararı da önlemek zorundadır. Hukuk kötülük ve zarar önlemek zorunda olduğu için de eşcinselliğin de kesinlikle suç olarak kalması gerektiğini savunuyor. Devlin diyor ya hani hukukun görevi sadece toplumsal ahlakı ortak ahlakı korumak değildir zarar verici olanı da korumaktır. Feidenberg'e göre insanların en çok karıştırdıkları şeyi rahatsız edici ile zarar verici birbirine karıştırmaktır. Toplum içinde yapılmasından hoşlanmadığımız en çok rahatsız olduğunuz şey nedir? Mesela ben toplu taşımada insanların sabahları dişlerini fırçalamamasından, deo kullanmamalarından baya rahatsızım. Bunları yasakladığımı düşünün nasıl bir hukuk olur? Ama rahatsız edici bence hepiniz hemfikir olabilirsiniz tırnak yemek, saç emmek, geğirmek

hukuk bunlara da müdahale edebilir mi? Çünkü ortaya konuldu ki Feinberg'in söylediği şey şu rahatsız edici ama zarar verici değil. Toplum görerek eşcinsel olmuyor hani birini gördüğünüz içine eşcinsel olmuyorsunuz. Evet toplumda çok sık görülen şeyler doğal olarak algılanır. Ama gördüğünüz için de eşcinsel olmazsınız. Hart ise konuya bambaşka bir noktadan yaklaşarak diyor ki: Bütün bunlar ahlakın konusudur. Bunlar hukukun konusu olamaz. Hukukun eşcinselliğe ilişkin bir düzenleme yapması hukukun ahlak alanına girmesidir. -Ki Hart pozitivisttir. Pozitivist olduğu için de hukuk ve ahlak alanının kesin olarak ayrılması gerektiğini söylüyor. O yüzden Hart diyor ki Devlin'in iddialarının hepsi tutarsızdır çünkü Devlin'in iddialarının tamamı ahlak alanına ilişkindir. Eşcinselliğe dair olumlu olumsuz iyi ya da kötü gibi bir değerlendirme yapmıyor. Sadece Devlin'in değerlendirmelerinin tamamı ahlak alanına ilişkindir ve ahlak alanını hukuk alanına taşıyamazsınız. Pozitivistlerin doğal hukuka yönelttikleri en büyük eleştiri iki alanı birbirine karıştıramazsınız ayrılması gerek. Hart-Devlin tartışması önemlidir, bütün Hukuk Fakültelerinde hukuk felsefesi dersinde değinilir. (Detaylı bilgi için bkz: Hart-Devlin Tartışması Makalesi) Doğal hukuk pozitivism ayrımına doğru giderken Hart pozitivist olduğu için ahlak alanına ilişkin şeyleri hukuk alanından çıkartmak gerektiğini söylüyor Devlin ise hukuku araçsallaştırarak diyor ki hukukun görevi ahlaki korumaktır. Burada önemli olan tartışmalardan biri komitenin özel ahlak ya da ahlaksızlık alanına hukukun dokunamayacağını belirtmesi, Devlin'in ise zarar verici şeylerin önlenmesi gerektiği yönündeki iddiasına karşın Feinberg'in rahatsız edici ile zarar vericiyi karıştırıyorsunuz demesi.]

Hart-Fuller Tartışması

1934-Hitleri eleştirmenin cezası ⇒ idam

1944-Kadın kocasını gestapoya şikayet eder.

1950-Kadın yargılanır.

Hitleri, Hitler'in ülkeyi yönetim tarzını, savaş yönetim tarzını yani Hitler'e karşı her türlü eleştiri yasak.Führeri eleştirmek suçtur ve bu suçun cezası da idamdır. 3. Reich döneminde 1944 yılında kadın kocasını bu yasaya dayanarak gestapoya şikayet ediyor. Kocanın gerçekten Hitler'i eleştirip eleştirmediğini bilmiyoruz.Filmi de var belki rastlanmışsınızdır.Koca yargılanıyor ve idama mahkum ediliyor cezası idamdan Rus cephesinde askerlik hizmetini yapmak olarak değiştiriliyor ancak bir anlamda yine kesin ölüm çünkü hem Ruslar hem Almanlar aynı taktiği uyguluyorlar. Muhafızları ve suçluları,mahkumları Rus-Alman cephesine gönderiyorlar.Hat çok yakın. Ruslar Berlin'e dayandılar ama bir sene girmek için beklediler biliyorsunuz keskin nişancılar birbirlerinin gözlerini görebiliyorlar o derece yakın bir hat. Ve bu hatla önde muhafızlar ve mahkumlar var her iki tarafta da yandı çarpışarak gelecekler ya da kaçırmaya çalışırlarsa kendi askerleri vuracak her şekilde ölüm. 1950 yılı sonrasında savaş suçlarına ilişkin mahkeme kuruluyor ve kadın yargılanıyor.Hart ve Fuller kadının yargılanmasına ilişkin hukuktaki belli bir ilkeyi göz ardı ediyorlar. Ne olabilir bu? "Geriye yürümeme ilkesi". Savaş suçlarında, insanlığa karşı olan suçlarda onu kabul etmiyorlar. Ama sorun şu Hart diyor ki: 1934 yılındaki yasa geçerliydi.Kötü bir yasaydı, ahlaki hiçbir değeri yoktu ama yasaydı. 1934 yılındaki yasa geçerli bir yasaydı o nedenle 1934 yılındaki yasaya dayanarak 1944 yılında bu eylemi gerçekleştiren kadını yargılayamazsınız diyor çünkü yasa kötü bir yasa ama geçerli bir yasa Fuller ise diyor ki:Hayır,yasa Nazi Hukuku, ahlaktan o kadar çok uzaklaştı ki onu yasa olarak kabul edemeyiz. O nedenle 1944 yılındaki eylemi sebebiyle kadın yargılanmalı. Savaş suçları mahkemesinde sadece askerler yargılanmadı, hakimler de yargılandı. O zaman hukuk alanında şöyle bir şeyle karşılaşmaktayız: Fuller şunu yapmayı çalışıyordu hukuk sisteminde mahkeme kurulup yargılama yapılıyor. Tamam kadını yargıladık ama resmi görevli nasıl

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPİ

Fuller ⇒ içsel ahlak
Lshukunda mnde

yargılarınız? Askeri, mühendisi, yargıcı nasıl yargılayacağız? Çünkü bu şu demek değil mi? 1940 yılında verilen bir karardan dolayı yaşıyorsa kendisine, yaşamıyorsa gıyabında da olsa bir yargıcı yargılamak mümkün mü? Bu yargıcın sorumluluğunun ötesinde bir şey. Peki bunu nasıl yaptılar Gerekçe ne? Şununla gerekçelendirmeye çalıştılar: Fuller'in ahlaktan çok uzaklaşmışlardı açıklamasının manası hukuk sisteminin kendine has bir "içsel ahlakı" olması gerektiğini savunuyor ve Nazi hukukunda içsel ahlak yoktu. Nazi hukuku ahlaktan çok uzaklaşmıştı yani Nazi hukuku hukuk olarak kabul edilmediği için yargılar yargılandı yasalar yasa olarak kabul edilmediği için mühendisler yargılandı Peki neden hukuk değildi? Bir sisteme hukuk sistemi değil demek kolay mı? Peki niye beğenmiyorsunuz?

Fuller'in bir hukuk sisteminde olması gerektiğini düşündüğü 8 desidereta var.

Eğer bir hukuk sistemi bu 8 desideretaya uygunsa orada bir hukuk sistemi olduğu iddiasında ama 8 desideretaya uymuyorsa orada hukuk yoktur diyor.

- 1-Genellik
- 2-İlan Edilme
- 3-Çelişkisizlik
- 4-Açıklık
- 5-Uyuma Olanığı
- 6-Kalıcılık
- 7-Geriye yürümeme
- 8-İlan edilen kural ile eylem arasında uyum

1. Genellik
2. İlan edilme
3. Çelişkisizlik
4. Açıklık
5. Uyuma olanağı
6. Kalıcılık
7. Geriye yürümeme
8. İlan edilen kural ile eylem arasında uyum

Führer'in yasalarının bunlara uymadığı için yasa olmadığını, hukuk olmadığını o nedenle de ona uyan insanları, yargıçları yani uymakla görevli olmak sadece riayet etmek değil aynı zamanda hukuku uygulayan insanları bu nedenle yargılıyoruz.8. elinde bir arada olması lazım 3.Reich'in yasaları bu sekizinde bir arada taşımadığı için hukuk değildi diyor.Fuller'in hukuk sistemine ilişkin olarak getirmiş olduğu ilke bu.Fuller'e çeşitli eleştiriler yönetiliyor sizce bir tutarlılık ya da tutarsızlık var mı ne düşünüyorsunuz? Bu 8 ilke aynı anda varsa orada geçerli bir hukuk sisteminden bahsedebiliriz.Mesela 1932 yılında Hitler iktidara geldi dedim ya bunu şey için söyledim sonrasında Almanların kolektif sorumluluğuna gidildi. Sadece yöneticilerin değil bütün Almanların. Arkadaşlar, şıkar elde ettiler şöyle anlatayım bir anda savaş başladı Yahudileri toplama kampına götürüyoruz olmadı bunun çok arka planı var çok uzun bir döneme yöneliyor hatta kötülüğün sıradanlaşması diye bir şey duydunuz mu? Yada akıl tutulması. İnsanlar adım adım nereye gittiklerini bildikleri halde hiç sesini çıkarmadan gittiler.Yahudiler için akıl tutulması,Almanlar için kötülüğün sıradanlaşması denilmekte. Tek bir yasa ile Yahudilerin bütün mallarına el konuldu. El konulan mallar tekrar Almanlara dağıtıldı. Şimdi sermaye bir anda el değiştirdi mi? Kamulaştırma yaparsanız bedel ödemek zorundasınız. Bir anda ekonominize bu kadar yüklü bir kaynak gelirse, ekonomik canlanır. Bütün Almanlara bu sermaye dağıtıldı. Sonrasında Yahudiler mülklerinden ediliş şehir dışındaki gettolara yerleştirildiler.O gettolarda yaşamaya başladılar. Sarı yıldız olmadan getto dışında da dolaşamıyorlar dolaşırlarsa da ceza alıyorlar. Ekonomiye can veren 2. unsur Yahudiler çok düşük ücretlerle çalıştırıldılar.Bir Almanın saatine 10 mark veriyorsanız bir Yahudi'nin saatine 2 Mark verdiniz. Peki sermaye sahibi olduğunuzu düşünün hangisinden kar edersiniz? Ve Almanlar bütün bu yasaların genelde aykırı olduğunu biliyorlardı. Yahudilerin mallarına el koyduk dediğinizde bu 8 ilkeden bahsedebilir miyiz? Türk hukuk sisteminin en büyük eksiği kalıcılık. Yasalarımız kalıcı değil bunun sosyolojik olarak yansıması şu oluyor insanlar hukuku bağlayıcı olarak görmüyorlar. Hukuk

sistemi Türkiye'de insanlar için, üzerlerinde sürekli var olan, içine doğdukları uymak zorunda oldukları ve onunla yaşayıp olacakları bir şey olarak görünmüyormuş. Şey olarak görüyorlarmış hani birtakım kurallar var değişir onlar boş ver. Siz değişir o dediğiniz an da hukukun bütün etkisini sıfıra indiriyorsunuz. Mesela geçmiş yıllarda çek yasası yapılmıştı uyma olanağı olmadığı için kaldırıldı. Üzerine pek çok değişiklik yapıldı çok kısa ömürlü oldu bakın çek kanunu kıymetli evrak hukukunda görürsünüz. Fuller'in bu sistemine şöyle bir eleştiri getiriliyor bunların hepsi var olsa bile bir hukuk sistemi içsel ahlaktan uzaklaşmış olabilir deniliyor ki Güney Afrika'daki Apartheid rejiminde bu 8 ilkenin hepsi vardı ama Apartheid rejimi gayri ahlakiydi çünkü siyahlar ve beyazlar arasında keskin bir ayırım var ve bu keskin ayırma göre mesela siyahların üniversiteye gidebilirler ama kendi üniversitelerine. Beyazlarla aynı üniversiteye gidemezler. Siyahlar kendi üniversitelerinde Hukuk Fakültesinde okuyabilirler ama hakim savcı olamaz. Sadece kendilerine ilişkin davalarda avukatlık yapabilirler. Siyahlar işe girip çalışabilirler ancak yönetici olamazlar. Maksimum yükelebilecekleri yer yardımcılık. O yardımcılık da bir beyazın üstünde olan bir yardımcılık olamaz hani mesela genel müdür yardımcısı olamaz çünkü altında müdür, müdür yardımcısı falan var. En altta yardımcı olabilir. Bu yüzden Fuller'in sistemi için şey deniliyor bu yeterli değil. Bu 8-desiderata bir hukuk sisteminin içsel ahlaka sahip olup olmadığını belirlemek de yeterli değil diye bir eleştiri geliyor. Şimdi arkadaşlar hukuki pozitivizm hukuk felsefesi alanındaki en önemli diğer hukuk okuludur hukuki pozitivizmin 2 dönemde inceliyoruz:

- 1) klasik hukuki pozitivizm *Bentham Austin*
- 2) Modern hukuki pozitivizm

Klasik hukuki pozitivizmin temsilcileri Bentham ve Austin. Normal şartlarda hukuki pozitivizm çok olumlu bir şey değil gibi değil mi? Size çağrıştırdığı şeyler olumlu mu? Hukukta bilimselliği hedefler, amaçladığı şeyler: Hukukta

kesinlik, hukukta öngörülebilirlik. Pozitivistler diyor ki: Hukuka ilişkin olarak doğal hukukçuların yaptığı en büyük yanlış hukukun olması gerekenle, hukukla birlikte olanla, birlikte ele almaları oysa yapılması gereken, olması gerekeni bir tarafa bırakıp, var olanı, olanı görmek. Hukuki pozitivizm akımını biz üretmiş olsaydık acaba ne derdik? Bilimin üreticisi olmadığımız durumlarda onların kullandığı tabirleri kullanmak zorundayız mesela pozitivizmin şeyi position. Bulunduğu durumdan geliyor. Bir şeyi, bir varlığı bulunduğu durumda keşfetmek mânâsına geliyor. Bulunduğu haliyle keşfetmek hukuka nasıl yansır? Hukukta olması gereken iddiaları bir tarafa bırakın, hukuk adil olmalı bir tarafa, hukuk eşitliği hedef almalı bir tarafa, hani hukuka ilişkin tüm olması gerekenleri bir tarafa bırakın ve "hukuk ne?" Ona bakın. "Hukuk ne?" "Pozisyonu ne?" Konulduğu haline bakın. Mesela klasik örneklerinden bir tanesi çocukken hiç radyo açmaya çalıştığınız oldu mu? Nasıl çalıştığını öğrenmek için, içinde ne var ne yok diye. Ben babamın beylik tabancasını açmaya çalışmıştım. Silahı açmaya çalışan bir kişiye, silahın nasıl çalıştığını öğrenmeye çalışan kişiye, siz bu kişiye şununla gelir misiniz? Silahlanmanın kötülüğü, silahın sebep olabileceği kötülükler, silaha alternatif bireysel korunma mekanizmaları. Amaç neydi? Nasıl çalıştığını görmek. Gelen karşılıklar ne? Hep bir sonraki aşamaya yönelik. Nasıl çalıştığını öğrendikten sonra.

1-Sebepe olduğu sonuçlar

2-Alternatif araçlar

Hukuki pozitivistler de diyor ki doğal hukukçuların yaptığı bu. Biz hukukun ne olduğunu anlamaya çalışıyoruz siz bize hukukun ne olması gerektiğini sunuyorsunuz. Doğal Hukukçular da diyor ki: Siz buna o kadar çok takıldınız ki, hukukun ne olduğu anlamaya çalışıyorsunuz da anlamaya çalıştığımız şey aslında hukuk değil. Anlamaya çalıştığımız şey yasa. Hukuk dediğiniz şey bunun ötesinde bir şeydir. Siz hukukun ne olduğuna değil, yasanın ne olduğunu ulaşıyorsunuz.

Pozitivistlere bir başka eleştiri olarak diyorlar ki Sız hukuku diğer her şeyden ayrı olarak düşünebileceğinizi söylüyorsunuz ama hukuk politikadan, ekonomiden ayrı olarak düşünülemez. Fakat sız hukuku tek başına ele alabileceğinizi düşünüyorsunuz. Bu bir yanılgı. Hukukun politika ve ekonomi ile olan ilişkisini yadsımak korkutur. Bunun da yanlış olduğunu söylüyorlar. Olana odaklandığınızı söylüyorsunuz ama olana odaklandığınızda hukukun ekonomi ve politika ile olan ilişkisini görmüyorsunuz. Bentham'ın hukuki pozitivizmi ortaya koyarken aslında bir bakıma şey var doğal hukukçuların haklı oldukları bir şey var. Ben bir hukuk okulu oluşturacak olsam Türkiye gerçeğinden ne kadar uzaklaşabilirim? Düşünelim. Ben kimim? Kadın Müslüman, Türk, orta sınıf altı, taşra çocuğu. Ortaya koyacağım hukuku okulunu tüm bunlardan ayırabilir miyim? Mutlaka bir şey olur. Doktor olsam fizikçi olsam bile bununla bir bağım var. Hukukçu iken bile var. Hukukçu değil nasıl bir bağınız var? Bütün bunlarla yoğurularak geliyorsunuz. Geldiğiniz noktada tüm bunları bir tarafa bırakıp da asıl statüye geçiş yapamıyorsunuz. Bununla ilgili bulmuş olduğunuz tüm deneyimlerin hiçbirini şuraya bırakıp, bir başka statüye geçiş yapamıyorsunuz. Aynı şey Bentham için de geçerli. Bentham da hukuki pozitivizmin ilkeleri koyarken kendi döneminin İngiltere'sinden esinlenerek kurdu. Kendi döneminin İngiltere'sindeki Anglo-Sakson hukuk sistemi "doğal aklın, kadim ve yüzyıllardır geleneğinin bir tezahürüdür." Anglo-Sakson hukuk sistemi Bentham'ın döneminde doğal aklın, kadim geleneğin ve yüzyıllardır gelen o uyguladığınız şeylerin hepsinin bir ibaresi olarak bekliyordu. Şimdi doğal akıl dediğimizde şey var Bentham diyor ki: Bir yargıcın bağlı olduğu herhangi bir kanun olmadığını düşünün. Kanun yok. Hart-Fuller tartışmasındaki olayın günümüz Türkiye'sinde bir parça değişerek yaşandığını düşünün. Gümüşhane ilinde yaşayan kadın çevre baskısı sebebiyle kocasından boşanamamaktadır. Ki kadının herhangi bir geliri yok boşansa ne yapacak? Ama çocukluk aşkıyla da son sürat bir ilişki yaşıyor. Çocukluk aşkı İstanbul'dan yeni gelmiş. İstanbul'da çalıştığı parayla Gümüşhane'de bir fırına

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPİ

açmış.Bu kadına kocasından kurtulması için bir şeye ihtiyacı var.Bu kadın ne yapsın? Hadi kadına bir şey önerin. Tamam başka bir çözüm bulamadığımız a göre öldürsün o zaman sevgilisinin de fırınında cesetten de kurtuldular. Hatta Muge Anlı'nın programına da çıktı.Kocam kayıp, en son o akşam çıkmıştı bir daha gelmedi falan da dedi .Yakalanırsa ne olacak? (Sınıfı 3'e bölerek yargılama yapmamızı istedi.Kimi müebbet,kimi ağırlaştırılmış müebbet,kimi idam isteriz dedi.) Teatral hale getirdiğimiz bu durum Bentham İngiltere'sinde aynen yaşanıyor. Bakın siz bile belirli bir ceza hukuku sisteminden hareketle kafanızda "bu kadın ne alırdı?" dan kurtulamıyorsunuz. İngiltere'de yargıç bu kadına 10 yıl bile verip sonrasında bırakabilir de çünkü öncesinde yargıcin bağlı olduğu, içinde hareket edebileceği bir kanun yok. Dedim ya Bentham döneminde Anglo-Sakson hukuk sistemi, doğal aklın vücut bulmuş olduğu kadim gelenekler ve geçmiş kararların bir bütünüdür. Her koşula göre farklı karar vereceğim derken aynı olay, mağdurlar değişiyor, müebbet, ağırlaştırılmış müebbet ve idam kararları çıkıyor. Ve siz Hukuk Fakültesi öğrencilerinin kafaları modern hukuk sistemiyle biçimlendirilmiş olduğu halde oluyor bu. Bir de yargıcın çok daha geniş bir alanı olduğunu düşünün.Bentham Anglo-Sakson hukuk sisteminin bu özelliğinin sadece kararlarda muğlaklık getirdiğini söylüyor. Ve öngörülemezlik kesinliğini olmaması insanların neye uyacağını bilmemeleri bir şeye uymadıkları zaman hangi cezayı alacaklarını bilmemeleri. Kanunlar önceden ama edildiğini de biliyoruz ki bizim kanunlarımız var. Az çok biliyoruz hatta ilkemiz var kanunu bilmemek mazeret sayılmaz. Ben bunu çaldığında suçu olduğunu bilmiyordum hayır yok öyle bir şey.Bentham'ın en çok rahatsız olduğu şey yargıçların kadim geleneklere sürekli atıf yaparak, geçmiş kurallara sürekli atıf yaparak yargıçlar aslında kendi keyfiyetlerini ve kendi kararlarında, geçmiş kararları veya kadim gelenekleri meşrulaştırma amacı olarak kullanmaları.Yargı, insanların yargıya başvurmaları, ondan bir sonuç almaları tamamen göstermelik bir tiyatro. Eleştirilerinde sadece bununla yetinmiyor çok ileri gidiyor ve yargıçların kıyafetleri ile de dalga geçiyor.

Gelenekselliği veya kurumsallığı sağlamak için törenlere, marşlara ve ufak geleneklere, ufak ayrıcalıklara ihtiyacımız var. Yurt dışında özel okullar forma giyerdi. Para veriyorsunuz, verdiğiniz paranın karşılığında bir aidiyet var o yüzden forma giyersiniz. Ya da şöyle düşünün Osmanlı'nın son dönemi savaş kaybedilmiş ve bu sırada birisi oturup Mülkiye Marşı yazıyor neden? Kurumsallığı sağlamak için. Kurumsallığın sağlanması için törenlere de ihtiyacınız vardır. Liselerin mezuniyet etkinlikleri, pilav günleri vs. Ted kolejinin flaması, Galatasaray Lisesi mezunlarının yüzük takması... Yargıçlarının kıyafetleri o dönemde İngiltere'de o kadar abartılıydı ki, dilleri o kadar ağırdıydı ki bunun anlamı şu bilerek kendilerini ötekileştiriyorlar ve bunun halka yansıması da şu şekilde oluyor: Adaletle ulaşmaya yönelik isteksizlik, ulaşmanın aşırı pahalı olması ve cehalet. Bürokrasinin farklı bir dil konuşması bir imparatorluk geleneğidir. Ve yargıçlar bürokrasinin en önemli kesimini oluşturur ve halkla aynı dili konuşmazlar. Bentham diyor ki: Yargıçlar kendilerine halktan koparmak için bu dili bilerek kullanıyorlar bu kıyafetleri bilerek giyiyorlar. Önerisi kıyafetler sadeleşme dilde sadeleşme. Ve yargıçlara diyor ki yargıçlar aslında kendi adaletini sağlamak için bir şirket yöneten bireyler gibidir. Judge&Co şeklinde adlandırıyor. Yargıçlar, savcılar, noterler, avukatlar aslında aynı sistemin içinde yer alan ve sürekli kendi adalet şeylerine dönüp duran insanlardır. Doğal aklın vücut bulmuş hali kadim gelenekler önceki kararlar falan hepsi hikaye sadece şunları yaptığını söylüyor ben bugün böyle düşünüyorum bugün bu davada bu doğru buna ilişkin gerekçeyi de kadim geleneklerden bulalım. Teamül hukukunu köpek hukuku olarak adlandırıyor. Önceden bir kanun maddesi olsa onu bilir misiniz? Bilirsiniz. Çeşit çeşit de olsa torba yasa halinde kanunlarımız ilan ediliyor değil mi? Resmi gazetede yayınlanıyor. Okuyorsunuz ve sizle ilgili bir şey varsa haberdar oluyorsunuz. Teamül hukukunda öyle olmuyor. Köpek hukuku demesinin sebebi şu siz köpeğiniz bir şey yapsın isterseniz onu ödüllendirirsiniz bir şey yapmasın isterseniz onu cezalandırırsınız. Teamül hukukunda da insanlar aynı şekilde eğitiyorlar. Önceden

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPI

vaaz edilmemiş olduğu için kişiler bilmez ve o an o davranışı yapması istenmiyorsa ceza gelir davranıştan hoşnutsanız ceza gelmez, ödül olmuş olur. Teamül hukuku önceden vaaz edilmediği için insanlar bu mantıkla yola getirilmeye, insanlara şekil vermeye çalışılır. Bu da köpek hukuk olarak adlandırılmasının sebebidir. Tüm bu anlattığım olumsuzluklardan dolayı kanunların kodifiye edilmesini istiyor. Böylece yargıda günümüzdeki sisteme geliniyor. Mahkeme kararları hala bağlayıcı ama yargıcı bağlayan kanunlar var. Yargıç önceden ilan edilmiş kodifiye edilmiş kanunlarla bağlı. Evet gerekirse diğer mahkeme kararlarını da kendisine bağlayıcı olarak kullanabilir. Kodifikasyondan sonra yargıcın bir alanı var. Bentham'ın bu eleştirileri İngiliz hukuk sisteminde karşılığını buluyor. Kanunlar, kıyafetler sadeleştiriliyor. Bizim de 2000 yılından sonra bütün kanunlarımız sadeleştirildi.

26.10.2017

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ DERS NOTLARI

Bu hafta Bentham-Austin karşılaştırması yapacağız. Kısa bir tekrarla başlayalım. Bentham'ın Anglo-Sakson hukuk sistemine yönelttiği eleştirileri hatırlayan var mı? Belirli vaat edilmiş herhangi bir kural olmaksızın her somut olayda bir sonuca vararak insanları belirli bir davranışa yönlendirmeye çalıştığımız durumda bir bakıma, köpeğinizi eğitmek gibi oluyor. Yönelttiği temel eleştiri bu. (Hoca yarı kurgu-yarı gerçek bir hikaye anlatıyor. Özetle aralarında hatırı sayılır bir yaş farkı olan evli bir çift var. Kadın kendi akrasını başka birine aşık olur. Çeşitli sosyokültürel sebeplerle boşanamazlar. Koca ortadan kaldırılır. Kadına ve sevgilisine ne yaptırım uygularız?) (Mamoş türküsünü ne sanıyorsunuz? Mamoş da komşunun karısıyla ilişki yaşayan bir genç. Memati'nin oğlu değil yani :)) Bu tarz olaylar vaka-ı adiyeye. İnsan varsa cinayet olacak aşk, şehvet, hırsızlık insandan bahsediyoruz hepsi bir şekilde olacak. Aynı olaylar değişik şekillerde farklı insanlar da ufak değişikliklerle yaşanıp duruyor ama Bentham diyor ki: Anglo-Sakson hukuk sistemi için, önceden vaaz edilmiş belli bir kural yoksa adaleti

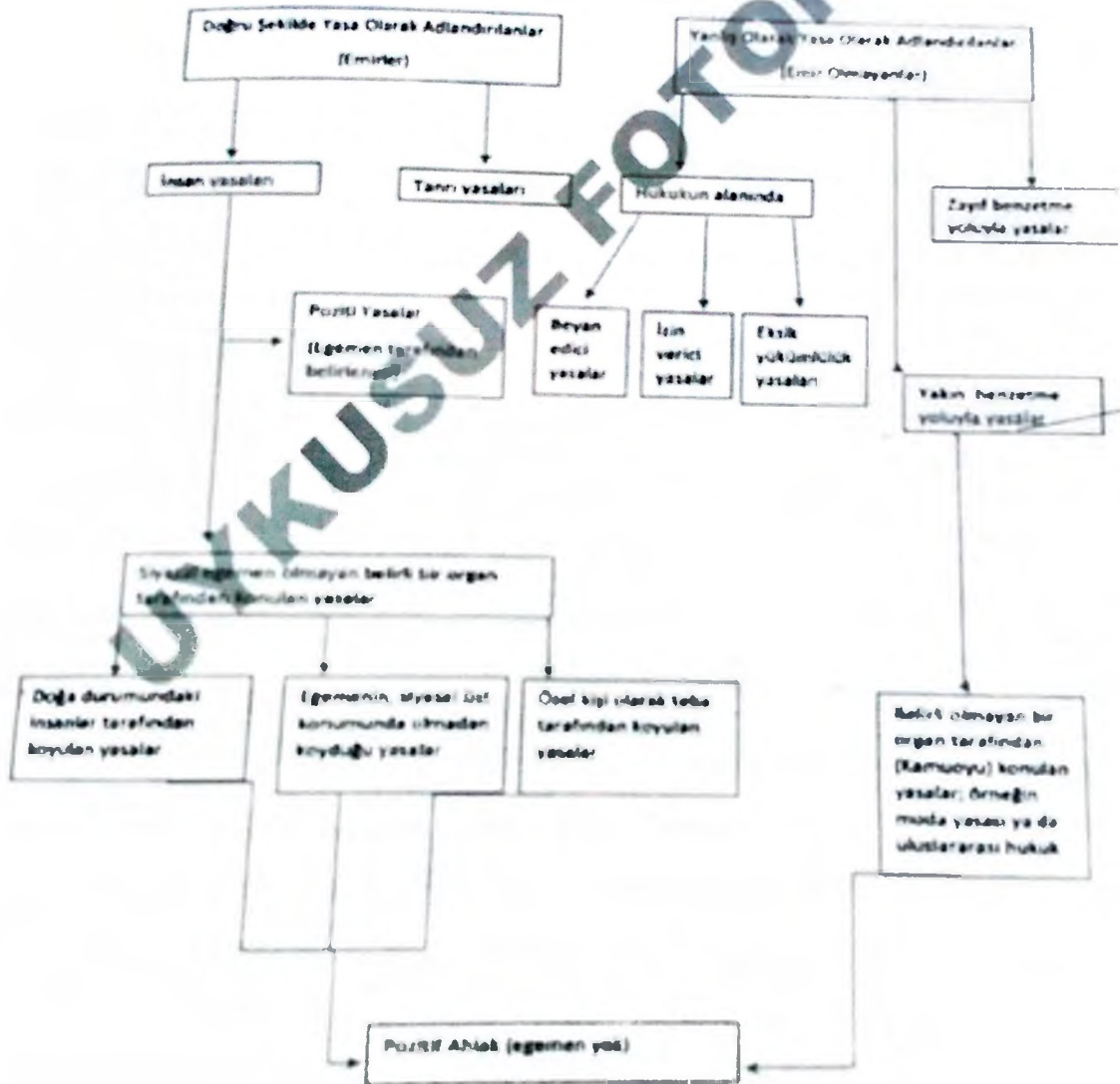
çözmek adına, her somut olay için, yargıç bir karar verirse, yargıç aslında kendine o an için doğru gelen karar vermektedir. 3 yıl sonra benzer bir olay yargıcın önüne gelse başka bir karar verebilir ve yargıç kendi kararını meşrulaştırırken doğal hukuka ilişkin genel ilkeleri kullanır. Nasıl? Der ki : Doğal hukukun vücut bulduğu kadim geleneklere atıf yapıyorum. Benden önce ki adalete uygun mahkeme kararlarına göre karar veriyorum. Geçmiş teamüllere atıf yapar ve bütün bunlar aslında yargıcı bağlayan şeyler gibi görünse de yargıca geniş bir alan bırakmaktadır. Zaman zaman kendi keyfi kararını meşrulaştırmak için geçmişteki kendisine uygun bir karar alıp bulup atıf yapabilir. Yargıç beraat dahil olmak üzere tüm kararları verebilirdi.(hikayeye atıf yaptı.) Vermemesi için bir engel yok. Ona yol gösteren, hangi şekilde karar vermesini gerektiren vaaz edilmiş bir kanun var mı? Yok. İdam da verebilir, beraat da verebilir, 19 yıl da verebilir, 10 yıl da verebilir, 4 yıl da verebilir, ağırlaştırılmış müebbet de verebilir, müebbet de verebilir, 25 de 20 de verir. Çünkü kendisini sınırlayan daha öncesinden yapılmış kurallar yok. Yargıç her olay için, somut olayı çözdüğünü iddia ederek, sürekli geçmişe atıf yaparak, kendi keyfi kararlarını gerekçelendirir. Hukukun bu yapısından dolayı da, aynı teamül hukuku gibi mesela şey var evlilik dışı ilişki yaşayan bütün insanlar cezalandırılsın gibi bir düşüncenin hakim olduğu bir dönemde yargıç buna göre karar verecek. Sonra başka bir yerde bakacaksınız ki medya kendince bir görsel bir şov malzemesi bulacak birini seçecek, onun üstünden farklı bir şeyler dönecek ve dönen olaylara göre yargıç belki de 15 yıl verecek çünkü önceden kendisini sınırlandıran bir alan yok. Anglo-Sakson hukuk sistemine bu yüzden eleştiriler sunuyor. Bu yüzden sistemi teamül hukuku olarak adlandırıyor. Yargı yoluyla davranışlara yön verilebilir. Öyle bir dönemdeyiz ki yargının görevi küçük yaşta evlilikleri engellemek. O zaman yargıç ne yapacak herkese basacak cezayı. Neden ? Çünkü önceden vaaz edilmiş, ilan edilmiş bir kural yok. Peki şu an teamül hukuku köpek hukukudur dediği şey getirdi mi? Devlet davranışı onaylamıyor onaylamadığı davranış için ceza veriyor ve insanlar bu yöne

gidiyorlar. Davranışı onaylarsa, örneğin 18 yaşından sonra evlenenlere çeyiz yardımı yapıldığını düşünürsek, bu devlet tarafından onaylanan bir davranış mı? Evet. O zaman insanlar buna doğru yöneliyor. Ceza-ödül üzerine kurulu bir sistem. Ve önceden vaaz edilmiş kuralları kişilerin bilmeye hakkı vardır ancak bu yok. Bu sebeple sistemi eleştiriyor ve teamül hukukunda insanları köpekler gibi eğitiyorsunuz demesinin temelinde de bu yatıyor. (Hakime Hanım-Savcı Bey-Hakim Bey şeklinde ilerleyen mübalağalı bir konuşma üzerinden hakim ve savcıların statüler arası geçiş yapamadıklarından, iş yükünden yakınmalarını, ağırlıklarının meslekte olması gerektiği yönünde eleştiride bulundu. Çok sevilen hocamızın (Şahin Hoca) olduğu yönündeki hakim görüş de kayıtlara geçildi :D) O dönemin İngiltere'sindeki yargıçların kıyafetleri insanların ulaşması için fazla pahalı. Dilleri ağdalı, Anlaşılmaz. Ben size şurada Osmanlıca döktürsem sadece ne olur? Hoca Osmanlıca biliyormuş dersiniz ya da tam tersi aşırı derecede öz Türkçeleştirsem anlar mısınız? Hukukun dilinin halkın anlayacağı şekilde olması gerekiyor. Halk anlamadığı sürece şeffaf değildir, ulaşılmazdır. Bentham'ın hukuk sistemine yöneltilen eleştiriler o dönem için gayet haklı bulundu ve sistemli bir şekilde eleştirileri doğrultusunda kodifikasyonlar yapıldı. Kodifikasyonlardan sonra İngiliz hukuk sistemi geleneksel o ağır haline, tamamen büründü. Klasik olan pozitivistlerin temel özelliği şu- Bentham ve Austin klasik hukuki pozitivist sayılırlar.- İkisinde "hukuk=emir". Hukuku emir olarak tanımlıyorlar. Bir anlamda hukukun emir teorisinden bahsedebiliriz. Onlar için hukuk emir anlamına geliyor. Bentham ile Austin arasındaki temel fark artık şu : Austin o kadar çok emre odaklanıyor ki hukuk=emir. Emir olmayan hiçbir şey hukuk değildir. Hukuk sisteminde emir dışında hukukun yaratılma biçimlerinden birini emir olarak görmüyor. Bentham için hukukun oluşma biçimleri vardır. Bentham için bir tanesi de emirdir ama emir dışında başka yollarla da oluşturulabilir. Austin ise diyor ki hayır. Sadece emirle oluşur. Bugün şu sonuca götürüyor. Hukuk sadece emirdir, derseniz hukuk sisteminde her zaman delillerin olduğu, emrin bir yaptırıma

hukukun dışarı → Austin sadece emir
Bentham emir dışarı yollar

bağlandığı alan hangisi? Ceza hukuku. Austin'in hukuk anlayışı temel olarak ceza hukukuna dayanır. Ceza hukukuna ilişkin, kanun vaa edildiikten sonra yargılanma, yakalama, infaz ve tutukevine sevki, cezasının orada tamamlanması falan yurutme alanına ilişkindir. Temel olarak Austin'in temel hukuk anlayışı ceza hukuku ve yurutme alanına odaklanmıştır. Yurutme dediğimiz zaman aklımıza şeyin gelmesi gerekiyor egemenlik tanımında da var. Temel olarak Bentham yasamayı da kabul ederken hukuk tanımı içerisinde Austin genel olarak sadece emri ve cezayı kabul ediyor.

Şekil 3.1. Austin'in Hukuk Kuramının Kapsamı



Austin açısından şöyle bir durum var yasalar ikiye ayırıyor ve doğru şekilde hukuk olarak adlandırılan yasalar vardır.

Doğru şekilde yasa olarak adlandırılanları kendi içinde ikiye ayırıyor: İnsan yasaları ve Tanrı yasaları. Tanrı yasaları alanını özel alanda bırakalım. Dedik ya sonuç olarak bunlar pozitivist düşünürler ve pozitivist oldukları için orta çağdaki hukukun tek meşru kaynağının din olması durumu artık orta çağda kaldı. Yeni çağ birlikte din özel alanına kaydetti dünyevi şeylerle ilgili olarak insanların kendi yasalarını yapma durumu var. İnsan yasaları ilk olarak pozitif yasalar olarak ayrılıyor. Yasal egemenin yapmış olduğu yasalardır. Siyasal egemenin yapmış olduğu yasalar pozitif yasa vardır bir de egemenin siyasal olmadan yaptığı yasalara vardır. Kendi içinde üçe ayrılıyor:

- 1-Doğa durumundaki insanların yaptığı yasalar
- 2-Egemenin siyasal üst olmadan yaptığı yasalar
- 3-Özel bir organ olarak tebaanın yaptığı yasalar.

Egemen'in siyasal üst olmadan yaptığı yasalar mesela ne olabilir? Egemenliği paylaşıyorlardı kimlerdi onlar? Feodal beyler. Feodal beylerin üstünde ne vardı? Krallar. Hepsinin üstünde papalık vardı. Asıl egemen onlardı diğerleri sadece egemenliği paylaşıyorlardı. Ve bu üçü pozitif ahlakı oluşturur. Pozitif ahlak alanında siyasal olarak bir egemen yoktur. Siyasal egemenin olduğu tek alan pozitif yasalardır. Onun dışındakiler egemenin siyasal olmadan yaptığı yasalardır. Mesela bir ilçedeki ileri gelenler, eşraf onun yaptığı yasalar yani. Doğa durumunda olup da hala geçerli olan yasalar yok mu? Bir normun hukuk kuralı haline gelebilmesi için gerekli en temel şey nedir? Evet, arkasında devlet desteğinin olması yani kanunda yer alması. Yanlış olarak yasal olarak adlandırılan var ise kendi içinde ikiye ayrılırlar:

1-Hukuk Alanında

2- Benzetme yoluyla yanlış adlandırmalar

Benzetme yoluyla yanlış adlandırmaların en tipik temel örneği mesela ne diyoruz? Doğa kanunları diyoruz, fizik yasaları diyoruz, yer çekimi kanunu diyoruz. Bunlar diyor aslında yasa değildir biz bunları sadece benzetme yoluyla yasa olarak adlandırılır. Yine uluslararası hukuk alanını da böyle görüyor ama o tamamen değişmiş durumda artık. Mesela diyor ki moda yasaları. Modanın kendine has kuralları yok mu? Yüksek bel pantolonlar ne zaman çıktı? Geçen sene işte yavaş yavaş bu sene herkes de var. Peki öncesinde bu ne zamanın modasıydı? 80'ler (tehlikenin farkında mısınız?:D) Modanın kendine has kuralları var ve insanlar ister istemez bunları uyuyorlar. Bunlar için aslında bunlar yasa değildir yasaya ilişkin, hukuk alanına ilişkin değildir ama biz benzetme yoluyla yasa olarak adlandırıyoruz. Asıl önemli olan kısım diğer kısım hukuk alanında yanlış yasa olarak adlandırılanlar. Tanımlayıcı, açıklayıcı, beyan edici, izin verici her türlü kural, tüm yasa hükümlerinin yanlış olarak yasa olarak adlandırılanlar kısmında tutuyor. Yani Borçlar Kanununu siz aslında yasa olarak nitelendirilebilirsiniz ama aslında o yanlış olarak bir yasadır diyor neden? Çünkü emir vermiyor sadece açıklama yapıyor. Talimat vererek, izin vererek nasıl kullanacağınıza ilişkin açıklamalar yapıyor. Ceza dışındaki tüm alanlar aslında Austin'e göre yanlış olarak yasa olarak adlandırılmışlardır. Şu tabloyu özümsemenizi istiyorum çünkü egemenlik anlayışı, hukuk kavramı, Austin hukuk emirdir anlayışında nerede durduğunu anlamamız bu tabloyu özümsemenize bağlı. Pozitivistleri genel olarak en yaftalayıcı en basit şekilde nitelendirmek istersek "hukuk=emirdir" diyorlar diyebiliriz. Ama kendi içlerinde baktığımız zaman Austin'i Bentham'dan nasıl ayıracağız? Austin normları, yasaları bu kadar ayrıntılı bir şekilde düzenlemeye çalışıyor. Bentham'la Austin'in hukuk tanımlarına bakarsak Bentham'ın hukuk tanımında 6 tane unsur var:

Tablo
Özetli

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPİ

- ≈ İşaretlerin okunması ✓
- ≈ İstencin beyan edilmesi ✓
- ≈ Egemen tarafından tasarlanma veya egemen kabul edilme ✓
- ≈ Kişiler arasında bir davranış kuralı haline gelmesi ✓
- ≈ Bunun bir vakaya bir olguya dayanıyor olması ✓
- ≈ Davranışları yönlendirici olması ✓

Bentham'ın hukuk tanımı bizim aslında klasik hukuk tanımımıza çok yakın değil mi? Hukukla neyi amaçlarız? Davranışlara şekil vermek belirli bir davranışı yönetmek. Bir alanda hukuk kanunu nasıl oluştururuz? Ceza Kanunu ne kadar eski? Peki bilişim suçları ne kadar eski? Bu kadar eski bir ceza kanunda bilişim suçu diye bir suç neden var? Bilişim suçu ile yaptığımız şeyi az çok bellidir. Birinin özel hayatı ihlal edebilirsiniz, kredi kartı bilgilerini kullanarak zor durumda bırakabilirsiniz ya da bilgisayarındaki kameradan uygunsuz görüntülerini elde edersiniz. Kanun koyucu neden bunların hepsini hırsızlık adı altında düzenlememiş olabilir? Kanun koyucu ne kadar çok açıklama yapıp düzenlemeye çalışırsa siz o kadar çok bilirsiniz. O zaman olmayan her şeye hakkınız olduğunu düşünebilirsiniz. Sizin hangi davranışlarınızın suç olduğunu önceden bilerseniz, sizi zaten başka bir şekilde eğitiyor olmaz. Size zaten sundu dedi ki bunu yaparsan böyle olur şunu yaparsan şöyle olur. Orta zekalı, makul vatandaş olmanıza güvenerek size bırakıyor. Aramızda yapmış olduğumuz birlikte yaşamın kurallarına ilişkin, senin de zımni olarak tarafı olduğun sözleşmeye göre sizi cezalandırabilirim. Kişinin rızasına mı bırakıldı bu durum? Evet. Öncesinde iyi insan yapmaya çalışmıyor. İyi insan hukuku değil yani. X'iyi insan yapabilir miyim? Zaman alır :D Arkadaşlar X'in iyi insan olmadığına nasıl karar verdiniz? X'i iyi insan yapmak amacım hatta öyle iyi insan yapacağım ki hiçbir zaman suç alanına girmeyecek ve X'ibu doğrultuda şekillendiriyorum. X sabah şu saatte kalkacak, kalktıktan sonra şu faaliyetleri yapacak. Onun iyiliği için bütün hayatını planladım. Suç işlemesin, günah işlemesin

iyi insan olsun diye yapıyorum. Mümkün mü? Hayır değil. Çünkü o hayat X'e ait değil. İyi tanımını yapan kişiye ait. Hukuk bunu yapmamak için mümkün olduğu kadar ayrıntılı düzenlemelerle belirtiyor ve diyor ki çekiliyor. Hani bazı şeyleri soruyorsunuz ya o neden suç değil diye işte bu yüzden suç değil, hukuk geriye çekildi. İyi insan hukuku değil çekildi rızasına uygun olarak isterse suç işler isterse işlemez. Tercihlerinizden siz sorumlusunuz bu nedenle ayrıntılı bir şekilde düzenleme yapmıyor. Bentham'ın söylediği de bu vakalara dayanması, istencini olması. Bilişim Hukuku neden artık suç ? Çünkü yasa koyucu baktı ki bu alanda bir istek var. Sadece bizde değil dünyanın her tarafında hiç olmayan bir akademik dal oluştu: Bilişim hukuku. Belirli noktalarda sadece ceza hukukuyla değil medeni hukukla da kesişiyor. Bilim gittikçe pahalı ve tekel durumunda oluyor. Bir makale hakkında bir konu hakkında araştırma yapmak için üniversitemizin veritabanına girdiğimiz zaman bazı makaleleri erişimin olmadığını görürsünüz. Makaleden yararlanmak için belirli bir ücret ödemeniz gerekiyor. Bilimin herkese açık olmasına gerek yok, bilim belli bir sınıfın belli bir topluluğun herkesin öğrenmesine gerek yok. Buna karşı başlatılan başka bir kampanya var. Üzerine sınırlandırma koyduğun bu makalenin ne kadarına sahipsiniz? Bir sabah kalktınız ve bu makaleyi yazdınız mı? Hayır. Sen senden önceki birçok bilgiyi kullanarak geldin ve o bilgilerin kullanımı sana açıldı. Peki bu noktadan sonra sen onlardan aldysan hepsi sana ait değilse nasıl tamamı üzerinde mülkiyet sahibi olabilirsin? Mülkiyetin tekrar tanımlanması lazım insana fikri mülkiyeti tekrar tanımlamak için uğraşıyorlar demeye çalıştığım şey şu kanun koyucular hani dedik ya işaretlerin okunması, istencin beyanı, Austin'in tanımında olduğu gibi siyasal egemenin yapması bunları yaparken belirli bir vakiya, olguya dayanması çünkü davranış kuralı haline getirip yön verecek ya, o yüzden altyapısının, geçmişinin bir olguya dayanması gerekiyor bir şeyin hukuk kuralı haline gelebilmesi için. Çünkü egemen onunla bir davranışı yönlendirecek. Davranış kuralları haline getirecek. Ve o davranış kuralı haline getirdiği şeyler belirli bir yöne gitmeye

çalışıyor. Bentham'ın tanımı bu 6 unsuru içeriyor. Ve bu 6 unsurdan her zaman emir çıkar mı düşünün. Bu 6 unsurdan emir çıkabilir ama emir dışında açıklama tanımlama da çıkabilir. Bu 6 unsurun hepsi emir olacak diye bir şey yok burada tanımlayıcı, açıklayıcı, izin verici bir norm da çıkabilir hukuk tanımının içinde bu da yer alabilir. Mesela ne var şimdi? PVSK'da değişiklik yapıldı mı? Polislerin sakal bıyık bırakmaları yasaklanacaktı. Şimdi bu yasak mı? Evet, bu bir yasak. Peki şey düşünün dedi ki kanun koyucu okulda veliler toplanıp karar alsınlar okul kıyafetiyle mi devam edilecek? Günlük kıyafetle mi devam edilecek? Yasak mı? Değil. Aslında bir açıklama bir tanımlama değil mi? Ne yapılacağına karar veriliyor. Veliler bir araya gelip çocuklarınız okula okul kıyafetiyle mi gitsinler yoksa serbest kıyafetle mi gitsinler? Birinde polis bıyık bırakamaz, sakal bırakamaz yasaklama. Öğrenci velileri karar versinler okul kıyafeti mi serbest kıyafet mi bu açıklama. İzin verme, yönlendirme hukuk tanımı içinde mi? Evet bu 6 unsuru taşıyor muydu? Evet taşıyordu. Oysa Austin'in hukuk tanımı emir ve ödevi içerir ve şu şekildedir: İsteği dikkate alınmadığında kötülük yapma gücüne sahip olan tarafın diğer tarafa itaat ödevi yüklemesi, emredilen tarafa itaat ödevi yüklemesi. Şimdi iki unsur var isteği dikkate alınmadığında kötülük yapma gücüne sahip mi? Nasıl bir egemen? Kötülük yapabilecek bir egemen. Hukuk tanımında bu var o zaman bunun dışında ne var ödev ve yükümlülük anlayışları var. İtaat ödevini yerine getirmezsen yükümlülük doğuyor ve bu yükümlülük Austin'in egemenlik anlayışına göre yaptırım. İsteği dikkate alınmadığında kötülük yapma gücüne sahip olan tarafın karşı taraf olan emredileni itaat ödevi yüklemesi durumu, bunu hukuk olarak tanımlıyor. Emir ödev yükümlülük Austin için iç içe geçmiş durumdadır. Şöyle deniliyor Austin bu kadar hukuku emir üzerinden tanımlıyor ama emirlere ilişkin çok fazla ayrıntılı açıklama yapamıyor. Suni ayrımlar yapmaya çalışıyor, zimni emir, dolambaçlı emir. Şimdi isteği dikkate alınmadığında kötülük yapma gücüne sahip olan bir egemenden bahsediyorsunuz bunun vaaz ettiği kuralın hukuk kuralı olduğunu söylüyorsunuz ondan sonra da şunu bekliyorsunuz: Peki bu egemen niye

bir önceki egemenin kurallarını kabul etti nasıl egemen bu? Tam olarak açıklayamıyor. Kötülük hukukta nasıl ortaya çıkar? Ceza. Sizi özgürlüğünüzden alıkoyar, gerekirse yaşam hakkınızı elinizden alır. Ve ondan sonra size itaat ödevi yüküyor bu hukuk kuralı oluyor. Bu tanımdan açıklayıcı tanımlayıcı izin verici norm çıkar mı? Çıkıyor zaten, çıkmadığı için de yanlış olarak yasa olarak adlandırılan diyor. Kötülük yapma gücüne sahipse sadece emrediyor ve o emre uymadığımız durumda itaat ödevini yerine getirmediğimiz için yaptırımla karşı karşıya kalıyorsunuz. Bentham içinse hukuk kurallarında hem medeni hem de cezai kısım bulunabilir. Aslında her kuralda yaptırım emir bir tarafa bütün hukuk kurallarında medeni ve cezayı kısım vardır diyor. Nasıl vardır? (Elinde bir kitap var ve örnek veriyor.) Bu kitabın mülkiyeti kime ait? X'e. X kitabının mülkiyetin hangi şekilde kullanabilir? Usus, fructus ve abusus. X Bu kitap üzerinde bu haklara sahip mi? X'in bu hakkını tanımlayan medeni hukuk kuralı X açısından açıklayıcı, izin vericidir. Ama benim açımdan neleri yapmamam gerektiğini, nerede durmam gerektiğini gösteriyor. Usus, fructus ve abusus bu kitap üzerinde ben yapabilirim miyim? Austin'in tanımına göre yapabilirim çünkü isteği dikkate alınmadığında kötülük yapma gücüne sahip olan tarafım. (bırakırım dedi :D) Benim açımdan neleri kullanamayacağım belli mi? Evet, bu yasada kişinin hak hangi hakları kullanabileceğini ona izin verip onun için açıklayıcı olurken karşı tarafın uyuyacağı sınırları, ihlal etmeyeceği alanları belirler. Peki kitabı ben değil de başkası aldı. Ama o kadar sorumsuz ki tramvayda unuttu. Ne yapacak? Yenisini alacak. Peki biz buna ne diyoruz? Tazmin etmek. Bu durumda tazminat onun için bir yükümlülük oldu mu? Dolaylı olarak bir ceza oldu mu? Austin'in söylediği şekilde emirle mi oldu? "X'in kitabını kullanma!" diye bir emir var mıydı? Yoktu, herkes için genel bir emir vardı. Mülk sahibi şu şekilde kullanır diğer herkes buna riayet eder. Etmeyen tazminatla yükümlüdür. Peki tazminat ne oluyor o zaman? Yükümlülük + karşı taraf için ceza. Ceza Kanununda yer almayan bir cezai unsur. Bentham açısından asıl önemli olan ikinci durumdur çünkü hukuku tanımlarken 6 tane

unsurdan bahsetti. Bu 6 unsur da Bentham diyor ki: "Evet, hukuk egemenin emridir ama illa emir şeklinde çıkması gerekmez. Açıklayıcı bir mülkiyet normunda da ister istemez bir emir vardır. Fakat bu emir Austin'in söylediği gibi tamamen saf emir olmaz. Ve Bentham diyor ki buradan varılması gereken sonuç: Hukuk sunidir, hukuk yapılmıştır. Hukuk insan yapısıdır. 6 tane unsurdan ortaya çıkıyorsa hukuk yapılmıştır ve sunidir. Kuralı kim koydu? Ne zaman koydu? Ne için koydu? Emri kim verdi? Ne zaman verdi? Niçin verdi? kaynağına bakabiliyorsunuz, kaynağına bakabildiğiniz, zamanında eleştirirseniz daha önce görmüştük ya insanların hukuk üzerindeki yanlış anlamalarını sebebi yasanın yetkisi ile hukukun yetkisine karıştırmaları idi. Yani yasanın egemenliği ile hukukun egemenliğini, asıl egemen olan hukuktur ve eleştirmeyen hukuktur ama yasa yerleştirebilirsiniz yasayı değiştirebilirsiniz. Yasayı o denli değiştirirsiniz ki hatta bir bakarsınız hukuk sisteminin rengi değişir. Liberal hukuk sisteminden, Sosyalist hukuk sistemine geçmişsiniz. Hukuk hep vardır altta yasaları değiştirirsiniz. Siz sadece, o yüzden yasalar eleştirilebilir ama insanlar yasayla hukuku karıştırdıkları için yasalara sonsuz, kesin ve batıl bir saygı gösterirler. Ama eğer yasa insan yapısıysa eleştirebiliriz çünkü suni, insanın yaptığı bir şeyi eleştiririz, değiştiririz. Hukukun, hayatın akışına uyum sağlaması gerekiyor. O akışı da sadece içinde bulunduğu toplumla değil, bir bütün olarak çevresine de bakarak yakalaması gerekiyor. Yani siz dünya borsalarını takip etmeden, dünya borsalarına ilişkin olan kuralları dikkate almadan, uluslararası ticaret yapamazsınız. Yaparsanız zarar edersiniz batarsınız. Uluslararası ticaretin kuralları, o yüzden herkes için genel kurallardır, değişmez. Hukuk sisteminde de bunlar var. Emir dediğimiz şey temel olarak bize şunu gösterir:

- 1) Hukuk sunidir, insan yapısıdır.
- 2) Bentham açısından hukukun oluşma yollarından sadece birisi biri emirdir hukuk diğer yöntemlerle açıklama, izin verme yöntemi ile de oluşur.

3) Bentham'ın hukuk tanımında 6 unsur vardır ve bu 6 unsur tek bir egemeni işaret etmez. Oysa Austin için tek bir egemeni gösterir kötülük yapma gücüne sahip olan egemen.

Mesela Bentham için hukuku oluşturmanın iki yolu vardır: Buyurucu görünüm, izin verici görünüm. Buyurucu görünüm emir ve yasak şeklinde gelir. İzin verici görünüm ise temel olarak yasaklamama ve emretmemedir. Mesela

- Arkadaki camı aç! Emir mi? Emir.

- Camı açma! Yasaklama mı? Evet, yasaklama. (Buyurucu görünüm)

- Camı açabilirsin. Camı açmaktan kaçınabilirsin ya da camı kapatmaktan kaçınabilirsin. (İzin verici görünüm)

Austin için emir, ödev ve yaptırım iç içe geçmiş dedik ya yaptırım durumu Austin için bir anlamda dezavantajdır. Hukuk sisteminde açıklayamadığı söylenen bazı durumlar vardır. Mesela pasaport almak için ne yapmanız gerek? Pasaport harcı yatıracaksınız, biyometrik fotoğraf çektireceksiniz, emniyetten randevu alacaksınız, parmak izi vereceksiniz ve bu ulusal bir veritabanına kaydedilecek şimdi tüm bunlar yükümlülük mü? Evet. Austin'in anladığı anlamda, yaptırım şeklinde bir yükümlülük mü? Mal beyanı bir yükümlülük ama Austin anladığı anlamda bir dezavantaj, bir yükümlülük değil. Hukukun kuralları bağlamış oldu yaptırımlar her zaman Austin'in söylemiş olduğu dezavantajlar olarak, yaptırımlar olarak ortaya çıkmıyor. Ceza Kanunu'nda öldürme kesin emir öldürürsen yaptırıma bağlıyor. Evet, hatta Austin söylediği şekilde dezavantajı bağladı senin için kesin bir yükümlülük olarak ortaya çıkıyor ama sana kesin olarak bir şey yapmıyor. Bilimsel bir araştırmadan örnek verirsek aldatma geni diye bir gen var. Birini aldatmak dediğimizde sadakatsizlik de buna giriyor ama aynı şekilde günlük hayattaki ufak tefek şeyler de, mesela oda arkadaşını aldatmak her şeyiyle bunun genel olarak bir genetik bozukluk olduğu ortaya çıktı. Sadece

kadınların salgıladığı bir feromon(?) var ve bu feromon(?) karşı cins tarafından algılanabiliyor. Bu kadın istediği kadar çirkin olsun bu onu çekici kılıyor. Şimdi bakalım babada aldatma geni var annede de çekicilik geni var. Anne ve babadan gelen genetik özelliklerle ortaya çıkan çocuğun çok tehlikeli bir varlık olduğunun farkında mısınız? Bu çocuğun daha başta belli şeyleri yapmasına engel olursam toplumu korumuş olurum. Çünkü hukuk olarak benim görevim bu. Hani Devlin de diyordu ya toplumu korumak, ortak ahlaki korumak hukukun görevidir. Hart Devlin Tartışmasında Devlin'in söylediği, rızaya bırakmakla şey farklı zaten hukuk dediğimizde ister istemez bir baskı aracı, bir zorlama olacak. Hukuk egemenin emridir bunu ikisi de kabul ediyor. Egemenden kaynaklanmazsa zaten olmaz ve egemenden kaynaklanan her şeyde bir yaptırım vardır. Ama birisi zinhar, diğeri açıkladım, koydum ister yap ister yapma yaparsan da sonucuna katlanırsın aradaki fark bu. Hukuk sistemlerinin gelişimine baktığımızda da öyledir. İradeye dayanan, rızaya dayanan, aklı öne çıkarıp ve rasyonaliteye önem veren dedik ya modern hukuk sistemlerinin özelliği bu. Tarihsel gelişim sürecinde diğerleri doğrudan müdahale ediyorlar. Son olarak egemenlik anlayışına gelirsek Austin egemenlik anlayışı: Başka bir benzer üstün kişiye itaat alışkanlığı olmayan, belirli bir üstün kişi, belirli bir toplumun çoğunluğunda alışkanlık şeklinde itaat görürse, bu belirli üstün kişi o toplumun egemenidir ve o toplum siyasal ve bağımsız bir toplumdur. Tanımı bir kenara bırakıp daha net bir şekilde açıklamak istersek Fransa belirli bir sınırı var. İnsanlığın Fransa adını koyduğu belirli bir egemenlik alanında olan bir yapı var. Hep mi vardı yeryüzünde? Hayır. Kim çizdi? İnsanlar. Sınırları belirledik monarşide devrimlerle cumhuriyet halini aldı. Fransa Cumhuriyeti, kendisinden başkasını Fransa'nın egemeni olarak tanımladığımız kişi, kendisinden başkasına itaat alışkanlığı olmayan ve egemenliğindeki insanların kendisine itaat alışkanlığı olan, siyasal ve bağımsız bir topluluk mu? Onun eş değeri ne olabilir? Başka bir üstün kişi mesela Almanya, Türkiye. Türkiye Fransa ve Almanya arasında ekonomik yaptırımlar siyasi güçsüzlükleri, diplomasiyi bir kenara

birakalım. Onun dışında genel olarak baktığımızda bütün bu devletlerin birbirine bir üstünlüğü var mı? Yok. Benzer başka bir üstün kişi itaat etme alışkanlığı yok. Ama egemenliğinin altındaki insanlar kendilerine alışkanlıkla itaat ediyorlarsa oradaki toplum bağımsız ve siyasal bir toplumdur. Austin bu şekilde açıklıyor. Şimdi kafanızdan ülkeleri çıkarın ve sadece soyut topluluklar kalsın. Kendisi gibi olan başka bir egemen, itaat etme yükümlülüğü yok, öyle bir alışkanlığı yok ama kendi emrindeki insanların ona itaat etme alışkanlığı var. O topluluk bağımsız, siyasal bir topluluktur diyor diğerlerinden bağımsız sadece tek bir kişiye bağlı. Bentham'ın tanımı biraz daha değişik. Tanımı belli ve kesin olan bir egemenden bahsediyor. Bir grup insanı tanımlan ve kesin olan bir kişiye ya da kişiler topluluğuna itaat etme alışkanlığında olmaları gerektiği zaman bu kişilerin hepsinin -tebaa ve yöneticiler- Bir siyasi topluluk durumunda olduğu söylenir. Aradaki fark şu: Austin'in tanımında tek bir egemen var ve bu egemenin tanımı bilinmiyor, bu egemenin sınırı bilinmiyor. Bu egemenin, egemenliğinin nerede başlayıp bittiği bilinmiyor bildiğimiz tek şey, kendisi gibi olan eşiti bir egemene itaat etme alışkanlığı yok. Ama onun altındaki herkes ona itaat etmek zorunda. Bentham ise tanımı bilinen, sınırı belli bir egemenden bahsediyor ve kastettiği şey şu aslında: Kim iktidara gelecek? Koşulları nasıl belirleniyor? Siyasi partiler kanunu, anayasa vs. kimin iktidara hangi koşullarda geleceği belli. Soyut kavramlar var. Soyut kavramların kullanacakları yetkiler ve sınırlar belli. Valinin, başbakanın yetkilerinin nereye kadar kullanabilecekleri, sınırları belli, önceden tanımlanmış sadece onun içine giren somut kişiler belli. Önceden var olan bir egemenlik tanımı var ama bunu sınırları belirlenmiştir tanımı kesindir. Sadece emretmekten bahsetmiyor, kötülük yapma gücünden bahsetmiyor sınırı belli olan bir egemenlik var ve onu zamanla somut kişiler kullanıyor ve bırakıyorlar ama onun dışında egemenlik soyut bir kavram. Evet bugün egemensinizdir ama hangi egemen koşullarındaki egemen. Bir kralın karşısına, kralın egemenlik alanında denizlerde korsanlık yapan bir korsan çıkarılıyor.

UYKUSUZ KİTAP & KİRTASİYE & FOTOKOPİ

Korsan krala der ki: Benimle senin aranda ne fark var?

Kral: Ben rızaya dayanıyorum diyor çünkü halkım bana rıza gösteriyor.

Korsan: O rızayı sağladığım anda ben de kralım diyor.

Rızanın nasıl elde edildiği de önemli ama sadece itaat alışkanlığından bahsedip bir hukuk bir egemenlik tanımı yaparsak korsanın yasası hukuk yasası olabilir. Eğer Austin'in tanımından, onun anlayışını benimsersek: Korsan ve Kral arasında bir ayrım yapamayız. Bentham'ın pozitivistini benimsesek evet yapabiliyoruz.

Austin
Bentham

egemen suu belirler
güce belirler, belirler

UYKUSUZ FOTOKOPİ

02.11.2017

Hart'izaten Hart Fuller ve Hart Devlin tartışmalarında görmüştük Hart Devlin Tartışmasında(1957 yılında eşcinselliğin suç olmaktan çıkıp çıkmaması gerektiğini konu alan tartışma) yargıç Devlin'e karşı ahlak alanını hukuk alanına taşıyamaması gerektiğini savunuyordu. Her iki tartışmadaki pozisyonlarını hatırlıyor musunuz? Hart Fuller tartışmasında ise (1934 Nazi yasasına dayanarak kocasını gestapoya şikayet eden kadının yargılanmasını doğru mu değil mi?) Fuller Nazi yasası ahlaktan çok uzaklaştığı için yasa olarak sayılamaz diyordu Hart ise 1934 yılındaki yasa geçerli bir yasadır. İçerik olarak kötü bir yasa olabilir ama geçerli bir yasanın varlığı durumunda bir insanın yargılanmaması gerektiğini savunuyordu. Hart'ın her iki tartışmadaki pozisyonunu hatırlarsanız pozitivistliğine ilişkin de kafanızda bir ön bilgi canlanabilir. Kelsen'in kendisine referans aldığı düşünür Kant'tır. Hart'ın kendisini referans aldığı düşünür ise David Hume'dur. David Hume liberal bir düşünürdür aynı zamanda faydacıdır. Liberal ve faydacı olmasının Hart'ın felsefesine yansması, Kelsen'e göre Hart biraz daha ılımlı pozitivist diyebiliriz, birleştirici pozitivist diyebiliriz, Hart'ın felsefesi doğal hukukla bir parça uyumludur. Tam anlamıyla bir çatışma içerisinde değildir. Kelsen'ininde daha sert bir ayrım vardır ve Kelsen, Kant gibi ödev ettiğini çok fazla benimsemiş bir düşünürü benimsemiş olmasından dolayı, Kelsen'nin hukuki pozitivistizmin biraz daha serttir. Kant için ödev ettiği çok önemlidir. Belki de duymuşsunuzdur Kategorik imperatifler(Koşulsuz Buyruk) ve hipotetik imperatifler(Koşullu Buyruk). Kategorik imperatifler eylemlerin davranışların herhangi bir şeyin kendinden değerli olması anlamına gelir. Koşullu buyruklar ise eylemin durumu araçsallaştırılmasıdır. Sizin belli bir amacınız vardır ve bir amacı güderken, o eylemi o durumu yaşarsınız. O zaman o araçsallaşmıştır, kendinden değerli değildir. Kendinden değerli örnek verebilir misiniz? Cennete gitmek için ibadet

ederim. Koşullu buyruk mu koşulsuz buyruk mu? Kendinden değerli mi? Hayır değil. Eylemi araçsallaştırdım, idealim araçsallaştı. Tanrıya inandığım için ibadet ederim koşullu koşulsuz mu? Koşulsuz eylem. Araçsallaşmada, sonunda elde edeceğim bir şey yok, bir gerek yok sonunda. Eylem kendinden değerli, sen ona bir anlam verdin ve o anlamla hareket ediyorsun. Sonunda seni bir şey ulaştırıyor ama öbür eylemde bir amaç için yapıyorsun. Mesela üniversiteye gidiyorum çünkü bir iş sahibi olacağım neden? Ailem beni sevsin. Koşullu ve koşulsuz mu? Koşullu. Koşullu buyruklar kendinden değerli değildir. Bize bir şeyler katar bir çıkar için sonunda bir şey elde etmek içindir. Kategorik imperatif dediğimiz koşulsuz buyruklar için kendinden değerli demekle kastettiğim o eylem kendi içinde değerlidir başka hiçbir şey ona bir anlam veremez. Eğer evladınızı da koşulsuz seviyorsanız her bir şartta koşulsuz, benim soyumun devamı olduğu için seviyorum diyorsanız koşullu. Kant' koşulsuz buyruklarda der ki: İnsanların ödev ahlaki ile hareket etmeleri gerekir ve ödev ahlaki hakkında öyle eyleyiniz ki eylediğiniz durum başkaları için de bir kural haline gelsin. Ödev ahlaki bir durumu bir ilkeyi içselleştirip ona uygun davranmak. Buna dayanan bir hukuk anlayışının sertliğini ve katılığına siz düşünün. Hart'ın hukuki pozitivizminde 3 önemli tezi vardır:

- ≈ Ayrılabilirlik tezi *hukuk ahlaki ayrılır*
- ≈ Köken tezi *teorik olarak ahlaki kökenli hukuk*
- ≈ Takdir tezi *her durumda belirli durumlarda hükümlerle gerektirir. Hart'a göre*

Ayrılabilirlik tezinde Hart diğer hukuki pozitivistler ile aynı şeyi söyler. Hukuk ve ahlak alanının ayrılması, hukuk alanında ahlaki zorunlulukların olmaması, hukuk alanı ile ahlak alanının birbiriyle karışmama varlığını sürdürebileceğini iddia ediyor diğer tüm pozitivistler gibi Hart'a özel bir durum olduğunu söyleyemeyiz. Diğer tüm pozitivistler de aynı olan bir diğer durum köken tezi. Köken tezinde de şöyle bir durum var bir şeyin hukuk olup olmadığını nasıl anlıyorduk Fuller'de?

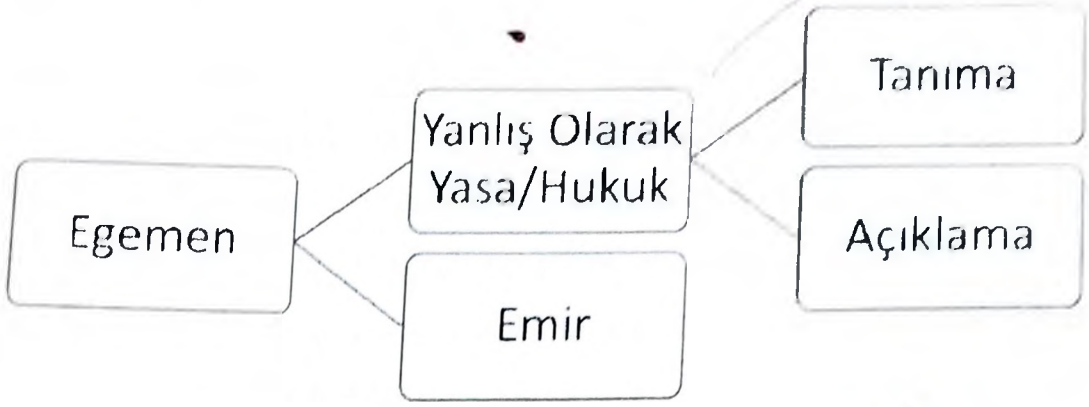
Fuller yasa mı değil mi ayrımını yaparken 8 desiderata ile açıklıyordu ve diyordu ki bu 8 desiderata + hukukun ahlaktan uzaklaşmamış olması. Finnis için ne vardı ? 7 temel iyiyi gerçekleştirmek. Hobbes, Locke, Rousseau için ne vardı ? Sözleşme, iradenin devri ve itaate karşılık olarak güvenliğin ve adaletin alınması. Belirli bir anlaşma var. Modern dönem doğal hukukçuları için bunun dayanacağı nokta: Bireyin akli, sözleşmeye taraf olabilmesi. Bir önceki dönemde kutsal kitaba dayanması, bir önceki dönemde normun yansıması, aklımızla bulabilmemiz. Pozitivistler bunların hepsini reddediyor ve diyor ki bir şeyin hukuk olup olmadığını anlamak için içerikten çok şekle bakmak gerektiğini düşünüyorlar ve şunu söylüyorlar kim tarafından nasıl yapıldı? yasa mı değil mi tartışmasına kim tarafından nasıl yapıldı? İçeriği, diğerlerinin söylediği gibi adaletle dayanıyor mu? Hakaniyet dayanıyor mu? İyi mi kötü mü? Bunların hepsini bir tarafa bırakarak geçerli olabilir ya da olabilir lakin içerikten yoksun olabilir. Takdir tezi ile kastettiği bu harta özel bir şey! hukuk alanında zor dava ve kolay dava ayrımı vardır kolay davaları yargıçlar çok rahat bir şekilde çözerler. Asıl sorun orada havalarda dedim Çünkü doğru çözerken yargıç her seferinde kendisi hukuk yaratır tipik örneği mesela parka araçla girmek yasaktır. bu cümleden ne anlıyorsunuz Araç ne? Hangi araç? Motorlu taşıtlar mı? Scooter girebilir mi ? Peki, bisiklet araç mıdır? Hadi onu kabul ettik bebek arabalarını kabul edecek miyiz? Bu çok kolay görünen bir dava olmasına rağmen yargıç çözerken aracın ne olduğunu yorumlamak zorundadır. Parka araçla girmek yasaktır dendiğinde olası bir durumda olası bir uyuşmazlıkta yargıç aracın ne olduğunu kendisi yorumlayacaktır. Makul özen mesela TMK m.3 Hangi özen makuldür? Rasyonel birey, neye göre tanımlayacağız? makul özeni neye göre belirleyeceğiz? Ne kadar özen makuldür ? Ne kadarı aşırıdır? Hakimlerin indirim sebebinin belirlerken takım elbiseye bakması. Etkileyen durumlardan bir diğeri de kadınların duruşmalara makyajlı ve saç yapılı olarak gelmesi. Kendi hukuk yaratıyor mu? Evet. Amerikan realistlerinde göreceğiz. Realistler ve eleştirel hukukçular (bkz: eleştirel hukuk

teorisi) yargıçların bu durumuna acayip şekilde takmışlar. Ayrılabilirlik diğer pozitivistler ile ortak. Hukuk ve ahlak alanının ayrılması. Köken tezi içerikten çok şekle bakılması kim tarafından ve nasıl yapılmış kanunlar. Takdir tezindeyse zor davalarda belirli durumlarda yargıcın kendisinin hukuk yaratması söz konusu. Hart'ın hukuki pozitivizminin temelinde bu üçü yer almakta. Hart'ı genel olarak anlatırken Austin ile karşılaştıracığım neden Bentham değil de Austin? Hatırlarsanız Bentham'ın egemeni daha sınırlı ve ön egemenlik gibi. Bentham'ın egemenliğinde belirli koşullarda kullanılabilecek soyut bir egemenlik var bireyler onun içini dolduruyorlar ve çıkıyorlar. Oysa size söylediğim gibi Austin'in egemenliği ceza temeline dayanır ve egemenin tanımında şu unsurlar yer alır: İsteddiği yapılmadığında kötülük yapma gücüne sahip olan, kendisinden başkasına itaat ödevi olmayan, egemenliğinin altındakilere itaat ödevi yükleyen bir egemen ve bu egemenin emir olarak vaaz ettiği hukuk. Hatırlarsanız emir olmayan kuralları hukuk alanında yanlış yasa olarak nitelendirilmiş diyordu çünkü onun için önemli olan bu tanımdaki egemenin vaaz ettiği emirlerdi hukuk. Hart ile Bir anlamda uyduğu bir şey var. Hart diyor ki evet hukuk dediğimiz şey resmi bir makamdan kaynaklanmalıdır ancak Austin söylediği gibi sadece bu tanımdaki egemenin emiri dersek onu silahlı adamın emrinden ayıramayız. Bu nedenle buradaki emrin buradaki hukukun tanıma kuralından yetki almış egemen tarafından yapılmış olması gerekir. Tekrar ifade edecek olursak hukukun resmi bir makamdan kaynaklanması gerektiğini ama Austin'den farklı olarak egemenin emrini değil tanıma kuralına dayanan egemenin emrini kabul ediyor Çünkü şöyle bir ayrım yapıyor:

Hart - Hukukun Tanıma Kuralı

Austin - Egemenin Emri

Hart - Tanıma Kuralı Değer Egemenin



Egemenin emri hukuk ya da yanlış olarak yasa olarak adlandırılmıştır. Emir değilse yasa deriz ama yanlıştır. Hart'ın söylediği şey şu hukuk egemenden üstün mü? Eğer Austin tanımından yola çıkarak bir hukuk tanımlamaya çalışırsak egemenin üstünde bir hukuktan bahsedemeyiz çünkü zaten hukuk egemenin emri. Kendi emrettiği ile sınırlı olamaz, bağımlı olamaz. Hart'ın tanıma kuralından kaynaklanan egemen ise Zaten bir hukuk sisteminde var olması gereken hukuk sisteminin varlığı için geçerli olan kuraldır. Hart da pozitivist ama egemenin üstüne hukuku çıkartıyor. Egemenin hukuk vaaz edebilmesi için tanıma kuralından kaynaklanması gerektiğine inanıyor. Hart hukukun Egemen ile evliliğinden kaynaklandığını kabul etmekle beraber onu diğer pozitivistlerden ayırıp ılımlı pozitivist haline getiren şey hukukun aynı zamanda sosyal bir fenomendir. Ve bizim ona anlayabilmemiz için toplumdaki gerçek pratiklere bakmamız gerekir. Hart bir anlamda sözleşmeci olarak kabul edilebilir çünkü diyor ki diğer sözleşmeciler de olduğu gibi insanın kısıtlılıklarından bahsediyor. Diğer tüm varlıklar gibi insan kısıtlı bir varlıktır diyor her şeyden önce insan kırılgandır. Çok kolay bir şekilde yaşamdan ayrılabilir bu dünya üzerindeki kaynaklar kıttır aynı zamanda insan sınırlı özgecidir. Hobbes gibi Locke gibi insanın tam anlamıyla duygulu olduğunu söylemiyor ama sınırlı bir bencillik atfediyor insana. Yaklaşık eşitlik zaman zaman uyuması gerekir. En güçlü nün bile zayıf olduğu bir an vardır. En güçlü bile bir noktada zayıf olduğu taraftan yenilebilir. İnsan haline ilişkin sonucu açıklaması ise sınırlı irade gücü ve sınırlı anlayış diyor ki dostlarımızın dahi

işbirliğine güvenemeyiz. Size daha önce hakimler üzerinde kan şekeri ile ilgili yapılmış olan deneyden bahsetmiş miydim ? İradenizin ne kadarı bağımsız? Şu an size bir şey sunsak ve bir tercihte bulunsanız her gün yapmış olduğunuz tercihler ne kadar bağımsız? Çok basit tercihleriniz bile çocukluğunuzdan bugüne kadar sizi siz yapan özelliklerden ne kadar ayrılabilir? Ne isteyeceğini kontrol edebilirsiniz ama bu kontrolü sizi kim öğretmiştir? Hangi koşullarda öğrenmişsinizdir? Çok basit gibi görünen dürtülerimiz bile aslında koşullandırılmış durumda.İrademiz üzerinde de tükettiğimiz gıdaların etkisi var. Harvard Üniversitesi Psikoloji bölümünde kan şekerinin algımızda ne kadar etkili olduğuyla ilgili bir deney yapılıyor.Deney ve kontrol grubu birbirine denk yargıçlardan oluşmakta. Ve deniliyor ki akşam 20.00'den sonra hiçbir şey tüketmeyeceksiniz sabahleyin buraya geleceksiniz. İlk grup açık büfe kahvaltının olduğu bir masanın önünden geçirilerek odaya alınıyor. Yargıçların her birine 90 ile 120 sayfalık makaleler veriliyor. Bu makaleleri okumaları, okuduktan sonra da değerlendirme raporu yazmaları isteniliyor. 3 saatte makaleler okuyup raporu yazdıktan sonra öğle yemeğinden önce son olarak bir davayı çözmeleri isteniliyor. 15 yaşında bir çocuk babasının arabasını izinsiz olarak alıyor evlerinden çıktıktan 1-1.5 mil sonra sokaktaki yangın musluğuna çarpıyor. Ölüm yaralanma vs. yok. Yangın musluğunun bedeli de zaten karşılayacaklar. Şimdi bu çocuğa ne kadar ceza verirsiniz? Bu gruptaki hakimler çocuğa 1-3 yıl arası toplum hizmeti cezası veriyorlar. İkinci grubu açık büfe kahvaltı masasının önünden geçirmeden önce yemek yediriyorlar. 90 ile 120 sayfalık makaleler bu gruba da okutturuluyor ve değerlendirme yazısı isteniyor. sonra öğle yemeğini ye çıkmadan önce aynı davayı çözmeleri isteniliyor. Bu gruptaki hakimler çocuğa maksimum 6 ay toplum hizmeti cezası veriyorlar. sonra ilk gruptaki fazla ceza veren hakimlerin kan şekerinin dipte olduğu ölçülüyor. Kan şekeri dipte, acıkmış, koşullandırılarak bir açık büfenin önünden geçirilmiş,90 sf. makale okuyor, rapor yazıyor ve sinirden kudurmak üzereler. İrade gücünün sınırını anladınız mı? İşte bu kadar

sınırlandırılabilir. Amerikan realistleri biraz daha ileri giderek şöyle diyorlar: Hakim, sabahleyin karısıyla ya da kocasıyla kavga ettiyse o gün vereceği tüm kararlarda kan akacaktır. Hart tüm bu sınırlılıklardan dolayı bunları kabul etmemiz gerekiyor ve insanın böyle bir doğası olduğunu söylüyor. Bu doğal halde bizim, yaşamı, mülkiyeti ve ahde vefayı sağlayabilmek için belirli bir ahlaki düzeye- kuralların mevcudiyetine- ihtiyacımız var. Hart'ın bir diğer özelliği hukuk ve dil arasında sıkı bir ilişki olduğunu düşünüyor. Hart için dil açık dokuludur. İstedğim kadar görsel kullanmaya çalışayım, istediğim kadar farklı bir plan yapmaya çalışayım son kertede size nasıl ulaşıyorum? Konuşarak, dil aracılığıyla. benim söylediğim cümleler benden çıkıp size ulaştığında aynı mı yoksa bir parça anlam kaybediyor mu? Hart'a göre anlam kaybetmekte. Çünkü dilin açık dokulu olmasından kastettiği herkesin aynı şeyi anlamaması ve herkese aynı etkiyi bırakmaması.

dil açık dokuludur.

Kimisi için "Yüzüstü çok süründün ayağa kalk, Sakarya!.." çok etkileyici olabilirken kimisi için de "Yazın üç satırın üstüne kapkara haykıran puntolarla :

Nâzım Hikmet vatan hainliğine devam ediyor hâlâ." etkileyici olabiliyor. Bir başkasına:

" MonaRosa. Siyah güller, ak güller.

Geyve'nin gülleri ve beyaz yatak.

Kanaat kırık kuş merhamet ister.

Ah senin yüzünden kana batacak.

Mona Rosa. Siyah güller, ak güller." tesir ederken diğerinde:

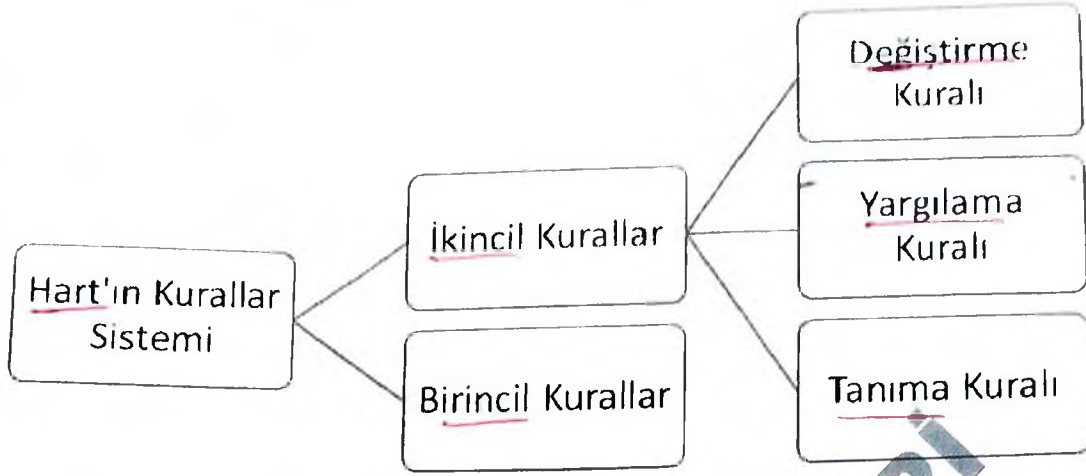
"Ben sana mecburum bilemezsin

Adını mih gibi aklımda tutuyorum

Büyüdükçe büyüyor gözlerin

Ben sana mecburum bilemezsin

İçimi seninle ısıtıyorum." iz bırakmakta. Niye aynı etkiyi her şeye yaratmıyor ? Çünkü gerçekten değil açık dokulu. Ve siz az önce söylediğimiz o nedenden dolayı geçmişten getirdiklerinizle o an duyduklarınızı birleştirdiğinizde ancak o zaman bir anlam ifade ediyor sizin için. Dilin açık dokulu olması durumu zaten zor davalara ya da hukuktaki gölgeli alanlara sebep oluyor. Hart'ın söylediği şey şu hukukun son kertede hiçbir şey garanti etmemesinin sebebi bu müthiş adil bir sistem vaadiyle yola çıkıp size adaletsiz bir sistem sunabilir sonra anlamda her zaman yapılan şu: Dil ile anlatmak zorunda.TCK m.81 okuduğunuzda kanun koyucu dil ile anlatıyor biz onu okuduğumuzda dilimize ne ölçüde hakimsek o kadar anlıyoruz.("Taciz" kelimesinin anlamından dilin açık dokulu oluşuna örnek verdi.) Hukuk-Dil ilişkisinde gölgeli alanlara sebep olan bu olduğunu söylüyor. Ne kanun koyucu her şeyi açıklayan,çözen bir hukuk kuralı ortaya koyabilir ne de yargıç sadece kanuna bakarak bir açıklama yapabilir. Yargıç mutlaka açıklama ve yorumlama yapacak bu noktada da işte hukukun toplumsal bir fenomen olduğu gerçeği ile karşı karşıya kalacağız. O toplumun hukuktan ne anladığı ile karşı karşıyayız. Mesela tacizden ne anlıyor? Makul özenden ne anlıyor? Canavarca his saikinden ne anlıyor? Araçtan ne anlıyor? Daha önce de demiştik ya, yargıç geldiği toplumdan kendini ayıramaz. Bir anlamda mahkeme kararlarına bakarak hukukun toplum için gerçek anlamda neyi ifade ettiğini görmüş olacağız. İnsanın sınırlılıkları nedeniyle kurallara ihtiyacımız var. Bu nedenle de o kurallarda bizi doğal hukukun asgari içeriğine götürür. Yaşam, mülkiyet ve ahde vefa sağlayacak olan kurallar bizi doğal hukukun özündeki gerçeğe götürür.



Niçin doğal hukukun özündeki gerçeğe götürür? Çünkü diyor ki Hart'ın kurallar sisteminde kurallar iki türdür. Birincil kurallar ve İkincil kurallar. Birincil kurallar çoğu zaman cazibesine kapıldığımız ama bir arada yaşayabilmek için de bastırmamız gereken ve genel olarak şiddeti, hırsızlığı önleyen kurallardır. Bir anlamda birincil kurallar doğa durumundaki insanın ilk çıkardığı kurallardır. Hart'ın sözleşmeci olduğunu söylemiştim ya daha önce. Doğa durumunda sözleşmeci filozofları anlatırken neyi yasaklıyorlardı? İlk yasak? Öldürmeyeceksin. Başkasına zarar vermeyeceksin. Başkasının mülkiyetini gasp etmeyeceksin. Temel olarak tüm hukuk sistemleri bu 3 kuralın etrafında dönüyor. Hukuk, toplum, siyaset, iktidar, din iki kişi yan yana geldiğinde ortaya çıkar. Daha önce konuşmuştuk ya insanların yalnızken hiç kimseye göstermedikleri ahlak ya da ahlaksızlık alanlarına ihtiyacı vardı. Sağlıklı bireyler olabilmemiz için ahlak ya da ahlaksızlık alanlarına ihtiyacımız var ama yaşamımızı devam ettirip sağlıklı birer birey olabilmek için başkalarına da ihtiyacımız var. Ve o başkasıyla bir araya geldiğimiz andan itibaren iktidar ilişkisi başlar mutlaka birisi egemen olur. (Her türlü ilişkide) Hart'ın söylediği birincil kuralllar ise bütün kişiler bir aradayken ilk olarak bu kurallara karar veriyorlar sonra biri egemen olup gücü eline alıp bu kuralları tekrar vaaz ediyor. İşte o zaman egemenin kuralı oluyor ama ilk kural her zaman ne mesela yan yana geldik beni öldürme bende seni

öldürmeyeyim karşılıklı birbirimize zarar vermeyelim sonra birisi gucu ele geçiriyor ve diyor ki öldürmeyi yasaklıyorum. çalmayı yasaklıyorum, ilk kuralı değiştiriyor çünkü biri egemenliği ele geçirmiş durumda. Hart'ın sisteminin özelliği şu ikincil kurallar birincil kurallardan ortaya çıkıyor. İkincil kurallar genel olarak toplum değişince kalabalıkla şunca işleyiş değişince ikincil kurallar ortaya çıkıyor mesela geçen haftalardaki bilişim suçu örneğini hatırlıyor musunuz? Kanun koyucu onu sadece hırsızlık olarak da nitelendirilebilirdi ama Bilişim suçudur diyor. Kanun koyucu sadece alım satım sözleşmesi olarak da nitelendirilebilir ama diyor ki mesafeli alım sözleşmesi. İnternette alışveriş ilişkin düzenlemeleri farklı kılıyor bir kurallar hayatın koşulları değiştikçe insanlar kalabalıkla açtıkça ilişkiler biçimlendirici ikincil kurallar ve geçmeye başlıyor. ve 2. kurallar karşımıza 3 biçimde çıkıyor değiştirme kuralı yargılama kuralı ve tanıma kuralı. Değiştirme kuralı nedir? İlk Ceza kanunu 1858'de, 1927 ikincisi, 2004'te üçüncüsü. Parlamentoların yaptığı değiştirme kuralları vardır bir de kişilerin yaptığı düşük seviyeli değiştirme kuralları vardır. Düşük seviyeli değiştirme kuralları ile kastedilen şey mesela vasiyetname düzenlenmesi ya da sözleşme yapılması. (Sınav notunuzun için açtığınız davanın lehinize sonuçlanması veya yurttan eve çıktığınızda kira sözleşmesi ile borç altına girmeniz sizin için bir değiştirme kuralıdır.) Parlamentoların yaptığı ise gerçek anlamli değiştirme kurallarıdır. Yargılama kuralı dediğimiz şey ise birinci kurallar değişip geliştikçe değiştirme kuralları ile onlar yeni biçimler alır. Ve ihlaller durumunda yargılama kuralı devreye girer ve yargılar. Yargılama kuralı, yargıcın varlığını esas alır. Yargıcın varlığı ise yargılama kuralını esas alır. Hepsini Kelsen'in normlar piramidi aklınızda ise en tepede grundnorm vardı. Hart'ta ise hepsine kaynaklık eden, geçerlilik veren bir hukuk sistemini geçerli hale getiren, birincil- ikincil kuralları geçerli hale getiren tanıma kuralı onların üstünde değil onların içinde yer alır. Tanıma kuralı onlarla aynı seviyede yer alıyor. Tanıma kuralı bir hukuk sisteminin geçerliliğini ortaya koyuyor. Hart'a bunun tanıma kuralı değil hukukun

kaynakları olduğu yönünde bir eleştiri geliyor. Hart kaynakla tanıma kuralının ortuşebileceğini söylüyor. Başta söylemiştik ya hukuk toplumsal bir fenomendir diye eğer o toplum Hala kendini bunlarla bağlı hissediyorsa zaten aslında tanıma kuralıdır durum o toplum kendini anayasayla bağlı hissediyorsa o bir tanıma kuralıdır ve Hart'ın söylediği çok önemli onu diğer hukukçulardan ayıran şey şu geçerli bir hukuk sisteminin var olabilmesi için yetkililerin kendilerini birincil kurallarla bağlı hissetmeleri değişiklik ve yargılama kurallarına riayet etmeleri ve tanıma kuralına içsel bir bakış açısıyla bağlı olmaları gerekir. Tanıma kuralı hukuka kaynaklık eden şeylerdir evet ama hukuk toplumsal bir fenomendir bir toplumda hukukun nasıl algılandığı o topluma has ve özel bir durumdur şimdi size mülkiyetin en fazla korunduğu bir anlamda yaşam hakkı kadar önemli görüldüğü bir ülke desem?(Amerika,İsviçre vs.cevaplar geldi.) diyelim ki işçi haklarının en fazla korunduğu ülke desem?(Fransa, Almanya, Küba vs. cevaplar geldi.) Her türlü yaşam tarzının korunduğu peki? (Hollanda,Kanada) anahtar kelime gibi söylediğimde aklınıza gelen ülkeler aslında o ülkenin hukukunun, anayasasının rengini gösterir. Anayasaların karakteri vardır diye bir şey duydunuz mu daha önce? Siyaset biliminin temel ilkelerinden biridir. Her anayasanın bir karakteri, bir rengi vardır. Anayasa bir anlamda tanıma kuralıysa, o zaman içsel bakış açısıyla toplumun hukuka bakış açısı orada yansır. İçsel bakış açısı olarak neyi görüyorsunuz? ya haklara saygılı olabilir ya mülkiyeti koruyabilir ya her türlü yaşam tarzına izin verir, farklı farklıdır. Diyor ki Hart: Tanıma kuralı, tek bir şey olup tüm ülkelere uygulanmaz hukukun toplumsal fenomen olması buradan kaynaklanır. Herkesin kendi hukukuna bakış açısı ve hukukundan anladığı şey buraya yansır. Hukuk nasıl var olur? Tanıma kuralı bir kuraldır bir pratiklerle ifade edilir ama tam anlamıyla bir pratik değildir. Mesela Austin'in egemenin hukuk anlayışı vardı ya eğer hukuka sadece egemenin emridir dersek değiştirme kuralına egemen değiştirdiğinde o hukuk olur. Austin de korsan ve kral örneği vardı ya Hart da diyor ki silahlı adamın yasasıyla hukuku birbirinden ayıramazsın

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPİ

şunu açıklayamazsın. Sizin kafanıza silah dayayıp cüzdanınızı ve cep telefonunuzu isteyen birine karşı cüzdanınızı ve telefonunuzu verme yükümlülüğünüz var mı? Var :) Şartlandırılmış bir iradeniz var ama var. Evet yükümlülüğünüz var ama cüzdanı vermeme ödevinizi açıklayamazsınız. Hukuk sistemi egemenin emri olursa ona itaatle yükümlü olduğumuzu açıklarız ama ödevi açıklayamayız. Samimi olarak soruyorum : Gece saat 03.00'te kimsenin olmadığı boş bir yolda kırmızı ışıktaki bekler misiniz? Yoksa kimsenin olmadığını kontrol edip dikkatli bir şekilde geçer misiniz? (Sınıftan gelen cevabı söylememe gerek yok sanırım. D.) Hukuka yükümlülük olarak bakarsanız geçersiniz, Ödev ahlakında olduğu üzere hukuka hukuk olduğu için riayet edip, ödev olarak görürseniz beklersiniz. Bir toplum hukuka sadece egemenin emri olarak bakıp, yükümlülük olarak mı görüyor, yoksa egemeni ödev olarak mı algılıyor ?Yükümlülük ve ödev arasındaki farkı böyle açıklıyor, Toplumun hukuka bakış açısı tanıma kuralına bir şekilde yansır anayasasına o şekilde yansır mahkemelerinin kararlarına o şekilde yansır Bir toplumun hukukunu anlayabilmek için o toplumun sadece anayasasına bakmak yetmez. Mahkeme kararlarına da bakacağız. Ondan sonra toplumun hukuku nasıl algıladığına bakacağız ve tanıma kuralına o şekilde belirleyeceğiz. Bu da ne anlama geliyor? Diğerleriyle eşit seviyede ve onların içinde ama aynı zamanda var olabilmeleri için geçerli, meşru olmaları için, buna dayanmaları gerekiyor. Bir hukuk sisteminin var olabilmesi için halkın değil halkın genelinin uyması yeterli diyor. önemli olan yetkilerin içsel bakış açısıyla kurallara bağlı olmalarıdır.(Hart'ı tamamladık.Önümüzdeki ders Kelsen'i işleyeceğiz.)

09.11.2017

(Haftaya işlenecek doğal hukuk-pozitivizm tartışması için William Shakespeare'in Venedik Taciri'ni okumanız tavsiye olunur.)

Hans Kelsen'in hukuki pozitivizmini, Kelsen'in normlar hiyerarşisi mutlaka duymuşsunuzdur. Hart ve Kelsen, hukuki pozitivizmin tekrar canlanmasını sağlayan

filozoflardır. Ve Kelsen özellikle anayasacılığın ve anayasal denetimi bir anlamda kurucusu gibidir. Devletlerin veya idarenin anayasa denetimi için önemli bir kilit isim haline geldi. Ancak kendisinden sonraki düşünürler: (Dworkin-Shapiro-Coleman-Lloyd bu isimlerin bilinmesinde fayda var modern dönemin önemli hukuk felsefecileridir.) Kelsen'in hukuk felsefesi bu zemin üzerine oturdu. Özellikle bir Alman düşünür, temellendiği düşünür Kant. Kelsen, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bir dönem Amerika'ya gidiyor ancak Carl Schmit kadar heyecanla karşılanmıyor belki de bunun sebebi liberal hukuk düşüncesine çok fazla oturmamasıdır. Kelsen'in hukuki pozitivizmi, pozitivist olduğu için öncelikle, hukukun saf alanını bulmaya çalışıyor. Hukuk-ahlak ayrımını savunuyor fakat diğerlerinden onu ön plana çıkaran hukukun saf alanını bulmaya çalışmasıdır. Peki, hukukun saf alanı ile neyi kastediyor olabilir? Kant'ı esinleniyor diyorum ya Kant'ın felsefesinde bahsettik daha önce şu var: Fenomenler dünyası ve numenler dünyası, koşullu buyruk (hipotetik imperatif) ve koşulsuz buyruk (kategorik imperatif). Kant felsefesini öyle bir hale getiriyor ki bir anlamda Kant'ın felsefesi modern dönemin fiziğinden farklı etkilenilmiş ve bir felsefe ortaya koymuş ki sadece akıl var. Rasyonalitenin en uç noktası. Kant "Üstte yıldızlı gök, içimde ahlak yasası" olarak anılmakta. İnsanın akıyla her şeyi kavrayabileceğini ama bu kavrama sırasında ister istemez erdem yasasından faydalanması gerektiği ama bunu yaparken de erdeme ulaşabilmek için insanın akıyla hareket etmesi gerektiği gibi bir düşüncesi var. Kant bir anlamda modernizmin filozofudur. Onun felsefede yaptığı, tam akla dayanan, muğlak olan her şeyi bir anlamda bir tarafa bırakıp, belirlilikler üzerinden bir felsefe kurabiliyorsa aynısını Kelsen hukuk alanında yapmaya çalışmış. Belirlilikler, kesinlikler ve belirsiz olan her şeyin dışlanması gibi bir amacı vardır. Belirsiz olan her şeyi dışlansın ve hukukun saf alanına ulaşsın. (Bkz: Saf Hukuk Teorisi) Hukuk olana ulaşalım ama onun dışındaki her şey dışarıda kalsın. Mesela zaman ve mekan. Bizim algımız ne ile sınırlı? Zaman ve mekanla sınırlı bir algımız var öncesini ve sonrasını algılayamıyoruz,

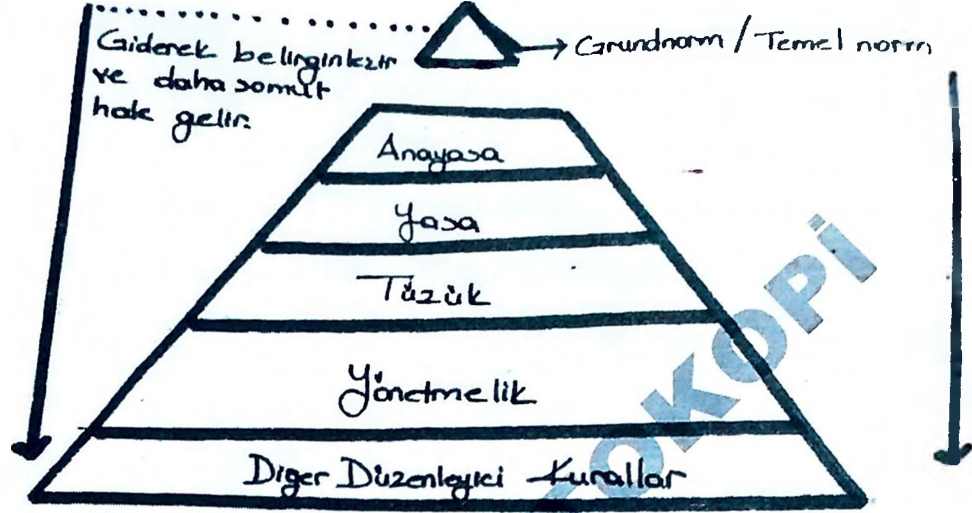
öngörebiliriz ama algılayamayız. Sınırlı bir mekan, bu sınıf dışında şu anda hiçbir şeyi algılayamazsınız. İnsan algısı bu kadar sınırlı. Zaman ve mekan ikisi de insanın icat ettiği şeylerdir. Aslında zaman diye bir şey yoktur. Kastettiği şu: Öncesi var ve devamı var. Ne zaman başladığı ve nasıl olduğu yok. Zamanın dakikalara, saniyelere bölünmesini insanın algılamak için, keşfetmek için bulduğunu söylüyor. Normalde zaman diye bir şey insan için var. Zamanı değiştirecek olsak dakikayı, 60 dakika üzerinden hesaplamayabiliriz, değiştirebiliriz. Yılın 365 güne bölünmesini düşünün her zaman böyle miydi? Hayır. Bu algılama açısından Güneş'i ve Ay'ı esas alarak bulduğumuz şeyler, normal şartlarda zaman diye bir şey, evrende yok. Ya da insan zamanı dediğimiz şey ile evrenin zamanı birbirini tutmamak da, evrendeki zamanı ölçmek için dünyadaki zamanı kullanabiliyor muyuz? Hayır. Işık hızına geçiyoruz dakikalarla ölçemiyoruz mesela. Dünyadan kalkıp Mars'ta koloni kurmaya çalışıyorlar. Ne kadar sürede başaracakları belli değil ama başaracaklar. Mars'ta koloni kurulup insanlar oraya gittiği zaman Mars kolonisi ile Dünya'daki zaman farklı olacak. Diğer gezegenlerde zaman daha farklı. Acaba Mars'ta zaman daha mı hızlanacak? Daha mı yavaş akacak? Büyük ihtimalle daha yavaş akacak. Mars'ta bir Dünya günü 24 saat ama Mars günü kaç saat? Jüpiter günü kaç saat? Satürn günü kaç saat? Her biri farklı. Bunlar insanın dünyayı algılamak için kendisinin bulduğu bir yöntem.

(Bkz: A. Hamdi Tanpınar ve Zaman Anlayışı)

(Bkz: Henri Bergson-Zaman-Bellek Kuramı)

Bunlar insan tarafından bulunabilir şeyler. Peki safa nasıl ulaşacağız? Aynen Kant'ın yaptığı gibi. Kant zamanı ve mekanı bir anlamda dışarıya çıkarıp felsefesinin üstüne oturtup algılıyorsa, aynısını hukuk felsefesinde yapacağız ve bunu yaparken olması gereken ile olan arasında bir ayrım yapılır.

Y Hukuk olması gerekenden → olana doğru gider!



Hukuk olması gerekenden olana doğru gider. Kelsen diyor ki: hukuk olması gerekenler ve normlar alanıdır. Hukuk olması gerekenden olana, daha somut, daha belirlenebilir doğru hareket eder. Anayasa belirli mi? Evet. Yasa belirli mi? Evet. Hepsi belirli. Ama grundnorm belli değil.

Hukuk = Olması Gereken + Normlar

Hukuk = Grundnorm (Olması gereken) + Normlar

Peki bu norm ile ne kast ediliyor olabilir? Norm ile hukuk kuralları kastediliyor. Ama diyor ki normların arkasında onların belirlediği bir eylem vardır. Normlar sadece resmi kurallar değildir. Normların arkasında, norm alanı ile belirlenen, kendilerine göre hareket edilen hukuk normları, aynı zamanda gerçek insan davranışlarını tanımlamaktadır. En genel normlar dahi insan davranışını belirlemektedir. Normlar var ama, biz somut olarak normu gördüğümüzde, normun arkasında ya da norma uygun hareket neden insan davranışları var. Yani "olması gereken + norm" ama bu norm sadece kural olarak değil ona uygun insan davranışları olarak aktarıyor. Siz bir toplumun normuna baktığınız zaman bu toplumdaki davranış az ya da çok görebilirsiniz. Şimdi bana arkasında bir davranış

olan herhangi bir norm söyleyin. Mesela hız sınırını aşanlara ceza verilmesi. Peki bunların bize neyi gösteriyor? Demek ki hız sınırının aşılması gibi bir davranış var. Ve bu eylemi düzenleyen bir norm var. Hız sınırını aşmayan bir eylem de var. Normun arkasına baktığımızda ortaya çıkan durum iki tane. Hız sınırının aşılması ya da aşılmaması. Normun arkasında bir davranış, bir eylem alanı var. Normu tek başına alamayız. Normu görüyoruz ama normun arkası da var. Normla düzenlenen kendisine uygun olarak yapılan eylemler de var. Kelsen'in hukuk felsefesi hukuku " $x \Rightarrow y$ "ye indirgediği için eleştirilmekte. X eylemini yaparsan Y yaptırımını veya yükümlülükleri ile karşılaşırın. (Austin'in hukuk sistemi, sadece yaptırıma dayanıyordu.) " $x \Rightarrow y$ "de amacımız hukukun saf alanını bulmak. Hukuk olması gerekenden olana doğru hareket eder ve olması gerekenden hareket ettiği noktadan itibaren giderek belirginleşir ve somutlaşır. Kişi için hukukun alanını belirlemek veya incelemeyi yapmak, diyelim ki siyasetle ilgili olguları, sosyal olguları, kişisel olanları, belirli olmayan her şeyi hukuk dışlasın. " $x \Rightarrow y$ " olsun en basit ve en kaba haliyle bu ama amaçladığı şeyin bu kadar basit olduğunu söyleyemeyiz. Diyor ki: " $x \Rightarrow y$ arkasında bir davranış vardır ama amaç hukuka bağlı olan kişiyi belirli bir davranışa yönlendirmektir." Hukukun en ayırt edici özelliği devlet gücünün tekelleştirilmiş olmasıdır. Kelsen için hukukun anlamı gücün tekelleştirilmiş olmasıdır. Eğer kişiye belli bir davranış yönlendireceksek gücün tekelleşmiş olması gerekiyor. Herkesi tek bir davranışı yönlendirmek diyorum bunun içinde bir devlet bir gücünün olması ve bu gücün devlet elinde tekelleşmesi gerekiyor, hukukun işlevi gücün tekelleştirilmesidir diyor. Hukukun işlevi adaletin sağlanması, hakkaniyetin sağlanması olabilir. Bentham için, yine hukukun belli bir amacı vardı düzen, belirlilik ve öngörülebilirlik istiyordu. Kelsen, bir anlamda hukuktan bir şey beklemekten ziyade hukukun işlevini ortaya koyuyor ve diyor ki hukuk gücün tekelleştirmesinin aracıdır. Bir hukuk normu ile bir ahlak norm arasındaki temel ve en önemli fark hukuk normlarının yeterliliklerini

Kelsen hukuk için tekelleştirilmiş gücün aracıdır.

kendilerinden bir üsttekenden almasıdır. Geçerliliğini anayasadan alan yasa, tüzüğe geçerlilik verir. Tüzük, geçerliliğini anayasadan almış olan yasaya uygun olarak devam eder. Her bir norm, geçerliliğini bir öncekinden alacak ama geçerlilik aldığı bir önceki norm, kendisinden bir önceki normunu geçerli kılınmış olması gerekiyor ve hepsinden önemlisi hepsinin üzerinde grundnormun olması gerek. Ve temel olarak geçerliliğini hepsi grundnormdan alacak. Kelsen'in bu hiyerarşisi normlar hiyerarşisi olarak biliniyor her bir norm geçerliliğini bir öncekinin oradan alır. Kendisinden bir sonraki normal geçerlilik verirken buna dayanarak geçerlilik verir. Bu da bize şunu gösterir: Hukukun işlevi gücün tekelleştirilmesi dedik. Hangi gücün? Devlet gücünden alır çünkü kişiyi "x-y" davranışına zorlarken arkasındaki yaptırım gücü devlet gücüdür.

Tanım Kuralı	Grundnorm
Geçerliliği için hiçbir zorlama biçimine dayanmaz.	Zorlamaya dayanır.
Varlığı maddi bir konudur.	Yargısal bilincin mantıki varsayımdır.
İşlevi kuralların belirlenmesini sağlamaktır.	İşlevi, Anayasa ve sistemdeki tüm normların geçerli kılınmasıdır.
Çeşitli geçerlilik ölçütleri içerebilir.	Yalnızca bir Grundnorm vardır.
Bir hukuk sistemindeki kurallara yarı-killilerin birincil ve ikincil kuralları tanımasına olanak sağlayarak geçerlilik kazandırır.	Normatif düzene geçerlik kazandırır ve ayrıca tüm normların kaynağıdır.
Hukuk sisteminde birliği sağlar.	Hukuk bilimcilerin, tüm geçerli hukuk normlarını çelişmez bir anlam alanı olarak yorumlamalarını sağlar.
Kendi geçerliliği bu bağlamda anlamsızdır) gösterilemez yalnızca vardır.	Etkililik üzerinden varsayılmıştır, o nedenle geçerli olmalıdır.
Kuralın geçerliliği ile etkinliği arasında zorunlu bir bağ yoktur. (Tanım kuralı ölçütleri arasında böyle bir hüküm içermediği sürece)	Seçimi keyfi değildir ve etkinlik ilkesine dayanır.

Grundnormuniki özelliği vardır:

- Varsayımsaldır
- İçeriği yoktur.

Oysa tanım kuralının bir içeriği vardı dikkat ederseniz: Mesela somutlaştırmak için şöyle demiştik hatırlarsanız anayasaların kendince belli bir rengi vardır, her devletin izlediği belli bir politika vardır kendini sınırlı saydığı bir

durum vardır. Meksika'da valinin uyuşturucu kaçakçısı ile bir ilişkisinin olduğunun ortaya çıkmasıyla halkın verdiği tepki ile Fransa'da valinin uyuşturucu kaçakçıları ile ilişkisinin ortaya çıktığı durumda halkın verdiği tepkinin aynı olduğunu söyleyemeyiz. Bir anlamda bu onların hukuklarını genel yapısı, tanıma kuralı gibi bir şey.

Grundnorm ise varsayımsaldır. Bir de şunu hatırlayın tanıma kuralı, ikincil kurallardan biriydi ^{2011'de} eşitlik, yargılama ve tanıma kuralı vardı. Tanıma kuralı, hem ^{2011'de} eşitlik hem de yargılama kuralına geçerlilik veren bir normdu. Oysa grundnorm hepsine geçerlilik veriyor ama hepsinin üstünde. Yan yana olup yanından geçerlilik almanla üstünden geçerlilik alman arasında fark var. Austin için hukuk egemenin emridir demiştim. Hukuk egemenin emri olduğunda, o zaman egemenin üstünde bir hukuktan bahsedemeyiz. Egemenin emri ise egemeni sınırlandıramazsınız. Hukukun egemeni sınırlandırılması gerektiği için Austin'in hukuk anlayışı çok fazla eleştiriliyor. Egemeni hukukun üstüne koyuyoruz ve diyoruz ki tanıma kuralından geçerlilik alan egemenin emridir hukuk. Mesela; ben burada bulunma geçerliliğini Selçuk Üniversitesi onun yanında Gazi Üniversitesi bunların üstünde YÖK'ten alıyorum. Benim üstümde beni denetleyen ve kontrol eden bir kurum var. Grundnorm= YÖK bu örneğimizde peki YÖK'ün olmadığını düşünelim. Bu sefer yeterliliği ve geçerliliği nereden alacağım? Selçuk ve Gazi. Ama zaten bir parçası olduğumdan geçerlilik alıyorum. Diğer türlü geçerliliğimi bir üst makamdan alıyorum ben o makama tabii değilim, makamın altındayım, kontrolündeyim, parçası değilim. Grundnorm ile Kelsen'in verdiği bir örnek-var diyor ki: Bir baba oğluna "okula git" şeklinde bireysel bir norm yöneltir. Oğlu sorar, "Ne için okula gitmem gerekiyor?" Baba cevap verir çünkü: "Tanrı ana babaya itaat edilmesini emreder." Oğlu tekrar cevap verir: "Neden tanrının emirlerine uymamız gerekir?" Babanın buna vereceği yanıt bir anlamda bizim grundnormumuzla da uyumludur çünkü bunların hepsinin karşılığı şudur: Tanrının iradi eyleminin öznel anlamı neden aynı

zamanda nesnel anlamıdır? Yani niçin tanrının normu geçerli normdur? Tek bir açıklaması var inanıyorsan tanrının emri geçerli normdur. Bir alt metni yoktur. inanıyorsan tanrı normu senin için bağlayıcı normdur.

Grundnorm neden benim için bağlayıcı? Çünkü hukukun üstünde olduğunu, anayasanın ona dayandığını düşünüyorum ya da göremediğim, içeriği olmayan, varsayımsal olan grundnormun hukuk sistemini oluşturduğunu düşünüyorum. Nedir o hukuk sistemi? Bir anayasanın olması. Anayasanın benim haklarımı, özgürlüklerimi, yükümlülüklerimi kayıt altına alması ve "x=>y" davranış normlarının benim haklarımı, yükümlülüklerimi, özgürlüklerimi kayıt altına alan ve aynı zamanda bunları hangi durumda dokunulacağını ya da dokunulmayacağını söyleyen anayasaya dayanmasıdır. "x=>y"nin açıklamaya ihtiyaç duyduğu anlarda, anayasaya uygun olan yasaya uygun olan bir tüzüğün çıkarılması gerekir. Benim tüm bunlarla bağlı olduğum düşündüren şey ne? Neden anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik vs. bunların varlığını kabul ediyorum? Neden bir hukuk sisteminin varlığını kabul ediyorum? Neden bu yargıyı kabul edip yargılanmayı kabul ediyorum? Yargıdan memnun musunuz? :) Hiç kimse memnun değil ama yargılama yetkisini reddedeni gördünüz mü? Her kesimden herkes yargıyı eleştiriyor ama yargı yetkisini tanımıyorum diye mi gördünüz mü? Neden? Kelsen'in yanıtı, oğlun babaya sorduğu sorunun yanıtıdır. Çünkü hukuk sistemine bağlıysan bu normun varlığını kabul ediyorsundur. Bu normun varlığı ne zaman kabul edildi? Grundnormun ilk oluşma anı, anayasanın oluşturulduğu andır. İçeriği olmayan, varsayımsal olan grundnormu o anda kabul etmiş oluyorsunuz. Çünkü bir anayasanın varlığını kabul ediyorsunuz ve bundan sonra yönetenler de yönetilenler de şuna göre hareket ediyorlar: Onun sınırları dışına çıksa bile tanımlama yapmak için anayasaya aykırı diyoruz. Bir şeyin olmadığını söylemek için diğerinin varlığına ihtiyacımız var. Yeni bir anayasa yapıldığında grundnorm değişir. Dikkat edin anayasalar değiştirildiğinde değil. Kastettiği şey şu: Kurucu iktidarın yeni bir anayasa yapması durumudur. Bunu da

şununla sınırlıyor evet kurucu iktidar yeni bir anayasa yapabilir ama Kelsen diyor ki ortaya çıkan şeyin her durumda Hukuk devleti olacağının garantisi yoktur. Hukuk Devleti olması için, anayasanın hak ve özgürlükleri düzenlemesi, bunların dokunulamayacak alanlarını belirlemesi, bunların hangi durumlarda sınırlarına bileceğini belirlemesi, yargı güvencesini vermesi, demokratik ilkelere uygun olması gerekir. Şimdi yeni oluşturulan durum bunların hiçbirisini uymasa bile, evet grundnormu vardır geçerlidir lakin hukuk devleti değildir. Sadece devlettir. Gerçek anlamda bir devrimin başarılı olduğunu kabul etmek için öncelikle; başarılı bir devrim meydana gelmiş olması gerekir. Bu başarılı devrim sonucunda, hükümet etkili kontrol mekanizmalarına sahip olmalı yani direktiflerine genel olarak uyulmalı. Bu uyma (en önemlisi budur.) baskı ile değil rıza ile olmalıdır. Son durumda devrimden sonra ortaya çıkan rejimin baskıcı ya da antidemokratik olmaması gerekir. Özetlemek gerekirse devletler Grundnormun, anayasanın, yaşıyan olduğu duruma sahip olabilirler ancak bu hukuk devletini garanti etmez; hukuk devleti olabilmesi için anayasanın oluşturulduğu andan itibaren ilkelerinin, hukuk devleti ilkeleri olması gerekir. O zaman hukuk devletisinizdir diğer türlü sadece devletsindir ve devrimin geçerli ve başarılı sayılabilmesi için 4 tane ilke vardır. Bunlardan da en önemlisi kontrolün sağlanması ve bu kontrolün baskı ile değil rıza ile olması gerektiğidir.

(Bkz:1958 Pakistan Darbesi)

(Bkz:1965 Uganda Darbesi)

(Bkz:Rodezya Tek Taraflı Bağımsızlık İlanı)

Sizden vergi memuru da vergi ister soyguncu da vergi ister.

Röbert Nozick: "Vergi gayri ahlakidir." der. Anarko-kapitalistlerin hukuk anlayışında, devlet anlayışında vergi yoktur. Devlet de sizden vergi ister, soyguncu da sizden vergi ister. Devletin vergi istemesinin geçerli

olması, "x-y" olması, sağladığın kazancın şu miktarını vereceksin ve biz o parayı daha dezavantajlı olarak olanlara dağıtacağız demesinin sebebi, vergi memurunun yetkisinin arkasında grundnorm var ama grundnormun olduğunu şöyle anlıyoruz: Vergi memurunun o yetkisini çıkardığımızda arkasında varsayımsal olarak hala bir yetki olduğunu düşünüyoruz. Tanrının öznel iradesi ne için nesnel irade olsun demiştik ya hani. Neden tüm inananlar için geçerli ve bağlayıcı bir hale gelsin? Devlet bir şey söylediğinde o alanda bir yasa olmasa bile, bir düzenleme olmasa bile, o alanda düzenleme yapma yetkisini varsayıyoruz. Şöyle diyemeyiz ama bu alan boşluk istediğimi yapayım diyemiyoruz. Düzenleme yaptığı andan itibaren tabi oluyorsunuz. Örneğin işçilerle ilgili önce arabuluculuğa gidilmesi diyelim ki bunu Anayasa Mahkemesi'ne taşıdık. Ve Anayasa Mahkemesinin bunu adil yargılanma ilkesine aykırı bularak iptal ettiğini düşünelim. Şimdi iptal edilen gücün arkasında ne var? Arabuluculuk kanunu çıkmış olsa bile neye dayanıyordu? Devlet gücüne. Şimdi bu alanda bir boşluk oluştu mu? Evet. Boşluk var diye işçi ile işveren arasındaki ihtilaflar kendi kendine mi çözülecek? Hayır. Hala yargı ile bağlısınız. vergi almasının arkasında da işte bu var Vergi meyi bunun yetkisi kaldırılrsa bile arkasında yetkisi olduğunu var saydığımız bir durum var. Ona geçerlilik verdiği, belirlilik atfettiği durumla karşı karşıyasınız bu da içeriye olmayan varsayımsal olan grundnorma dayanıyor. Kelsen'e göre hukuk sisteminin tamamının etkinliği ya da etkililiği, içinde yer alan normların geçerliliğine ve meşruluğunu dayanır. Hart'ın tanıma kuralından bir hukuk sisteminin var olabilmesi geçerli olabilmesi için hatırlarsanız, yönetilenlerin değil yetkililerin değişiklik ve yargılama kurallarına kendilerini bağlı hissetmeleri, onunla hareket etmeleri ve tanıma kuralına da içsel bakış açısıyla bağlı olmaları gerekiyordu. Kural olmadığı durumlarda bile değişiklik ve yargılama kurallarının arkasında dayandığı ikincil ilkelere, birincil ilkelere bağlı olması gerekiyordu. Hart için bir hukuk sisteminin var olabilmesi için yetkililerin kendilerini bağlı hissetmeleri ve uyumaları gerek. Kelsen içinse normların geçerli ve meşru olması gerekiyor. (Bkz: WildTales)

23.11.2017

(Geçen hafta ders yapılmamıştı. Venedik Tacirinin okunması ve Wild Tales'in kararlaştırılan kısmı için savunma yazılması istenmişti. Bu hafta sadece giriş yapıldı. Onumuzdeki hafta daha detaylı konuşulacak.)

(Joseph Raz)

Joseph Raz bizim göreceğimiz son klasik pozitivist. Birçok pozitivist var ancak Kelsen, Hart ve Raz dönüm noktası gibi. Kelsen'in dönüm noktası olmasının sebebi 2. Dünya Savaşı'ndan sonra anayasal devletlere, anayasalı devletlere ve anayasa yargısına temel oluşturan düşünür olması. Bir grundnorm tasarımı ile tam anlamıyla anayasalı devletler için bir temel oluşturduğu, hukuk devleti için bir temel oluşturdu. Hatırlarsınız kendisinin söylediği şey şuydu: Grundnorma dayalı bir devlet olabilir ama Grundnormun içeriğinin hukuka dayanıp dayanmamasına bağlı olarak bir hukuk devleti ya da sadece bir devlet olabilir diyordu. Hart ise tanıma kuralından geçerlilik alan bir hukuk sistemi ortaya koymaya çalışıyordu. Kelsen'in genel, tüm dünyayı kapsayabilecek bir hukuk sistemine karşı Hart'in hukuk sistemi bir anlamda daha kısıtlı. Hart'i okuduğumuz kadarıyla bazı hukuk sistemlerini açıklayamadığını görüyoruz bunun sebebi aslında teorisinin bir anlamda zayıflığı da diyebiliriz ya da şöyle de adlandırabiliriz Hart da Dworkin de diyor ki bizim teorilerimiz demokrasisi oturmuş hukuk devlet teorileri o yüzden belli noktaları aydınlatamıyorsa o noktaların hukukla ilintili olmamasıdır. Eğer hukuk varsa teori bir şekilde devreye girip açıklar ancak hukuk yoksa teori o noktada yetersiz kalacaktır çünkü hukukun olmadığı bir alanda tanıma kuralını anlatmaya çalışıyorsunuz ama aslında orada hukuk yok. Hart ve Kelsen'in hukuk devletini açıklamak, tanıma kuralını açıklamak, hukuka yeni bir meşruiyet alanı getirmeleri tüm bunları pozitivism temelinde yapmalarından dolayı önemlidirler. Raz onlara göre daha gölgede kalmıştır ama klasik pozitivist olarak yine de önemli bir düşünürdür. Raz'a göre bir hukuk sisteminin varlığını ya da

kimliğini 3 unsur bakarak açıklayabiliriz. Bunlar etkinlik, kurumsal nitelik ve kaynaklardır. Hukuk özerk olduğu için içeriğini ahlaktan bağımsız olarak oluşturabiliriz ama hukuki muhakeme özerk değildir. Hukuki muhakemeye çeşitli unsurlar etki edebilir ya da hukuki muhakeme aşamasında ahlak girebilir, başka unsurlar girebilir ve bu bir anlamda hukuki muhakeme açısından hem kaçınılmazdır hem de gereklidir. Bir yasanın varlığı ve içeriği hukuk sistemine katılanların teamülleri, kurumları ve niyetlerine dair olgusal inceleme ile belirlenir. Şöyle açabiliriz hukuk deyince aklınıza gelen ilk görsel nedir? (Themis, cüppe, tokmak, terazi, vs.) Hukuk deyince aklınıza gelen ilk cümle ne peki? (Adaletle yönelmiş toplumsal yaşam düzeni, insanları beşeri olmaktan çıkaran kurum, insan vs.) Hukuk nedir dediğimiz zaman aklımıza gelen şeyler ahlaki yargılar mı olgular mı? Hukuk derken neye nasıl gittiğimiz hep diyorum ya geçmiş yaşantılarımız, geldiğimiz toplumsal sınıf, üretim biçimi, değerlerimiz, ailemizin sosyo-ekonomik durumu, sosyo-kültürel durumu her şey bizim hukuk algımızı etkiler. Razda diyor ki aynı şekilde yasanın içeriği ya da varlığı ona katılan teamüller, kurumların niyetlerine dair olgusal inceleme ile belirlenir. Yasanın varlığı ve içeriği o zaman olguya mı dayanıyor? Evet. İster kişinin olgusuna dayansın ister kişinin içinde beslendiği toplumun olgusuna dayansın şurası önemli ki ahlaki yargıya değil olguya dayanır. Bu olgunun dayandığı son noktayı siz ahlak yargısı olarak nitelendirirsiniz. Mesela tek tek örnek veren arkadaşlarınıza gidersek sonuçta bir ahlaki yargıya varırız ama son noktada onu isimlendirmek için varırız. Hareket ettiğimiz nokta neden-sonuç ilişkisi içerisindeki olgulardır. O yüzden diyor ki hukuk özerktir ve içeriği belirlenebilir. Hukukun tanımını yaparken içeriği rahat bir şekilde belirlenebilir ama iş hukuki muhakemeye geldiği zaman orada artık özerklikten çıkar mutlaka hukuki muhakeme aşamasında ona bir şeyler dahil olur. Yasa nedir? Sorusunun cevabı ahlaki yargılar değil olgulardır. Hukuku diğerlerinden farklı kılan nedir? Olgulara dayanıyor tamam ama şöyle bir şey var. Olguları biz sonrasında adlandırıyorduk. Tek başına

incelediğinizde bir neden sonuç ilişkisi, bir eylem buna hangi bilim dalının baktığı ile ilgili. Hukuki olarak bakarsanız olaylara adaletle, hakla, eşitlikle bakmak zorundasınız. Psikolog olarak bakarsanız olayı daha farklı bir şekilde bağlantılandıracaksınız. Tüm bunların içinde hukuku farklı kılan şey: Buyurucu olması, kendisini birincil olarak ilan etmesi ve diğer tüm kuralları dışlamasıdır. Hukuk kurallarının dışlayıcılığı ile kastedilen şu hukuk yetkinin en üst kaynağıdır. Yetki dediğimiz şey ise egemenliğin, otoritenin en üst kaynağıdır. Hukuk, otoritenin en üst noktasıdır, auctör. Diğer tüm davranış kuralları üzerinde birincilliği vardır. Hukuk özü geriye buyurucudur, emredicidir. Eğer egemenin kuralı ise zaten emredekiler ama Austin'in dediği gibi sadece emir formunda değil açıklama formunda da emredebilir. Raz açısından hukuk ahlak ayrımının temelini oluşturan çok önemli bir diğer özelliği ahlakın yapamayacağı şekilde davranışlarımıza kılavuzluk eder ve diğer hepsini dışlar. Bir alanda hukuk kuralı varsa, sizin ahlak kuralınız ne olursa olsun sosyal dürtüleriniz ne olursa olsun orada uymanız gereken tek bir kural vardır: o da hukuk kuralıdır. Hukuk kuralının bu özelliği onun dışlayıcılığı anlamına gelir. Kendi kuralın ne olursa olsun hukuk kuralını uygulamak zorundayız hukuk diğer hepsini dışlar anlamına gelir. Hiç kendi ahlak kuralınızın hukuk kuralı ile çeliştiği oldu mu? (Hayvanlara verilen zararın mala zarar olarak değerlendirilmesi) Kişisel kendi ahlaki duruşunuz ne olursa olsun çok hoşlanmasak bile hukuk buyurucu olarak en üst olarak dışladı mı? Evet. Rahatsızlık duyuyorsunuz ama dışlayıcı. Hukuk kuralı egemen mi onun dışında bir şey uygulayamazsınız bu durumda kişi kendisi ve açısından biraz daha eyleme geçiyor. Raz, hukuki pozitivistler 3 şey iddia ederler ve 3 şey doğal hukukçular tarafından sürekli eleştirilir:

I. Toplumsal tez: Pozitivistlerin iddiası hukuku ahlaki kaygılara atıfta bulunmadan açıklayabiliriz. Doğal hukukçular da bunun mümkün olmadığını söylüyorlar.

II. Ahlak tezi: Hukukun ahlaki değeri var mıdır yok mudur? (doğal hukukçulara göre vardır pozitivistlere göre yoktur) Raz ise hukukun ahlaki değeri ne içkin ne de mutlaktır. Ne kendinden getirdiği bir ahlaki değeri vardır ne de kesinlikle bir ahlaki değeri olarak mutlak bir durumu vardır. Sadece toplumun durumuna, kuralın durumuna göre değiştiğini söylüyor. Bir hukuk kuralının, bir toplumda ahlaki bir değeri varken aynı hukuk kuralı bir başka toplumda ahlaki bir değer taşımayabilir. Çıkardığı sonuç şu ne tam anlamıyla dışlamak gerek ne de mutlak kabul etmek gerekir. Hem pozitivistler hem de doğal hukukçulara bir eleştiri sunuyor ama son noktada ne mutlak ne de içkindir toplumdaki topluma değişir diyerek pozitivistler ile daha yakın bir ilişki kuruyor. Bir diğer anlamsal tezi hak, ödev, hakkaniyet, adalet gibi kavramlar aynı zamanda etik felsefesinin de konusudur ama hukukta ve etik de aynı anlamı taşımazlar. Raz kendi hukuk anlayışında toplumsal tezi kabul ediyor.

III. Toplumsal tez, ahlak tezi ve anlamsal tez arasından sadece toplumsal tezi kabul ediyor ve diyor ki toplumsal teze göre bir hukuk sisteminin tanımlanabileceği üç unsur vardır: etkinlik kurumsal nitelik ve kaynaklardır. Hukuku ahlaki atıf yapmadan açıklayabiliriz, ahlaki sorular her üçünden de dışlanmıştır. (kurumsal nitelik, etkinlik, kaynak) hukukun kurumsal niteliği yasaların belirli kurumlarla ilişkilerine göre belirlenir. Ahlaken kabul edilebilir olsalar da bu tür kurumlara kabul edilmeyen bir şey yasa değildir ya da ahlaken kabul edilemez olsa da yasa yapan kurum tarafından kabul edilmişse yasadır. Bir anlamda pozitif hukuka benziyor. Bir kural ne zaman hukuk kuralı haline gelir? Egemen onu yasa olarak düzenlediğinde ya da herhangi bir şeyin içinde düzenlediğinde onu hukuk alanına taşımış olur. Onun dışında var mı? Var ama pozitif hukuka dahil mi? Değil. Bunun kaynak teziyle, etkinliğiyle ve kurumsal teziyle tamamen uyumlu olduğunu söylüyor. Nasıl etkin olabilir? Hukuk sistemi tarafından uygulanıyorsa etkindir. Toplumda çok basit bir kural var. Sürekli görüyorum, sürekli de tartışma konusu ne zaman otobüse binsem yaşadığım bir

olay. Gençler kalksın yaşlılar otursun. Bir ahlak kuralı mı? Bir toplumsal kural mı? Görgü kuralı sayabilir miyiz? Bir hukuk kuralı mı ? Hayır. Bütün bunlar ahlaken kabul edilebilir olabilir ya da olmayabilir ama etkinlik bu. Kaynak dediğimiz zaman ise şunu kastediyor: Başta dedi ki (Raz) hukuk özerktir, kendi içeriğini belirler. Arkasından dedi ki; hukuk buyurucudur, diğer her şeyi dışlar. Sonra dedi ki; etkinlik, kurumsal nitelik ve kaynak tezi pozitivistlerin toplumsal tez adını verdiği ve hukuk alanında ahlaki kaygıların dışlanması teziyle tamamen uyumludur. Az önce verdiğimiz örneğe dönersek; bunun bir ahlak kuralı olduğunu kabul edersek ve de toplu taşımanın bir sonucu olarak bir gün meclis şöyle bir yasa yapmaya karar verdi. 65 Yaş kartı kullanan tüm yaşlıların oturulması yönünde kanun çıkarılmasına karar verilmiştir. 65 Yaş kartı kullanan bir genç ayakta bir yaşlı oturuyorsa :D 25'ten küçük herhangi bir genç oturuyorsa kendisine toplu alanda oturma kuralını ihlal eden dolayı 90 TL para cezası verilmesi kararlaştırılmıştır. Düşünün genç oturuyor 65 yaş kartına sahip amca geldi, etrafına bir bakındı, genci görüp başına üşüştü, kalk ben oturacağım dedi, genç de kalkmıyorum dedi, amca aradı 155'i ben 2B 1478689 sefer sayılı meram -yaka otobüsünde olduğunu kendisine yer vermeyen bir genci ihbar etti, ileride trafik çevirdi, polis TC kimlik kartına işleyerek 90 TL cezayı kesti ve makbuzu verdi. Yaşlıların oturma sorunlarını böyle bir uygulama ile çözdük mü? Evet. Peki bu ahlak kuralı, hukuk kuralına dönüşürse toplumsal tez ile nasıl uyur? Az önce dedik ki ahlaki kaygılar olmadan hukuku açıklayabiliriz, toplumsal tezin temeli buydu. Kaynaklar tezinin temeli de bu. Hukuk özerktir, sadece hukuki muhakeme özerk değildir demiştik. Çelişiyor mu? Hayır ama hani hukukun kaynağı ahlaki kaygılar olamazdı. Neden böyle oldu? Yaşanın varlığı ve geçerliliği yasaya katılanların teamülleri toplumsal olgularla belirliydi. Ama ahlak alanı hukuk alanına zemin olur diye bir kabul yok. ahlaka dayanan bir toplumsal olgu, dine dayanan bir toplumsal olgu da olabilir, ekonomiye siyasete dayanan toplumsal olgular da olabilir bu toplumsal olgu hukuk alanında kendisine karşılık bulabilir.

Ama bu bir zorunluluk değildir. Kaynak tezi demiştik ya kaynak zorunlu değil. X => Y değil. Toplumsal olgu olarak baktığımızda oradan alıp oraya koyabiliriz bir kurum onu hukuk kuralı haline getirirken ahlakla çelişedebilir ahlakla örtüşedebilir ama onu hukuk kuralı haline getiren ahlaki bir kaygı değildir en üst yetkisidir egemenin. Hukuk ve ahlak kuralı arasında ayırım yapıldığında hukukun toplumsal düzeni sağlama işlevi vardır ve bu toplumsal düzeni sağlama işlevini diğerleri de yerine getirir. Pozitivistler, hukuk ve ahlak alanına ayırmak istedikleri için sadece buna baktıklarında, hukukun düzenleme işlevini inceleyeceğiz ama bir pozitivist olarak onu değerden bağımsız olarak inceleyeceğiz, değerleri katmayacağız. Doğal hukukçular bunu eleştiriyor ve bu noktada pozitivistin eksik kaldığını söylüyorlar çünkü değerleri katmadan incelemelerine imkan yok. Raz'ın görüşü değerler katılabilir ama bu hukuki pozitivistin değere dayandığı anlamına gelmez. Pozitivistler ahlak alanını hukuk alanının dışında bıraktıklarını söylerler ancak yargılar örtük bir şekilde ahlak kurallarına atıf yaparlar. Aslında hukuk alanında ahlak kendine örtük bir şekilde yer bulur. Yani bir sorunu çözen yargı, somut hukuk kuralını uygulasa da ister istemez örtük bir biçimde ahlak kuralına atıf yapar. Raz, hukuki muhakeme özerk olmadığı için ,muhakeme aşamasında ahlaki kaygılar örtük bir biçimde hukuk alanında vücut bulabilir ama kaynaklı hala yer almıyor kaynakta yer almadığı için de yine pozitivistin de çalışan bir şey olmadığını söylüyor. Hukukun üstünlüğüne büyük bir önem atfediyoruz. Deniliyor ki hukukun üstünlüğü var ve bu bütün sistemlerde yer alan bir durum. Hukukun üstünlüğü neye yarar? İktidarın keyfi uygulamalarının önüne geçmek için vardır. Raz için hukukun üstünlüğü başlı başına kendince bir erdem değildi bir menfi erdemdir. Bir hukuk sisteminin, hukukun üstünlüğü ya da hukuku olmakla ilgili yükümlülüklerimizde birincil değildir. Kastettiği şey şu: Hukuk, adalet, mahkemeler gerçekte var mı bunlar? Geçen hafta zamandan örnek vermiştik. İnsanın algıladığı zamanla var olan zaman aynı şey mi? İnsan zamanı almak için saati icat etti.

(Skz Gulliver in Maceraları Jonathan Swift)

(Skz Memo Michael Ende)

(Skz Modern Times Chaplin)

Zaman böyle bir şey değil. Aynı şekilde mahkeme, yargı, sistem, başbakanlık, meclis vs. bunlar insanın kendi icat ettiği kurumlardır. Aslında böyle bir şey yok ve bir kurumu icat ediyorsunuz sonra da bu kurumun içini dolduruyorsunuz. Peki hukuk da mı? Evet hukuk da icat edilmiş bir şey. O yüzden hukukun üstünlüğü dediğimiz şey değil icat ettiğimiz şey üstünlük ettirmemiz. Hukukun üstünlüğü itibaren keyfi hareket etmesini önlemek. Peki iktidarın keyfi hareket etmesi neyin sonucu? Hukukun. Demek ki sınırlama mekanizması yok ya da etkin değil. O da hukukun sorunu. İşte bütün bunlar aslında hukuk alanında oluşturulduğu için menfi erdemlerdir. Hukuk üstün olduğu sürece zaten iktidar keyfi uygulamalarda bulunmayacaktır. İktidar keyfi uygulamalarda bulunduğu hukukun üstünlüğünü iddia edeceksiniz ama aslında ikisi de yok. Her şey yolunda gidiyorsa diyorsunuz ki hukukun üstünlüğü var? Neden çünkü iktidar keyfi uygulamalarda bulunmuyor. İktidar keyfi uygulamalarda bulunmaya başladığında hukukun üstünlüğü diye bir iddia ile ortaya çıkıyorsunuz. Bunlar menfi erdemlerdir ve yapılmışlardır. İnsan kurumlarıdır. Hukuk alanında bulduğumuz şeylerden biri Raz diyor ki bu alanda bulduğumuz bir şey ve bunlar menfi erdemlerdir. Biri olmadan diğeri çıkmaz. Aritoteles de diyordu ya bir şeyi karşısı ile algılarız diye. Dworkin kişinin hukuka uymakla ilgili ahlaki ödevi olmadığını söyler. Hukuki bir ödevden bahsetmiyoruz. Uymazsanız yaptırımla karşılaşsınız. Ama hukuka uymak ahlaki ödeviniz yoktur eğer siz onu kabullenmediyseniz. Pratik Akla gelirsek gördüğümüz gibi hukuk alanından ahlaki çıkarıyor. Kaynaklar tezinin temeli ahlaki kaygıların dışlanıp, tamamen olgulara dayanan bir hukuk anlayışı. Ve diyor ki evet bir ahlaki kaygıları çıkarıyoruz ama insanlar neye göre karar verecekler? Diyelim ki X ve Y gibi iki hareket tarzım olsun. X ve Y arasında hangisini seçmem gerektiğine dair bir seçim yapacağım. Bir

kart çektim dedi ki X ve Y hareket tarzın var. İkinci kartı çektim dedi ki X hareketini gerçekleştirmek zorundasın. Üçüncü kartı çektim çünkü ilk hareketini gerçekleştirmeni söyleyen bir kural var. İşte X&Y nedenleri arasındaki hareket tarzının Aquinali Thomas'tan sonraki tüm düşünürler doğal hukukçu olsun pozitivist olsun sürekli rasyonaliteye atıf yapıyorlar. Tartan çıkarlarını koruyan, kendince karar veren bir birey, X ve Y arasındaki durumda aynısı X ve Y arasındaki nedenleri tartıyor. İnsan her zaman ıktısadın, hukukun bahsettiği gibi rasyonel hareket tarzlarından hareket etmez. İnsan bazen rasyonel olmayan eylemler de yapar. Cidden yapmaz mıyız? Mesela çiçek almak ne kadar rasyonel bir eylem? Karar verme mekanizmasını da bir şekilde açıklayamamız gerekiyor çünkü ahlaki kaygıları dışladık. Mesela çiçek almak ile ilgili örneği dönersek evet maliyeti çok fazla çok kısa sürede oluyor ama biz orada niye ölçmüş oluyoruz? Ölçülemeyen birim faydasını değil de bize sağladığı manevi faydayı. X ve Y davranışları arasındaki nedenleri tartarız. Ve eğer X davranışını seçmem için bir de kural varsa bu bizim için ikincil neden haline geliyor aslında. X nedeni ve Y nedeni ve bir de kural var bu kuraldan sonra diyor ki diğeri için dışlayıcı niteliktedir. Niye Y davranışına karşın ikinci derecededir yani şunu demeye çalışıyor. X'in nedenleri var Y'nin nedenleri var. Tarttık X ağır bastı. Birde X için uygulamam gerektiği yönünde hukuk kuralı var. Bu hukuk kuralı Y'ye karşı bir neden olarak çıkıyor. Y'yi neden yapmamalıyım çünkü x için hukuk kuralı var. Bu Y'ye için ikincil derecede bir hukuk kuralı haline geliyor ve bir anlamda geri dışlayan bir kural haline gelmiş oluyor ama hareket noktamız- ahlaki kaygıları çıkardığımız için bir açıklama zorundayız- nedenlerimiz. X ve Y nedenleri arasında bir tartıda bulunuyoruz. Ve bu nedenle nereden x için bir hukuk kuralı var. X için hukuk kuralı varsa bir yasa var. Yasa bir ödev yükler. Bu ödev hukuktan kaynaklandığı için diğer tüm toplumsal muhakemeleri dışarıda bırakır. Sonraki kısma gelirsek X davranışını yapmak için bir hukuki ödevim var. Peki bu hukuki ödevi kabul ettiğimi anda X davranışını yapmak için bir ahlaki ödevim de ortaya

UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPİ

çıkıymış olmuyor mu? Eğer sadece dışarıdan açıklayan bir kişi iseniz, hukukun ne olduğunu, neyin hukuk olduğunu açıklamakla ilgili bir pozisyondaysanız bu sizin için müstakil bir ifadedir. Bağımsızdır ancak kabul ediyorsanız o andan itibaren sizin için x hukuki ödeviniz var da bağlı ifade olur sizin için aynı zamanda x ahlaki ödevin var da sizin için bağlı ifade olur. Dışarıdan açıklama konumdaysanız sadece müstakil bir ifadedir. Şu şekilde açıklıyor bir Katolik'in Rabbi hukuku uzmanı olduğunu düşünelim. Yahudi bir arkadaşıyla bir lokantaya gider. Lokantada arkadaş onu sorar domuz pastırması yemeli miyim? Rabbi hukuku uzmanının söyleyeceği şey şudur Yahudi dini öğretilerine göre domuz pastırması yenir mi yenmez mi? Kendisi Yahudi değil ve o dinin öğretileri ile kendini bağlı hissetmiyor sadece dıştan ne olduğuna ilişkin açıklama yapan kişi durumunda. Bu durumda Katolik için konunun uzmanı olarak söyleyecekleri müstakil bir ifadedir. Ancak kendisi de Yahudi olsaydı o zaman söyleyeceği ifadeler onun için bağlı hale gelirdi. Toparlayacak olursak; kişiler bazında değişir, kararlarımızı verirken nedenler arasında tartarız. Hukuk kuralı benim için emredici olmasından dolayı neden olarak ön sıraya çıkar. Bir kişinin hukuk kurallarına uymazsak kendi ahlaki kurallarını uymasa bile yararsa alınmasından dolayıdır. Hukuk kuralı benim ahlak kuralımla geliştiği halde hukuk kuralına uyuyor olmamın tek bir açıklaması var : Ne hukukun üstünlüğü ne de başka bir şey sadece benim yararına olmasıdır.

Kabul ediyorsanız

30.11.2017

(Sınıfa girerken orta kapıyı lütfen çarpmadan girin!)

Dworkin ve Hukukun Ahlaki Bütünlüğü

Hukukun kaynağının ahlak ya da herhangi başka bir değer olmasına ilişkin Kaynağının kesiştiği noktada olabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Mutlaka kesişir ama onu tek bir noktaya indirmek hukuki pozitivizm açısından kabul edilebilir bir şey değildir. Geçen hafta Raz'da görmüştük mesela. Hukukun kaynağının özerk olduğunu, hukuki muhakemenin özerk olmadığını hukuk ahlak ilişkisinin hukuki muhakemede görülebileceğini kabul etmişti. Dworkin'in sisteminin bütün olumlu güzel yanlarına rağmen sistemine getirebileceğimiz en temel eleştirisi şu: Doğal hukuk dünyanın genelindeki hukuk anlayışı için bütün bir açıklama sağlar, pozitivizm dünyanın genelindeki hukuk için açıklama sağlar, realizm sağlar, liberal hukuk teorisi zaten dünyanın geneline ilişkin bir sistem olarak ortaya konulmuştur. Marksist hukuk teorisi bütün yapıyı açıklamaya yönelik bir teori olarak ortaya çıkmıştır. Dworkin kendisi başta diyor ki: Benim teorim sadece ve sadece hukuk devleti olan, demokratik ülkeler için geçerli bir teoridir. Bu teori diğerlerine uygulanamaz, uygulanırsa sonuç alınamaz. Kafanıza takılan sorular olursa bütüncül olmadığını düşünün. !!! Genel olarak özetlemek gerekirse teorisinin temeli Hart'ın hukuki pozitivizmini eleştirisi üzerine kuruludur. Hart, olan ve olması gereken hukuk ayrımını, en azından inceleme maksadıyla olsa bile sürdürülmesi gerektiğini düşünüyor. Dworkin ise, olan ve olması gereken hukuk ayrımının kabul edilemez olduğunu söylüyor. Diyor ki Hart'ın sisteminde hukuk nelerden oluşuyordu?



UYKUSUZ KİTAP & KIRTASIYE & FOTOKOPİ

HART

HUKUK = BİRİNCİL KURALLAR + İKİNCİL KURALLAR

ANLAYIŞI



DWORKIN = KURALLAR + KURAL OLMAYAN STANDARTLAR
(İLKE + SİYASA)

Tanım kuralı aynı zamanda bütün sisteme geçerliliğini veren kuraldır. Birincil kuralları, insanın ilk olarak koyduğu temel kurallara olarak açıklıyordu. Ondan sonraki kuralların hepsi, o temel kurallardan biçimlenerek gelişen, ondan köklenerek gelişen kurallardır. Ancak Hart'ın sistemine baktığımız zaman hukukun kurallardan oluştuğunu görürüz. Dworkin diyor ki sadece kurallardan oluşmaz, kurallar ve kural olmayan standartlardan (İlke ve siyasa) oluşur. Dworkin için hukuk, bütüncül bir ağıdır. Hart'ın sisteminde -tanım kuralında Hart zaten kendisi kabul ediyordu ve diyordu ki; tanım kuralı bir kuralın hukuk olup olmadığını anlamaya yarayan bir kural değildir. Sisteme geçerlilik verir ama hukuk kuralını **** tanımaya yarayan bir şey olduğunu ortaya koymaz. Dworkin bundan dolayı diyor ki :Olan ve olması gereken ayrımına karşı çıkmasının sebebini şu şekilde açıklıyor çünkü biz "olan" dediğimizde pozitif hukuku, "olması gereken" dediğimizde değerleri, ahlaki diğer istenenleri talep ediyoruz ama bir tanım kuralına uygun değildir olan ve olması gerekeni ayıran, hukuk kuralını ahlak kurallarından ayıran bir tanım kuralı mümkün değildir. Bu nedenle hukuk sistemi kurallar ve kural olmayan standartlardan oluşmakta. Bu kural olmayan standartlar ilkeler ve siyasalardır. İlke ve siyasalar da siyasi ve ahlaki, sosyal, ekonomik ve dini olabilirler. Dworkin iki noktaya değiniyor pozitivizm ve Hart'ın pozitivizmine ilişkin olarak pozitivizm temel olarak

hukukun bir düzen ve uzlaşma aracı olduğunu kabul eder ama hukuk diğer uzlaşma araçlarını, eğer pozitivizmin temel ilkelerini kabul edersek, hukukun sadece kendisini bir uzlaşma aracı olarak kabul ettiğini ve diğer uzlaşma araçlarına tahammül ettiği sonucu çıkar bunun dışında hukukun bir anlamı olmaz diyor. Hukuk sosyal düzeni sağlayan bir fonksiyondur. Hukuk genel olarak düzen sağlayıcı bir araçtır. Hukuk bunları yaparken sadece pozitivistlerin söylediği gibi diğerlerini bastırıp ya da diğerleri ile arasında bir uzlaşma oluşturup sistemi devam ettirmez. Ve pozitivistlerin söylediği gibi eğer hukukta boşluklar varsa- ki kastettiği şu: Hart kolay ve zor davalar olduğunu söylüyordu ve zor davalarda yargıcın takdir yetkisi vardı.- Pozitivizmin bu iddiasını kabul edersek; hukukun tamam olmadığını kabul etmemiz gerekir. Hukuk natamamdır çünkü boşluk vardır. Bir zor dava varsa yargıç o zor davayı çözmek için takdir yetkisini kullanacak ve Hart'a göre yargıç orada yeniden hukuk yaratıyor. Dworkin ise diyor ki eğer bunu kabul edersek o zaman şunu da kabul etmiş oluruz hukukta boşluklar vardır ve hukuk tamamlanmış değildir. Yargıç aslında bir zor davayı çözerken hukuk yaratmıyor, sadece ilke ya da siyasayı keşfedip ortaya koyuyor ama kendisi yeni bir dava yaratmıyor. Buna ilişkin olarak da şöyle bir örneği var: İngiltere'de bir kişinin sinir krizinden dolayı tazminat alabilmesi için sinir krizine sebep olan olaya birebir şahit olması, yaşaması gerekiyor. Kadının, kocası ve çocukları trafik kazası geçirmiş. Komşusu kadın olarak hastaneye götürmüş. Kadın hastaneye gittiği zaman kocasını ve oğullarının acılar içinde inerken görmüş sonrasında da kızının öldüğünü söylenmiş. Doktora kızını sorduğunda ise kızının zaten olay yerinde hemen öldüğünü öğreniyor. Kadın bunu duyduktan sonra sinir krizi geçiriyor ve Daha sonrasında olay mahkemeye taşınıp dava ettiği zamanda sinir krizinden doğan zararının tazminini talep ediyor. (ayr. bkz: McLoughlin v O'Brian kararı)

Pozitivist açıdan bakarsak bir boşluk var mı? Sinir krizinden doğan zararın tazminini istiyorsan olarak birebir şahit olman gerekir. Kadın birebir şahit olmuş mu? Yargıcın verdiği karar tazminat talebinin reddi yönünde ancak lordlar

kamarası bu kararı bozarak kadının tazminat hakkının olduğunu kabul ediyor. Pozitivist tezi olduğu gibi kullanırsak, olayda bir sorun yok bir kural var ve bire bir uygulamamız gerekirdi. Lordlar kamaraasının bu kararı verirken hareket noktası şu oluyor: Tazminat hukukunda hangi durumda mağdurun zararının tazmin edilmesi ahlakidir? Bu kadın olaya birebir şahit olmuş sayılır mı? Aslında birebir yaşadığını düşünebiliriz olay yerinde değildi belki ama hastaneye geldiği zaman tüm etkiler hala devam ediyordu. Tazminata hukmediliyor ve Dworkin buradan yola çıkarak: Hart'ın söylediği gibi bir zor dava olduğunu kabul etseydik Lordlar kamaraasının hukuk yarattığını kabul edersek şöyle bir durum ortaya çıkar:

X (Olay) —————→ X (Lordlar Kamarası)

Hukuk açısından bunun kabul edilemez olduğunu düşünüyor. Eğer Hart'ın söylediği gibi bir karar verici unsurdan hukuk yaratmış olsa siz onu alarak geriye yürütüyorsunuz ve öncesindeki bir olaya uyguluyorsunuz. Bunu kabul etmiyor ve aslında orada olan şeyin "hukuk sistemini bir bütün olarak ele almak gerektiğini ve o alanın bozulmaması için verilmesi gereken en doğru kararın verilmesi gerektiğini" söyler. Bunu yaparken de yargıç ilke ya da siyasadan hareket eder. Bunu yaparken yargıç Dworkin'in hukuk edebiyat ilişkisinde yargıç commonlaw zincirindeki son halkayı oluşturduğu için bu son halkaya göre karar vermesi gerekir. (Bkz: Zincir Romanlar/Fi-Çi-Pi/Alacakranlık vs.) Dworkin'in söylediği hukuk sisteminin bütüncül ağ olması -bir zincir roman oluşturması- tüm commonlaw sistemi buna benzerdir. Her bir yargıç son noktayı koyacak-o an için kendisinden önceki hiçbir kararı- bütüncül sistem bir örümcek ağı düşünün-bozmayacak, aynen devam edecek, kendisi bir cümle ekleyecek ve kendisinden sonra aynı şekilde devam edecek. Cümleyi bozduğu anda bir uyumsuzluk çıkar. Bir zincir romanın yazarı gibi yargıç son noktayı bu şekilde koyacak. Yargıçın, Hart'ın

soylediği gibi bir hukuk yaratmak değil, bir zincir romanın yazarı gibi son noktayı eklenmiş bir şekilde koyması gerekir. Bu nedenle de hukukun üstünde başka bir hukuk yoktur; hukuk, hukukun içindedir. (Bkz: Efendi-Köle Diyalektiği/Hegel)

Dworkin'in sisteminde ilkenin temelinde hak, siyasanın temelinde ise amaç vardır. İlke, adaletin, hakkaniyetin ya da ahlakın başka bir boyutunun gerekliliği için uygulanır. Siyasa ise belirli bir amaçla uygulanır. İlke hak temellidir, adalete, hakkaniyete, ahlaka başka bir boyutta yaklaşıp onun gerçekleşmesi için uygulanırken; siyasadaki amaç siyasi, ekonomik, sosyal herhangi bir unsur olabilir. Karar verilirken yargı ilke ve siyasa ile karşılaştığında daima ve daima ilkeyi seçmek zorundadır. Diyelim ki ilkeler karşılaştı, yargı ilkeleri içinde ağırlıklarına göre karar vererek hüküm kuracak. Mesela yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü bir ilke olarak bu ikisi karşılaşılabiliyor mi? Sizce hangisi daha ağır basar? (Tabi ki yaşam hakkı) Gerçek bir olay ve mahkemeye yansımadı farklı bir şekilde çözüme ulaştı. Genç bir kız rahim ağzı kanseri, erken teşhis edilip tedavi edilirse sorun yok ama yaşa bağlı olarak ve tedavinin uygulanacağı şeylere bağlı olarak çok tehlikeli olabiliyor ve kızın rahminin tamamına yayılmış durumda kanser eğer ameliyatla tedavi edilmezse kız ölecek yaşama hakkı vs. vücut bütünlüğü. Aile kızın ameliyatını kesinlikle kabul etmiyor. Doktor, ailenin izni olmaksızın ameliyatı gerçekleştiriyor ve doktora dava açılıyor sonuçta ailenin izni yok. Sonuç ne olurdu bilemiyoruz ama olay tarafların uzlaşmasıyla nihayete eriyor. Bu olayda 2 ilke karşılaştı ve ağır basanı seçtik. İlkelerin uygulanması için taraflar talepte bulunabilirler ancak siyasaların uygulanması için taraflar talepte bulunamazlar. "Benim bir öncelik hakkım var, benim siyasam daha değerli, uygulayın." diyemezler. Dworkin örneğinde hükümet ekonominin canlanması için çeşitli kararlar alabilir. Bu kararlar ilke değil, siyasalardır çünkü sosyal, ekonomik herhangi bir amaçla hareket edilmiştir. Ekonomiyi canlandırmak için 2 yol seçmiştir:

1)Yol yapımı

2) İnşaat yapımı (Kentsel dönüşüm)

Bu ikisini belirledikten sonra siyasa sahibi kişiler benim siyasam uygulansın diye talepte bulunamazlar.Hükümet kentsel dönüşümü seçerse. Yol yapım şirketleri dava edip de benimkini uygula diye bir talepte bulunamazlar ya da tam tersi olursa. Ancak ilkeleri açısından herkes kendi ilkesinin daha ön planda olduğu hususunda talepte bulunulabilir. Çevre hakkı vs. Yatırım Hakkı ?Siyasa ile ilke karşılaştığı zaman siyasa tercih edilemez. İlkeler kendi içinde karşılaştığında ağırlıklarına göre seçilecekler. İlkeler yarıştığı zaman bir mutlaka ağırlığına göre seçilecektir orada Dworkin'in söylediği commonlaw zincirinde bir halka olan yargıç öncekilerle bütüncül bir karar verecek gibi bir iddiası var. İlkelerin çatışmasına ilişkin verdiği örnek şu: Kişi kendi dedesini öldürüyor ve aynı zamanda mirasçısı meşru bir şekilde geçerli vasiyetnameye göre zaten kişi mirasçı beklememek için dedesini öldürüyor. Kişinin mirası almamasına yönelik herhangi bir kural olmamasına rağmen orada da eğer Hart'ın açısından bakarsak yargıç zor davayı çözmek için bir kural yaratmış durumda Dworkin açısından bakarsak ilkeler, siyasalar ve kuralların bütüncül ağına göre yeni bir karar veriyor ve diyor ki kişi kendi eyleminden bir sonuç elde edemez, yararlı çıkamaz. Kişinin kendi eyleminden yararlı çıkması kabul edilemez olduğu için mirastan pay alması da beklenemez. Buna karşı görüşten olanlar ise bir kişiye bir suçtan kaç ceza verilebileceğini soruyorlar. zaten hürriyetinden yoksun bırakma cezasına mahkum olan kişi bir de mirastan yoksun kaldı bu ikinci ceza değil mi? (Mirastan yoksun kalması bir hak yoksunluğudur ve hak yoksunluğu da bir ceza değildir. :)) Dworkin'in Sisteminde kurgusal bir yargıç vardır.Kabul ettikleri mitolojilerinde en önemlisi Herkül'dür.Herkül kurgusal tasarlanmış bir figürdür(Dworkin biliyormuş Herkül'ün gerçek olmadığını öyle bir şizofrenisi yokmuş :D)Herkül öyle bir karar verir ki insan üstü beceri, öğrenme, sabır ve basirete sahip olduğu için her günüm vereceği tüm kararlar adildir, herkes için en doğru karardır ve Herkül herkesin

tatmin olacağı kararı bulur.Dworkin'inHerkül'ü oluşturma amacı şu: Kişiye kendisini belirlemek için bir kıstas vermek. Sıradan bir yargıç şu şekilde düşünerek karar verme mekanizmasını başlatacak: "Herkül olsa nasıl karar verirdi?"Dworkin açısından hukuk sistemlerinde yargıçların kendilerini ölçü alacakları birinin olmaması bir kıstasın bulunmaması hukuk sisteminin en büyük sorunudur. Mesela şöyle bir şey var:Moderniteden itibaren, bizim modern doğal hukukçularımız dediğimiz sosyal sözleşme teorisyenlerinden itibaren vurgu sürekli ne üzerine? İnsan/Birey üzerine.Ve o bireyin rasyonelliği+ kendi faydasını görebilmesi üzerine.Burada yargıcın yapması gereken şey Herkül'ü bir kıstas olarak alıp "Herkül olsa ne yapardı?" üzerinden gidip zor davaları çözmek için kendisine bir hareket noktası bulması. Çünkü Herkül sistemin tamamını biliyor.Dworkin'in sistemindeki bir başka önemli husus: "Tek doğru yanıt"

Hukuk sistemlerinde tek bir doğru yanıt vardır. Davanın sonucunda o tek doğru yanıt ulaşılır.(Ve ekleyerek olsa Hukuk Fakültesi öğrencisine söylediğiniz zaman buna karşı çıkacaktır der.)

Sizce her bir davanın tek bir doğru yanıtı var mıdır yoksa Dworkin'in söylediği gibi karşı mı çıkıyorsunuz?(Tartışıldı.) Dworkin'in örneği şu şekilde: Bir satranç oynayan iki kişi düşünün.Bu rakiplerden bir tanesi rakibin dikkatini dağıtmak için dudak altından pis pis sırtıyor. Bu noktada satranç kurallarına göre bu hareketin anlamı ne olabilir? Diğer oyuncu üstünde nasıl bir etki yaratabilir? Oyunun gidişatını etkiler mi? Yargıcın tek bir doğru yanıtı ulaşması gerek ve buna uygun olarak bir karar verecek bu karar doğrultusunda da oyun ya devam edecek ya da oyunculardan biri diskalifiye olacak . Söylemek istediği şey şu: Siz hukuk felsefesi sınav kağıdınıza karşı idari yargıda dava açtınız. İdari yargının yanıtı şu olabilir mi? Öğrenci dersten geçmiş olabilir de geçmemiş olabilir de. Koşullar söz konusu olduğu zaman insanların içinde onun doğru olmadığına dair bir şey oluşabilir.Dworkin tek bir doğru yanıt ile kastettiği yargıç tek bir şeye karar verir ve onun doğru olduğu düşünülür ama bunu Herkül ile bütün olarak düşünmek

gerekiyor. Ortaya çıkan doğru yanıtlar insanları tatmin etmeyebilir. Bazı durumlarda kamu vicdanını da rahatsız edebilir. Dworkin'in bu durum için getirdiği açıklama şu: İlke ya da siyasa göz ardı edildiği, sadece kuraldan hareket edildiği için böyle bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bu ilke ile de yasaları koyarken de yargılama yapılırken rakip amaçlar birbiriyle çatışır ve bu rakip amaçlar çatışırken bireysel hakkın, toplumun çıkarı karşısında ezilmemesi gerekir. Şimdi biz hep ne diye görürüz? Toplumun çıkarı her zaman üstündür diye görürüz. Dworkin'in sisteminin temelinde hak var. Koz olarak hak teriminin bu yüzden ortaya çıkarıyor ve diyor ki bireysel hakların karşısında haklar çatıştığı zaman bir karar verirken toplum çıkıyor musun karşısında bireysel hakları kurban etmememiz gerekir. Toplumun çıkarlarının tatmin edilmesi gerekir ama toplumun çıkarı tatmin olsun diye bir bireysel hak ona kurban edilemez. Bir davayı çözerken kişinin kazanma hakkı olup olmadığına bakmalıyız davayı çözerken. Az önce tazminat talep eden kadın örneğine dönersek aslında lordlar kaması tazminat hukukunda hangi durumlarda mağdurun tazminat alması ahlakidir diye sorup bir sonuca vardığında, yapmış olduğu şey budur. X durumunda Y kişinin kazanma hakkı var mı yok mu ? X durumunda Y kişisi ile Z kişinin çatışması halinde hangisinin kazanma hakkı var? Kazanma hakkı olup olmadığına bakmalıyız ve bunun yanıtını verirken de toplumu çıkarları karşısında bireysel hakları kurban etmememiz gerekiyor. Çünkü Hart'ın söylediği gibi bir hukuk yaratmak yada pozitivistlerin söylediği gibi yorum yoluyla koşulları doldurmayı gerçekleştirirken yargıcın hareket noktası şu olursa: Yasa koyucu olsaydı nasıl karar verirdi? ya da burada hangi karar toplumun çıkarlarına en fazla uygundur? Yargıç bu şekilde düşünüp karar verirse o zaman diyor ki: kurban edilen şey bireylerin hakları olur. Haklar her zaman öndedir, ilkenin önde olmasının sebebi de budur çünkü hakka dayanıyor. Kamu güvenliği ya da yaşamsal bir kaynağın kıtlığına dayanarak bir soyut hakkın sınırlandırılmasına hukuki olarak başvurulursa, soyut hak somut hale geldiğinde, güvenliği feda edilecek ya da kıt kaynaktan alacağı sınırlanacak olan kişi hak kaybına uğramış olur. Anayasadaki

tüm haklar soyut mu? Evet. O hak ne zaman somut hale gelir? Siz o hakkı talep ettiğinizde, o hakkı kullanmaya çalıştığınız da somut hale gelir. Dayanak olarak başvurduğunuz şey ise hak somut hale geldiğinde kişinin hakkında bir kayba sebep oluyorsa o kişinin hakkı kurban edilmiştir. Bu yapılmamalıdır. Örneğin seyahat hakkınızın kamu güvenliğine dayanarak sınırlandırıldığını düşünün. Yargıç seyahat hakkını- soyut hakkı- sınırlandırmak için kendisine zemin olarak kamu güvenliğini seçmiş olsun. Bu soyut hakkı kullanmak isteyen kişi açısından somut oluyor. Kamu güvenliği için seyahat hakkınız sınırlandırıldığı anda toplum çıkarı için sizin bireysel hakkınızı kurban etmiş oluyoruz. Hukukun ahlaki bütünlüğünü savunuyor. Hukukun ahlakla olan ilişkisini savunuyor ama temele hakları koyarak diyor ki: Bireysel hakların kurban edilmemesi gerekir. Hukuk sisteminde korumanız gereken şey her zaman haklar olmalıdır. Ve bu noktada hakları korumak 1. ilkeyken, bu sistemi alıp başka bir yere uyguladığınızda ortaya çıkacak durum doğal hukuk pozitivizm ya da realizm gibi bütünü açıklayan bir sistem olmaz. Sizin önceliğiniz bir anlamda Hart'ın tanıma kuralında olduğu gibi içsel bakış açısıyla tanıma kuralında haklara bağlıysanız Dworkin'in sistemi sizin için çok güzel bir sonuç verebilir ama haklara bağlı değilseniz, sizin için genelin çıkarı üstünse o zaman bu sistem sizin hukuk sistemimizde sonuç vermeyecektir.

08.12.2017

(Anlamsal İğneden devam ediyoruz.)

Dworkin anlamsal iğne ile şunu anlatmaya çalışıyor: Hukukçular genel olarak nelerin nasıl kural olması gerektiğinde anlaşılırlar. Bir şey nasıl kural haline gelir? Nasıl yasa haline gelir? Nasıl yönetmelik haline gelir? Nasıl tüzük haline gelir? Bunun üzerinde anlaşılırlar. Bu konuda herhangi bir tartışmaları yoktur ama bir yasayı oluşturan arkasındaki olgu konusunda anlaşamazlar. Hangi olgular yasa yapar o konuda anlaşamazlar bir şeyin nasıl yasa yapılacağı konusunda tartışmaya gerek yoktur ama neyin hukuk kuralı olacağı konusunda tartışma yaşarlar.

2 hukukçu hukukun geçerlilik ölçütleri konusunda anlaşmazlığa düşerlerse bir anlamsal iğneye ihtivacımız vardır. Dworkin için anlamsal iğne bir anlamda, mesela Hart için hukuk kurallardan oluşuyordu, Kelsen için normlar hiyerarşisinden oluşuyordu. Kelsen için grundnorm, Hart için tanıma kuralı vardı. Hukuka geçerlilikleri bunlar veriyordu. Tarihsel olarak daha geriye gittiğimiz zaman klasik pozitivistlere Bentham ve Austin'e göre egemenin emri olacaktı ama o egemenin nasıl olmasını gerektiğine ilişkin ölçütleri vardı. Her birinin hukuka ilişkin yapmış olduğu tüm açıklamalar neyin hukuk olduğu konusunda bir uzlaşmaya varabilmek için çünkü nasıl hukuk olacağı anlaşılır ama hangi olguların hukuk alanına taşınacağı tartışma konusudur. Hangi kurallar hukuk kuralı olacak? Çünkü seçtiğimiz kurallar hukukunuzun rengini belli edecek şeylerdir. Dworkin'in sisteminde ne vardı? En tepede hakkı korumak gerekiyordu ve bireysel haklar hukuk sisteminin temelinde olmalıydı ve hiçbir şey onun üzerine çıkmamalıydı hak ile karşılaşan her şey tartışma konusu olduğu zaman hak tercih edilmeliydi, ilke tercih edilmelidir. Çünkü siyasa dediğimiz şey aslında en net ve kısa ifadesiyle hükümet politikalarıdır çünkü hükümet dediğimiz yürütme dediğimiz şey hukukun içinde devam eder. Onu alıp şurada yürütmenin faaliyetleri şurada hukuk diye ayırmamız mümkün değildir ve yürütme faaliyetlerini yapabilmek için daha esnek olmak zorundadır. İlkeler, somut kuralları ve neye göre hareket edeceğini belirler. Ama ilkeler içinde nasıl hareket edeceksiniz? Tercihlerde bulunmanız gerek. Siyasalar tercihleri gösterirler ve siyasalar bu nedenle de iktisadi, sosyal herhangi bir şey olabilir. Bir amacı gerçekleştirmek için siyasa da bulunmanız gereklidir ancak hukuk içinde kalabilmek için sınırlarınızın ilkeler ve haklar olması gerekiyor. O sınırlar içinde siyasalar için de tercihler de bulacaksınız ancak burada da anlaşmazlığa düşülebilir. O noktada iste anlamsal iğne dediği şeye başvuruyor anlamsal iğne (anlamlar üzerinde anlaşıp hangi olgular, hukuk olacak onun anlamını bulup-birleştirmek ve anlamsal iğne hangi olguların hukuk olduğu yönünde uzlaşa sağlamak) bir anlamda tanıma kuralına, grundnorma yakındır. Tüm

sisteme geçerlilik verir. Nasıl tanıma kuralı sisteme geçerlilik veriyordu ama tanıma kuralı hangi kuralın ahlak hangi kural hukuk kuralı olduğunu ayıramıyorduk. Böyle bir işlevi yoktu. Tanıma kuralı sistemin içerisinde yer alıyordu ve sisteme kendi içinden geçerlilik sağlıyordu. Tanıma kuralı aracılığıyla biz bu kural ahlak kuralı mı hukuk kuralı mı diye ayıramıyorduk. anlamsal iğne ile ayırabiliyoruz. Anlamsal iğne aracılığıyla diyoruz ki bu kural artık hukuk alanında çünkü kurallar+ kural olmayan standartlardan oluşuyordu Dworkin'e göre hukuk sistemi, hukukun ahlaki bütünlüğü. Onu anlamsal iğne aracılığıyla hukuk alanında ayırabiliyoruz. Hukuk sistemi içinde kuralları farklı olan iki insan varsa bu iki insan aynı kurala atıf yapmazlar ya da en azından bir tanesi geçerli olan kuralı atıf yapmıyordur. Bunun anlamı nedir? Kuralları farklı olan iki insan hukuk sisteminin içinde eğer anlamsal bütünlük sağlanamamışsa kurallar+kural olmayan ilke ve siyasalarda bir bütünlük sağlanamamış, temel haklar konulmamış ise; hukukun ahlaki bütünlüğü ve hukukun bütüncül olarak gördüğü siyasetin, ekonominin, sosyolojinin, hukukun hepsinin bir bütün oluşturduğu o bütün büyük alan oluşturulamadıysa o zaman hukuk sistemi içerisinde insanlar farklı kurallara atıf yapacaklardır. Örneklendirecek olursak; anne-baba çocuk yetiştirirken birinin hayır dediğine diğeri evet dememeli. Ortak bir çizgileri olmalı. Çünkü bu durumda bir süre sonra biri sürekli onaylayıp evet diyen yaklaşılan, diğeri sürekli hayır diyen ve kendisinden uzaklaşılan oluyor. Aileyi bir hukuk sistemi olarak düşünürsek çocuk için anne ve baba aynı kurala atıf yapmazsa, nasıl ki ortak bir duruş yok burada da aynısı geçerlidir. Sistemin içinde yer alan kişilerin aynı kuralları kendileri için de geçerli görmeleri gerekiyor. Hukuk yaratan olgular konusunda anlaşmaları gerekiyor. X kuralı şu şartlardan sonra hukuk olur. Bütün hukukçular hemfikir neden hemfikir? Şu şartlardan sonra X kuralı hukuk olur. Peki, x kuralı hukuk olmak içeriğine sahip mi? Bir grup evet, bir grup hayır diyor. Evet diyenlerle hayır diyenler aynı kurala atıf yapmazlar. Burada aynı kurala atıf yapmakla kastedilen aynı kuralla kendilerini bağlı hissetmemeleri. Daha güzel bir

örnek verelim Buranınin tamamı bir ülke olsun tamam mı? Uç ayrı bölgeden oluşan bir ülke.(Hoca kendini asli kurucu iktidar olarak tanımlıyor.) A bölgesi için benim kurallarım bağlayıcı,B bölgesindekilerin bir kısmı bağlı bir kısmı değil,C bölgesi ise tamamen bağımsız. Asli kurucu iktidar olarak koyduğum kurallar var mı Kelsen anlamında bakarsak grundnorm oluşturduk mu? Evet. Normlar hiyerarşim var mı? Var.En tepede grundnorm,altında asli kurucu iktidar olarak anayasa,yasam işte bıdıbıdı, bıdıbıdı diye gidiyor hepsi var.A için bağlayıcı,B için bir kısmı bağlayıcı bir kısmı değil,C için bağlayıcı değil. Bu ülkedeki insanlar bir olgu hukuk kuralı olurken anlayabilecek mi? (B grubunu kastediyor.) Çünkü benim koymuş olduğum grundnormdaki kurallara bir kısmı bağlı.Evet hukuk sistemi içerisinde, bütün insanlar öyle ya da böyle hukuku ihlal etmiyorlar mı? Hemen hemen herkes her gün hukuku ihlal ediyor. Tam anlamıyla herkesin uyduğu bir hukuk sistemi yaratmak bu dünyada zaten mümkün değil. Sadece hukuk yaratan olgularda uzlaşma sağlanabilecek ama verdiğimiz örnekte hukuk yaratan olgularda anlaşma yok. Başka bir örnek verelim Asâkir-i Mansûre-i Muhammediyye'i kim kurdu? (2.Mahmud) Hukuk yaratan olgu aynı olguya atıf yapacak tamam mı?Bundan ne kadar süre önce Genç Osman Yeniçeri Ocağı'nı kaldırmak istedi? Yeniçeri Ocağı'nı kaldırmak başlı başına bir hukuk yaratmak mı? O alanda başlı başına yeni bir hukuk yapmak Egemen mi? Evet.Peki neden başarısız oldu? Sonrasında İkinci Mahmut nasıl değiştirebildi? Güçleri azalmış olsa bile olguları tek bir noktaya getirdiler, bunun artık değişmesi olgusuna geldiler. Öncekinde anlaşmazlık vardı ne kadar güçlü olurlarsa olsunlar destek bulmasalardı başarı kazanabilirler miydi? Örnek pek güzel olmayabilir sadece olgular konusunda hemfikir olmak noktasına odaklanın. Bir dönem değişim olgusu konusunda hemfikir değillerdi. Bir süre sonra değişim olgusu üzerinde artık hemfikirlerdi. Hukuk oluşturan olgularda bir anlaşma sağlanmış durumda.(Bambaşka bir örneğe geçiş yapıyoruz.) Konya'nın her tarafı aynı sulaklıkta mı? Konya'da üretilen ürünün değiştirilmesi durumunda suya daha az ihtiyaç olabilir. Konya'daki olguya tamamen zıt bir olgu

söyleyeceğim. Konya'daki tarım ürünü değiştirelim. Buğday ve pancar. Diyorum ki şaraplık üzüm yapacağız suya daha az ihtiyaç duyan, su ne kadar azsa o kadar çok çatlayan algunlaşan Fransızları kıskandıracak derecede güzel üzüm yetişecek. Hukuk yaratan olguda uyuşabilecek miyiz? Anlamsal iğne ile kastettiği bu hukuk yaratan olgular farklı farklı şeyler olabilir ancak üzerinde uzlaşılması gerekiyor. Burada bir tanıma kuralından bahsedemeyiz. Anlamsal iğne iki görüşü de aynı noktaya getirip birleştirecek olan hukuk yaratacak olan olguyu keşfetmek. Yargıçlar anlamsal iğneden şaşmayacaklar, hukuk yaratan süreç anlamsal iğne ile hukuk yaratacak ve bu noktada şuna ulaşmış olunacak: Bir ülkedeki geçerli olan hukuk nedir? Ve bu dava nasıl çözülmelidir? Bu ikisinin birleşimidir anlamsal iğne. Bir de bunun zeminine bireysel hakları kurban etmeyeceğiz. (Haklar tezine geçiyoruz.) Dworkin'in hukuk anlayışının temelinde hukukun ahlaki bütünlüğü var ve o ahlaki bütünlükle onun anladığı şey haklar. Bütün hakların ciddiyetle ele alınması gerektiğini ve korunması gerektiğini söylüyor. Ve ona göre şöyle bir şey var: Yürütme organının hukukla dayanacağı son sınır budur arkadaşlar. Hiçbir yarıttasın kendi eşit değerinden vazgeçmek sizin için fedakarlık edemeyecekleri bir sınırlandırma, bir yükümlülük getiremez. Yani ben iktidar olarak sizden birine öyle bir yükümlülük veriyorum ki o kişiyi bu ödevini yerine getirebilmek için eşitliğinden vazgeçiyor. Tam uyuyor mu bilmiyorum ama somutlaştırmak için benim aklıma gelen örnek bedelli askerlik. Bir kişi eşit haklarından fedakarlık etmiş olmuyor mu? Bedeninizi ortaya koyduğunuz her durumda eşit değilsinizdir. Hangi Afrika ülkesinde kadın sünneti hala var? (Sudan) Eşit mi herkes eşit. Kadın için bunun yasal olduğunu da düşünelim. Bunun hukuk düzenlenmesi olarak getirildiğini düşünelim. Kişi bunu yaptırarak eşit değerinden vazgeçmiş olmuyor mu? Yanlış hatırlamıyorsam hala Sudan'da hukuki düzenleme ile kadın sünneti yapılmakta. Bu durumda kişinin kendi eşit değerinden vazgeçmesi söz konusu mu? Hükümet tarafından bir yük getirilmiş ve kendi eşit değerinden vazgeçmeden bu yükümlülüğü yerine getiremiyorsun. Dworkin'in hukukun

dayanacağı son sınırı bu olarak tanımlıyor. Bir yürütmenin dayanacağı son sınır budur. Yurttaşların eşit haklarından vazgeçmeksizin kabul edemeyeceği, fedakarlık ya da sınırlandırma yüklemek.Dworkin'in sisteminde eşitlik çok önemli eşitlik ile kastettiği şey fırsat eşitliği ve kaynak eşitliği.Dworkin'in tam anlamıyla bir liberal olduğunu fark etmişsinizdir. Kaynak eşitliği ile kastettiği şey: Mülkiyeti kabul eden bir sistemi kabul etmişseniz, mülkiyetin ilk ortaya çıkışına dair bir kaynak olması gerekiyor. Mülkiyeti nasıl meşrulaştıracaksınız? Mülkiyeti kabul etmiyorsanız da sorun yok çünkü açıklamanızda gerek yok. Ancak mülkiyeti kabul ediyorsanız o mülkiyeti meşrulaştıracak açıklamaları da yapmanız gerekmekte. O yüzden bütün liberaller öyle ya da böyle mülkiyeti ilişkin bir açıklama yaparlar.Dworkin'in açıklaması şu şekilde: Bütün kaynaklar dağıldıktan sonra hiç kimse elindekini bir başkasıyla değiştirmek istemeyecek. Bir uçak kazasında kazazedeler uçaktan kalan ürünleri aralarında paylaşacaklar öyle bir paylaşım yapılmalı ki kazazedelerden hiçbirisi paylaşımdan sonra elindekini bir başkasıyla değiştirmek istemesin. Herkes elindekinden memnun olsun. Kaynak eşitliği diye bahsettiği şey bu.(Hocam aşırı komik, üst düzey bir fıkra anlattı. HA HA !) Dworkin kaynak eşitliğinde bir noktadan sonra, kaynaklar dağıtıldıktan sonra sorun ortaya çıkmış artık eşit kaynaklara sahip değiliz. Kaynak eşitliğindeki bu durumu ortadan kaldırabilmek için fırsat eşitliğini getirmemiz gerekiyor. Fırsat eşitliği geldiği zaman kaynak eşitliğindeki sorun çözebileceğiz. Topluluk anlayışında Dworkin'in bahsetmiş olduğu kural+ kural olmayan standartlar haklara dayanan bu durumda oluşabileceği toplum, basit temelli toplumdaki hakiki topluma geçmiş olması gerek. Hakiki toplum aşamasında siyasi meşruluk kazanılacak.Bir topluluğun basit topluluktan hakiki topluluğa geçebilmesi için;Önce topluluk üyelerinin birleştirici yükümlülüklerini kabul etmeleri gerek. Bu toplumun parçası olarak birleştirici yükümlülüklerin neler? Önce bunlar kabul edilecek arkasından kendi özel, kişisel ve diğerlerinin refahı için eşit ilgi gerektiren yükümlülükleri yerine getirecek. Bu 4 şart gerçekleşikten sonra toplum basit toplumdaki, hakiki

toplum halini almış olacak. Hakiki toplum siyasi meşruluğun kazanıldığı toplum olacak ve topluluk üzerinde Dworkin'in hukukun ahlaki bütünlüğü hukuk sistemi yeşerecek. Hakiki topluma geçiş yapamıyoruz çünkü birleştirici yükümlülükler de uyumsuzluk çıktı. Diyelim ki uyumsuzluk çıkmadı. Bir sonraki aşamada ne var? Kişisel yükümlülükler aşamasına geçtik artık. Her biri kendi kişisel yükümlülüğünü yerine getirirken kişisel, özel, toplumun refahı için eşit ilgiye muhtaç olduğunu düşünerek gerçekleştirecek.

(Realizm)

Amerikan
Realizmi

İskandinav
Realizmi

- Kural kuşkucudurlar.
- Pragmatist
- Davranışçı
- Eylem halinde hukuku yargular.
- Mahkemelerin işleyişiyle ilgili.

- Metafizik kuşkucudurlar.
- Hukuk sistemini bütün olarak değerlendirir.

Realizm iki ayrılıyor : Amerikan realizmi-İskandinav realizmi

Amerikan Realizmi ile İskandinav Realizmi arasındaki bazı noktalardaki fark dışında tek benzer diğer ikisini de realist olması. Amerikan realistler eylem halindeki hukuka, mahkemelerdeki hukuka odaklanırlar. İskandinav realistleri ise çok daha geniş bir hukuk anlayışına sahipler sadece mahkeme değil mahkeme dışındaki hukuku da bütüncül olarak ele alıyorlar. Amerikan realistler kural kuşkucudurlar. İskandinav realistleri metafizik kuşkucudurlar. Peki bunlar ne

demek? Mahkemelerdeki hukuka yoğunlaşarak eylem halindeki hukuka vurgu yapıyorlar. Hukuk kurallarına dair kuşku içerisindeler hukuk kurallarının sorgulamaktan yanalar. Metafizik kuşkucular ise hukukun kökenine ilişkin kuşkuları vardır. Hukukun atıf yaptığı metafizik değerleri vardır. Bu şekilde bir ayırım yapmamızın sebebi ise şundan kaynaklanıyor: Amerikan geleneği İngiliz pragmatik geleneğine dayanır. Dersin ilk başından beri doğal hukuk anlatırken, pozitivizmi anlatırken dikkat ederseniz sürekli siyasi ve sosyal koşullara da değindim. Ekonomik ilişkilerin nasıl değiştiğini, hangi dinamiklerin hukukun değişmesinde etkili olduğunu, ilk çağın özellikleriyle doğal hukukun gelişmesi normaldi. Sonraki durumlarda din savaşları vs. ile dinli bir hukukun ortaya çıkmasına normaldi. Sonrasında üretim ilişkilerinin bir anda çok hızlı bir şekilde değişmesi sömürgecilikle pozitivizm çıkması normaldi. Yani başından beri anlatmaya çalışıyorum üretim ilişkileri sosyokültürel durumlar, ekonomi vs. hukuka etki eder. Bu sebeple hukukun kaynağını tek bir şeye indirgeyemeyiz ve açıklayamayız. Realizmde bu sebeplerle Amerikan realizmi ve İskandinav realizmi farklıydı. Avrupa'da egemen olan o aşırı Katolik kurallar bir zaman İskandinavya'da yer almadığı için ister istemez metafizik kavramların hepsine kuşkuyla yaklaşıyorlar. Amerikalılar İskandinavlara göre çok daha ampiristtirler.(deneysel) Her ikisinin de ortak özelliği ise mutlak değerlere kesin savaş açmaları. Mutlak değerleresavaş açmaları,pragmatik olmaları ve ampirik olmaları. Amerikan realistlerinden biri olan yargıç Holmes'e göre hukukun ne olduğunu açıklamak için realistler ne doğal hukukçuların yaptığı- Metafizik kavramlara atıf yapmayı- ne pozitivistlerin yaptığı-Kurallara atıf yapmayı- görüyorlar. Realistler için hukukun ne olduğunu anlamak için mahkemelere bakmak gerek. Hukukun ne olduğu kötü adamın gözüyle anlaşılabilir. Siz sokaktaki adama hukuk nedir? Diye sorduğunuz zaman doktrinde Gözler böyle söylüyor ama buna karşılık Guriz şunu söylüyor diye ifade eder mi? Etmez. O kişi akademide ne konuşulduğunu bilmez.Kuralın ne olduğunu da çoğu zaman bilmez. Kötü adam,

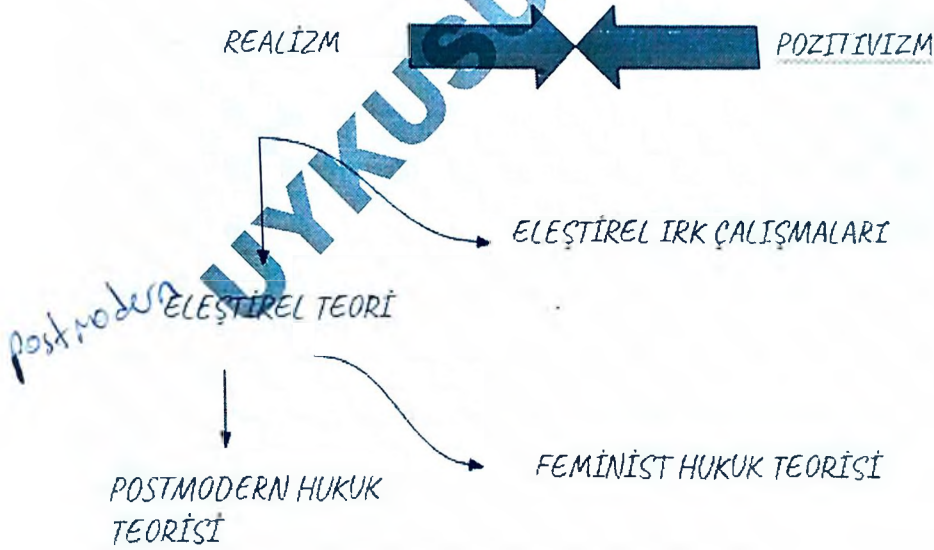
mahkemede ne olduğunu bilir. Onun için şu önemlidir: Konya asliye ceza mahkemesinden x suçuna ne çıkar? Amerika'da ilk realistler 1800'lerde ortaya çıkıyor. Realizmin Amerika'da 50'lerde ve 60'larda patladı, çabuk söndü ama söndükten sonra tamamen bitmedi başka şeylere dönüşerek devam etti. Realizm olarak değil eleştirel hukuk teorisi. Postmodern hukuk teorisi ve eleştirel ırk teorisi olarak devam etti. Realizmden üç kanat çıktı. 1950 ve 60'larda ne oldu? Şunu unutmayın hukuk hiçbir zaman tek başına ~~durmaz~~ Her zaman bir şeylerin ürünüdür. Egemenin ürünüdür diyoruz ya egemeni onu yapmaya sevk eden şey sosyal ve ekonomik güçtür. Kadın erkek ayrımcılığı, siyah beyaz ayrımcılığı, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra toplama kamplarında Japonların yaşadıkları Vietnam'da yaşananlar, Mafya sorunu, Amerika'da geleneksel tüm değerlere karşı bir güvensizlik olmasının sebeplerinden en önemli ikisi siyah beyaz hareketi (Rosa Parks'a selam olsun!) ve kadın hareketi. Realistlerin bir numaralı iddiası kurallar egemendir. Hukukta belirliliği, öngörülebilirliği ve kesinliği getirmeye çalışmışlardır. Kural varsa sadece kuralın uygulanacağı iddiasındaydılar. Realistler de diyor ki bir dava var çözülürken yargıç kurala değil kuralın uyarana tepki gösterir. Hiçbir zaman hukuku tek başına ele alamazsınız. Hukuku anlamak istiyorsanız incelediğiniz dönemin müziğine, romanına, şiirine de bakacaksınız. Şöyle bir olay yaşanıyor bir beyaz kadın tecavüze uğruyor ve kimin tecavüz ettiğine dair hiçbir emare bulunmuyor. Kim suçlandı dersiniz? Bölgedeki bir siyahi suçlanmış. Doğru dürüst yargılanmadan idam ediliyor. bundan sonra idam edilen kişinin masum olduğu ortaya çıkıyor. Yargıcın sadece kuralı uygulamadığı aslında olgunun uyaralarına cevap verdiği iddiası bu olayda birebir karşımıza çıkmakta. Neden bir anda tepki gösteriliyor? Realistler yargılamanın ilk aşamasında uygulanacak Kural'la ilgili olsun veya olmasın çözülmesi gereken dava ile ilgili olsun ya da olmasın davanın arkasında yatan olgular mutlaka hakim tarafından gündeme getirilir. Resmi olarak gündeme getirilmesi bile arka planda mutlaka vardır. (Şık giyimli bir hanımefendi, beyefendi ve minibüsçü üzerinden

önyargılarımıza yönelik uzun bir örnek verildi.) Realistler gerçek anlamda hukuka bakmak için tüm hukuk sistemine bakmamız gerektiğini ve mutlak değerlere saldırmakta. İlk iddia yargıçların olayla ilgili olsun ya da olmasın olgulara tepki vermeleri, ikinci iddia da özellikle temyiz aşamasında kuralların hiç ya da çok az etkili olması üçüncü iddia özellikle birinci iddia başta olmak üzere bu ikisini kabul edersek olgu temelli yeni bir hukuk anlayışı ortaya çıkarabiliriz. Realistlerin değiştirdiği şeylerden bir tanesi de bizim hukuk başlangıcı dersinde hukuk mantığı olarak gördüğümüz şey neydi? (Büyük önerme?, Küçük önerme? Yargı? Ebussuud aşağı Ebussuudyukarı :D) Realistler hukukun formalist (formalizm şekilcilik demek) yapısını eleştiriyor. Formalist bir hukukçu sadece şekline bakar. Pozitivizm açısından Kelsen'in hukuku $x \Rightarrow y$ ye indirgediği için çok eleştirildiğini söylemiştim hatırlıyor musunuz? Klasik mantıktaki büyük önerme, küçük önerme ve sonuç ona çıkıyor. 1900'lerde bu mantık hukuk açıklamak için yeterliydi şu an yeterli değil. Şu anda hukuk metodolojisinde bahsetmek için klasik mantığın çok ötesinde bir de dil felsefesi bilmek gerekiyor. Realistlerin söylediği büyük önerme, küçük önerme ve sonuca ulaşırken hukuk sadece bunu indirgerdiği zaman sonuç alamayız çünkü mahkemede yargıç olayı çözerken büyük önerme, küçük önerme ve sonucu uyguluyor olsaydı eğer gerçekten sadece buna bağlı kalıyor olsaydı sonuç hiçbir zaman bizi şaşırtmazdı. Realistler mahkemede yargıcın taşıdığı yazılı olmayan olguların geçerli olduğunu ve hukuk uyumsuzluğu çözerken bire bir etkili olduğunu iddia ediyorlar. Bu nedenle de hukuk belirli değildir.

14.12.2017

Realizm, pozitivizme tepki olarak doğmuştur ve ampirizme dayanır. Edebiyatta, sanatta ve diğer bütün alanlarda da realizm akımı diye bir şey vardır. Mesela resimdeki realist akım olduğu gibi yansıtmaz. Van Gogh postrealisttir. Realizmde olduğu gibi olduğu gibi yansıtır ancak yansıtırken kendi bir parça imgesi ile birleştirir postrealizmde. Bir insan realistim dediği zaman onun genel olarak dayandığı şey deney ve gözlemdir. Pozitivizme yakındır ama tam olarak pozitivizm değil. Pozitivizmin belki bir adım ilerisi. Araştırmaları olduğu gibi kavramaya yöneliktir. Temel sorun şuradan kaynaklanıyor. Realist akımında olmasının sebebi şudur: Herhangi bir felsefe akımını ya da herhangi bir kuramı tek başına alıp inceleyemezsiniz, akımın ortaya çıktığı coğrafya ile de çok yakın ilişkisi vardır, dönemle de, sosyal ilişkilerle de, ekonomik ilişkilerle de, her şeyle çok yakından ilişkisi vardır. Realizmin ortaya çıktığı dönemde realizmin temel tepkisi pozitivizme yönelikti. Çünkü pozitivizmin iddiası nedir? Bilimsel olduğu, tarafsız olduğu ve sübjektifliğe yer vermediği, her şeye tarafsız yaklaştığı gibi bir iddiası var. Realistler bu iddianın doğru olmadığını dile getiriyorlar ve özellikle hukuki - pozitivistlerin iddialarının tarafsızlık, sadece kuralın uygulanması, geçen hafta büyük önerme, küçük önerme ve sonuç... Klasik hukuk mantığındaki kural, yargıç tarafından bir sonuç bu kadar basit, el değmeden üretilmiş bir yargı yoktur. Siz ne kadar iddia ederseniz edin mutlaka ve mutlaka bir şeyin tamamen tarafsız olmasının özellikle de yargıcın tam anlamıyla tarafsız olmasının imkanı yoktur. Yargıcın her şeyden arınmış olarak o kürsü de bulunmasının neredeyse imkansız olduğunu, buna en fazla yaklaşılabileceğini ifade ediyorlar. Fakat realistlerin eleştirilerinde haklı olsalar da yanıldıkları ya da çok eleştirildikleri bir yer var o da şu : Yargıç sabahleyin karısıyla kavga ettiyse öğleden sonra karar verirken bu kavga onun kararına yansır. Sizlere daha önce kan şekeri örneğini anlatmıştım. O örnekte yargıç gerçekten etkileniyor muydu? Evet sonuçta biyolojik bir olay veya

ister istemez etkileniyordu. Realistlerin yargıya bu derece güvensizliği, diğerleri tarafından eleştiriliyor. İnsanın olduğu her durumda subjektifliğin olduğunu ancak en aza indirilebileceğini, belli durumlarda pozitivizmin, önceden vaaz edilmiş kuralların zaten subjektif olarak en aza indirildiği yönünde bir pozitivistler tarafında karşı görüş var. Önceden ilan edilmiş sistematik kodlar, bir şekilde belirli bir alanı özgülenmiş kanunlar, zaten yargıcın, kişinin, kural koyucusunun, kural uygulayıcısının her birinin keyfi davranmasını kendi subjektifliğini, kendi ideolojisini yansıtmalarını maksimum seviyede sağlar, bundan ötesini sağlamaya insanın olduğu yerde zaten imkan yoktur, diyorlar. Pozitivistlerin temel iddiaları bir araştırmanın tarafsız olduğudur. Realistler diyor ki araştırma tarafsız değil! En büyük iddialarından biri diyelim ki bir sosyal araştırma yapıyorsunuz, alan araştırmasını yaparken araştırmacının tarafsız bir şekilde verileri araştırıp ortaya koyduğunu söylüyorlar pozitivistmi iddiası bu.



Realistler bunun böyle olmadığını defalarca ispatlıyorlar mesela diyorlar ki Araştırmacının kafasındaki şimdi şey var. Size söylemiştim ya realizm Amerika'da kısa bir sürede çok etkili olup sonrasında biçim değiştirerek devam ediyor. Biçim değiştirdikten sonra postmodern eleştirel teori olarak ortaya çıktı. Eleştirel teori de kendi içinde ikiye ayrılarak: Postmodern hukuk teorisi ve feminist hukuk teorisi. Bir de bunların dışında eleştirel ırk çalışmaları var. Geçen hafta bundan azıcık bahsetmiş miydiniz? Realizm, kısa bir süre içinde Amerika'da etkili olup sonrasında sönümlendi ama sönümlenmesinin sebebi etkisinin tamamen ortadan kalkması değil. Amerikan realizminin bahsettiğimiz durumu biçim değiştirerek devam etti. Realistler, siyah hareketi, kadın hareketi, Amerikan Devleti'nin hukuk devleti olarak görünürken arkada yaptığı başka hukuksuz durumların hepsini eleştirdiler. Realizm tüm bunlara bir tepki olarak doğdu. Amerika Hukuk devleti ve özgürlükler ülkesi olarak kendini lanse ediyordu. -kağıt üzerinde böyleydi- ama arkada bakıldı ki, o kağıdı kaldırdığımız zaman arkasında bütün dünyanın ve Amerikan halkının gördüğü şu oldu aslında: İnsanlar üzerinde çok ağır deneyler yapılıyor ama işkence yasak! Adil yargılanma hakkı var ama aslında bir siyahı bir beyazı bir Japon'u bir Meksikalıyı aynı şekilde yargılamıyorlar. Latinlere bakış açıları farklı (Bkz:Trump) çünkü Latinler Amerika için bir sorun olarak görülüyor. Kadınlar üniversiteye gidebiliyorlar ama çalışma hakkına geldikleri zaman karşılaştıkları durum şu: Çalışmayın! üniversite eğitimi alın ancak çalışmayın! Neden çalışma? Çünkü birincil görevlerin var, çalışmaya başlayacaksınız, işin var, eve geleceksin çocuğun var, kocan var, ev işleri var. Ve sen aslında 4'e bölüneceksin oysa çalışmıyorsan tüm bunlara çok daha rahat vakit ayırabilirsin, kadınlar bu yönde güdüleniyor. İkonik figürler ortaya çıkıyor. (Bkz: Marilyn Monroe-Audrey Hepburn) Özetle Amerika kağıt üstünde bir hukuk devleti kadınların her türlü hakları var ancak iş bir sonraki aşamaya geçmeye gelince bomboş. Ve bütün bunlar o dönem dile getirilen ve pozitivizme yöneltelen eleştirilerdi. Çünkü pozitivizmin iddia ettiği gibi yargının tarafsız

olduğu, subjektifliğin yer almadığı, iddialarının gerçek dışı olduğunu fark ediyorlar. Bilimin ve hukukun konusu: Beyaz, heteroseksüel, Protestan, orta sınıf erkek. Bu şartlara sahip değilseniz bütün alanlardan dışlanıyorsunuz ve bu dışlanmanın sonucu olarak da sizin için adalet gerçekleşmiyor sizin için hukuk devleti gerçekleşmiyor. Bilimsel araştırmalarda, anormal ya da sapkın olarak nitelendiriliyorsunuz. Her şey bu 5 şart üzerinden gidiyor. Kadınlar ve realistler bunu eleştiriyorlar. Realizm üzerinden feminist teoremin gelişimi bu şekilde oluyor. Realizmin ortaya koyduğu temel özellikleri açısından 9 ilke sayabiliriz.

1- Hukukun akış içerisinde olduğudur.

2- Toplumsal amaçların (aracı) olarak kendinde bir amaç olmayan hukuk anlayışı.

Hukukun kendisinde bir amaç olmaması yani- doğal hukukçular ne diyorlardı? Adalet, hakkaniyet bunlar üzerinden gidiyorlardı. Realistler diyor ki; bunlar hukukun kendi amaçları değil hukukun ulaşmaya çalıştığı şeylerdir. Hukuk bir araçtır ve hukuk aracılığıyla biz toplumsal refaha, adalete ve hakkaniyete ulaşacağız. Tüm bunlara ulaşmanın aracı olacak ancak hukuk tek başına bunlar değildir. Hukuka ulaşmak bir amaç olmamalı. Hukuk=Adalet anlayışı yanlıştır. O zaman siz adalete, ulaşmak isterken hukuka da ulaşmak istiyorsunuz mânâsına geliyor. Peki adalete ulaşamadığınız her yerde o zaman hukuka da ulaşamadığınız varsaymamız gerekiyor. Pozitif hukuk kuralları, şekil kuralları o zaman tüm bunlar ne? Hukukun sadece bunlara ulaşmak için bir araç olması gerektiğini söylüyorlar.

3- Toplumun hukuktan hızlı değişmesi-Akış halindeki hukuk.

4- "Olan" ve "olması gerekenin ayrılması" gerekliliği.

Realistler de bunu söylüyorlar ama bu ayrılığın geçici olması gerektiğini ifade ediyorlar. Peki ne kadar geçici? Yanıt yok :D

5-Mahkemelerin ya da kişilerin gerçekten ne yaptığını betimleyicisi olarak geleneksel hukuk kural ve kavramlarına güvensizlik.

Burada kast ettiği şey şu: Mahkemeler bir sorunu çözerken, sorunu çözen yargıç, sorunun çözümüne odaklanırken aslında geleneğe kopamaz. Bu nedenle tüm bu kurallara, mahkeme aşamasına, hukuk kurallarına, hepsine, geleneği tekrar tekrar dolduran ve doldurmakla kalmayıp meşrulaştıran bu kurallara karşı güvensizlik duymalıyız, eleştiri ile yaklaşmalıyız diyorlar. Çünkü kurallar geleneği tekrar ederken meşrulaştırır.

6-Geleneksel buyurucu Kural ve ifadeler mahkeme kararlarının oluşumunda esas etmen olduğu kuramına karşı güvensizlik

7- Hukukun etkilerini araştırmanın gerekliliği.

8- Hukuk sorunlarına karşı hukukun akış halindeki durumunu devam ettirebilmek için sürekli eleştiriliyorlar. Bu eleştirinin de sürekli ve programlı olması gerektiğini dile getiriyorlar.

9-Davaların, hukuki durumların dar yorumlanması gerekliliği

Amerikan realistlerinin genel özellikleri bu, ortaya çıktıkları dönemi az çok kavrayabildiniz mi? Ortaya çıktıkları dönem bu, dönemin özellikleri bu, realizmin güç kazanmasının sebebi de bu.

Hukuki realistlerin dile getirdiği birçok şey 1900'lerin başında Evgeny B. Pasukanis (Postmodern hukuk teorisinde göreceğiz.) tarafından Marksist hukuk teorisinde zaten dile getirilen şeyler.(Okuma önerisi!)

-Yargıç Oliver Wendell Holmes-

Holmes'e göre mahkemelerdeki hukukun gerçek olduğunu düşünüyor. Ona göre hukukun ne olduğunu anlamak istiyorsak mahkemelerdeki hukuku anlamalıyız.

Geçen ders bahsettiğim "kötü adamın gözünden hukuka bakmak" Holmes'e göre hukuk fakültelerinde anlatılanlar, yazılan makaleler ve kitaplar, kanun koyucunun oluşturduğu kodlar vs. bunların hiçbirisi hukukun ne olduğunu açıklamaz. Hukukun ne olduğunu suç işleyen kişi açıklayabilir. Suç işleyen kişi ancak hukukun ne olduğunu kavrayabilir. Onun gözünden hukuka baktığınızda, sistemdeki gedikleri, aşılamayan kuralları, alt ve üst sınırlarımızın nerelerde olduğunu görebilirsiniz. Hukuk ve ahlakın net bir şekilde ayırmak gerektiğini ifade ediyor. Holmes, pozitivistler gibi hukuk ve ahlakın net bir şekilde ayrılması gerektiğini söylüyor ve en büyük iddialarından biri hukuki gelişmelerin bilimsel olarak açıklanabileceği yani hukuka bilimsel zemin oluşturabileceğimiz. Hukuk bilim midir? Değil midir? Hukuk bilim değildir diyenler için hukukun kendine has bir yönteminin olmadığını, kendine ait bir inceleme alanı yok, bilgiyi ve bilimi üretebileceği bir bilgi alanı yok, kurallarının uygulanması aşamasında bir kısım hukuk ekonominin bir alt dalıdır, bir kısım hukuk tarihin alt dalıdır, bir kısım hukuk edebiyatın alt dalıdır dedi. Ama hukukun tek başına bir inceleme ve uygulama alanı olmadığını ve kendine has bir yönteminin olmadığını ileri sürüldü. Holmes'un iddiası ise hukuktaki gelişmelerin her birinin bilimsel olarak oluşturulabileceği bir altyapının sağlanabileceği görüşünde.

-Karl Llewellyn-

Llewellyn hukuku bir kurum olarak görür ve der ki bu kurum hukuk işlerini icra eder. Ona göre 6 tane hukuk işi vardır.

1- Sıkıntılı durumların giderilmesi (en önemlisi)

2- Davranış ve beklentilerin önleyici şekilde yönlendirilmesi

Bir şeyi önlemek istiyorsak -Bentham'ın köpek hukukunu hatırlıyor musunuz? (hatırlamıyorsanız önceki haftalara göz atmanızda fayda var.) Bentham kuralları

UYKUSUZ KİTAP & KİRTASİYE & FOTOKOPİ

önceden ilan edilmediği için köpek hukuku diyordu.Siz kurallarının butünü ile topluma şekil verirsiniz

3- Davranış ve beklentilerin değişime uyum sağlamak için önleyici şekilde tekrar yönlendirilmesi

4- Yetki paylaşımını sağlanması

5-Grup içindeki yetkiler paylaşılır ve grubu belli yönleri teşvik eder

6- Yargısal Yöntem İşi (usul kuralları)

Bu 6 ilkeyi iş olarak görüyor. Çünkü hukuk kendinde bir amacı olmayan sadece bunları yerine getiren bir kurumdur.Hukukçu bir zanaatkar ve yaptığı şey bir zanaatı bir işi yerine getirmektir.

Bu işlerin içinde kendisi ikiye ayırıyor: "akıl biçimi ve mantıksal biçim." Mantıksal biçimle kastettiği kuralların nasıl konulacağı nasıl uygulanacağıdır. Akıl biçimi ile demek istediği de kuralların içinin nasıl doldurulacağıdır.

-Jerome Frank-

Kural kuşkuculuk ve olgu kuşkuculuk olmak üzere bir ayrım yapıyor.Frank diyor ki realistlerin çoğu yargılama aşamasına odaklanırlar. Yargısal süreçte, mahkemelere odaklandıkları için, en önemli şeyi gözden kaçırmışlar.Olguların belirsizliğini, Yargıcı ve yargıcın yaptığı işi odaklanırlar ama bu noktada olguların belirsiz olduğunu gözden kaçırmışlar şunu kastediyor olgular o kadar belirsizdir ki.Realistlerin bir numaralı iddiası yargıcın veya kişilerin kurallara değil, kuralların arkasındaki olgulara tepki vermesiydi.(Bkz:Albert Camus- Yabancı/ kitaba atıf yaparak örnekledirmede bulundu.)

Jerome Frank diyor ki; realistler yargılama aşamasına odaklanırken arkadaki olguyu görmüyorlar. Sadece yargılara değil aslında olgulara bakmamız gerektiğini

söylüyor. Kural kuşkuculuğu -olgu kuşkuculuğu derken kuralı karşı bir kuşkudan çok, olgulara karşı bir kuşku duymamız gerektiğini söylüyor ve onun üstüne odaklanıyor.

-İskandinav Realistleri-

İskandinavların çok geç Hristiyan olduklarını söylemiştim. Katoliklik diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi İskandinavya'da hiçbir zaman etkili olamadı bunun sonucu olarak da İskandinavlar metafizik kavramlara ilişkin kuskularını dile getirdiler. Onun için hukuk metafizik bir kavramdır. Öncesinde ne olursa olsun modern dönemde benimsedikleri görüşten dolayı metafizik kavramlara karşı çıkıyorlar. Hukuka sadece işlev olarak bakmaktan yanalar. Mesela Lundstedt'e göre, hukuk sadece toplumsal refahı sağlayabileceği süreçte vardır. Hukuktan başka bir amaç beklemiyorlar. Toplumsal refah sağlıyor mu? Sağlıyor. Tamam.

Hagerström diyor ki; hukuk kurallarının varlığını kabul etmek olmayan bir şeyin varlığını kabul etmekle esdeğerdur. Kuralın bile yok olduğunu söylüyor. Ne demek istiyor olabilir? Haklar ve ödevler, kurallar olduğu için yoktur, zaten varlar. Hukuk kuralını yok olarak görmesinin, metafizik olarak eleştirmesinin sebebi bu. Hukuk'a tamamen araç olarak bakmaktan yanalar, hukuk-psikoloji, hukuk-sosyoloji ilişkisine çok fazla önem veriyorlar. Her şeyi bu açıdan bakılabileceğini düşünüyorlar. Biz hukuku anlamak için insan psikolojisini anlarsak, insanın nasıl öğrendiğini nasıl itaat ettiğini anlarsak hukukunda ne olduğunu anlayabiliriz diyorlar. Bakın hiç metafizik bir şey yok. Hukuka hiç başka bir anlam vermiyorlar. O yüzden hukuk yok diyorlar. Kendilerinin de aşırı derecede neden-sonuç ilişkisine odaklandıklarını kabul ediyorlar.

Arkadaşlar şunu farkındasınız değil mi? İnsanlar doğada başı boş bir şekilde çok uzun süre gezmediler hatta insanlar doğada başıboş bir şekilde de gezmediler. Bugünkü anlamda isimlendirmemiş olmanız, onların arasında bir iktidar ilişkisi olmadığı manasına gelmiyor. Eğer bu açıdan bakarak açıklamaya çalışırsak o zaman Beyaz Adamın düştüğü durumumun aynısına düşeriz. Jamaika'yı keşfettiğimiz zaman oradaki herkesi ilkeldi deriz. Toplumsal sözleşme dediğimiz şey farazi diyoruz ya bugünkü anlamda olmasa da insanlar arasında buradaki ilişkilerin bir benzeri, farklısı, prototipi hep vardı. Gelişip değişmek diyoruz ya değişim iyiye doğru da olabilir kötüye doğru da olabilir. İki kişi bir arada varsa mutlaka iktidar ilişkisi vardır.

-AlfRoss-

Her türlü metafizik kavramı reddediyorlar. Hukuku da metafizik bir kavram olarak görürler. Hukuk dediğimiz şeyi algılamak için psikoloji ve sosyolojiye odaklanmak gerektiğini söylüyorlar. AlfRoss, hukuk sistemini açıklarken şu örneği veriyor. İçinizde satranç oynamayı bilmeyen var mı? Yalıtıpkını satranç oynamayı bilmiyor. Az çok bilenler kim? Simurg ve Puhu. Simurg ve Puhu satranç oynarken Yalıtıpkını onları izleyerek satrancın nasıl oynandığını öğrenebilir mi? AlfRoss'un iddiası şu diyor ki satranç oynamayı bilmeyen bir kişi iki satranç oyuncusunun gözlerken, Yalıtıpkını iç gözlemsel yöntem yoluyla satrancı ilişkin kuralları öğrenir ama aslında öğrendiği satrancın kendisi değildir. Simurg ve Puhu arasındaki satrancı öğrenir sadece. Burada yapacağı yorum şudur: Hangi kurallar etkili, oyuncular hangi kuralları kendileri için bağlayıcı olarak görüyorlar? Mesela biliyorsunuz ki satrançta açılış usulleri var genelde, açılışı merkezden yapmamız gerekir ki orta dörtlüye hakim olabilelim. Bu iki orta düzey oyuncunun satranç oynarken belirli açılışları yapmalarından dolayı yalıtıpkını ne düşünecek? Satranç oyununun kurallarına dair kendi içsel yöntemiyle geliştireceği şu işte, oyuncular hangi kuralların bağlayıcı olduğunu düşünüyorlar? Oyuncuların bağlayıcı olduğunu

duşunduğu kurallar gerçekten oyunda etkili mi? Bunu hukuk alanına uygularsak insanları oyuncular olarak görüyor ve hangi kurallar bağlayıcı? İnsanlar hangi hukuk kurallarını bağlayıcı olarak görüyorlar? ve Hangi hukuk kurallarının kendileri için etkili görüyorlar? buradan kuralın etkileri ya da bağlayıcılığı gibi bir kavrama ulaşıyor. Yalıcapkını oyuncuların deneyimleri dışında satranca dair başka bir şey öğrenemez, sınırlıdır. AlfRoss'un söylemeye çalıştığı şey şu: Hukuk kurallarının olduğu bir sistem içerisinde yaşamaya başlarlar ama kuralları iç gözlemsel yöntem yoluyla öğrenirler. Tekrar söylüyorum İskandinavlar psikoloji ve sosyoloji ile açıklamaya çalışırlar hukuku. Bunu yaparken de hukukun ne olduğunu kavramak için insan psikolojisine sürekli atıfta bulunurlar ve insanları anlamaya çalışırlar. AlfRoss bir anlamda şunu demeye çalışıyor. Hukuk herkesin içinde yaşadığı toplumla ilgilidir. Senin hukukun, senin görebildiğin ve bağlayıcı bulduğun kurallarla sınırlıdır. Satrancın kurallarını doğal akla dayandığını ve insanların onu keşif yoluyla bulduğunu söylesem inanmazsınız. Peki o zaman hukuk kurallarının neden doğal aklın ürünü olduğunu ve keşif yoluyla bulunduğunu düşünüyorsunuz? Hukuk ve satranç aslında çok benzerdir ve aynı şeyler geçerlidir. Sadece siz hukuka ulviyet verdiğiniz için, hukuk kuralı var dediğiniz için var. Bu nedenle onun bir geçmişi var yoksa aslında şartlanma ile sadece etrafınızdaki kuralları öğreniyorsunuz. Bağlayıcı olsun ya da olmasın, toplum kuralı bu şekilde öğrenir ve üretir diyor. Hukukun bunun dışında başka bir fonksiyonu yok. Düzen fonksiyonu var mı? Evet var aslında ama onun da öğrenilerek oluşturulduğunu söylüyor.

Karl Olivecrona

İnsanın şartlanma ile öğrendiğini düşünüyor. Ross'un iç gözlemsel yöntemine o bir de şartlanma ekliyor ve diyor ki biz şartlanma ile öğreniriz. Çocuk yaşımdan itibaren bize şu öğretilir. Kurala uygun kurala uygun değil, akla uygun akla uygun değil, ahlaka uygun ahlaka uygun değil, dine uygun dine uygun olmayan, hepsini

öğreniriz ve uygun olmayan şeyler söz konusu olduğu zaman ustumuzda her zaman bir toplumsal baskı vardır ve bu psikolojik bir durumdur. İnsanın toplum içinde yaşamasından kaynaklanan sosyolojik ve psikolojik bir durumdur. Kurala uygun olmayan her şeyi dışarıda bırakırsınız.

Kurala uymadığınız zamanlarda toplumsal baskıyı hissedersiniz.

Bu baskı sayesinde itaat etmeyi öğrenirsiniz, şartlanmayı öğrenirsiniz. Bunun sonucu olarak itaat ve şartlanma bir sonraki aşamada aynı şekilde hukuk kurallarının da zaten doğamız, toplumsal baskıya uygun olduğu için şartlı olarak kabul etme eğiliminde olduğumuz için hukuk kuralları söz konusu olduğunda da onlara aynı şekilde uyarsınız. Bunun ispatı olarak da şunu gösteriyor: Bir devrim gerçekleşirse neden devrimden sonraki ortama da uyum sağlayabiliyoruz? Çünkü yeni rejimde baskı yoluyla kurulmuş, kendi iktidarını baskı yoluyla koymuş, kurallarını hukuk aracılığıyla sosyal baskı oluşturuyor ve insanların şartlanma dürtüsünü ön plana çıkarıyor -eskisi de yapıyordu -aynı şey söz konusu olduğu için devam edebiliyorsunuz. Şartlanma ve sosyal baskı ile öğrenildiğini söylüyor diyor ki Yargıç karar verir, polis uygular sonuç olarak x'in üzerimizdeki baskısını hissederiz ve bir devrim meydana geldiğinde devrimciler hukuk mekanizmasına el koyarlar. Propaganda yoluyla halk üzerinde baskı oluştururlar ve sonuç olarak insanlar şartlanmaya alıştıkları için yeni ortama da şartlara uyum sağlarlar. Çünkü zaten insan psikolojisi baskı ve şartlanma ile şekillenir. İskandinavlar diğer hukukçular için derler ki; hukukun kaynağını öğrenmek isterler aslında amulaştıkları şey hukukun geçerliliğidir. İskandinavların söylediği şey şu: Diğer tüm hukuk kuralları, her zaman hukukun kaynağını açıklamak isterler ve bunun için yola çıkarlar ama vardıkları noktada sadece hukukun geçerliliğini açıklarlar. Hukuku meşru yapan şeyi bulurlar çünkü hukukun kaynağı diye bir şey yoktur. Hukuk üretilmiştir, insanın üretimidir ve bunun sonucu olarak da hukuka

bir köken vermemize gerek yoktur. Hukuka bir kaynak vermeye çalışmak bunun metafizik bir şekilde adlandırmaktır.

21.12.2017

(Sınav test değil klasik olacak.)

(Realizmin kısa tekrarından sonra Faydacılık ile devam edildi.)

Realistlerde anlamadığınız bir yer var mı? İskandinav realistleri, metafizik kavramlara karşı olmaları, hukuk kurallarının varlığına bile karşı olmalarıyla kastedilen hukuk kuralı yok demiyorlar. Hukuk kuramlarının ya da hukukun kaynağının metafizik bir şekil bulması. O yüzden diyorlar hukukçular hukukun kaynağını açıklamaya çalışırlar ama aslında kaynağı değil; meşruluğu açıklarlar. İskandinavlar için hukuk zaten insanın bir işlevi derler. Malinowski adlı insanlar üzerinde bir araştırma yapıyor ve şunu görüyor: 18 ve 19 yüzyıldaki modern antropologların hepsi bir yere gittikleri zaman şunu benimsiyorlar: "Tipik beyaz adam tavrı" = Gittiğin yerdeki her şey senden daha ilkeldir. Tropikal adalarda hukuk yok demek saçmak. İnsanın olduğu her yerde hukuk vardı. Sosyolojik açıdan çünkü insan topluluğunda belli kurumları vardır. Aile, din, hukuk, toplum bunlar sosyolojik açıdan kurumlardır ve bu kurumların varlığı, insanın olduğu her yerde vardır. Sadase biçim değiştirmiştir. İlk başlarda birlikte kurulan, ilişkide basit ürünleri paylaşmamız söz konusuysa basit bir günleri paylaşmak üstüne kurulu bir hukuk sistemimiz vardı. Ancak ürünleri biriktirmeye başladığımız andan itibaren değiş-tokuş hukuku yetmemeye başladı. Örneğin kumaş dokudum karşılığında bana buğday ver bir yere kadar sorunu çözdü ancak kumaş dokuma işini ilerlettim. Çok daha fazla kumaş dokuduğum zaman şunu gördüm ürettiğim kumaşın karşılığında sürekli buğday alamıyorum. Ekmek, meyve, balık aldım bunlar bozuluyor haliyle bunların yerine farklı bir şeyler almam lazım. Bakın gittikçe kapsamı değişiyor ,

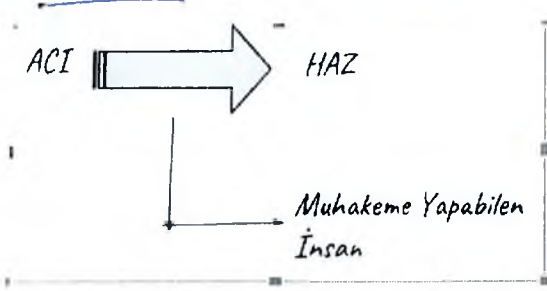
gelişiyor ona göre hukuk da boyut değiştirmek zorundadır. Hukuk da daha farklı şeyleri açıklamak için gelişmek zorundadır. Hep verdiğimiz örneğe dönersek: Bilişim suçları yeni bir suç türü mü? Evet ama hangi suçun değişmiş hali? Hırsızlık olabilir, özel hayatın gizliliğini ihlal olabilir ama bakın yeni bir biçim olarak karşımıza çıkıyor ve bu noktada hukukun değiştiğini ve geliştiğini kabul etmek zorundayız. Mesela ceza hukukunda belki modern ceza hukuku sisteminizi yeniden oluşturmanızı sağlayacak bir tartışma var: "Bir suçun mağduru yoksa suç var mıdır?" (Japonya'da çocuk seks robotları yapılmış, pedofili açısından değerlendirildi.) Bu somut olayda realistlerin verdiği şeye tepki gösterdik mi? Olaya değil bir olguya tepki gösterdi fark ettiniz mi? Biz, pedofilinın iğrençliğine tepki verdik. Realistlerin söylediği de bu pozitivistlik, hukuka karşı gibi çıkıp pozitivistlikle örtüştükleri çok nokta var ve söyledikleri şeylerden birisidir şu: Pozitivistliğin iddiası kurallar vardır ve bu var olan kuralların herkese eşit uygulandığıdır. Kuralların tarafsız olduğudur. Kuralların önceden yazılı hale gelmesiyle insanların onları keyfi uygulamalarının önüne geçildiğidir.

Realistler de diyor ki: Tüm bu iddialara rağmen insanlar, uygulayıcılar ve suçu işleyenler kurallara değil olgulara tepki verirler. Olgunun arkasında bir olgu vardır ve o olguya tepki gösterirler. Olgulara tepki veriliyorsa da eğer, o zaman pozitivistliğin kurallarla ilgili iddiasının geçersiz olduğunu söylüyorlar. Kuralların önceden varz edilmesi ve kuralların tarafsızlığı, kuralların objektifliği, kuralların dışlanmış bir diğer olmadan uygulanıyor iddiası iddiasını realistler reddediyor. Temel olarak realizm bu şekilde özetleyebiliriz.

Faydacılık

Pozitivistlik ya da modern okul öncesi ya da temellendirir bir kavram demekle bir sakınca yoktur. Faydacılık 19 yüzyıllar birlikte ortaya çıkmıştır. Faydacılık

Hepinizde var olan bir durumdur. Çünkü faydacılık; acıdan kaçıp mutluluğa doğru yönelmektir. koşa koşa acıya gideniniz var mı ya da acıdan zevk alanınız?



Faydacılık hepimizin içinde özünde olan bir şeydir. Acıdan kaçırız hazzıya yöneliriz. Tek tip bir faydacılıktan söz etmek zor ama faydacılık diye az çok şu anda değineceğimiz Bentham'ın klasik faydacılığıdır. Faydacılığının temelinde Bentham mutluluğu ölçebileceğimizi düşünür. Onun acılar ve hazlarla ilgili bir kategorisi vardır. Faydacılığın temel iddiası mutluluk ve refahın azamileştirilebileceğidir. Çünkü temel insan psikolojisi, acıdan kaçıp hazzıya yönelir. Acıdan kaçıp hazzıya yönelen insan nasıl insandır? Muhakeme yapabilen insandır. Muhakeme yeteneğiniz sonucunda acıdan kaçıp hazzıya yönelirsiniz. Bu acı ve haz diye ifade edilir ama şöyle bir şey var: "Perşembe günü saat 13.00'de Hukuk Felsefesi dersine gelmek var. Enes yorgan ve yatak ilişkisi var. (Geçen dersten hocanın takıldığı bir arkadaş) Sizce hangisi? Kendisi açısından neyi muhakeme etmiş? Ancak rasyonel bir faydacı olduğunu söyleyemeyiz:D. Çünkü rasyonel bir faydacı bugünkü acı gelecekte daha fazla bir hazzıya sebep olacaksa onu tercih eder. Rasyonel olmayan bir hazzı anlık hazların içinde o an kendisine yakın gördüğünü seçer. Enes anlık bir hazzı tercih etmiş. (Bakalım ders notlarından geçebilecek misin Enes?:D)

Ben Felsefe

Faydacılık işte budur. Muhakeme yeteneği olan, rasyonalitesini kullanıp, kendisi için en yararlı olanı seçendir. Kendisi için en yararlı olan ona haz verendir ve bunun. "Benim için en yararlı olan, bana haz verendir." Ancak şöyle bir şey var:

Benim için en yararlı olup bana haz veren, haz aldığım şeyler tek bir şey değildir. Su içmek bana haz verebilir, yemek yemek bana haz verebilir, birini sevmek haz verebilir, başarılı olmak haz verebilir. Hazlar böyle çeşit çeşittir. Rasyonel insan o an bunların içerisinde kendisi için yararlı olanı seçer ve içinden bir tanesini tercih eder ve bununla da insan mutluluğa yaklaşmış olur. Mutluluk ve refahı azamileştirmiş oluruz böylece. Devleti meşrulaştırmak için, ortaya koyduğumuz teori neydi? Toplum sözleşmesi. Toplum sözleşmesine taraf olan rasyonel birey, neden toplum sözleşmesini seçmiş olabilir? Kendi faydası için. Haki tarafı olmadığınız toplum sözleşmesine niye uyuyorsunuz? Kendinizde bir denge kuruyorsunuz ve bu sizin yararınıza olduğu için. Bu şekilde faydacılık temel olarak bunu esas alır. Faydacılığın iddiası şu: "İnsan iki eğilimin emrindedir: Acı ve haz." "Acıdan kaçır, hazzı yöneliriz temelinde bu vardır." ve bizim hukukumuzun, modern devletin temelinde de bu vardır. İnsanın varlığının bir parçasıdır. İnsan bunun üzerine var olmuştur. Öte yandan faydacılar sonuççudurlar. Nedensuççudurlar? Muhakeme yaparken neye bakıyorsunuz? Sonuçta size ne sağlıyor ona bakıyorsunuz değil mi? Bu nedenle her zaman faydacılar sonuççudurlar.

FAYDACILAR

Kural Faydacılık

Kuralın, benzer durumlarda, herkesin uyması durumunda, o kural insanların, mutluluğunu, hazzını sağlıyor mu ona bakarlar.

Eylem Faydacılık

Eylem faydacıları, eylemin sonuçlarında bir eylemin bize sağladığı yarara, mutluluğa, hazzı bakarlar.

Birinde eylemin sonucu var, diğerinde de "bir kural koyalım ve bu kural diğer tüm insanlara da aynı mutluluğu, aynı hazzı sağlasın." gibi bir düşünce var. Din, dil, ırk farketmeksizin bütün insanların ortak bir şekilde yapmaktan hoşlanabileceği şey ne olabilir? Yemek yemek ve uyumak takdir edilmek. Evet herkes takdir edilmekten hoşlanır yaptıklarının karşılığında. O zaman "takdir edilmek" kural haline gelirse, sonunda insanlara verdiği haz bir kural olabilir mi mesela? Diyelim ki toplumsal bir ilke haline gelebilir mi? Bir insan iyi bir şey yapmış zaman onu takdir etmek. Teşekkür etmek, çok iyi yaptığını söylemek. Bu kural haline gelirse sonunda herkes için bir mutluluk sağlayacak mı? Herkesin aldığı haz aynı oranda olmayabilir ama haz sağlanmış olacak mı? Evet takdir edilmeyi herkes sever. memurlara ikramiye verilmesi, öğrenciye takdir teşekkür verilmesi. Mesela bir arkadaşım bir şey demişti takdir ve teşekkür öğrenciler arasında ayrımcılığa sebep oluyor buna karşı çıkacağım. (Tamam bendim :D) takdir alanlar ve teşekkür alanlar ayrı bir sınıf oluşturuyor. Bunlar okul yönetimince hiyerarşik üst konumuna geliyorlar, diğerleri doğrudan ötekileştiriliyor. Aslında bu yanlış diye eleştirmiştım. O sene onur belgesi vermediler sonra da niye vermiyorsunuz benim hakkımdı diye çıktım. Mesela takdir ve teşekkür baktığımız zaman tamamen ayrımcılık. Peki şöyle bir şey var faydacılık hazlar açısından mutluluğun artması önemli olduğu için her insanın kendi hazzını elde etmesinin koşulunu sağlamaktır. Peki benim sayıyonculuktan aldığım haz, sizce koruması gereken bir haz mı? Tüm hazlar eşit midir? Öldürmekten hoşlanıyorsan, işkenceden hoşlanıyorsan ne olacak ? Hatta daha farklısı acıdan hoşlanıyorsun, kendinize işkence yapılmasını istiyorsunuz (Mazoşistsin)? Bununla bağlantılı olarak hangi hazlar iyidir? Aquinalı Thomas'ı eleştirdiğimiz noktaya geldik. İyi nasıl belirleyeceğiz? Kendi iyisini iyi olarak sundu diye eleştiriyorduk. Peki burada iyiyi nasıl belirleyeceğiz? Diyoruz ki hangi hazlar iyidir? Diyelim ki iyi olan hazlara destek verelim dedik.

Sigara kendisine zarar veriyor mesela bu hazzı destekleyelim mi engelleyelim mi? Alkolden,ottan daha çok daha zararlı olduğu söyleniyor. Ancak sigara yasal ot değil. Venedik Taciri konuşmuştuk ya ne yapıyordu bizim saftorik(Antonio) arkadaşına yardım etmek için? Çok sevdiği arkadaşı için, kendi malvarlığını tehlikeye atacak şekilde yardım etmedi mi? Burada yaptığı aslında şey miydi? Antonio ne kadar yardımsever, dostuna yardım ederken kendini zor duruma düştü ama Antonio gibisi yok! Antonio harika! Antonio çok yüce mi dedirtmeyi istedi insanlara? Bundan mı haz alıyoruz? O kadar iyiyim ki herkese yardım ederim mi amaç? Schopenhauer: Bazı insanlar vardır bir dava uğrunda yaşadıklarını düşünürler aslında sadece gösteriş için yaşarlar. Gözlerini kırpmadan düelloya katılırlar,düelloda ölebilirler ama hiç umurlarında değildir ya da idam sehпасına giderken nutuklar atarak giderler diyor. Sokrates'in savunmasını okuyunuz var mı içinizde? Peki,Sokrates'e gıcık olan sadece ben miyim? Bir yerden sonra sizi de rahatsız etmiyor mu hani üstten üstten konuşması, ben bilirim, sizin için yaptım ne yaptımsa tavırları? Yani amaç "ben harika bir insanım. Erdemli bir insanım erdemimi de bu şekilde ortaya koyacağım mı?" Şeytanın Avukatını izlediniz mi? (TheDevil'sAdvocate) Her seferinde insanın neresinden yakalıyor? Sürekli kazanan bir avukat imajını bozmamak için pedofili bir öğretmeni savunmuştu öğretmenin öyle olduğunu bile bile. Bu sefer aynı hatayı yapmayacağım dedi gazeteci kılığındaki şeytan geldi bir adama ne dedi? Onu neresinden yakaladı? "Adalet uğrunda kazanabilecekken vazgeçti."

Bu hazlar mı ön planda tutulacak yoksa daha somut hazlara geçecek miyiz? Mesela refah, herkes zengin olmak ister mi? Çoğunluğuna baktığımız zaman (ki bence bir lokma bir hırka diyen de çıkmayacak :D) Zamani parayla satın alabilir misiniz? Daha doğrusu Camus mutluluğu parayla satın alabilir misiniz diye soruyor. Camus mutluluğun parayla satın alabileceğini düşünüyor çünkü zamani satın alırsın, zamani satın aldığında da seni mutlu eden her şeyi yapabilirsin ve

böylece mutluluğu satın almış olursun "İnsan parası varsa çalışmak zorunda kalmaz Böylece zamanı satın alır Bu kalan zamanda da kendini mutlu edebilecek şeyleri yapar Yani para mutluluğu satın alır,"

Faydacılar yönetebileceğimiz eleştiriler biraz olsun ortaya çıktı

- 1- Bizi ne mutlu eder?
- 2- Herkesi mutlu eden şey aynı mıdır?
- 3- Bir şey bir insanı daima mutlu edebilir mi?

O zaman faydacıların temel ilkesi olan, acıdan kaçıp hazzı yönelim ve insanların doğasında bu olduğundan öyle ya da böyle hemfikir olabiliyoruz Bizim için üzerinde anlaşılmadığımız konular hangi hazların iyi olarak kabul edileceği. İyi olarak kabul ettiğimiz hazlardaki iyi insanı nasıl belirleyeceğiz? Kimin iyisi? Faydacılıklara şöyle bir eleştiri yönetiliyor: İnsanlara kendilerinden amaçları olan varlıklar olarak bakmıyorsunuz yani insana insan olduğu için değer vermiyorsunuz. İnsana, acının ve hazzın, sonuç olarak faydanın ölçülebileceği bir varlık olarak bakıyorsunuz. Herkes aynı hazzdan hoşlanır mı? Alınan haz ömür boyu devam eder mi? Değişir mi? Sonrasında hazları, mutluluğu ölçebilmenin bir yolu var mı? Nasıl ölçeceğiz? İnsanları etkilemek mümkün mü? Sizi etkileyip yönlendiren şeyler yok mu? İlk ailenin kalıbından geçeriz sonra okulun kalıbından geçeriz. Aile+ Okul kalıbından geçerek iktidarın istediği vatandaş olur muyuz? E oluruz herhalde. Yönlendirildik mi? Evet. Sonrasında serbest bırakırlar mı? Hayır. Reklamlar, sinema filmleri bizi yönlendirmez mi? Beğenilerimizi etkilemez mi? Moda beğenilerinizi değiştiren bir faktör değil midir? Havzan'a çıktığımız zaman dar ve kısa pantolon giymiş genç bir erkek bulabilir miyiz? :D Sakal modası nereden çıktı? Eğer gerçekten algımız şekilleniyorsa, hazlarımıza şekil verilebiliyorsa biz nasıl bu hazların herkes için objektif olduğunu söyleyebiliriz? Hazlar bir merkezden şekillendirilirse, hazları esas olarak ilerlemek doğru bir sisteme

ulaştırır mı bizi? Hazlar, daha doğrusu mutluluk yönlendirilebilirse. Bir seçeneğin olması her zaman seçim yapmak anlamına gelir mi? Faydacılığa yöneltebileceğiniz bir diğer eleştiri de gerçekten algılarımız, hazlarımız yönlendirilebiliyorsa nasıl bunların objektifliği üzerinden herkese bir sistem kurabiliriz? Faydayı belirlemenin zorluklarına ilişkin bu tarz görüşler vardır. Bir arada yaşadığımız için toplum faydasını üstün tutarız. Neden başkalarının faydasına olanı yapmak zorundayız? Toplumun faydası ile kişinin faydası her zaman örtüşmeyebiliyor. Bu durumda ne yapacağız? Toplumu uyusmak bu kadar önemli mi? Toplumla uyusmamak bizi acıya sevk ettiği için toplumla uyusmak bize haz mı sağlıyor?

Örnek:

1. Bir grup bilim adamı bir kafese 5 maymun ve tepeden bir tane muz sarkıtılıyor.
2. Ne zaman bir maymun sarkıtılan muzlara ulaşmaya çalışsa bilim adamları elektrik veriyorlar.
3. Bir süre sonra, maymunlar sarkıtılan muza gitmemeye başlıyor. Muzlar ne kadar cezbedici olsa da hiçbir maymun sarkıtılan muza tırmanmaya cesaret edemiyor.
- 4-Bilim adamlar maymunlardan birini kafesten alıp farklı bir maymunu içeriye bırakıyor.
- 5.Yeni maymun sarkıtılan muzda elektrik olduğunu bilmediği için almaya yeltendiğinde, diğerleri o maymunu engellemeye, hatta dövmeye başlıyor.
6. İkinci bir maymun daha başka bir maymunla değiştiriliyor ve yine aynı şey oluyor.
7. Sonuç olarak daha önce elektriğe hiç maruz kalmamalarına rağmen tırmanmaya çalışan maymunu döven 5 adet maymun ortaya çıkıyor.

Koşullanma ile öğrenme, algının etkilenmesi, biçim verme hepsi var. Biliyorsunuz maymunlar üzerinde deney yapılmasının sebebi primatların bize en yakın tür olmasıdır. Genetik olarak bize en yakın diğer tür domuzlar. Hatta domuz etinin yenmesini yasak olmasının sebebini genetik olarak çok yakın olması mı diye de düşünmüyor değilim.

Son araştırmalara göre primatların ibadet ettiğine söyleniyor. Yaşantı olarak insana çok yakınlar. Tüm bunlardan sonra faydacılık üzerine temel anlayışımız acı ve haz üzerine insanlar şekillenirler, ama temel sorun haklarımız ve değerimizin nasıl belirleneceği. Bir şeyin iyi olduğunu söylememize sağlayacak olan şey ne? Daha önce Aquinalı Thomas'ı kendi iyisini ortaya koyuyor diye eleştirmiştik. Peki faydacılar kendilerini ortaya koymuyorlar mı? Hazzın iyi olduğunu kabul edilmesi bir ön kabul değil midir? Haz neden iyidir? Bu bir ön kabul. Evet acıdan kaçıyoruz ama az önce söylediğimiz uç örnekler yok mu? Sokrates örneği gibi insanlara ne pahasına olursa olsun yardım edenler. İşte bunlar da faydacılığın kendi içlerindeki açmazları. Faydacılık hukuka nasıl yansır? Bentham'ın hukuk anlayışında faydacılık var evet ama birebir faydacılık hukuka nasıl yansıyabilir? Hukuk ekonomi ilişkisi olabilir mi? Daha doğrusu faydanın ön planda olduğu şey hukuka yansması bir bakıma hukuk ekonomi ilişkisidir. Çünkü hukuk ekonomi ilişkisinde temel olarak kabul edilen şudur: Bizim Adam Smith'in tarif ettiği modern hukuk, modern toplumun temelini koyduğumuz birey nasıl bir birey? Kendi çıkarını düşünen birey. Enes için ne dedik? Anlık bir hazzı tercih etmiş ilerideki hazzı tercih etmemiş belki de bugünkü anlık hazzı tercih etmesi onu daha mutlu ettiği için çok daha rahat çalışacak bunu bilemeyiz. Demeye çalıştığım şey şu hukuk ekonomi ilişkisinin temelinde de kendi faydasını azamileştirmeye çalışan bir birey anlayışı vardır. Realistlerle de benzer bir şekilde Posner hukuka şöyle bir eleştiri getiriyor ve diyor ki: Hukukta hakimler çoğunlukla, bilerek yapmasalar da, bilingsiz bir şekilde iktisatı korumaya yönelik kararlar verirler. Hakimler

toplumsal faydayı korumaya yönelik kararlar alırlar ve eğer toplumun faydasından bahsediyorsak bu genel olarak ekonomi ile ilgili bir durumdur. Hakimler de bu anlayışla büyük firmaların mahvına sebep olacak tazminatlarla mahkum edilmeleri gerektiği yönünde kararlar verirler. Bir insan bir zararı uğradıysa onu tazmin etmek hukuk sisteminin temelinde yer almaz mı? Ben arabamın arkasına " Araba kullanırken size çarpabilirim çarptığım zamanda ölebilirsiniz ya da yaralanabilirsiniz." yazdırsam sorumluluktan kurtulabilir miyim?

Örnek: Yaşlı bir kadın 40'lı yaşlarında kalp hastalığına yakalanır. Piyasada 3 tane ilaç firması vardır. Bu ilaç firmalarının da ürettiği 3 çeşit ilaç vardır. 3 ilacın da prospektüsünde şu şekilde yazmaktadır: Çok az rastlanan yan etkiler kısmında uzun süreli kullanımda böbrek yetmezliğine sebep olabilir. Kadın 79 yaşında böbrek yetmezliğine yakalanır. Bu ilaçların her birini değişik dönemlerde kullanmıştır. Bu kadın bu 3 ilaç firması aleyhine dava açabilir mi? Önceden bilgi verilmiş ilaç firması yazmış, hatta kullanmak için zor durumda bırakılmış mı? İlaç firmalarında neden tehlike sorumluluğu kabul edilmemiştir? Neden her şeyi tazmin etme iddiasındaki hukuk sistemimiz ilaç firmalarına dava açılmasını engeller ? Peki size şöyle söylesem almış olduğunuz hukuk eğitimi sizin ilaç firmalarına dava açılmaması gerektiği yönünde düşünmenizi sağlıyor desem ? Hukukun yönlendiricileri vardır kim olabilir o yönlendiriciler? X Fakültesindeki Y hoca Z fakültesindeki Q hoca, Supremecourtteki bilmem ne hakim makale yazsa, sonra akademi dünyası bir anda bu makaleleri tartışmaya başlasa, sonra genel kabul gören anlayış değişse ve sizin şu anda savunduğunuz gerekçelerinizin tamamı değişse. İlk kölelik kalksın diyen kişiye hukuki gerekçeler üretilmedi mi? O ilk kişi hain ilan edilmedi mi? Cezalandırılmadı mı? Hukukun ekonomi ile gerçekten çok yakın bir ilişkisi vardır. Hukukun toplumla olan ilişkisini dışlayabilir miyiz? Hayır. Hukukun dinle olan ilişkisini dışlayabilir miyiz? Hayır. Hukukun bir çok şeyle ilişkisi var değil mi? Tek başına hukuk şudur diyebiliyor muyuz? Hayır

diyemiyoruz. Başından beri ne demeye çalışıyorum hukuku tek bir kaynağa indirerseniz olmaz çünkü hukuk dediğiniz yaptığı tek bir kaynağa indirgeyebileceğiniz bir şey değildir. Bunların içerisinde hukuka en fazla şekil veren ekonomidir. Çünkü ekonomi toplumsal yapıya da şekil verir. Ekonomi sizin aranızdaki sosyal ilişkilere de şekil verir. Ekonomi sizin daha sevecen bir toplum olmanızı ya da daha gıcık bir toplum olmanızı sağlayabilir. Ekonomik olarak refah düzeyiniz arttıkça beğenileriniz değişir. Burjuva ahlakının, burjuva sınıfının iyi yönü nedir? Sanat ne zaman bir anda atılıma geçti? burjuvazi ile evet çünkü arkasından estetik zevkler gelişti. Ve deniliyor ki hakimler ister istemez ekonomiyi korumaya yönelik kararlar alırlar. Hukuk ekonomi ilişkisinde her zaman Adalet+ ekonominin dengesinin sağlanması amaçlanır. Bir fabrika bir yerde havayı kirletiyor. Havayı kirletirken verdiği zarar 375 dolarlık bir zarar. Bacalarına filtre takılırsa 375 dolarlık zarara sebep olmayacak. o mahallede yaşayan insanlar hava kirliliğinden dolayı çamaşırlarını dışarıda kurutamıyorlar. Diğer bütün şartlar sabit kalmak koşuluyla kişilerin 50 dolara kurutma makinaları almaları mı adil yoksa fabrikanın 150 dolara hava filtresi taktırması mı adil yoksa fabrikanın kirletme hakkım var diyerek 375 dolar ödemesi mi adil? Hukuk ekonomi dengesinde Coase Teoreminin benimsenmesi gerekiyor ve deniyor ki ekonomi ve adalet dengesinde en az maliyetli olan benimsenmesi gerekir. En az maliyetli olanın benimsenmesi ile kastettiği bütün toplumun refahının esas alınması. Öyle bir hesaplamanız gerekiyor ki bu maliyet tüm toplumun zenginliğinden ne kadar götürüyor? Hangi durum tüm toplumun zenginliğinden daha fazla maliyetli? En az maliyetli olanı seçmemiz gerekiyor hukuk ekonomi ilişkisinin diğer bir yanı var. (Klasik hikaye çiçek satan çocuk, arabayla çocuğa çarpıp kaçan 8/8 kusurlu bir arkadaş var. Destekten yoksun kalma tazminatı hesaplıyoruz.) Siz tazminat davalarında mümkün olduğu derecede insanları zenginleştirmeyecek şekilde belirlemek zorundasınız. Genel kuralımız zenginleştirme! Hukuk ve ekonomi ilişkisinden kaynaklanan bir durumdur. Genel ekonomi eğiliminden kaynaklanır bu

eğitim değişti
aynadık 7 or
hak ile 7 kis
tartışıldı.)

UYKUSUZ KİTAP & KİRTASİYE & FOTOKOPİ

eğilim değiştiği zaman hukukun eğilimi de değişecektir. (Dersin sonunda bir oyun oynadık. 7 arkadaş kendisi için olmazsa olmaz 4 hak üzerinde uzlaştılar ve bu 4 hak ile 7 kişiden okudukları olaylarla kaçının hayatına etki edebildikleri konusunda tartışıldı.)

Aptal
Oğla / Kız
UYKUSUZ FOTOKOPİ