

HUKUK FELSEFESİ

HUKUKUN HÜKÜMRANLIĞI

Ronald Dworkin

Ertuğrul Uzun çevirisiyle



1931 yılında dünyaya gelen RONALD DWORKIN, 20. yüzyılın en önemli hukuk felsefecilerinden biri olarak kabul edilir. Harvard ve Oxford üniversitelerindeki hukuk eğitiminin ardından uzun yıllar çeşitli üniversitelerde ders verdi. Hukuki pozitivistizme karşı bütünlüklü bir hukuk kuramının temellerini oluşturdu ve ABD anayasasının alternatif“ahlaki bir okumasının” gerçekleştirilmesi gerektiğini savundu. *Hukukun Hükümranlığı*, *Sovereign Virtue*, *A Matter of Principle* ve *Freedom’s Law* en önemli eserleri arasında sayılabilir. Dworkin, arkasında hukuk kuramı üzerine büyük bir külliyat bırakarak 2013 yılında yaşama veda etti.

Hukukun Hükümranlığı

Ronald Dworkin

Özgün Adı | Law's Empire

Çeviren | Ertuğrul Uzun

Nora Kitap | 74 | Edebiyatdışı

Redaksiyon | Kasım Akbaş

Kapak Tasarımı | Cem Özcan

Dizgi | Tülay Malkoç

1. Baskı | Haziran 2018

ISBN | 978-975-2473-45-4

Copyright © Ronald Dworkin, 1986

Harvard University Press'le varılan anlaşmaya binaen yayınlamıştır.

Türkçe Yayın Hakkı © Nora Kitap, 2017

Türkçe Çeviri Hakkı © Ertuğrul Uzun, 2017

Bu kitabın hakları, Akçalı Telif Hakları Ajansı aracılığıyla satın alınmıştır.

Yayıncının izni olmaksızın hiçbir yolla çoğaltılamaz.

Nora Kitap, Kırmızı Tazı Yayıncılık Ticaret ve Sanayi A.Ş.'nin tescilli markasıdır.

NORA KİTAP

Gümüşsuyu Mah. Osmanlı Sok. Osmanlı İş Merkezi 18/9

Beyoğlu/İstanbul

Tel: 0212 222 10 66 –243 30 73 Faks: 0212 222 46 16

Sertifika No: 32464 info@norakitap.com

MY Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti

Maltepe Mah. Yılanlı Ayazma Sk. No: 8/F Zeytinburnu/İstanbul

Tel: 0212 674 85 28

Sertifika No:34191

HUKUKUN HÜKÜMRANLIĞI

Ronald Dworkin

Çeviren: Ertuğrul Uzun



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	11
1 HUKUK NEDİR?	19
Hukukun Ne Olduğu Neden Önemli?	19
Hukuk Hakkındaki Anlaşmazlık	21
Yalın Olay Görüşü	26
Başlangıç İtirazı	32
Gerçek Dünya	36
Semantik Hukuk Teorileri	55
Semantik Teoriler İçin Gerçek Tartışma	69
2 YORUMCU KAVRAMLAR	72
Semantik İğne	72
Hayali Bir Örnek	73
Yoruma İlk Bakış	77
Yorum ve Yazarın Niyeti	82
Sanat ve Niyetin Mahiyeti	83
Niyetler ve Pratikler	91
Yorumun Aşamaları	95
Nezaket Filozofları	98
Bir Parantez: Adalet	104
Yorum Hakkında Şüphencilik	107

3 YENİDEN HUKUKBİLİM	120
Yeni Bir Tablo	120
Hukuk Kavramları ve Hukuk Anlayışları	123
Şüpheli Hukuk Anlayışları ve Şerir Hukuk	136
Hukukun Dayanakları ve Hukukun Gücü	145
4 UZLAŞIMCILIK	152
Yapısı	152
Cazibesi	156
Hukuki Uzlaşım	159
Uzlaşımın İki Türü	163
Uzlaşım Pratiğimize Uyar mı?	170
Uzlaşım Pratiğini Gerekçelendirir mi?	181
5 PRAGMATİZM VE KİŞİLEŞTİRME	195
Şüpheli Bir Anlayış	195
Pragmatizm Hukuk Pratiğimize Uyar mı?	198
Haklar Olmadan Hukuk	206
Bütünlük İddiaları	210
Kişileştirilmiş Toplum	214
6 BÜTÜNLÜK	224
Gündem	224
Bütünlük Siyasetimize Uyar mı?	224
Bütünlük Cazip midir?	236
Meşruiyet Bulmacası	241
Topluluğun Yükümlülükleri	246
Kardeşlik ve Siyasi Topluluk	259
Düzensiz Sonnotlar	271
7 HUKUKTA BÜTÜNLÜK	281
Geniş Bir Bakış	281
Hukuk Zinciri	285

Hukuk: Manevi Zararlar Meselesi	298
Ara Özet	318
Bazı Bilindik İtirazlar	323
Hukukta Şüphencilik	333
8 COMMON LAW	345
İktisadi Yorum	345
Çetrefil Durumlar	350
Adalet Sorunu	356
Faydacı Ödev	360
Eşitlikçi Yorum	369
Eşitlik ve Göreli Maliyet	376
Özel Şahıslar ve Kamu Kurumları	386
9 YASALAR	391
Yasakoyucunun Niyeti	391
Konuşmacının Kastettiği Anlam	396
Kanaatler	409
Herkül'ün Metodu	420
Yasama Tarihçesi	426
Zamanın Akışı İçerisinde Yasalar	433
Yasanın Dili Ne Zaman Açıkır?	437
10 ANAYASA	443
Anayasa Hukuku Tümüyle Bir Hata Üzerine mi Bina Edildi?	443
Liberaller ve Muhafazakârlar	446
Tarihselcilik	448
Pasifizm	460
Herkül Olimpos'ta	472
Irklararası Eşitlik Teorileri	474
<i>Brown</i> Davasında Karar Zamanı	481
<i>Bakke</i> Davasında Karar Zamanı	488
Herkül Bir Tiran mıdır?	494

11 HUKUKUN ÖTESİNDEKİ HUKUK	497
Hukuk Kendi Kendini Geliştirir	497
Hukukun Hayalleri	506
Bitirirken: Hukuk Nedir?	509

BETSY İÇİN

• ÖNSÖZ •

Hukuk, hayatımızın her yanına nüfuz etmiş durumda. Bizi her ne isek o yapan hukuktur: Bizi vatandaş, işveren, doktor, eş, malik yapar. Kılıçtır, kalkandır, tehdittir: Ücretimizi almak isteriz, kiramızı ödemeyi reddederiz, çarptırıldığımız para cezasını ödemeye zorlarız, kodese tıkları; bütün bunlar soyut ve semavi egemenimiz olan hukukun buyruğu uyarınca gerçekleşir. Hukukun buyruklarını *tartışırız*; buyruklarını ve talimatlarını kaydetmesi gereken kitaplar sessiz kaldığında bile tartışırız; sonra da sanki hukuk bir yazgıyı kolayca duyamayacağımız şekilde mırıldanmış gibi davranırız. Böyle bir durumda ne yapmamız gerektiğini tartışırken, hukuk imparatorluğunun tebasıyızdır; onun yöntemlerinin ve ideallerinin takipçisi, ruhen ona bağlı olan tebası.

Peki, bu ne anlama geliyor? Kanun kitapları bir şey demedikleri, açık olmadıkları yahut muğlak oldukları durumlarda bile hukuk nasıl olup da buyurmaya devam edebiliyor? Elinizdeki kitap, yıllardır parça parça, birbirinden kopuk geliştirdiğim bir cevabı yekpare bir bütün olarak ortaya koyuyor. Cevabım şuydu: Hukuki muhakeme, inşai/kurucu [*constructive*] bir yorum uygulamasıdır [*exercise*]; hukuk, bir bütün olarak hukuk pratiklerimizin en iyi şekilde gerekçelendirilmesinden müteşekkildir; hukuk, bu pratikleri olabilecekleri en iyi pratik kılan hikâyede ikamet eder. Bu bakış açısında hukuki tartışmanın kendine has

yapısı ve sınırları, ancak siyasi değerin çoğunca birbirleriyle yarışan çeşitli boyutlarını, bir yorumun hukukun hikâyesini nihayetinde bir başka yorumun yapabileceğinden daha iyi kıldığı kompleks bir yargıdaki birbirine geçerek bir doku oluşturan farklı bağları teşhis ettiğimiz ve bunları birbirinden ayırdığımız takdirde ortaya çıkar. Kitap, bu hukuk anlayışını biraz daha incelelikle ele alıyor, genişletiyor, açıklığa kavuşturuyor. Bu anlayışın temellerine; bütünsellik, topluluk ve kardeşliğe dair genel bir siyaset çerçevesinde iniyor. Önce soyut hukuk teorisi açısından, sonrasında ise *common law*, yasalar ve Anayasa etrafında ortaya çıkan bir dizi somut olay açısından, söz konusu anlayışın sonuçlarının izini sürüyor.

Gerçi her bir olay için farklı ve, umarım daha geliştirilmiş olsalar da, daha önce de kullandığım pek çok argüman, araç ve örneği burada da kullanıyorum. Kasıtlı bir tekrar bu: Böylece pek çok tartışma ve örneği kısaca aktarabilmiş oluyorum, zira bu kitabın argümanı için zorunlu olan düzeyin ötesindeki ayrıntıların peşine düşmek isteyen okuyucular hacimli metinlere yaptığım atıflara başvurabilecekler. (Bu uzun tartışmaların büyük bir kısmı için *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass. ve Londra, 1985'e bakabilirsiniz.) Elinizdeki kitap, hukuk teorisi hakkındaki herhangi bir kitabın yapması gerektiği gibi, genel felsefenin girift ve çok çalışılmış konularına temas ediyor. Ana metin içerisinde bu konulara dalarak genel tartışmayı kesintiye uğratmak istemedim; dolayısıyla bunları mümkün mertebe uzun notlarda ele aldım. Bazı hukukçu biliminsanlarının ortaya koyduğu belli argümanlar hakkında uzun uzadıya yaptığım tartışmalar için ise uzun notlar ekledim.

Bu kitabın, daha önceki çalışmalarımda savunduğum görüşlerin ne kadarını değiştirdiğini ve dönüştürdüğünü bulmaya çalışmadım. Yine de daha ilk baştan hakkında çok yorum yapılmış olan iki önermeyi burada nasıl ele aldığıma işaret etmek faydalı olabilir. *Taking Rights Seriously*'de [*Hakları Ciddiye Almak*] hu-

kuki pozitivizm aleyhinde, hüküm vermenin fenomenolojisini vurgulayan argümanlar sunmuştum. Yargıçların karakteristik olarak, eski kararların “çekim gücü” [*gravitational force*] dediğim şeye karşı bir yükümlülük hissettiklerini, hissedilen bu yükümlülüğün, pozitivizmin yargısal takdir doktrini ile çeliştiğini söylemiştim. Elinizdeki kitap, bilhassa 4. Bölümde, pozitivizmin fenomenolojik kusurlarından ziyade yorumla ilgili kusurlarını vurgular, fakat bunlar nihayetinde aynı türden eksikliklerdir. Pozitivistlerin, ihtilafli hukuki sorulara verilecek “doğru” bir cevabın değil “farklı” cevapların bulunduğu iddiası aleyhine yıllarca tartışma yürüttüm; en çetin davalarda bile akıl ve muhayyile ile avlanacak doğru cevapların var olduğunda ısrarcı oldum. Bazı eleştirilenler bu tip davalarda tek bir cevabın doğru olduğunun herkesi tatmin edecek şekilde *ispat* edilebileceğini söylediğimi zannetti, ne var ki en baştan beri bunu kastetmediğimi, bir cevabın doğru olduğunu düşünmek için bir nedenimizin olup olmaması ile onun doğru olduğunun tanıtlanıp tanıtlanamamasının birbirlerinden farklı olduğunu söylemiştim. Bu kitapta, mezkûr eleştirilerin, doğru cevaplar hakkında yaptığım tartışmanın tam olarak ne hakkında olduğunu anlayamadıklarını söylüyorum. Halbuki tartışma, şüpheci tezin, yani doğru cevaplar olmadığı tezinin, savunduğum hukuk teorisine yönelmiş herhangi bir argüman gibi görülüp görülmeyeceği hakkında olmalı. Karşıtlığın konusunun esasında metafizik değil ahlak olduğunu, doğru bir cevabın olmadığı tezinin, ahlaki bir iddia olarak anlaşıldığı takdirde, ahlakta da hukukta da ikna edici olmadığını savunuyorum.

İster klasik ister çağdaş olsunlar, diğer hukuk ve siyaset felsefecilerinin görüşleriyle kendi görüşlerimi karşılaştırmaya genellikle çalışmadım; onların eserlerinden ne kadar etkilendiğimi veya bu eserlere ne kadar yaslandığımı göstermeyi önemsemedim. Bu kitap, çağdaş hukuk düşüncesine dair bir araştırma değil. Hukuk teorisindeki pek çok moda görüşü, sözgelimi “yumuşak”

hukuki pozitivizmi, hukukun iktisadi analizini, eleştirel hukuk çalışmaları hareketini ve Amerikan anayasa hukukundaki “pasifizm” ve “anayasa yapıcılarının niyeti” teorilerini uzun uzadıya tartıştığım doğru; ama bunu, yürütmekte olduğum tartışmanın kapsamına girdikleri için yapıyorum ve çalışmaları eşit yahut daha büyük öneme sahip pek çok hukuk felsefecisini tümüyle görmezden geliyorum.

Frank Kermode, Sheldon Leader, Roy McLees ve John Oakley kitabın önemli bir kısmının taslaklarını okuyarak kapsamlı yorumlar yaptılar. Yaptıkları yardıma paha biçilemez: Beni çok önemli hatalar yapmış olmaktan kurtardılar, önemli örnekler bulup getirdiler, gözümden kaçmış meseleleri gördüler ve bazı argümanlarım hakkında yeniden düşünmeme sebep oldular. Jeremy Waldron 6. Bölümü okuyarak geliştirdi, aynı şeyi Tom Grey 2. Bölüm için yaptı. Uzun olanlar değil ama notların büyük bir kısmı William Ewald, William Riesman ve özellikle de Roy McLees tarafından hazırlandı; kitabın atıf kaynağı olmak bakımından değeri tümüyle onların emeğinden kaynaklanıyor. New York Üniversitesi Hukuk Okulu bünyesindeki Filomen D’Agostino ve Max E. Greenberg Araştırma Fonu’nun cömert desteğini de zikretmek durumundayım. Xyquest Inc.’den, şirketin harikulade kelime işlemci programı XyWrite III’e özel uyarlamalar yapmak için gönüllü olan ve böylece programı bu kitap için kullanmamı sağlayan David Erikson’a minnettarım. Harvard University Press’ten Peg Anderson son dakikaya kadar yaptığım değişiklikler konusunda çok yardımcı oldu ve büyük bir sabır örneği sergiledi.

Borçlu olduğum daha pek çok kişi var. Büyük Britanya’daki hukukbilim cemaatinden meslektaşlarım, bilhassa da John Finnis, H. L. A. Hart, Neil MacCormick, Joseph Raz ve William Twining bu kıt akıllı öğrenciye karşı çok sabırlı hocalar oldu-

lar ve New York Üniversitesi Hukuk Okulu'ndan arkadaşlarım, özellikle Lewis Kornhauser, William Nelson, David Richards ve Laurence Sager, yaratıcı hayal gücüne ve tavsiyeye ihtiyaç duyduğum her an hazırda bekleyen bir kaynak niteliğindediler. Bütün bunların yanında, geçmişte kendi üzerime yeterince çekme şansına sahip olduğum güçlü eleştirmenlere de müteşekkirim; bu kitap belki de onlara ithaf edilmeli. Eleştirileri cevaplamak benim için bütün eserlerimde en üretici yanı teşkil etmiştir. Umarım, yine aynı şekilde şanslı olurum.

• HUKUKUN HÜKÜMRANLIĞI •

HUKUK NEDİR?

HUKUKUN NE OLDUĞU NEDEN ÖNEMLİ?

Yargıçların davaları nasıl sonuçlandırdığı önemlidir. Pek çok insan için, mahkemeye düşecek kadar talihsiz veya ihtilafli ya da şeytani veya saf olmak önem arz eder. Bir zamanlar Amerika'nın en iyi ve en ünlü yargıcı olan Learned Hand, hakkında açılacak bir davanın kendisini ölümden veya vergilerden daha fazla korkuttuğunu söylemişti. En çok ceza davaları karşısında dehşete düşeriz, halkın dikkatini en çok çeken de onlardır. Fakat birinin bir başkasından, geçmişte verilmiş bir zarar nedeniyle tazminat vermesini veya bir kişinin, zarar verme olasılığının varlığı durumunda önlem alınmasını istediği özel hukuk davaları, en büyük ceza davalarından daha önemli sonuçlar doğurabilir. Haysiyet ile iflas bayrağını çekmiş olmak arasındaki farklılık yargıcın kararındaki yegâne argüman hâline gelebilir; ne ki bu argüman başka bir yargıcı hiç etkilemeyebilir, hatta argümanı kullanan yargıcı bile bir sonraki gün cezbetmeyebilir. İnsanların mahkemelerde kazanmasının yahut kaybetmesinin nedeni genellikle Kongre'nin yahut Parlamento'nun soyut bir eylemi değil, yargıcın uyuklamış olmasıdır.

Bir davanın görülmesinin para hatta özgürlükle bile ölçülemeyecek, önemli, başka bir yönü daha vardır. Hukuktaki eylemler kaçınılmaz olarak ahlaki boyuta da sahiptir, dolayısıyla da kamusal adaletsizliğin farklı bir biçiminin ortaya çıkma riski söz konusudur. Yargıç sadece kimin ne yapmış olması gerektiğine

değil, aynı zamanda kimin iyi bir davranışta bulunduğuna, kimin vatandaşlık yükümlülüklerini yerine getirdiğine, kimin kasten veya tamahkârlıkla yahut da ihmalkârlıkla başkalarına karşı sorumluluklarını yerine getirmediğine veya başkalarının ona karşı sorumluluklarını olduğundan fazla gösterdiğine karar vermek durumundadır. Eğer verilen karar haksızsa, topluluk üyelerinden birine manevi yönden zarar verilmiş olur, zira bu kişi şu veya bu ölçüde suçlu olarak damgalanmıştır. Masum bir insanın haksız yere mahkûm edildiği durumda verilen zarar en üst seviyeye ulaşır, ama davacının kaydadeğer bir talebinin mahkeme tarafından reddedilmesi yahut davalının hak etmediği bir yaftayla mahkemedan ayrılması da yeterince ciddi bir meseledir.

Bunlar, davanın taraflara ve onların yakınlarına doğrudan etkisidir. Yargı kararları, sözgelimi Britanya'da ve Amerika'da, davanın tarafı olmayan çok sayıdaki insanı da etkiler; çünkü hukuk, çoğunca, yargıcın söylediği şeydir. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin kararları, mesela, bu açıdan meşhurdur. Mahkeme, devletin diğer birimlerinin kararlarını Anayasa'ya aykırı olduklarını düşündüğü takdirde hükümsüz kılma yetkisine sahiptir; bunlar, üzerinde uzun uzadıya çalışılmış ve yaygın halk desteğine sahip kararlar olsa bile. Eyaletlerin, katilleri idam edip edemeyeceği, kürtajı yasaklayıp yasaklayamayacağı, devlet okullarında duayı zorunlu kılıp kılamayacağı yahut bunları nasıl yapabileceği hakkında; Kongre'nin zorunlu askerlik ilan ederek askerleri savaşa gönderip gönderemeyeceği veya başkanı, başkanlık makamına ait sırları kamuya açmaya zorlayıp zorlayamayacağı konusunda son sözü söyleyen makamdır. Mahkeme 1954'te hiçbir eyaletin devlet okullarında ırka dayalı ayrımcılık yapamayacağına karar verdiğinde, bütün bir ulusu, başka bir siyasi kurumun başlattığından veya başlatabileceğinden çok daha kapsamlı bir toplumsal devrimin içine sokmuştu¹.

Yüksek Mahkeme, yargının sahip olduğu gücün en dramatik kanıtıdır ama diğer mahkemelerin verdikleri kararlar da umuma ilişkin büyük önemi haizdir. İngiliz hukuk tarihinden neredeyse rastgele seçtiğim iki örneğe bakalım. On dokuzuncu yüzyılda, İngiliz yargıçlar, bir fabrika işçisinin başka bir çalışanın dikkatsizliği sonucu zarar görmesi nedeniyle işverenden tazminat talep edemeyeceğine karar vermişti.² İşçinin, “iş arkadaşları”nın dikkatsizlik yapabileceği “riskini varsaydığını”, hangi işçilerin dikkatsiz olduğunu her halükârda işverenden daha iyi bildiğini, muhtemelen de onlar üzerinde daha çok etkiye sahip olduğunu söylediler. Darwinci kapitalizm anlayışlarının daha yaygın olduğu bir dönemde şimdikinden çok daha az aptalca görünen bu kural, endüstriyel iş kazalarındaki tazminat hukukunu, kaldırıldığı tarihe kadar önemli ölçüde etkilemişti.³ Britanya’nın sözü sayılır yargıçlarından Lord Widgery, 1975’te, bir Kabine görevlisinin, görevinden ayrıldıktan sonra gizli Kabine toplantılarının içeriğini ifşa etmek için ne kadar beklemesi gerektiğine dair kurallar koydu.⁴ Bu karar, hangi kayıtların hükümeti eleştiren gazetecilere ve çağdaş tarihçilere açık olduğunu kesinleştirerek hükümetin davranışlarını etkiledi.

HUKUK HAKKINDAKİ ANLAŞMAZLIK

Yargıçların nasıl karar verdikleri çeşitli şekillerde önem taşıdığından, hukukun ne olduğuna dair düşünceleri de önemlidir, dolayısıyla bu konuda anlaşmazlık yaşadıklarında, sahip oldukları anlaşmazlığın hangi türden olduğu da önemlidir. Biraz gizemli mi oldu? Evet, fakat meselenin ne olduğunu görebilmek için bazı ayrımlar yapmamız gerekiyor. Açılmış bir dava, en azından ilkece, üç farklı türde meselenin ortaya çıkmasına neden olur: olaya ilişkin meseleler, hukuka ilişkin meseleler ve siyasi ahlak ile sadakate ilişkin ikiz nitelikli meseleler. İlk mesele şu: Gerçekleşen olay nedir? Tezgâhın üzerinde çalışmakta olan adam

gerçekten arkadaşının ayağına İngiliz anahtarını düşürdü mü? İkinci mesele: Olayla ilgili hukuk nedir? Hukuk, yaralanan işçinin bu türden zararlarını işverenden tazmin etmesine izin veriyor mu? Üçüncü mesele: Eğer hukuk tazminatı kabul etmiyorsa, bu durum adalete aykırı mı? Eğer aykırı ise, yargıç, hukuku bir kenara bırakarak yine de tazminata hükmetmeli mi?

Bu meselelerden ilki olan olaya ilişkin mesele, yeterince dolambaçsız görünüyor. Eğer yargıçlar tartışma konusu fiil hakkında, yani tarihsel olaylar hakkında anlaşmazlığa düşerlerse, ne hakkında anlaşmazlığa düştüklerini ve elde edilebildikleri takdirde hangi türden delillerin tartışmaya son vereceğini biliriz. Üçüncü mesele, yani ahlak ile sadakate ilişkin mesele, oldukça farklı olmakla birlikte yine de aşına olduğumuz bir meseledir. İnsanlar çoğunca ahlaki doğrular ile yanlışlar hakkında anlaşmazlık yaşarlar ve bu ahlaki anlaşmazlıklar mahkemede ortaya çıktığında çok özel sorunlar üretmezler. Peki ya ikinci, hukuka ilişkin olan mesele? Hukukçular ve yargıçlar davaya ilişkin hukukun ne olduğu konusunda sık sık ihtilafa düşerler; hatta kullanılacak doğru ölçütler hakkında bile anlaşamaz gibidirler. Bir yargıç, bir sına seti önererek, hukukun, okullardaki ayrımcılık veya işveren lehine olduğunu söylerken, bir başka yargıç, farklı bir sına seti sunarak, hukukun, okul çağı çocuklarının veya çalışanların lehine olduğunu söyler. Eğer bu gerçekten de üçüncü tür bir argüman, yani hem tarihi olaylar hakkında argümanlardan hem de ahlaki argümanlardan farklıysa, nasıl bir argümandır? Üzerinde anlaşılabilen, uzlaşılabilen şey nedir?

Hukukun neyi yasakladığı, neye izin verdiği, neye yetkiledirdiği hakkında dile getirdiğimiz çeşitli ifade ve iddialara “hukuk önermeleri” diyelim. Hukuk önermeleri çok genel olabilir: –“hukuk, eyaletleri, herhangi bir kişinin On Dördüncü Değişikliğin anlamı dahilindeki eşit koruma hakkını reddetmekten men eder”; önermeler daha az genelliğe de sahip olabilir: “hukuk iş

arkadaşlarından kaynaklanan zararların tazmin edilmesine imkân vermez”; önermeler çok somut da olabilir: “hukuk, Acme Şirketi’nin, John Smith’in Şubat ayında bu şirket bünyesinde çalıştığı sırada maruz kaldığı zararı tazmin etmesini gerektirmektedir.” Avukatlar, yargıçlar ve sıradan insanlar genellikle bazı hukuk önermelerinin en azından doğru veya yanlış olabileceğini düşünür.⁵ Fakat hiç kimse bu önermelerin hayaletimsi bir figürün beyanlarının belgelendirilmesi anlamına geldiğini düşünmez. Söz konusu önermeler hukukun gezegenlere fısıldadığı şeyler hakkında değildir. Hukukçuların, hukukun ne “söylediğinden”, hukukun şu veya bu mesele hakkında “sessiz” kalıp kalmadığından bahsettikleri doğrudur, fakat bu kullanımlar metaforlardan başka bir şey değildir.

Herkes hukuk önermelerinin, tabir caizse, parazit gibi yapıştıkları daha bilindik türden başka önermeler sayesinde doğru veya yanlış (ya da ne doğru ne de yanlış) olduğunu düşünür. Bu daha bilindik önermeler, benim, hukukun “dayanakları” dediğim şeyi temsil eder. Pek çok insan, Kaliforniya’da saatte 55 milin üzerinde hızla araba kullanılmayacağı önermesinin doğru olmasının sebebinin, eyaletteki yasama organı mensuplarının çoğunluğunun bu sonucu doğuran metin önlerine geldiğinde “kabul” demeleri veya ellerini kaldırmaları olduğunu düşünür. Eğer böyle bir olay meydana gelmemişse önerme de doğru olmayacaktır; önerme, sırf hayaletimsi bir figür öyle dediği için veya gökteki transandental levhalarda böyle yazdığı için doğru olmaz.

Artık hukukçuların ve yargıçların bir hukuk önermesinin doğruluğu hakkında ihtilafa düşmesinin iki farklı şekli olduğunu söyleyebiliriz. Hukukun dayanakları hakkında, yani daha bilindik önermelerin doğruluğunun veya yanlışlığının belli bir hukuk önermesini ne zaman doğru veya yanlış kıldığı hakkında anlaşmış olabilirler, fakat belli bir olayda bu dayanakların karşılanıp

karşılanmadığı konusunda uzlaşmazlık yaşıyor olabilirler. Hukukçular ve yargıçlar, sözgelimi, Kaliforniya mevzuatı bu sonucu doğuran bir yasa içerdiği takdirde Kaliforniya’da hız sınırının 55 mil olacağı konusunda uzlaşma içerisinde olabilirler, fakat mevzuatın böyle bir yasa içerip içermediği hakkında uzlaşmadıkları için hız sınırının bu olup olmadığı konusunda anlaşamamış olabilirler. Böyle bir ihtilafa, hukuk hakkındaki ampirik ihtilaf diyebiliriz. Hukukçular ve yargıçlar, hukukun dayanakları hakkında, yani doğru oldukları takdirde hangi diğer türden önermelerin belli bir hukuk önermesini doğru kılacağı konusunda uzlaşmamış da olabilirler. Ampirik şekilde, kanun kitaplarının ve eski yargı kararlarının, iş arkadaşının verdiği zararın tazminiyle ilgili olarak ne dediği hakkında uzlaşma içerisinde olabilirler, fakat tazminata ilişkin hukukun fiilen ne olduğu hakkında anlaşamamış olabilirler, çünkü kanun kitaplarının ve yargı kararlarının hukukun uygulanabilir dayanaklarını tüketip tüketmediği konusunda uzlaşmamışlardır. Buna, hukuk hakkındaki “teorik” ihtilaf diyebiliriz.

Hukuk hakkındaki ampirik ihtilafın gizemli bir yönü yoktur. İnsanlar, kanun kitaplarında hangi kelimelerin yer aldığı konusunda, aynen herhangi bir olayla ilgili yaşadıkları uyuşmazlıkta olduğu gibi, ihtilafa düşerler. Fakat hukuktaki teorik ihtilaf, yani hukukun dayanakları hakkındaki anlaşmazlık, daha büyük bir sorundur. Bu bölümün ilerleyen kısımlarında hukukçuların ve yargıçların teorik açıdan anlaşmazlığa düştüklerini göreceğiz. Hangi yasaların yürürlükte olduğu ve resmi görev yapan hukukçuların geçmişte ne söylediği ve düşündüğü konusunda anlaşmazlıkları hâlde, hukukun gerçekte ne olduğu hakkında, ırka dayalı ayrımcılık sorunu veya endüstriyel iş kazaları konusunda ihtilafa düşerler. Peki, bu ne türden bir anlaşmazlıktır? Kimin daha iyi bir argümana sahip olduğuna nasıl hükmedeceğiz?

Kamuoyu genel itibariyle bu sorundan habersiz gibidir; işin doğrusu, hukuk hakkındaki teorik ihtilafın hiç farkında değildir.

Halkın asıl ilgilendiği, sadakat meselesidir. Siyasetçiler, köşe yazarları ve sade vatandaşlar bazen büyük bir tutkuyla yargıçların kamuoyunun dikkati çeken büyük davalarda ilan ettikleri hukuku “keşif” mi yoksa “icat” mı ettiklerini ve hukuk “icat etmenin” devlet işlerinin hakkıyla yürütülmesi mi yoksa yönetimin gayrimeşru bir şekilde ele geçirilmesi mi olduğunu tartışır. Fakat sadakat meselesi Anglo-Amerikan mahkemelerinde neredeyse hiçbir zaman ciddiye alınan bir mesele olmamıştır; yargıçlarımız fiilen var olan, bir zamanlar ihdas etmiş oldukları hukuku izlemeleri gerekip gerekmediğini nadiren dert edinirler ve kamuoyundaki tartışma esasında, her ne kadar oldukça farklı bir kisveye bürünmüşse de, hukuk hakkındaki teorik ihtilafın bir örneğidir.

En basit anlamıyla alacak olursak, yargıçların her önemli davada karar verirken “yeni bir hukuk yaptıkları” konusunda şüphe duymamak gerekir. Böyle bir durumda, resmi olarak daha önce ilan edilmemiş bir kuralı, ilkeyi, kısıtlamayı veya ayrıntıyı dile getirirler —misal, ayrımcılığın anayasaya aykırı olduğunu veya işçilerin iş arkadaşlarının verdiği zarar nedeniyle tazminat talep edemeyeceğini. Fakat yargıçlar bu “yeni” ifadeleri genellikle, hakkıyla anlaşılması gerektiği şekliyle hukukun zaten var olduğu hâlinin geliştirilmiş ifadeleri olarak sunarlar. Başka bir deyişle, hukukun hakiki dayanaklarının dosdoğru bir şekilde anlaşılması olmasının, daha önce fark edilmemiş hatta reddedilmiş bile olsa bu yeni ifadeyi gerekli kıldığını iddia ederler. Öyleyse yargıçların hukuku “keşif” mi yoksa “icat” mı ettiklerine dair kamuoyunda yürütülen tartışma, esasında, bu cüretkâr iddianın doğru olup olmadığı ve ne zaman doğru olduğu hakkındadır. Eğer birisi yargıçların okullardaki ayrımcılığın hukuka aykırı olduğunu keşfettiklerini söylerse, esasında ayrımcılığın, daha önce hiçbir mahkeme bunu söylememiş bile olsa, bu kararın verilmesinden önce de hukuka aykırı olduğuna inanıyordur. Bu

hukuki ifadenin yargıçlar tarafından icat edildiğini söylerse, ayrımcılığın karardan önce hukuka aykırı olmadığını, yargıçların, verdikleri kararlar hukuku değiştirdiklerini söylemiş olur. Eğer hukukun ne olduğu konusunda herkes anlaşırsa, hukukun dayanakları hakkında teorik bir ihtilaf söz konusu değilse, bu tartışma yeterince açıktır —ve, en azından tek tek davalara bakıldığında, kolaylıkla çözülebilir. Bu durumda Yüksek Mahkeme'nin kararından önceki hukukun, kararın söylediğiyle aynı olup olmadığını kontrol etmek çok kolay olacaktır. Fakat hukukçular ve yargıçlar teorik açıdan ihtilafa düştükleri için, yargıçların hukuku keşif mi yoksa icat mı ettikleri hakkındaki tartışma da bu ihtilafın bir parçasıdır; ne ki ihtilafın haline hiçbir katkısı yoktur, çünkü asıl mesele hiçbir zaman yüzeye çıkmamaktadır.

YALIN OLAY GÖRÜŞÜ

İnanması zor ama hukukbilimimiz hukuka dair makul bir teorik ihtilaf teorisine sahip değil. Hukuk felsefecileri elbette teorik ihtilafın bir sorun teşkil ettiğinin, bu ihtilafın ne türden bir uyuşmazlık olduğunun çok da açık olmadığını farkında. Ama büyük bir kısmı, ileride göreceğimiz gibi, bir cevap sunmaktan ziyade meselenin üzerinden atlamayı tercih ediyor. Teorik uzlaşmazlığın bir yanılısama olduğunu, hukukçuların ve yargıçların esasında hukukun dayanakları konusunda pekala uzlaştıklarını söylüyorlar. Buna, hukukun dayanakları hakkındaki “yalın olay” görüşü adını veriyorum. Görüşün temel iddialarının başlangıç sadedindeki ifadesi şöyle: Hukuk sadece, meclisler, şehir konseyleri ve mahkemeler gibi hukuki kurumların geçmişte verdikleri kararlarla ilgilidir. Eğer bu türden bir organ işçilerin iş arkadaşlarının verdikleri zarar nedeniyle tazminat talep edebileceğine karar vermişse, işte hukuk budur. Eğer farklı şekilde karar verildiyse, o zaman hukuk odur. Öyleyse hukuki sorulara kurumsal kararların kayıtlarının tutulduğu kitaplara bakarak ce-

vap vermek her zaman mümkündür. Elbette nereye bakacağını ve kararların yazıya geçirildiği esrarengiz söz dağarını nasıl anlayacağını bilmek için özel bir eğitim görmeye ihtiyaç vardır. Sıradan biri böyle bir eğitime ve söz dağarına sahip değildir, fakat hukukçular sahiptir. Dolayısıyla da hukukun, sözgelimi, iş arkadaşının verdiği zarar nedeniyle tazminat talep edilebilmesine izin verip vermediği konusunda geçmişte neye karar verildiğiyle ilgili ampirik bir hata yapılmadığı müddetçe herhangi bir tartışma yaşanması söz konusu olmaz. “Başka bir ifadeyle, hukuk yalın bir olay olarak mevcuttur ve hukukun ne olduğu hiçbir şekilde ne olması gerektiğine dayanmaz. O zaman neden hukukçular ve yargıçlar zaman zaman hukuk hakkında teorik ihtilaf yaşar gibi görünürler? Böyle görünürler çünkü hukukun ne olduğu hakkında teorik açıdan ihtilaf içerisindeymiş gibi göründüklerinde, esasında hukukun ne olması gerektiği hakkında ihtilafa düşmüşlerdir. Yaşadıkları uyuşmazlık gerçekte ahlakilik ve sadakat meseleleri hakkındadır, hukuk hakkında değil.”

Bu görüşün hukuk teorisyenleri arasındaki yaygınlığı, sıradan insanların mahkemeler hakkında düşünürlerken neden hukukun ne olduğundan ziyade hukuka sadakatle ilgilendiklerini açıklamaya yardımcı olur. Eğer büyük bir davada yargıçlar kendi aralarında bölünmüşse, hukuk zaten bilgili olan hukukçular tarafından kolaylıkla halledilebilecek bir yalın olay meselesi olduğundan, yaşanan bu anlaşmazlık bir hukuk sorunu olamayacaktır; dolayısıyla ortada bir bölünme varsa taraflardan biri hukuka itaat etmiyor veya onu görmezden geliyor demektir. Bu itaat etmeyen taraf da kelimenin basit anlamıyla yeni olan kararı destekleyen taraftır. Öyleyse, kamusal tartışmayı celbeden, gözü açık vatandaşın dikkatini çeken şey, sadakat sorunudur. Britanya ve Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bu en yaygın görüş, yargıçların daima, her kararda, hukuku geliştirmekten ziyade ona uymaları gerektiğinde ısrar eder. Yargıçlar eldeki hukuku

beğenmeyebilirler –mesela hukuk, kar fırtınasının olduğu bir Noel gecesinde, dul bir kadının, yaşadığı evden tahliye edilmesini gerektiriyor olabilir– ama yine de onu uygulamalıdır. Bu yaygın görüşe göre, bazı yargıçlar ne yazık ki bu bilgelik dolu sınırlamaya tabi olmak istemezler; bazen çaktırmadan bazen de göstere göstere hukuku kendi amaçları, yahut siyasetleri uyarınca eğip bükler. Bunlar, kötü yargıçlardır; demokrasiyi gasp etmiş ve yıkmışlardır.

Sadakat sorusuna verilen en yaygın cevap olabilir bu, ama kesinlikle yegâne cevap değil. Bazı insanlar aksi yönde düşünüyor; yargıçların mümkün olabildiğince hukuku geliştirmeye çalışmaları gerektiğini, daima tam da ilk cevabın kınadığı şekilde politik olmaları gerektiğini düşünüyorlar. Azınlık görüşüne göre kötü yargıç, hukuku hukuk için uygulayan, sonuçta ortaya çıkan kederi, adaletsizliği veya etkisizliği dikkate almayan katı “mekanik” yargıçtır. İyi yargıç ise, adaleti hukuka tercih eder.

Sıradan vatandaşın “muhafazakâr” görüşü de, “ilerici” görüşü de hukukun yalın bir olay olduğu şeklindeki akademik teze dayanır ama akademik tez bazı açılardan daha sofistikedir. Sıradan vatandaşların çoğu, yargıcın önüne gelebilecek her bir meseleyi çözümleyebilecek bir hukukun kanun kitaplarında mevcut olduğunu varsayar. Yalın olay görüşünün akademik versiyonu bunu reddeder. Bu görüş, somut bir olayda hukukun sessiz kalmış olabileceğini söyler, çünkü geçmişteki kurumsal bir karar meseleye dair şu veya bu yönde herhangi bir şey dile getirmiş değildir. Belki de yetkili kurumlar, işçilerin, iş arkadaşlarının neden olduğu zararlar için ne tazminat alabileceğine ne de alamayacağına karar vermiştir. Başka bir ihtimal: Hukuk sessiz kalmıştır, çünkü ilgili kurumsal karar, sözgelimi, ev sahibinin dul kadına kirasını ödemesi için sadece muğlak bir “makul” süre vermesi gerektiğini söylemekle yetinmiştir. Mezkûr görüşün akademik versiyonuna göre bu durumlarda verilecek herhangi bir kararın

hukuku değiştirmek değil de hayata geçirmek olarak görülmesi mümkün değildir. Öyleyse hukukun sessiz kaldığı durumlarda yargıcın boşlukları doldurmak ve muğlak olduğu durumda onu daha belirgin kılmak suretiyle yeni bir hukuk yaratmak için takdirini kullanmaktan başka bir seçeneği yoktur.

Bu söylenenlerin hiçbiri, hukukun daima tarihsel bir olay olduğu ve asla ahlaka dayanmadığı şeklindeki yalın olay görüşünü biraz daha ılımlı hâle getirmiş olmaz. Bazı durumlarda iyi eğitimli hukukçuların ortada hukuk filan olmadığını keşfedebileceklerini eklemiş olur sadece. Hukukun ne olduğuyla ilgili her bir sorunun, bir kısmı olumsuz cevaplar da olsa, hâlen geçmişe atıf yapan düz bir cevabı vardır. Öyleyse sadakat sorusu, hukuk sorusundan eşit derecede uzak, onarı sorusu [*question of repair*] diyebileceğimiz farklı bir soruyla yer değiştirmiştir. Hukuk olmadığında yargıçlar ne yapmalıdır? Bu yeni siyasi soru, sadakat sorusu hakkındaki ilk başta ortaya çıkan bölünmeye oldukça benzeyen bir görüş farklılığının ortaya çıkmasına imkân tanır. Zira yeni hukuk yaratmaktan başka seçenekleri olmayan yargıçlar, bu iş için farklı arzuları gündeme getirebilir. Boşlukları dikkatli bir şekilde, tartışma konusu meseleyi kuşatan hukukun ruhunu mümkün olduğunca muhafaza ederek mi doldurmalıdırlar? Veya halkın iradesini temsil ettiğine inandıkları sonuca ulaşmaya çalışarak demokratik mi olmalıdırlar? Yahut da kararlarında ortaya çıkacak hukukun mümkün olduğunca adil ve hikmetli olmasına çalışarak bir maceraya mı atılmalılar? Bunların her biri, hukuk okullarındaki sınıflarda ve mesleki organizasyonların yemek sonrasındaki sohbetlerde taraftarları olan oldukça farkı tutumlardır. Mukaddes hukukbilim savaşlarının alın teriyle dokunmuş sancaklarından bahsediyoruz.

Bazı hukukçu biliminsanları, yalın olay görüşünün sofistike versiyonundan oldukça radikal bir sonuç çıkartırlar.⁶ Geçmişteki kurumsal kararların sadece bazen değil her zaman muğlak,

müphem veya eksik olduğunu ve çoğunlukla da çelişik, hatta tutarsız olduğunu söylerler. Ulaştıkları sonuç şudur: Hiçbir zaman herhangi bir konu veya mesele hakkında gerçekten bir hukukun olması mümkün değildir, var olan sadece yargıçların ideolojik yahut sınıfsal tercihleriyle oluşturdukları kararlarına kılıf bulmak için kullandıkları retoriktir. Bu betimlediğim, sıradan vatandaşın hukukun her yerde olduğuna dair inancından kiniğin ortada hukuk filan olmadığına dair alaycı keşfine doğru giden yol, esasında hukuka dair yalın olay görüşünü ve onun sonucu olan, teorik ihtilafın farklı kisveye bürünmüş siyasi bir faaliyet olduğu şeklindeki iddiasını bir kez kabul ettiğimizde doğal bir yönelimdir. Zira hukuk hakkındaki bilgimiz arttıkça, onun hakkındaki önemli hiçbir şeyin tartışmadan uzak olmadığına dair kanaatimiz de artmaktadır.

Ancak yalın olay görüşünün herkes tarafından kabul edilen bir görüş olmadığını da eklemeliyim. Görüşün, sıradan vatandaşlar ile uzmanlığı hukuk felsefesi olan akademik yazarlar arasında yaygın olduğu gerçek. Fakat bu görüş, özenle çalışan hukukçuların ve kendini işine adanmış yargıçların açıklamalarında reddedilir. Hukukun, ağırbaşlı bir tonda ne olduğu sorulduğunda, formel hukukbilimin bir parçası olarak yalın olay resmini onaylayabilirler. Ancak daha korunaksız anlarda size farklı ve daha romantik bir hikâyeye anlatacaklardır. Hukukun, doktrinde aşikâr değil gizli olduğunu, en iyi hâliyle izlenimsel, hatta gizemli bir şekilde özel teknikler kullanılarak teşhis edilebileceğini söylerler. Dediklerine göre, hüküm verme bir bilim değil sanattır; iyi bir yargıç kıyası/analjii hüneri, siyasal bilgeliği ve kendisinin sahip olduğu role dair hissini güzelce karıştırarak sezgisel bir karara boca eder; hukuku açıklayabileceğinden daha iyi “görür”, dolayısıyla yazılı görüşü, dikkatle gerekçelendirilmiş olsa da, asla anlayışını tam olarak yansıtmaz.⁷

Çoğunca, inandıkları şeyin sorumluluktan mütevazı bir şekilde kaçmak olduğunu da eklerler. Hukukun çetin sorularına

verilecek doğru cevaplar yoktur, söz konusu olan sadece farklı cevaplardır; verilen cevaba dair anlayış son kertede sübjektiftir; belli bir yargıca o an için doğru gelen, öyle ya da böyle, doğrudur. Fakat bu tevazu, esasında, ilk başta söyledikleriyle çelişir. Zira yargıçlar şu veya bu yönde karar verdiklerinde, argümanlarının diğer görüşü destekleyen argümanlardan farklı olduğunu değil, daha iyi olduğunu düşünürler; bunu üstünlük taslamadan, özgüvenlerinin daha fazla, sürelerinin daha uzun olmasını arzu ederek yapmış olabilirler, ama yine de inançları bu değildir. Bu ve başka açılardan romantik “hüner” görüşü tatmin edici değildir; hukuki tartışmanın konusu hakkında geliştirilmiş bir teori addetmek için bir yapıya sahip olmaktan oldukça uzak, yaydığı gizemden çok hoşnuttur. Hüner olarak hukuk düşüncesini disipline etmeliyiz ki yargısal içgüdünün yapısının, insanların devlet ve adalet hakkındaki diğer kanaatlerinden nasıl farklı olduğunu görebilelim.

Akademide baskın olan hukuka dair yalın olay görüşünün, bir teori olmaktan ziyade meselenin üzerinden atlama olduğu şeklindeki iddiamın nedenlerini henüz dile getirmedim. Fiili teorik anlaşmazlık örneklerine ihtiyacımız var ve bunları az sonra sunacağım. Fakat eğer haklıysam, feci bir durumdayız demektir. Sıradan vatandaşlar, hukukbilim hocaları, çalışmakta olan avukatlar ve yargıçlar teorik anlaşmazlığın nasıl mümkün olabileceğine ve ne hakkında olduğuna dair iyi bir cevaba sahip değilse, yargıçlarımızın yaptığı şeyi zeki ve yapıcı bir eleştiriye tabi tutmak için uygun bir aracımız da yoktur. Devlet kurumlarından hiçbiri mahkemelerimiz kadar önemli değil ama bu kurumlar arasında yönetilenler tarafından bu kadar yanlış anlaşılmış olan da yok. Pek çok insanın; milletvekillerinin, başbakanların, başkanların veya dışişleri bakanlarının görevlerini nasıl yerine getirmesi gerektiğine dair apaçık fikirleri ve bu devlet erkanının fiilen nasıl davrandıklarına ilişkin de pek çok ayrıntıyı yakalamış

kanaatleri bulunur. Fakat yargıçlar ve hüküm verme hakkındaki yaygın görüşler ne yazık ki boş sloganlardan ibaret. Bunlara, fiilen çalışmakta olan pek çok avukat ve yargıcın kendi yaptıkları şey hakkında yazarken veya konuşurken dile getirdikleri görüşleri de eklemekte beis görmüyorum. Bütün bunlar hayıflanılması gereken bir durum ve esasında ortadaki zararın yalnızca bir parçasını teşkil ediyorlar. Çünkü hukuka sadece kendi bencilce yahut soylu amaçlarımız açısından ilgi duymayız; hukuk aynı zamanda sahip olduğumuz en düzenli ve en göz önündeki toplumsal kurumdur. Eğer hukuki tartışmanın doğasını daha iyi anlarsak, nasıl insanlar olduğumuzu da daha iyi anlayacağız.

BAŞLANGIÇ İTİRAZI

Bu kitap, hukuktaki teorik ihtilaf hakkında. Teorik ihtilafın ne türden bir anlaşmazlık olduğunu anlamayı, sonrasında da hukukun hakiki dayanakları hakkında belirli bir teori inşa etmeyi ve bu teoriyi savunmayı amaçlıyor. Fakat meselenin elbette hukuk hakkındaki tartışmalardan ziyade hukuk pratiğine bakan yönü de var ve kitap, hukuk teorisinin de çalıştığı bu alanın büyük bir kısmını görmezden geliyor. Sözelimi, burada olaya dair sorunlarla ilgili pek az şey bulacaksınız. Yargıçların, bir işçinin, iş arkadaşının ayağına düşürdüğü İngiliz anahtarının verdiği zarar nedeniyle tazminata hakkı olup olmadığına nasıl karar verdiği önemlidir, ama yargıcın veya jürinin, işçinin (işverenin iddia ettiği gibi) İngiliz anahtarını kendisinin düşürüp düşürmediğine nasıl karar verdikleri de önemlidir. Ben burada, misal, yargıçların, diğer yargıçların oylarını kazanabilmek için hukuku düşündüklerinden farklı bir şekilde ifade etmek suretiyle taviz vermeyi kabul etmelerinde olduğu gibi, hüküm vermenin gündelik siyasetini de tartışmıyorum. Hukukla ilgileniyorum, yargıçların onun ne olduğuna dair ifadelerini eğip bükmelerinin nedenleriyle değil. Projem bir başka açıdan da sınırlıdır. Projem şekli hü-

küm vermeyi, kara cübbeleri içindeki yargıçları merkeze alıyor, ama bunlar hukuk sahnesinin yegâne hatta en önemli aktörleri değil. Hukuk pratiğinin daha kâmil bir incelemesi meclis üyelerini, kolluk görevlilerini, bölge savcılarını, sosyal hizmet görevlilerini, okulların mütevelli heyeti başkanlarını, pek çok farklı işi yapan diğer resmi görevlileri ve bankacılar, yöneticiler, sendika yetkilileri gibi kamu görevlisi olmamakla birlikte verdikleri kararlarla diğer vatandaşların hukuki haklarını etkileyen insanları da içermelidir.

Bazı eleştirmenler, projemizin bu açılardan sadece kısmi [*partial*] olduğunu değil ama yanlış da olduğunu, hukukçuların hukukun ne olduğu hakkındaki doktrinel argümanlarına özel bir dikkat gösterdiğimiz takdirde hukuki süreci yanlış anlayacağımızı söylemeye can atıyor olabilirler. Bu argümanların, hukukun, ideolojik güç ve bu gücün göstergesi olma şeklindeki önemli toplumsal işlevini perdelediğini –hatta perdelemeyi amaçladığını– da söyleyebilirler. Bu eleştirmenler, hukukun toplumsal bir olgu olarak düzgün bir şekilde anlaşılabilmesi için, hukuki tartışmanın tastamam nitelenmesi hakkındaki hukukbilimsel bulmacaya önem vermeyen daha bilimsel veya sosyolojik, yahut da tarihsel bir yaklaşıma ihtiyaç olduğunu söylerler. Onlara göre oldukça farklı sorunların peşine düşmeliyiz: Yargıçlar sınıf bilincinden ve ekonomik koşullardan ne ölçüde ve ne şekilde etkilenirler? On dokuzuncu yüzyıl Amerika’sındaki yargı kararları kapitalizmin ayrıksı Amerikan versiyonunun şekillenmesinde önemli bir rol oynamış mıdır? Ya da bu kararlar değişimleri ve çatışmaları yaratmamakta veya çözmekte, sadece yansıtmakta mıdır? Eleştirmenlerimiz bizi uyarıyor: Eğer antropologların antik ve ilkel kültürlerdeki teolojik tartışmalara saplanıp kaldıkları gibi biz de hukuk önermelerinin tartışmalı olup olmadıkları, yahut neden tartışmalı oldukları hakkındaki felsefi argümanlara dalacak olursak, yukarıdaki ciddi sorulardan sapmış oluruz.

Bu itirazı kendi silahlarıyla çürütebiliriz. Sözgelimi, bu itiraz, toplumsal realizmi öne sürüyor, hâlbuki tavsiye ettiği teori türü, onu veremez bize. Hukuk elbette toplumsal bir olgu. Fakat karmaşıklığı, işlevi ve sonucu tümüyle yapısının özel bir niteliğine dayanıyor. Hukuk pratiği, diğer toplumsal olgulardan farklı olarak, *argümantatiftir*. Pratiğin içerisindeki her aktör, hukukun izin verdiği veya gerektirdiği şeyin sadece pratik vasıtasıyla ve pratik içerisinde anlam kazanan belli önermelerin doğruluğuna dayandığını bilir; pratik ise büyük oranda bu önermelerin ortaya koyulmasından ve önermeler hakkında tartışmaktan ibarettir. Hukuka sahip insanlar, hukukun neye izin verdiği ve neyi yasakladığı konusunda iddialarda bulunur ve bu iddialar hakkında tartışırlar. Böyle bir tartışma hukuk olmaksızın mümkün değildir —çünkü anlamsızdır. Bu insanların hukuklarının, onlar hakkında gösterdiği şeyin kaydadeğer bir kısmını söz konusu iddiaları nasıl temellendirdiklerini ve savduklarını ele almadan keşfetmek mümkün değildir. Hukuk pratiğinin bu hayati önemi haiz argümantatif yönü iki farklı şekilde veya iki farklı bakış açısıyla incelenebilir. Bunlardan biri, sosyoloğun yahut tarihçinin bakış açısıdır. Hukuki tartışmanın belli örüntülerinin neden şu değil de bu dönem veya koşulda ortaya çıktığını sorar. Diğer ise bu iddiaları dile getirenlerin dahili bakış açısıdır. Tümünden tarihi bir yönelime sahip değildirler ama yine de yeri geldiğinde tarihin önemli olduğunu düşünebilirler; bakış açısı, tam da cevap verdiğimiz itirazın küçümsediği gibi, pratiktir. İstedikleri, ortaya koyacakları hukuki iddiaların tahmin edilmesi değil, bunlardan hangisinin neden sağlam olduğunu öğrenmektir; tarihin ve ekonominin bilinç hâllerini nasıl şekillendirdiği hakkında teoriler değil, hukukun neyi yapmayı veya neye sahip olmayı gerektirdiği hakkındaki tartışmada bu disiplinlerin yerinin ne olduğunu söyleyen teoriler peşindedirler.

Hukuka dair harici ve dahili bakış açılarının her ikisi de aslidir [*essential*] ve her ikisi de birbirini kapsamalı yahut dikkate alınmalıdır. Katılımcının bakış açısı, hukuki iddia tarihsel bir olaya dayandığında, tarihçinin bakış açısını kucaklar: Irk ayrımcılığının hukuka aykırı olup olmadığı sorusu, sözgelimi, ya Anayasa'yı kaleme alanların ya da okulları ırklara göre ayıranların saiklerinin ne olduğu meselesine dönüştüğünde böyle bir durum söz konusudur.⁸ Tarihçinin bakış açısı katılımcının bakış açısını daha geniş bir şekilde içerir, çünkü tarihçi, katılımcının anlayışına sahip olmadıkça, bu pratik içerisinde neyin iyi neyin kötü argüman kabul edileceğine dair kendine ait bir düşünceye sahip olmadıkça, hukuku argümantatif bir toplumsal pratik olarak anlaması mümkün değildir, hatta hukukun aldatıcı olduğunu söyleyebilmesi için bile buna ihtiyacı vardır. Toplumsal bir hukuk teorisine ihtiyacımız var, fakat tam da bu nedenle teorinin hukukbilimsel olması gerekiyor. Dolayısıyla, tarihe ve topluma ait daha geniş sorular var, diyerek hukuki tartışmanın yapısını görmezden gelen teoriler yanlış yoldalar. Hukuki tartışmanın dahili niteliği hakkındaki soruları görmezden geliyor, böyle olunca da, ister Hegel'in isterse Skinner'in diliyle yazılmış olsun, rakamsız matematik tarihi gibi kısır ve nakıs kalıyorlar. Bu türden bir "harici" hukuk teorisi lehine en etkili savunuda bulunan, sanırım, Oliver Wendell Holmes idi;⁹ yüzyılımızın sosyal-teorici hukukbiliminin kasvetli tarihi, Holmes'ün yanıldığını söyleyerek bizleri uyarıyor. Hâlâ bir ışık için bekliyoruz ve biz bekledikçe teoriler gittikçe daha çok programa dayanıyorken içeriğe daha az önem veriyor, teorik açıdan daha radikal oluyor ve pratikte daha az eleştirel oluyor.

Elinizdeki kitap dahili bakış açısını, yani katılımcının bakış açısını benimsiyor; hukuk pratiğinin argümantatif niteliğini, bu pratiğe katılarak ve katılımcıların karşılaştığı sağlamlık ve doğruluk sorunlarıyla başa çıkmaya çalışarak kavramaya çalışıyor.

Formel hukuki tartışmayı yargıcın bakış açısından inceleyeceğiz. Bunun nedeni sadece yargıçların önemli olması veya onlar hakkındaki her şeyi ne söylediklerine bakarak anlamamız değil. Yargıcın bakış açısından inceleyeceğiz, çünkü hukuk hakkındaki yargısal tartışma hukuk pratiğinin merkezi, önermelerden oluşan yönünü keşfetmek için kullanışlı bir paradigma oluşturuyor. Vatandaşlar, politikacılar ve hukuk öğreticileri de hukukun ne olduğu hakkında kaygı duyar ve tartışma yürütürler. Yargıçlarınkini değil de onların argümanlarını paradigmalarımız olarak alabilirdim. Ama yargısal tartışmanın yapısı tipik olarak daha belirgindir ve yargısal muhakeme hukuk söyleminin diğer formları üzerinde, tümüyle karşılıklı olmayan daha büyük bir etkiye sahiptir.

GERÇEK DÜNYA

Bu giriş mahiyetindeki göz korkutucu soyutlamalardan kurtulmamız gerekiyor. Yalın olay tezinin hukuk pratiğini nasıl çarpıttığını, Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Britanya'da yargıçların karara bağladığı bazı yaşanmış davaları betimleyerek göstermeye çalışacağım. Davaların hepsi, en azından hukuk öğrencileri arasında meşhur davalar ve hâlen derslerde tartışılmaya devam ediyorlar. Bunları seçerek burada bir araya getirmemin çeşitli nedenleri var. Hukuk eğitimi almamış olan okuyucular için bazı teknik hukuk terimleri sunmuş oluyorlar. Daha sonraki bölümlere ait pek çok argümana ve tartışmaya ait geniş örnekler veriyorlar. Aynı zamanda, daha geniş bir anlamda, hukuki tartışmanın fiili havasına ve dokusuna dair bir fikir vermelerini umuyorum. Bu son neden, en önemlisiydi, zira argümanlarım en nihayetinde okuyucunun mahkemede ne olduğuna ve olabileceğine dair edindiği fikir tarafından rehin alınmış durumda.

Elmer Davası

Elmer, 1882’de New York’ta büyükbabasını –zehirleyerek– öldürür.¹⁰ Büyükbabasının, sahip olduğu gayrimenkullerin büyük bir kısmını kendisine bırakacağını bilmektedir, ancak büyükbabasının kısa süre önce evlenmesinin ardından vasiyetnamesinde değişiklik yapacağından ve kendisine hiçbir şey bırakmayacağından korkmuştur. Suçu Elmer’in işlediği tespit edilmiştir. Elmer mahkûm olur ve süreli hapis cezası alır. Soru şu: Elmer, büyükbabasının son vasiyetnamesinde yer alan mirası almaya hukuken hak kazanmış mıdır? Vasiyetnamedeki ikincil hak sahipleri, yani Elmer büyükbabadan önce öldüğü takdirde miras hakkına sahip olacak olanlar, büyükbabanın kızlarıdır. İsimleri raporlarda belirtilmediği için onlara Goneril ve Regan diyelim. Kızlar, vasiyetnamenin idarecisine karşı dava açtılar ve mirasın Elmer’a değil kendilerine verilmesini istediler. Elmer murisi, yani babalarını öldürmüş olduğu için, hukukun ona hiçbir hak vermediğini iddia ediyorlardı.

Vasiyetnamelerle ilgili hukuk, büyük oranda, çoğunca vasiyetname yasaları adı verilen özel yasalarla kurulmuştur ve bir vasiyetnamenin hukuken geçerli kabul edilebilmesi için sahip olması gereken şekil şartlarını belirtir: Vasiyetnameyi kaç ve hangi özelliklere sahip şahit imzalamalıdır, vasiyetnameyi hazırlayanın akıl sağlığı ne durumda olmalıdır, hazırlanmış olan geçerli bir vasiyetname nasıl feshedilebilir veya değiştirilebilir, vb. New York vasiyetname yasaları, o dönem pek çok eyalette olduğu gibi, vasiyetnamede mirasçı olarak adı geçen birinin vasiyetname sahibini öldürmesi durumunda miras hakkına sahip olup olamayacağına dair herhangi bir şeyi açıkça söylemiyordu. Elmer’ın avukatı, vasiyetname yasasının açık hükümlerinden hiçbirini ihlal etmediği ve Elmer da geçerli olan bu vasiyetnamede mirasçı olarak zikredildiği için Elmer’ın miras hakkına sahip olması gerektiğini iddia etti. Avukata göre, mahkeme Goneril ile

Regan'ın lehine karar verirse, bu, vasiyetnameyi değiştirmek ve yerine, hukuk hakkındaki kendi ahlaki kanaatlerini koymak anlamına gelecekti. New York'un en yüksek mahkemesinin yargıçlarının hepsi de, kararlarının hukukla uyumlu olması gerektiğini düşünüyörlardı. Eğer layıkıyla yorumlandıklarında vasiyetname yasaları, miras hakkını Elmer'a veriyorsa, vasiyetnamenin idarecisine, terekeden Elmer'ın payına düşen kısmı ona vermesine hükmedeceklerdi. Davada neyin doğru sonucu oluşturduğu konusunda ihtilafa düştüler ama bu anlaşmazlık –yazdıkları görüşlerden anlaşıldığı kadarıyla– hukukun fiilen ne olduğu, yasanın layıkıyla yorumlandığında neyi gerektirdiğı hakkında idi.

Nasıl oluyor da insanlar bir yasanın metni önlerinde dururken onun fiilen ne anlama geldiğı, metnin hangi hukuku teşkil ettiğı hususunda anlaşmazlık yaşayabiliyor? “Yasa” [*statute*] kelimesinin iki anlamı arasında ayırım yapmamız gerekiyor. Kelime belli bir türdeki fiziksel bir varlığı, üzerine kelimelerin yazılı olduğu, kongre veya Parlamento üyelerinin yürürlüğe koymak üzere oylamak için önlerinde duran bir dokümanı betimliyor olabilir. Fakat aynı zamanda bu dokümanı yürürlüğe koymak suretiyle yaratılmış olan hukuku betimlemek üzere de kullanılıyor olabilir, ki bu biraz daha karmaşık bir meseledir. Ağızdan çıkmış yahut yazılı bir dizi kelime olarak algılanan bir şiir ile belli bir metafiziksel teorinin yahut bakış açısının ifadesi olarak algılanan bir şiir arasındaki farkı düşünün. Edebiyat eleştirmenleri “Sailing to Byzantium” [*Bizans'a Yolculuk*] şiirinin bunlardan ilki çerçevesinde ne olduğu konusunda uzlaşacaklardır. W. B. Yeats tarafından tam da bu şiir olmak üzere tasarlanmış bir dizi kelime olduğunda ittifak ederler. Fakat şiirin ikinci anlamda ne olduğu, şiirin gerçekte ne söylediğı veya ne anlama geldiğı konusunda anlaşamazlar. “Gerçek” şiiri, yani ikinci anlamdaki şiiri metinden, yani birinci anlamdaki şiirden yola çıkarak nasıl inşa edecekleri konusunda ihtilafa düşerler.

Önlerinde bir yasa bulunan yargıçlar da, şiir hakkındaki ihtilafa çok benzer şekilde, “gerçek” yasayı –yasanın çeşitli insanların hukuki haklarında nasıl bir farklılık yarattığına dair ifadeyi– inşa etme ihtiyacı duyarlar. Nasıl ki edebiyat eleştirmenleri metnin ardındaki şiiri inşa edebilmek için işleyen bir teoriye, veya en azından bir yorum tarzına ihtiyaç duyuyorlarsa, yargıçlar da aynısını yapabilmek için yasama teorisine benzer bir şeye ihtiyaç duyarlar. Bir kanun kitabındaki kelimeler semantik kusura sahip olduğunda, sözgelimi müphem veya muğlak olduğunda, bu açıkça görülebilir. Fakat bir yasama teorisi, bu kelimeler dil açısından mükemmel olduğu durumlarda da gereklidir. Elmer davasındaki vasiyetname yasasının kelimeleri ne müphem ne de muğlaktı. Yargıçlar bu kelimelerin Elmer, Goneril ve Regan’ın hukuki haklarına etkisi konusunda anlaşamamışlardı, çünkü gerçek yasayı bu davanın özel koşulları çerçevesinde nasıl inşa edecekleri hakkında uzlaşamamışlardı.

Yargıç Gray, yazdığı azınlık görüşünde, o zamanlar şimdikiinden daha popüler olan bir yasama teorisini savunmuştu. Bu teori bazen “lafzi” [*literal*] yorum teorisi olarak isimlendirilir, ne var ki bu çok da aydınlatıcı bir isimlendirme değil. Teoriye göre bir yasada verili olan kelimelere –‘lafzi’den daha iyi bir isimlendirme ile– bağlamsal olmayan anlamları, yani bu kelimelerin kullanılma bağlamı veya yazarının kastı hakkında özel bir bilgimiz olmasaydı atfedeceğimiz anlam verilmelidir. Bu yorum yöntemi bağlama dayanmayan ve ifadeye yansımamış kısıtlamaların genel dile uygulanamamasını gerektirir, dolayısıyla da Yargıç Gray gerçek yasanın, düzgün bir şekilde inşa edildiğinde, katiller için herhangi bir istisna içermediğinde ısrar etmişti. Böylece Elmer lehine oy kullandı.

Bu görüşü bugün okuyan hukuk öğrencileri, yasanın bir metinden bu şekilde inşa edilmesine küçümseyerek bakarlar; bunun mekanik hukukbilimin bir örneği olduğunu söylerler. Fakat

Yargıç Gray'in argümanında mekanik bir şey yoktu. Yasanın, en azından vasiyetname yasası söz konusu olduğunda, bu şekilde inşa edilmesiyle ilgili olarak (bir kısmını Yargıç Gray'in de söylediği) pek çok şey söylenebilir. Vasiyetname sahipleri, kendileri yeni şeyler söylemek için çoktan ölmüş olduktan sonra vasiyetnamelerinin nasıl ele alınacağını bilmelidirler. Elmer'in büyükbabası, Elmer'in kendisini zehirlediğini bilseydi belki de söz konusu gayrimenkulleri Goneril ile Regan'a vermeyi tercih edecekti. Ama belki de etmeyecekti: Ölümü onun elinden bile olmuş olsa, Elmer'in, cömertliğinin muhatabı olarak kızlarından daha iyi bir hedef olmaya devam ettiğini de düşünebilirdi. Yargıçların, uzun vadede, vasiyetname sahiplerine vasiyetnamelerinin lafzi denen şekilde yorumlanacağına dair güvence vermesi belki de daha akıllıca olacaktır; böylece vasiyetname sahipleri arzularının, tuhaf da olsalar, saygı göreceğinden emin olarak her ne istiyorlarsa o yönde düzenleme yapabileceklerdir. Üstelik, eğer Elmer miras hakkından sırf cinayet işledi diye mahrum bırakılacak olursa, bu, işlediği suçtan dolayı aldığı hapis cezasına ilave ikinci bir ceza olacaktır. Belli bir suçun cezasının eylemden önce yasama tarafından belirlenmiş olması ve suçun işlenmesinden sonra yargıçların cezayı artıramaması önemli bir adalet ilkesidir. Bütün bunlar (ve daha fazlası) Yargıç Gray'in vasiyetname yasasını nasıl anlamlandırmak gerektiği hakkındaki teorisi lehine söylenebilecek şeyler.

Buna karşın Yargıç Earl, çoğunluk adına görüş kaleme alırken, meclis üyelerinin *niyetlerinin* gerçek yasa üzerinde önemli ölçüde etkili olduğunu kabul eden oldukça farklı bir yasama teorisi kullandı. "Bilindik bir inşa/yorum [*construction*] kaidesine göre," dedi Earl, "yasayı yapanların niyetlediği şey, sanki lafzındaymışçasına yasanın içerisindedir; ve yasanın lafzındaki bir şey, yasayı yapanların niyetinde bulunmadıkça, yasanın içerisinde değildir."¹¹ (Earl'ün, yasanın "lafzı" dediği metin ile "yasa"-

nın kendisi olarak zikrettiği gerçek yasa arasında yaptığı ayrıma dikkat edin.) Earl, yasayı çıkararak New Yorklu meclis üyelerinin, ilk başta katillerin mirastan faydalanmasını istemiş olduğunu ve bu nedenle de çıkardıkları gerçek yasanın aynı sonuca sahip olmadığını düşünmenin saçma olacağını düşünür.

Yargıç Earl'ün yasaların inşa edilmesinde niyetin oynaması gereken role dair söylediklerini aktarırken temkinli olmamız gerekiyor. Bir yasanın, meclis üyelerinin zihninde olmayan bir sonucu olamayacağını kastetmemiştir. Genel bir kural olarak açıkça çok sert olurdu bu. Zira lehine oy verdikleri yasanın bütün sonuçlarının meclis üyelerinin zihinlerinde bulunuyor olması düşünülemez. New Yorklu meclis üyeleri, insanların bir gün bilgisayarlarını miras bırakabileceklerini uzun uzadıya düşünmüş olamazlar ama yasanın bu tip durumları kapsamadığı sonucuna varmak çok saçma olurdu. Earl'ün tek söylediği şu da değil: Yasa, meclis üyelerinin içermemesini istedikleri hiçbir şeyi içermeyebilir. Gerçi bu daha kabul edilebilir duruyor ama yine Elmer davasında kullanılmak için hâlâ çok zayıf. Çünkü New Yorklu meclis üyeleri, katillerin miras hakkıyla ilgili durumu düşünmüş gibi durmuyorlar. Katillerin miras hakkına sahip olmasını istemediler ama bunun tersini de istemediler. Her iki yönde de etkin bir niyetleri bulunmuyor. Earl, çok sert ve çok zayıf iki ilke arasındaki orta yol diyebileceğimiz bir ilkeye dayanmaya çalışmıştı: Yasa, meclis üyeleri üzerinde düşünüp taşınmış olsalardı reddedecekleri bir sonuca sahip olamaz.¹²

Yargıç Earl'ün tek dayanağı yasama niyeti hakkındaki ilkesi değildi; savunduğu yasama teorisi başka bir ilkeyi daha içeriyordu. Yasalar metinlerden yola çıkılarak inşa edilirken hem tarihsel olarak izole edilmiş olmamalıydı, hem de hukukun genel ilkeleri dediği şeyin arkaplanına uygun olmalıydı. İki neden sundu. İlk neden şu: Meclis üyelerinin, aksini açıkça belirtmedikleri sürece, geleneksel adalet ilkelerine riayet etmeye yönelik genel ve

yaygın bir niyetleri olduğunu varsaymak makuldür. İkinci neden ise, bir yasanın daha geniş bir entelektüel sistemin, bir bütün olarak hukukun parçası olması hasebiyle, bu daha geniş sistemi ilkesel olarak tutarlı kılmak üzere inşa edilmesi gerekliliğidir. Earl, bu yasanın etrafındaki hukukun, kimsenin kendi kusurundan menfaat elde edemeyeceği ilkesine riayet ettiğini, vasiyetname yasının da miras hakkından faydalanmak için cinayet işleyen kişinin mirastan faydalanma hakkını reddedecek tarzda okunması gerektiğini iddia etti.

Yargıç Earl'ün görüşleri baskın çıktı. Kendisi dışında dört yargıcı tarafına çekti; Yargıç Gray ise sadece bir taraftar bulabilmişti. Sonuç olarak Elmer, mirası elde edemedi. Bu davayı, takip eden tartışmadaki pek çok farklı noktayı aydınlatmak için kullanıyorum ama bunların en önemlisi şu: Elmer hakkındaki tartışma, yargıçların hukuka riayet mi etmeleri gerektiği, yoksa onu adalet adına düzeltmeleri mi gerektiği hakkında değildir. En azından betimlediğim görüşler ilk bakışta öyle görünmüyor ve (daha sonra tartışacağım gibi) onları farklı bir şekilde görmek için yeterli gerekçemiz yok. Tartışma, hukukun ne olduğu, meclis üyelerinin çıkardığı gerçek yasanın gerçekte ne söylediği hakkındaydı.

The Snail Darter Davası*

Şimdi çok daha yakın tarihli bir davayı, ama daha kısa bir şekilde anlatacağım. Aynı türden bir tartışmanın yargıçların zihinlerini işgal etmeye devam ettiğini göstermek istiyorum.¹³ 1973'te, türlerin korunmasıyla ilgili olarak ülke çapında ciddi kaygının olduğu bir dönemde, Amerika Birleşik Devletleri Kongresi, Tehlike Altındaki Türler Yasası'nı çıkardı. Kanun, içişleri bakanlığı-

* *Percina tanasi*: İngilizcede –orijinal metinde– “snail darter” olarak geçen bir tür tatlısu levreğinin Latince ismi. Bu türün Türkçe bir karşılığı yok, çünkü sadece Doğu Tennessee'ye özgü bir tür. —*çn*

na, yaşamlarını devam ettirmeleri için hayati önemi haiz olduğu değerlendirilen, doğal çevrenin tahrip edilmesi nedeniyle tehlikeye altında olduğunu düşündüğü türleri belirleme yetkisi veriyor ve devletin bütün kurumlarının “yetkilendirdiği, fonladığı veya yürüttüğü faaliyetlerin tehlike altındaki bu türlerin süregiden varlığını tehlikeye atmamasını güvence altına alan önlemleri” almasını gerektiriyordu.¹⁴

Tennessee merkezli, korumacılardan oluşan bir grup, Tennessee Vadisi Yönetimi'nin (TVY) baraj inşaatı projelerine karşı çıkıyordu. Grubun projeye karşı gerekçesi, herhangi bir türe yönelik bir tehlike değildi. Gruba göre bu projeler, serbest akan suyu hidroelektrik güçte gereksiz (veya korumacılar gereksiz olduğuna inanıyordu) bir artış sağlayabilmek için daha dar, çirkin suyollarında toplayacak ve bölgenin coğrafyasını değiştirecekti. Koruma yanlıları, yüz milyon dolardan fazla paraya mâl olmuş, neredeyse tamamlanmış bir TVY barajının, üç inçlik, özel bir güzelliği, biyolojik bir katkısı veya genel ekolojik önemi olmayan *percina tanasi* balığının yegâne doğal çevresini ortadan kaldırdığını keşfettiler. Bakanlığın, *percina tanasi*'yi tehlike altındaki tür olarak tescil etmeye ikna ettiler ve barajın tamamlanarak kullanılmasını engellemeyi başardılar.

TVY, yasanın, bakanlığın kararını verdiği an itibariyle büyük oranda tamamlanmış herhangi bir projenin bitirilmesini veya işletilmesini engelleyecek tarzda yorumlanmaması gerektiğini söyledi. Yasada yer alan “yetkilendirdiği, fonladığı veya yürüttüğü faaliyetler” ifadesinin, daha önce başlamış ve tamamlanma aşamasındaki projelere değil, başlangıç aşamasındaki projelere atıf yapar şekilde alınması gerektiğini savundu. İddiasını, Kongre'nin, bakanlığın barajın tamamlanmasının *percina tanasi*'yi ortadan kaldıracağını belirttiği kararından sonra verdiği kararlara işaret ederek destekledi. İddiaya göre, bu kararlar bakanlığın kararına rağmen barajın tamamlanmasını istiyordu. Kongre,

bakanlığın tehlike altındaki tür tespitinden sonra projeye devam edilmesi için özel olarak bazı fonları serbest bırakmış, Kongre’de oluşturulmuş pek çok komitede hassaten ve defalarca bakanlıkla aynı görüşte olunmadığı, yasanın TVY tarafından yapılan yorumunun kabul edildiği ve projenin devam etmesinin istendiği dile getirilmişti.

Ne var ki Yüksek Mahkeme, kamu fonlarının boşa gitmesi anlamına gelse bile, projenin sonlandırılması gerektiğine karar verdi. (Kongre daha sonra, bir inceleme kurulunun bulgularına dayanarak kanundan muafiyete ilişkin genel bir prosedürü ihdas eden yeni bir yasa kabul etti.)¹⁵ Başyargıç Warren Burger, yargıçların çoğunluğu adına bir görüş kaleme aldı. Elmer davasındaki Yargıç Gray’in görüşünü hatırlatan kelimelerle şöyle dedi: Metin açık olduğunda, Mahkeme’nin, sırf sonuçlarının aptalca olacağını düşünerek onu uygulamayı reddetme hakkı yoktur. Ne var ki devir değişmişti ve başyargıcın görüşü bir açıdan Yargıç Gray’in görüşünden oldukça farklıydı. Burger, Kongre’ye ait niyetin Kongre’nin yaptığı yasa açısından dikkate alınması gerektiğini kabul etti. Fakat Earl’ün hangi kongre niyetinin esas alınacağına *dair* ilkesini kabul etmedi. Earl’ün analizinde belirleyici yeri olan koşullu sınamayı dikkate almak istemedi. “Bu davadaki özgün olaylar daha önce ortaya çıkmış olsaydı Kongre’nin düşüncesini değiştirip değiştirmeyeceği üzerine spekülasyon yapmak da, buna dayanarak eylemde bulunmak da,” dedi, “bizim işimiz değil.”¹⁶

Bunun yerine, Earl’ün görüşünü tartışırken, yargıçların yasa inşaa ederken meclis üyelerinin niyetlerine riayet etmesi gerektiği düşüncesinin aşırı zayıf versiyonu, dediği görüşü benimsedi. Bu versiyon şu anlama gelir: Eğer metindeki kelimelerin bağlamsal olmayan anlamı açıksa –eğer “yürütmek” kelimesi normalde hem devam eden hem de başlangıç aşamasındaki projeyi kapsıyorsa– artık Mahkeme bu kelimelere,

yasamanın esasında aksi sonucu kastettiği gösterilmedikçe, söz konusu anlamı atfedecektir. Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın çıkmasıyla sonuçlanan yasama tarihçesinin bu sonucu vermediğini söyledi. Çünkü Kongre, tehlike altındaki türlere, diğer toplumsal amaçların büyük ölçüde bir kenara bırakılmasına bile neden olsa, yüksek düzeyde koruma sağlamayı açıkça istemişti. Meclis üyelerinin, genel bir amacı izleyerek, *percina tanasi*'yi boşa giden bir barajın muazzam maliyetine rağmen korumak istemiş olmaları, muhtemel değilse bile, kesinlikle mümkündür. Burger, Kongre'de sonradan hazırlanan komite raporları ile baraj inşaatının devam etmesi için fonların serbest bırakılmasına dair verilen kararlardan müteşekkil kanıtları reddetti; bu kanıtlar bazı türler için barajın feda edilmemesine dair fiili bir niyeti işaret ediyor görülebilirdi. Baraj lehine beyanda bulunan komite üyeleri ile ilk başta barajı finansal olarak destekleyen komite üyelerinin aynı olmadığını ve kongre üyelerinin, çoğunca, harcama önerilerinin eski kongre kararları uyarınca hukuki olup olmadığını tümüyle dikkate almadan oy kullandıklarını söyledi.

Yargıç Lewis Powell kendisi ve bir başka yargıç adına bir karşıoy yazısı kaleme aldı. Çoğunluk kararının, Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın metninden saçma bir gerçek yasa inşa ettiğini söyledi. "Kamu menfaatine ne kadar zarar veriyor olursa olsun Yasama Organı'nın siyasasını [*policy*] ya da siyasal yargılarını tashih etmek," dedi, "bizim yetki alanımızda değildir. Fakat yasama tarihçesi, bu olayda olduğu gibi, böyle bir sonuca ulaşmak için yorumlanmaya ihtiyaç duymadığında, bir nebze sağduyuya ve kamu refahına uygun bir kararı vermenin Mahkeme'ye ait bir yükümlülük olduğunu düşünüyorum."¹⁷ Ne ki bu da bir başka yasama teorisini, yasama organının niyetlerinin metnin ardındaki yasayı nasıl etkilediğine dair bir teoriyi ifade eder ve bu da Burger'ın teorisinden oldukça farklıdır. Burger,

metnin bağlamsal olmayan anlamının hayata geçirilmesi gerektiğini, mahkeme Kongre'nin gerçekten aksini kastettiğine dair güçlü bir kanıt bulmadıkça, bağlamsal olmayan anlamın ne kadar tuhaf yahut saçma sonuçlara sahip olduğunun önemli olmadığını söylemişti. Powell ise mahkemelerin, saçma bir sonucu ancak bu sonucun kastedildiğine dair çok güçlü bir kanıt bulabildikleri takdirde kabul edebileceğini söylüyordu. Burger'ın teorisi, meclis üyelerinin niyetlerine de yer veren daha az katı bir formu olsa da, Gray'in teorisidir. Powell'ın teorisi ise, bu davada hukukun başka bir yerinde bulunan adalet ilkeleri yerine sağduyuyu koyuyorsa da, Earl'ün teorisine benzer.

Bir kez daha, eğer bu iki yargıcın görüşlerini gördükleri şekliyle ele alırsak, olaylara ilişkin tarihi bir mesele hakkında anlaşmazlığa düşmediklerini görürüz. Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın çıkarılmasına katılmış Kongre üyelerinin aklındakiyle ilgili bir ihtilaf söz konusu değil. İki yargıç da, Kongre üyelerinin çoğunluğunun, kanunun neredeyse tamamlanmış pahalı bir baraj projesinin durdurulması için kullanılabileceğini düşünmemiş olduğunu varsayıyordu. Uyuşmazlık konusu sadakatle ilgili bir mesele değil. Her ikisi de Mahkeme'nin hukuka uyması gerektiğini düşünüyordu. Ama hukuki bir mesele hakkında ihtilafa düştüler; yargıçların, Kongre üyelerinin her iki yargıcın da bu durumda sahip olduklarını düşündüğü türden inançları ve niyetleri varken, Kongre'nin çıkardığı belli bir metnin yarattığı hukukun ne olduğuna nasıl karar vermeleri gerektiği konusunda anlaşamadılar.

McLoughlin

Gerek Elmer'ın davası gerekse *percina tanasi* davası bir yasa çerçevesinde ortaya çıkmıştı. Her iki davadaki karar da belli bir yasal metinden gerçek bir yasanın en iyi inşasına dayanı-

yordu. Ne var ki pek çok davada, davacı herhangi bir yasaya değil mahkemelerin daha önceden verdikleri kararlara dayanır. Davacı, yargıcın, daha önceki davalarda koyulmuş, kendisi lehine hüküm verilmesini gerektiren kurallara uymasını talep eder. *McLoughlin*, böyle bir davaydı.¹⁸

Bayan McLoughlin'in kocası ve dört çocuğu İngiltere'de, 19 Ekim 1973'te, saat 16 sularında bir otomobil kazasında yaralanmıştı. McLoughlin kazayı evinde, saat 18 civarında, komşusundan haber aldı ve hemen hastaneye gitti. Kızının öldüğünü öğrendi ve kocası ile diğer çocuğunun durumlarının ciddi olduğunu görerek sinir krizi geçirdi. Daha sonra ise kusuruyla kazaya neden olan davalı sürücüye ve kazaya farklı şekillerde karışan diğer taraflara karşı manevi zararının tazmini talebiyle dava açtı. Avukatı, yakınlarının ciddi yaralanmalarına şahit olanların uğradığı manevi zararlar nedeniyle İngiliz mahkemelerinin hükmettiği tazminatlara ilişkin pek çok eski karara dayandı. Fakat bütün bu davalarda davacılar ya kazaya doğrudan şahit olmuşlardı ya da kaza yerine dakikalar içerisinde ulaşmışlardı. Sözgelimi 1972 tarihli bir davada, bir kadın manevi zarar nedeniyle tazminata hak kazanmıştı; kocasının uğradığı ölümcül kazanın ardından hemen onun cesediyle karşı karşıya kalmıştı.¹⁹ 1967'de ise bir tren kazasının mağdurlarından hiçbirisiyle herhangi bir yakınlığı olmayan bir kişi, saatlerce mağdurları kurtarmaya çalışmış ve sonrasında psikolojik zarar görmüştü. O da tazminat almaya hak kazanmıştı.²⁰ Bayan McLoughlin'in avukatı bu davalara emsal kararlar olarak dayandı. Bu kararların, McLoughlin'in durumundaki kişilere tazminat alma hakkı veren hukukun bir parçasını oluşturduğunu söylüyordu.

İngiliz ve Amerikan hukukçuları emsal karar doktrininden bahsederler; bununla kastettikleri şudur: Yeni davalara yeterince benzeyen eski davalarda verilen kararlar, yeni davalarda tekrarlanmalıdır. Bununla birlikte katı ve esnek emsal doktrini diye-

bileceğimiz bir ayrıma da sahiptirler. Katı doktrin, yargıçları, yanlış olduklarına inansalar bile, bazı mahkemelerin (genellikle daha üst mahkemelerin ama bazen yargı çevresindeki mahkeme hiyerarşisinde aynı düzeydeki mahkemelerin de) verdiği eski kararlara uymakla *yükümlü kalar*. Katı doktrin farklı yerlerde farklı şekillerde karşımıza çıkar; Amerika Birleşik Devletleri'nde ve İngiltere'de farklıdır ve ABD'de de eyaletten eyalete farklılık gösterir. İngiltere'de çoğu hukukçunun katı doktrin görüşüne göre, otorite açısından Lordlar Kamarası'nın hemen altında bulunan Temyiz Mahkemesi'nin eski kararlara uymaktan başka şansı yoktur, fakat Amerikan hukukçuları hiyerarşideki birbirine denk mahkemelerin bu şekilde sınırlanmış olmasını kabul etmezler. Belli bir yargı çevresindeki hukukçular bazen en azından katı doktrinin kendilerine uygulanışının ayrıntıları konusunda ihtilafa düşerler: Amerikan hukukçularının büyük bir kısmı daha altta bulunan federal mahkemelerin Yüksek Mahkeme'nin geçmişte verdiği kararlarla bağlı olduğunu düşünürken, bazı hukukçular buna karşı çıkar.²¹

Diğer yandan, esnek emsal doktrini, yargıcın aynı mesele hakkındaki eski kararlara sadece bir miktar ağırlık tanınmasını talep eder. Yargıç, ilk başta bu kararların lehine yaptığı varsayıma ağırlık vermesinin yanlış olduğunu düşünmedikçe, söz konusu eski kararlara uymalıdır. Bu esnek doktrin sadece yargıcın kendi yargı çevresindeki üst mahkemeleri veya aynı düzeydeki mahkemelerin kararlarını değil, diğer eyaletlerdeki veya ülkelerdeki mahkemelerin kararlarını da kapsayabilir. Açıkça görüldüğü üzere, burada asıl mesele, ilk başta yapılan varsayıma ne kadar ağırlık verileceğidir. Bu noktada da görüşler yargı çevresine göre farklılık arz ediyor, fakat asıl değişkenlik, katı doktrinin boyutları hakkındaki görüşten ziyade yargı çevresindeki tutumla ilgilidir. Yargıçlar, kendi yargı çevrelerindeki üst mahkemelerin eski kararlarına alt mahkemelerin kararlarına verdiklerinden

daha fazla önem atfederken, diğer yargı çevreleriyle karşılaştırıldığında kendi yargı çevrelerindeki bütün mahkemelerin eski kararlarına daha fazla dayanırlar. Bunun yanında daha eski kararlardansa daha yakın tarihli kararlara, sıradan yargıçların kararlarındanansa güçlü ve meşhur yargıçların kaleme aldığı kararlara ağırlık tanyabiliyorlar ve bu böyle gider. Yirmi yıl kadar önce Lordlar Kamarası katı emsal doktrininin kendi eski kararlarına uymayı gerektirmediğini ilan etti²² –bu beyan öncesinde İngiliz hukukçuları katı doktrinin bunu gerektirdiğini düşünüyordu– fakat Kamara yine de kendisinin verdiği eski kararlara, İngiliz hiyerarşisinde altta bulunan mahkemelerin eski kararlarına oranla ve Amerikan mahkemelerinin kararlarına verdiği önemden çok daha fazla ağırlık tanır.

Katı doktrinin niteliği ile esnek doktrinin gücü hakkındaki görüş farklılıkları bazı davaların neden ihtilafı olduğunu açıklıyor. Aynı davadaki farklı yargıçlar, şu anda karşılaştıkları hukuki sorunun tam da aynısıyla ilgili eski bir karara uymak gerekip gerekmediği konusunda anlaşamazlar. Ne var ki *McLoughlin*'deki tartışmanın sinir ucu burası değildi. Hukukçular, emsalin niteliği ve gücü hakkında hangi görüşe sahip olursa olsun, doktrin, hukukçuların deyimiyle “münasebetdar” [*in point*] olabilmek adına mevcut davaların eski kararlara yeterince benzeyenlerine uygulanır. Kimi zaman bir taraf eski kararların oldukça münasebetdar olduğunu savunurken diğer bir taraf bu kararların “müteferrik” [*distinguishable*] olduğunu, yani mevcut davanın bu kararlardan, onları doktrinden muaf tutacak şekilde farklı olduğunu söyleyerek karşılık verirler. Bayan McLoughlin'in davasını ilk kez gören yargıç, yani duruşma yargıcı veya ilk derece mahkemesi yargıcı, avukatın atıf yaptığı, kaza mağdurlarını gördükleri için manevi zarara uğrayan kişilere tazminat verilmesine hükmeden emsallerin müteferrik olduğuna, çünkü bütün bu olaylarda yaşanan şokun kazanın olduğu anda ve yerde ortaya çıktığına,

ancak bakılmakta olan davada iki saat sonra ve farklı bir yerde meydana geldiğine karar vermişti. Elbette ki olaylar arasındaki her farklılık, davaları müteferrik kılmaz; sözgelimi, hiç kimse Bayan McLoughlin'in eski davalardaki davacılarından daha genç olmasını dert etmemiştir.

Duruşma yargıcı, olay yerinden farklı bir yerde zarar görmeyenin önemli bir farklılık olduğunu düşünmüştü, çünkü bu, Bayan McLoughlin'in zararının, diğer davacıların uğradığı zararda olduğundan farklı olarak, "öngörülebilir" olmadığı anlamına geliyordu. Hem İngiltere hem de Amerika'daki yargıçlar, özensiz eylemde bulunanların sorumluluğunun başkalarına verilen zararların makul bir şekilde öngörülebilir olduğu durumda, yani makul bir insanın mesele hakkında düşündüğü takdirde kestirebileceği durumda sorumluluk doğuracağını düşünür. Duruşma yargıcı, mağdurun kaza yerindeki yakınlarının manevi zarara uğramasının makul bir şekilde öngörülebileceğini tanımak anlamında emsal doktrini ile bağlıydı, fakat kazanın etkilerini daha sonra gören bir annenin zararının makul şekilde öngörülemeyeceğini söyledi. Dolayısıyla ilgili olduğu varsayılan emsalleri bu şekilde ayrı tutabileceğini düşünerek Bayan McLoughlin'in talebini reddetti.

Bayan McLoughlin, kararı İngiliz hiyerarşisindeki bir üst mahkemeye, Temyiz Mahkemesi'ne taşıdı.²³ Mahkeme, duruşma yargıcının kararını onadı –talebi reddetti– fakat onun argümanına dayanmadı. Temyiz Mahkemesi, bir annenin yaralanmış ailesini görmek üzere telaşla hastaneye gitmesinin ve onları McLoughlin'in bulunduğu koşullarda gördükten sonra duygusal bir sarsıntıya maruz kalmasının makul bir şekilde öngörülebileceğini söyledi. Bu mahkeme, emsalleri, duruşma yargıcının dayandığı temelden çok daha farklı, ayrımı gerekçelendiren "siyasa" [*policy*] dediği bir sebeple müteferrik bulmuştu. Emsaller, manevi zarar için bazı sınırlı koşullarda sorumluluk yaratıyordu ama Temyiz Mahkemesi'ne göre daha geniş bir sorumluluk alanını

kabul ederek kaza yerinde olmayan yakınların maruz kaldığı zararları da kapsamak, toplumun bütünü açısından pek çok ters etkiye sahip olacaktı. Manevi zararlar için çok daha fazla dava açılmasını teşvik edecek, bu da mahkemelerde zaten var olan iş yükü fazlalığını daha da vahim hâle getirecekti. Gerçekten ciddi bir manevi zarara uğramamış ancak böyle bir zararın var olduğunu söyleyecek doktorları bulabilecek kişilerin düzmece talepleri için yeni fırsatlara kapı açılmış olacaktı. Sorumluluk sigortalarının maliyetinde artışa neden olacak, araç kullanmayı daha pahalı hâle getirecek, muhtemelen maddi durumu iyi olmayanların hiç araç kullanamaması söz konusu olacaktı. Kaza yerinden uzaktayken gerçekten manevi zarara uğrayanların taleplerinin kanıtlanması daha da zorlaşacak, dava açma süreçlerindeki belirsizlikler bunların durumlarını daha karmaşık hâle getirecek, tazmin edilmelerini geciktirecekti.

Bayan McLoughlin bir kez daha, bu sefer Lordlar Kamarası'na temyize gitti. Lordlar Kamarası, Temyiz Mahkemesi'nin kararını bozdu ve yeniden yargılama yapılmasına karar verdi.²⁴ Karar oybirliğiyle alındı, ancak üyeler hukukun gerçek hâli dedikleri şey hakkında anlaşamadılar. Pek çoğu Temyiz Mahkemesi'nin betimlediği türden siyasa sebeplerinin bazı durumlarda emsalleri ayrık tutmak için yeterli olabileceğini söyledi ve böylece yargıcın bu davalardaki ilkeyi daha büyük bir sorumluluk alanına teşmil etmeyi reddetmesini haklı buldu. Fakat bu siyasa sebeplerinin Bayan McLoughlin'in davasında yeteri kadar kabul edilebilir veya değerli olmadığını düşündüler. Bir dava "seli" riskinin yeterince büyük olmadığına inanıyorlardı ve mahkemelerin, hakiki taleplerle düzmece talepleri, varsayılan zarara kazadan saatler sonra uğranılmış olanlar arasından bile ayırabileceklerini söylediler. İyi siyasa argümanlarının ne zaman manevi zararın tazminini sınırlamak için kullanılabileceğini söyleme yükünün altına girmediler; sözcelimi, Bayan Loughlin'in

Avustralya'daki kız kardeşinin (eğer böyle bir kardeşi olsaydı) kazadan haftalar veya aylar sonra olayı bir mektuptan öğrendiğinde yaşayabileceği şok nedeniyle tazminat alıp alamayacağını cevapsız bıraktılar.

Kamara'nın iki üyesi hukuka dair oldukça farklı bir görüşü savundu. Üyeler, mahkemelerin, Temyiz Mahkemesi'nin saydığı *türden* sebeplerle normalde tazminat alması gereken bir davacıya tazminat ödenmesinin reddedilmesinin yanlış olacağını ve Kamara'nın diğer üyelerinin söylediklerinin bazı durumlarda yeterli olacağını belirtti. Onlara göre emsallerin ayırık tutulması, sadece eski davalarda varsayılan ahlaki *ilkeler* bir sebeple davacıya aynı şekilde uygulanamıyorsa söz konusu olabilirdi. Bir anenin kazadan saatler sonra hastanede zarara maruz kalmasının dikkatsiz bir sürücü açısından makul bir şekilde öngörülebileceği bir kez kabul edildi mi, iki dava arasında ahlaki ilke açısından herhangi bir farklılık bulmak mümkün olmayacaktı. Mahkemelerin iş yükünün artması, yahut otomobil sorumluluk sigortası fiyatlarının yükselmesi, dediler, bir bütün olarak toplum için rahatsız edici olsa da, daha önceden tanınmış ve yürürlüğe koyulmuş bireysel hak ve ödevlerin hayata geçirilmesini reddetmeyi haklı çıkaramaz. Bunların, yargıçların kullanacağı hukuk argümanları olarak yanlış türden argümanlar olduğunu, bununla birlikte meclis üyelerine hukukta yapılacak bir değişiklik için yönelttikleri takdirde ikna edici olabileceklerini söylediler. (Lord Scarman'ın görüşü bu noktada bilhassa açık ve güçlüdür.) Kamara üyeleri arasındaki tartışma, bir davanın taraflarının hangi sonucu elde etme hakkına sahip olduğuna karar verirken siyasa ile ilişkili düşüncelerin sahip olması gereken rolün ne olduğu hakkında önemli bir görüş farklılığı olduğunu ortaya çıkarmıştır.

Brown

Amerikan İç Savaşı ertesinde zafer kazanan Kuzey, köleliği etkileri ve sonuçlarıyla birlikte kaldırmak üzere Anayasa'da değişiklikler yaptı. Bu değişikliklerden biri olan On Dördüncü Değişiklik, hiçbir eyaletin kişilerin “eşit yasal korumaya sahip olma”larını inkâr edemeyeceğini ilan ediyordu. Yeniden Yapılanma [*Reconstruction*] sonrasında güney eyaletleri kendi siyasetlerinin kontrolünü bir kez daha ele geçirdi ve pek çok kamu hizmetinde ırka dayalı ayrımcılık düzeni kurdu. Siyahlar otobüsün arka tarafında seyahat etmek zorundaydılar ve yalnızca siyahların gidebildiği okullara kaydolabiliyorlardı. Meşhur *Plessy v. Ferguson* davasında²⁵ davalı, son merci olarak Yüksek Mahkeme’de bu ayrımcı uygulamaların eşit koruma kaydını kendiliğinden ihlal ettiğini savunmuştu. Mahkeme, iddialarını reddetti; eşit koruma kaydının taleplerinin, eyaletler ayrı fakat eşit imkânlar sunduğu takdirde yerine getirilmiş olacağını, ayrımcılık olgusunun tek başına sunulan hizmetleri kendiliğinden eşitsiz kılmadığını söyledi.

1954’te Kansas, Topeka’da bir grup siyah öğrenci sorunu yeniden canlandırdı.²⁶ Bu tarihe gelinceye dek Birleşik Devletler’de çok büyük olaylar olmuştu –sözgelimi, çok sayıda siyah, yakın tarihteki bir savaşta bu ülke için ölmüştü– ve ayrımcılık insanlara, *Plessy* kararının verildiği dönemde olduğundan çok daha yanlış görünüyordu. Yine de ayrımcılık uygulayan eyaletler özellikle okullardaki siyah-beyaz bütünleşmesini şiddetle reddetti. Eyaletlerin avukatları, *Plessy*, Yüksek Mahkeme tarafından verilen bir karar olduğuna göre, bu emsale riayet edilmesi gerektiğini iddia ettiler. Ama mahkeme bu kez siyah davacılar lehine karar verdi. Karar beklenmedik şekilde oybirliğiyle verilmişti verilmesine ama söz konusu oybirliği, Başyargıç Earl Warren tarafından yazılan ve pek çok açıdan taviz niteliği taşıyan görüş karşılığında satın alınmıştı. Warren, “ayrı ama eşit”

formülünü toptan reddetmedi. Bunun yerine ırk temelli ayrılmış okulların sırf bu nedenle eşitsiz olamayacağını göstermek üzere tartışmalı sosyolojik kanıtlara başvurdu. Mahkemenin, *Plessy* kararını hükümsüz kıldığını da açıkça söylemedi. Tek söylediği, *eğer* mevcut karar *Plessy* ile uyumsuz ise eski kararın hükümsüz kalmış olacağı idi. Pratik amaçlar açısından verilen en büyük taviz, davacıları haklı gören görüşün bulunduğu çözümün tasarlanmasıydı. Güney eyaletlerindeki okulların ayrımcılığı hemen kaldırması karara bağlanmadı, ikiyüzlülüğün ve savsaklamanın sembolü hâline gelecek bir ifade kullanıldı: “temkinli bir süratle.”²⁷

Karar oldukça tartışmalıydı. Kararı izleyen bütünleşme süreci çok yavaştı. Ciddi bir ilerleme kaydedilmesi için daha fazla hukuki, siyasi ve hatta fiziki mücadele yürütülmesi gerekti. Eleştirmenler, ayrımcılığın siyasi ahlak meselesi olarak esef verici olsa da anayasaya aykırı olmadığını söylediler.²⁸ “Eşit koruma” ifadesinin kendi içinde ayrımcılığın yasaklanmasının gerekip gerekmediğini belirlemediğine, On Dördüncü Değişikliği hazırlayan, oylayan ve onaylayan kongre üyelerinin ve devlet görevlilerinin ayrımcı eğitimin pekala farkında olduklarına ve görünüşe göre yaptıkları değişikliğin ayrımcılığı tamamen yasal kıldığını düşündüklerine, Mahkeme’nin *Plessy*’deki kararının neredeyse antik bir soya sahip önemli bir emsal olduğuna, bu yüzden de hükümsüz bırakılmaması gerektiğine işaret ettiler. Bu argümanlar anayasa hukukunun hangi dayanaklarının doğru olduğuna dairdi, ahlakilik veya telafi argümanları hakkında değil: Eleştirmenlerin pek çoğu ayrımcılığın gayri-ahlaki olduğunda ve Anayasa’nın ayrımcılığı yasaklaması durumunda daha iyi bir doküman olacağına ittifak hâlindeydi. Mahkeme’nin görüşüne katılanların argümanları da ahlakilik ve telafi argümanı değildi. Eğer Anayasa hukuki bir mesele olarak resmi ırk ayrımcılığını yasaklamamış olsaydı, Brown kararı gayrimeşru bir anayasa de-

ğişikliği anlamına gelecekti ve kararı destekleyenlerin ancak küçük bir kısmı bunu desteklediklerini düşündüler. Bu dava, diğer örnek davalar gibi, bir hukuk sorunu üzerinde cereyan eden bir savaştı. Veya karardaki görüşten görüldüğü kadarıyla öyle ve nitekim onun uğruna savaşanlar da meseleyi böyle gördü.

SEMANTİK HUKUK TEORİLERİ

Hukuk Önergeleri ve Hukukun Dayanakları

Bu bölümün başında hukuka dair yalın olay görüşü dediğim şeyi betimlemiştim. Bu görüşe göre hukuk sadece yalın tarihi olaylarla ilgili meselelere dayanır; hukuk hakkındaki mantıklı tek ihtilaf, hukuki kurumların geçmişte gerçekten neye karar verdikleri hakkındaki ampirik ihtilaftır; benim teorik ihtilaf olarak isimlendirdiğim şey yanıltıcıdır ve teorik ihtilaf hukukun ne olduğu hakkındaki bir argüman değil, hukukun ne olması gerektiği hakkındaki bir argüman olarak kabul edilmelidir. Verdiğimiz örnek davalar, yalın olay görüşüne karşıt örnekler gibi duruyor: Bu davalardaki argümanlar hukuk hakkında gibi görünüyorlar; ahlak, sadakat ve telafi hakkında değil. Öyleyse yalın olay görüşüne şu soruyu sormamız gerekiyor: Örnek davaların sunduğu bu görüntü neden ısrarla bir yanılısama olarak sunuluyor? Bazı hukuk felsefecileri şaşkırtıcı bir cevap verirler. Derler ki, hukukun dayanakları hakkındaki teorik anlaşmazlık sahte olmalı, çünkü tam da “hukuk” kelimesinin anlamı bazı özel ölçütlere dayanır ve bu ölçütleri reddeden veya sorgulayan herhangi bir hukukçu, esasında kendi kendisiyle çelişerek saçmalıyordur.

Herhangi bir kelimeyi kullanırken, derler, hepimizin paylaştığı kurallara uyarız: Bu kurallar kelimenin anlamını veren ölçütleri ihdas eder. “Hukuk” kelimesini nasıl kullanacağımıza dair kurallarımız, hukuku yalın tarihi olaya bağlar. Bu, bütün hukukçuların, kelimeleri kesin ve açık ifade edebilme

anlamında, söz konusu kuralların farkında olduğu anlamına gelmiyor. Sözelimi, “neden” kelimesini, kabaca aynı şekilde kullanır gibi görünürüz –gerekli bütün olgulara vakıf olduğumuz takdirde hangi fiziksel olayların diğerlerine neden olduğu konusunda uzlaşırız–, ne ki pek çoğumuz bu yargılarda bulunurken kullandığımız ölçütler hakkında, hatta bu ölçütleri kullandığımız anlamın kendisi hakkında, dahi en ufak bir fikre sahip değilizdir. Bütün bunları bizim için izah etmek felsefenin işidir. Bu biraz zor bir iş, üstelik filozoflar da anlaşmazlığa düşebilir. Muhtemelen “neden” kelimesini kullanmaya ilişkin hiçbir ölçüt kümesi gündelik pratiğe tam olarak uymaz ve bu durumda soru değişir, hangi ölçüt kümesinin genel olarak en iyi uyumu sağladığı veya hangi kümenin nedenselliğin merkezi örneklerine en iyi uyduğunu sormaya başlar. Filozofun nedensellik kavramına dair açıklaması gündelik pratiğe uymakla kalmamalıdır, aynı zamanda başka açılardan da saygı görmeli ve cezbedici olmalıdır. Nedenselliğe dair kelime kullanımlarımızı, kelimeyi nasıl kullandığımızı betimlerken yine aynı kavramı kullanmak suretiyle, kendisi de açıklanmaya muhtaç bir şekilde açıklamamalıdır ve anlaşılabilir bir ontolojiyle kullanılmalıdır. Nesnelerin içerisinde ikamet eden nedensellik tanrılarına başvuran bir nedensellik açıklamasını kabul etmezdik. Şu anda betimlediğim görüş açısından, aynı şey hukuk için de geçerlidir. Hukukun ne olduğu hakkındaki ifadeleri oluşturur, kabul veya reddederken hepimiz aynı olgusal ölçütleri kullanırız, fakat bu ölçütlerin ne olduğunu bilmeyiz. Hukuk felsefeleri nasıl konuşulması gerektiğiyle ilgili hassas bir inceleme yaparak bunları bizim için aydınlığa çıkarmalıdır. Kendi aralarında ihtilaf yaşayabilirler, fakat tek başına bu bile ortak varsayımlar, yani “hukuk” kelimesinin nasıl kullanılması gerektiği hakkında bir standartlar kümesini paylaştığımız varsayımı hakkında hiçbir şüphe olmadığını gösterecektir.

Hukukçuların hepsinin hukuk önermelerini yargılarken, muhtemelen farkında bile olmadan, bazı dilbilimsel ölçütleri takip ettiğinde ısrar eden felsefeciler, bu ölçütlerin teşhis edilebilmesi için bazı teoriler geliştirdiler. Bu teorilerin hepsine birden semantik hukuk teorileri diyorum, ama bu adlandırmanın kendisi de izaha muhtaç. Uzun süre, hukuk felsefecileri ürünlerini hukuk tanımları olarak ambalajladılar. Mesela, teorisini kısaca betimleyeceğim John Austin hukuk kelimesinin “anlam”ını açıkladığını söylemişti. Dil felsefecileri daha sofistike anlam teorileri geliştirdikçe hukuk felsefecileri de daha temkinli tanımlar vermeye başlayarak bir tanım vermektense, hukuki kavramların “kullanımını” betimlediklerini söylediler. Bununla, söz dağarımızda, hukuk önermelerinin bütün yetkin hukukçular tarafından doğru veya yanlış kabul edildiği koşulları kastediyorlardı. Buradaki değişikliğin, ambalajı değiştirmekten başka bir şey olduğunu düşünüyorum; her halükârda “kullanım” teorilerini, dürüstçe tanım sunduğunu söyleyen daha eski teorilerle birlikte semantik hukuk teorilerine dahil edeceğim.²⁹

Hukuki Pozitivizm

Semantik teoriler, hukukçuların ve yargıçların hukuk önermelerinin doğru mu yanlış mı olduğuna karar verirlerken (saklı ve farkına varılmamış bile olsalar) temelde aynı ölçütleri kullandıklarını varsayar. Bu teoriler, hukukçuların hangi aynı ölçütlere sahip oldukları ve bu ölçütlerin hangi dayanakları şart koştuğu konusunda anlaşamazlar. Semantik teorilere ilişkin sınıflandırma, hukuk öğrencilerine şu kaba şemaya uygun şekilde öğretilir. Şimdiye kadar en büyük etkiye sahip olmuş olan semantik teorilere göre müşterek ölçütler, hukuk önermelerinin doğruluğunu belirli tarihi olayların doğruluğuna dayandırır. Kendilerine verilen isimle, bu pozitivist teoriler, hukuka dair yalın olay görüşünü destekler, yani hukuk hakkındaki hakiki ihtilaf, hukuk kurumla-

rının tarihi hakkındaki ampirik ihtilaflar olmak durumundadır. Pozitivist teoriler hangi tarihsel olayların önemli olduğu konusunda birbirlerinden ayrılır ve bunların iki versiyonu, İngiliz hukukbiliminde bilhassa önemlidir.

On dokuzuncu yüzyıl İngiliz hukukçusu ve hocası John Austin'e göre belirli bir siyasi toplumdaki hukuk önermesinin doğru olabilmesi için, önerme, bu toplumda egemen konumunu işgal eden kişi veya grubun geçmişteki bir buyruğunu doğru bir şekilde ifade ediyor olmalıdır. Egemeni ise, buyruklarına alışkanlıkla itaat edilen ve kendisi bir başkasına itaat alışkanlığı içerisinde olmayan kişi veya grup olarak tanımlar.³⁰ Bu teori, yoğun ve çoğunlukla da skolastik bir tartışma konusu hâline gelmiştir. Hukuk felsefecileri doğru olduğu apaçık belli olan hukuk önermelerinin –sözgelimi, bir vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için gerekli olan imza sayısı hakkındaki önermenin– sırf birinin *buyruğu* olduğu için doğru olduğunun gerçekten söylenip söylenemeyeceği konusunda tartıştılar. (Her şeyden öte, kimse, size veya bana, bırakın geçerli bir vasiyetname yapmayı, bir vasiyetname yapmamızı bile buyurmuş değildir.) Felsefeciler, ABD gibi bir demokraside herhangi bir grubun Austinci anlamda egemen olduğunun söylenip söylenemeyeceğini de tartıştılar. Zira böyle bir demokraside, bir bütün olarak halk, anayasayı kökten değiştirmek suretiyle hükümet şeklini değiştirebilecek gücü elinde tutmaktadır. Austin'in teorisi detaylarla ilgili pek çok meselede kusurlu bulunmuş ve pek çok yama ve tadilat önerilmiş olsa da, sunduğu ana fikir, yani hukukun siyasi güç konumlarındaki halkın verdiği tarihsel kararlar meselesi olduğu düşüncesi, hukukbilimde gücünü hiçbir zaman tümüyle kaybetmedi.

Bu düşüncenin en önemli ve en köklü yeniden ifadesi H. L. A. Hart'ın ilk kez 1961'de yayımlanan kitabı *The Concept of Law*'la sahneye çıkmıştır.³¹ Hart, Austin'in alışkanlıkla vuku bulan buyruk ve itaati çıplak bir olgu şeklinde sunan hukuki otorite açıklama-

masını reddetti. Hukukun gerçek dayanaklarının, belli insanlara ve gruplara hukuk yapma otoritesi veren bir ana temel kuralın (bu kurala “tanıma kuralı” ismini verdi) toplum tarafından kabul edilmesinde yattığını söyledi. Dolayısıyla hukuk önermelerinin doğru olmasının nedeni, kendilerine alışkanlıkla itaat edilen insanların buyruklarının değil, geçerli hukuku yaratması için bazı insanları veya grupları yetkilendiren bir kurallar şemasının toplumca kabul edilmesini temsil eden toplumsal uzlaşımın varlığıydı. Austin’e göre Kaliforniya’da hız sınırının 55 mil olduğu önermesi, bu kuralı geçerli olması için çıkaran meclis üyeleri orada hâkim durumda olduğu için doğrudur; Hart’a göre ise bu önerme Kaliforniya halkı eyalette ve ulusal anayasalarda düzenlenen otorite şemasını kabul ettiği ve kabul etmeye devam da ettiği için doğrudur. Austin’e göre dikkatsiz sürücülerin, kazaya şahit olan annelerin uğradığı manevi zararı tazmin etmesi gerektiği önermesi İngiltere’de doğrudur, çünkü siyasi güce sahip olan insanlar yargıçları üstleri kılmışlardır ve zımnen onların buyruklarını kendilerininmiş gibi benimsemişlerdir. Hart’a göre ise söz konusu önermenin doğru olmasının nedeni, İngiliz halkı tarafından kabul edilen tanıma kuralının yargıçların beyanlarını hukuk kılmasıdır. Bu hukuk da, diğer resmi görevlilerin –meclis üyelerinin– istedikleri zaman onu kaldırabilme gücüne tabidir.

Hart’ın teorisi, tıpkı Austin’inki gibi, teorinin temelindeki fikre eğilenler arasında çok ciddi bir tartışmaya neden oldu. Bir tanıma kuralının “kabulü” neyi ihtiva eder? Nazi Almanya’sındaki pek çok resmi görevli Hitler’in buyruklarına hukuk olarak, ama sadece korkudan itaat etti. Bu, onların, Hitler’e hukuk yapma yetkisi veren bir tanıma kuralını kabul ettikleri anlamına mı geliyordu? Eğer öyleyse, Hart’ın teorisi ile Austin’in teorisi arasındaki farklılık bulanıklaşır, çünkü bu durumda, bir tanıma kuralını kabul eden bir grup insanla korktukları için bilinçli bir itaat örüntüsü geliştiren insanlar arasında hiçbir farklılık olma-

yacaktır. Eğer böyle değilse, kabul sırf itaatten fazlasını gerektiriyorsa, Nazi Almanya'sında hukuk olmadığını, orada veya insanların çoğunun kötü veya beğenilmiyor olsa da bir hukukun olduğunu söylediği başka yerlerde doğru hukuk önermelerinin olmadığını kabul etmek gerekirmiş gibi görünüyor. Dolayısıyla Hart'ın teorisi, her şeyden öte, bütün hukukçuların "hukuk" kelimesini nasıl kullandığını yakalamış olmayacaktır. Biliminsanları Hart'ın teorisinin bu yönünden ve aynı zamanda başka yönlerinden de rahatsız oldular ama yine de temeldeki düşüncesi, yani hukuk önermelerinin doğruluğunun hukukun tanınmasının uzlaşımalsal örüntülerine önemli bir şekilde dayandığı iddiası, geniş bir destek kazandı.

Diğer Semantik Teoriler

Pozitivist teoriler klasik hukukbilim literatüründe eleştiriden uzak kalmış değil; genellikle bu teorilerin rakipleri sayılan iki teori grubuna değineceğim. Birinci grup çoğunca doğal hukuk okulu olarak anılır, fakat bu başlık altında bir araya getirilen farklı teoriler birbirlerinden önemli ölçüde farklıdırlar ve bu isim hiçbirine uymaz.³² Eğer bunları semantik teoriler olarak ele alırsak (3. Bölümde onları anlamının daha iyi bir yolunu anlatıyorum) şu ortak noktaya sahipler: Hukukçuların hangi hukuk önermelerinin doğru olduğuna karar verirken tümüyle olgusal olan ölçütleri değil, en azından bir ölçüye kadar ahlaki olan ölçütleri de izlediklerini iddia ederler. Bu türden en uç teori, hukuk ile adaletin özdeş olduğunu, dolayısıyla da adil olmayan bir hukuk önermesinin doğru olamayacağını söyler. Bu uç teori semantik bir teori olarak kesinlikle kabul edilebilir değildir, çünkü hukukçular çoğunlukla bu teoriyle çelişir tarzda konuşurlar. Mesela, İngiltere'deki ve ABD'deki çoğu hukukçu, artan oranlı gelir vergisinin adil olmadığını düşünür, fakat hiçbirisi bu ülkelerdeki hukukun artan oranlarda vergi koyduğu konusunda şüph

duymaz. “Doğal hukuk” teorilerinin daha az aşırı olan versiyonlarının bir kısmı ahlakın hukuk önermelerinin doğruluğuyla bazen ilgili olduğunu söylemekle yetinir. Sözelimi, bir yasanın Elmer’ın davasındaki gibi farklı şekillerde yorumlanmasının mümkün olduğu veya Bayan McLoughlin’in davasında olduğu gibi emsallerin kesin bir karara varmayı mümkün kılmadığı durumlarda, ahlaken daha üstün olan yorum, hukukun daha doğru bir ifadesidir. Fakat bütün hukukçuların “hukuk” kelimesini nasıl kullandığı hakkındaki semantik bir teori olarak alacak olursak, doğal hukukun bu daha zayıf olan versiyonu da ikna edici değildir; Yargıç Gray, Yargıç Earl’le, hukukun Elmer’ın mirasçılığını reddetmesi durumunda daha iyi bir hukuk olacağına hemfikirmiş gibi görünür, hâlbuki hukukun Elmer’a miras hakkını vermemeyi gerektirdiğine katılmaz.

Öğrencilere öğretildiği kadarıyla pozitivistin diğer rakibi hukuki realizm okuludur. Realist teoriler bu yüzyılın başlarında, asıl olarak ABD’deki hukuk okullarında geliştirildi ama hareketin her yere yayılmış kolları var. Eğer bunları semantik teoriler olarak ele alacak olursak, hukukçuların uydukları dil kurallarının hukuk önermelerini araçsal ve kestirimsel kıldığını iddia ederler. Realizmin en iyi versiyonu bir hukuk önermesinin tam anlamının –hukukçuların önermeyi doğru kabul edeceği koşulların– bağlama dayandığını söyler. Sözelimi eğer bir avukat müvekkiline hukukun, katillerin mirasçı olabilmesine izin verdiğini söylüyorsa, onun yargıçların mesele mahkemeye geldiğinde bu yönde karar vereceğini tahmin ettiğini düşünmek gerekir. Eğer bir yargıç bunu karar için yazdığı görüşünde dile getiriyorsa, hukukun, verdiği kararın genel alanında büyük ihtimalle alacağı genel yönü yahut “patikası” hakkında daha farklı bir kestirimsel hipotez geliştiriyordur.³³ Bazı realistler bu düşünceleri güçlü bir şüpheli dille ifade eder. Hukuk diye bir şey olmadığını veya hukukun, yargıcın kahvaltıda yedikleriyle ilgili bir meseleden iba-

ret olduğunu söylerler. Kastettikleri şey şu: Bu tip farklı türden şeylerin tahmin edilmesinden farklı, ayrı bir hukuk yoktur. Fakat bu şekilde anlaşıldığında bile, realizm semantik bir teori olarak kabul edilemezliğini devam ettirir. Zira avukatların, yargıçların hukuk hakkında hata yapacaklarını tahmin etmeleri veya yargıçların önce hukuk görüşlerini ifade edip sonra da hukukun değişeceğini umduklarını ve beklemediklerini eklemeleri hiç de çelişik değildir —hatta çok yaygındır.

Pozitivizmi Savunmak

Hukuki pozitivizm üzerine yoğunlaşacağım, çünkü, söylediğim gibi, yalın olay görüşünü destekleyen ve hukuk hakkındaki hakiki tartışmanın teorik değil ampirik olması gerektiğini söyleyen semantik teori, o. Eğer pozitivizm haklıysa, Elmer'in davasında, *McLoughlin*'de, *percina tanasi* davasında ve *Brown*'da, hukukun dayanakları hakkındaki teorik ihtilafın görünümü bizi bir şekilde yanlış yönlendirmektedir. Bu davalarda, geçmişteki hukuki kurumlar meseleyi başka bir şekilde karara bağlamış olsaydı "hukuk" kelimesini pozitivizme uygun bir şekilde yerli yerinde kullanan hukukçular da keşfedilecek bir hukukun olmadığı konusunda hemfikir olacaktı. Dolayısıyla düştükleri ihtilaf hukukun ne olması gerektiğine dair bir argüman kılığında girdi. Fakat bu çıkarımı pozitivizme karşıt bir argüman olarak yeniden kurabiliriz. Neden hukukçular ve yargıçlar bu tip davalarda teorik bir ihtilaf yaşıyor gibi yaparlar? Bazı pozitivistlerin hazır bir cevabı vardır: Yargıçlar hukuk hakkında ihtilafa düşmüş gibi yaparlar, çünkü halk her zaman bir hukuk olduğuna ve yargıçların da daima ona uyması gerektiğine inanır. Bu görüşe göre hukukçular ve yargıçlar sistematik bir şekilde halktan hakikatin saklanmasına göz yumarlar ki hayal kırıklığına uğramasınlar veya cehalet dolu öfkeleri kabarmasın.

Bu hızlı cevap hiç de ikna edici değil. Hilenin neden zorunlu olduğu veya nasıl başarılı olabileceği, gizemini koruyor. Eğer hukukçuların hepsi örnek davalarımız gibi davalarda sonucu belirleyen bir hukukun olmadığı konusunda anlaşılırsa, bu neden popüler kültürümüzün uzun zaman önce bir parçası hâline gelmedi ki? Ve eğer gelmediyse –eğer insanların çoğu yargıçların uyacağı bir hukukun her durumda var olduğuna hâlâ inanıyorsa– neden hukukçuluk mesleği daha dürüst bir yargısal pratik adına onların hatasını düzeltmekten korksun ki? Ve her halükârda böyle bir sahtekârlık nasıl işleyebilir? Hayal kırıklığına uğramış taraf için, herkesin doğru olduğunu bildiği dayanaklar uyarınca bir hukuk olmadığını ispatlamak daha kolay olmaz mıydı? Ve eğer bu hile kolaylıkla ifşa edilebiliyorsa, bu saçma sapan tutumu niye dert ediyoruz ki? Örnek davalarımızda, avukatların veya yargıçların bu savunmanın kendilerine atfettiği şeye gerçekten inandığına dair hiçbir kanıtımız yok. Argümanlarının büyük bir kısmı hukukun düzeltilmesi veya geliştirilmesi açısından tümüyle yersiz; yargıçların taşıdıkları sorumluluk çerçevesinde hukuku olduğu şekliyle hayata geçirmek için ne yapmaları gerektiği hakkındaki argümanlar olarak anlam taşıyorlar sadece. Sözgelimi, Gray’i veya Burger’ı reform yapmaya veya hukuku geliştirmeye kendilerini adanmış kişiler olarak görmek çok tuhaf olur, zira ikisi de hukuk olarak uygulayacakları şeyin hakkaniyet ve bilgelik açısından ciddi itirazlara açık olacağını kabul etmişlerdi. Tartışma konusu olan yasanın, yapılan yorumun sahip olduğu apaçık kusurlarına *rağmen* o şekilde yorumlanması gerektiğini iddia ettiler.

Fakat pozitivist, bir kez Gray’in hukukun ne olması gerektiğinden ziyade ne olduğunu ifade etmeye çalıştığını kabul ederse, Gray’in hukukun dayanakları hakkındaki görüşlerinin kendi mahkemesi dahilinde dahi tartışmalı olduğunu teslim etmek durumundadır. Earl’ün ona rakip olan konumu hukukun neyi

gerektirdiği hakkındaki bir iddia olarak –Gray’in yanlış olduğu iddiası olarak– anlaşılmalıdır, hukuku tadil yahut tashih etmeyi amaçlayan farklı bir kisveye bürünmüş bir manevra olarak değil. *McLoughlin*’de, Temyiz Mahkemesi yargıçları, emsallerin kaza yerinde uğranılan manevi zararlarla sınırlı olduğunu düşünür gibi görünürler, kaza yerinden uzakta manevi zararı mümkün kılacak bir hukuk yoktur ve dolayısıyla da görevleri hukuku her şeyi dikkate alarak en iyi şekilde geliştirmek suretiyle tadil etmektir. Fakat Lordlar Kamarası aynı görüşte değildir, bilhassa da emsallere gömülü hâlde bulunan ilkelerle bağlı olduğunu düşünen Lord Scarman tamamen aksi yönde düşünmektedir. Fakat Lord Scarman’in, bu tip durumlarda tazminata izin vermenin bir bütün olarak toplumu daha kötü hâle getireceği konusunda Temyiz Mahkemesi yargıçlarıyla hemfikir olması da şaşırtıcı olmaz. Bayan *McLoughlin*’in davasında karar veren çeşitli yargıçlar, emsalin hukuk kaynağı olarak gücü ve niteliği konusunda anlaşmazlık yaşıadı ve her ne kadar bu anlaşmazlık çok fazla göz önünde değildiyse de, yine de hukukun ne olduğu hakkındaki bir tartışmaydı, hukukun yokluğu durumunda ne yapılması gerektiği ile ilgili bir tartışma değil.

Esasında, avukatların ve yargıçların hukuk hakkında uzlaşmazlık yaşarlarken parmaklarını arkalarına saklayıp çapraz tutuklarına dair herhangi bir kanıt yok elimizde. Yalın olay tezi doğruysa, öyleymiş gibi yapıyor olmalılar şeklindeki, kendisi kanıtlanmaya muhtaç argüman dışında, meseleye dair başka bir argüman bulunmuyor. Bununla birlikte, pozitivistimin daha sofistike bir savunusu var; örnek davalarımızda hukukçularımızın ve yargıçlarımızın hukuk hakkında anlaşmazlık yaşadıklarını düşündüklerini ama biraz daha farklı bir nedenle bu kendini tanımlamanın görüldüğu şekliyle kabul edilmemesi gerektiğini söylüyor. Bu yeni argüman, “hukuk” kelimesinin standart veya çekirdek kullanımı ile sınırdaki ve çevresel kullanımlarını birbi-

rinden ayırmanın önemine vurgu yapar. Avukatların ve yargıçların hepsinin “hukuk” kelimesinin kullanımında esas itibariyle aynı kuralı izledikleri ve dolayısıyla da hepsinin, sözgelimi, Kaliforniya’daki yasal hız sınırının ve Britanya’daki temel vergi oranının ne olduğu konusunda uzlaştığını söyler. Fakat kelimelerin kullanımına dair kurallar kesin ve eksiksiz olmadığından, insanların birbirlerinden şöyle böyle farklı konuşabildikleri çevresel yahut sınır durumların varlığını da teslim ederler. Dolayısıyla hukukçular, “hukuk” kelimesini, ana kuralda belirlenen dayanakların sadece bir kısmı karşılanmış marjinal davalarda farklı şekillerde kullanabileceklerdir. Bu, elimizdeki argüman açısından, örnek davalarımızdaki gibi çetin davalarda neden ihtilafa düştüklerini açıklar. Her biri ana kuralın hafif farklı bir versiyonunu kullanır ve farklılıklar bu özel davalarda apaçık hâle gelir.³⁴ Argümana göre, “hukuk” kelimesini kullanmamız bu açıdan sorunlu görmediğimiz diğer kelimeleri kullanmamızdan hiç de farklı değildir. Sözgelimi, hepimiz “ev” kelimesinin standart anlamı hakkında ittifak ederiz. Banliyö caddelerindeki tek bir ailenin ikamet ettiği müstakil binalara ev demeyi reddeden kişi, İngiliz dilini anlamıyor demektir. Ne var ki, sınır durumlar da vardır. İnsanların hepsi aynı kuralı izlemez; kimileri Buckingham Sarayı’nın bir ev olduğunu söylerken, kimileri bunu kabul etmez.

Pozitivizmin bu daha sofistike savunusu, bize, örnek davalarımız hakkında, “parmakları çapraz yapma” hikâyesinden daha farklı bir şeyler söylüyor. Bu yeni hikâyeye göre Earl, Gray ve diğer yargıçlar ve avukatlar olduklarından farklı görünmeye veya halkı kandırmaya çalışmıyorlardı. Hukukun durumu hakkında ihtilaf içerisindediler, fakat ihtilafları, tıpkı Buckingham Sarayı’nın ev olup olmadığına dair ihtilafta olduğu gibi “sadece sözle ilgili” bir ihtilaftı. Eleştirmenler olarak sahip olduğumuz bakış açısından, bu savunmaya göre, onların argümanını hu-

kukun tadiline dair, hukukun ne olması gerektiği hakkında bir argüman olarak görmek daha iyi olacak, çünkü eğer “hukuk” kelimesini sadece bu kavramın çekirdeğinde bulunan şeyi betimlemek üzere kullandığımız takdirde, yani, kelimeyi, trafik kanununun önermeleri gibi, “hukuk” kelimesinin herkesin kabul ettiği merkezi veya ana kuralına göre doğru olan hukuk önermelerini kapsamak üzere kullandığımız takdirde, hukuki süreci daha iyi anlayabileceğiz. Avukatlar ve yargıçlar “hukuk” kelimesini bu şekilde kullansaydılar çok daha güzel olurdu, tıpkı, kimsenin Buckingham Sarayı’nın doğru bir şekilde tasnif edilmesi hakkında tartışmayıp “ev” kelimesini yapabildikleri her durumda aynı şekilde kullanma konusunda anlayabilmelerinin çok daha güzel olacağı gibi. Öyleyse pozitivism, bu farklı şekilde savunulmasıyla hem yenilikçi hem de betimleyici bir niteliğe sahip. Savunu, her halükârda yalın olay tezini koruyor. Örnek davalarımızın her birindeki ana sorunu, yargıçlar meseleyi bu şekilde algılamamış bile olsalar, hukukun tadili sorunu olarak görüyor ve bizi, bütün hukukçuların kabul ettiği hukukun dayanakları hakkındaki kuralları uygulayarak çözümlenemeyecek bir dava söz konusu olduğunda, yargıçların yaptığı işi, yeni bir hukuku nasıl geliştirmeleri gerektiğini onlara sormak suretiyle değerlendirmeye teşvik ediyor.

Yeni hikâyeye hiç de arkada parmakları çapraz yapan hikâyeye benzemiyor: hukukçuluk mesleğinin neden yıllarca hikâyenin iddia ettiği şekilde bu kadar uzun süre devam etmiş olması gerektiğini tamamen açıklanmamış bir şekilde bırakıyor. Zira makul insanlar, Buckingham Sarayı’nın gerçekten bir ev olup olmadığı konusunda münakaşa etmez; bunun hakiki bir sorun olmadığını, sadece kişinin, sınırlar söz konusu olduğunda anlamı sabit olmayan bir kelimeyi kullanmayı nasıl seçtiğiyle ilgili bir mesele olduğunu daha ilk baştan anlarlar. Eğer “hukuk” kelimesi “ev” kelimesine benziyorsa, hukukçuların neden huku-

kun işleri bakanlığına küçük bir balığı korumak için neredeyse tamamlanmış bir barajı durdurma yetkisini gerçekten verip vermediği veya ırka dayalı ayrımcılık yapan okulları yasaklayıp yasaklamadığı üzerinde bu kadar tartışmaları gereksin ki? Bir kelimeyi, keyfi bir şu değil de bu şekilde kullanma kararı için tartışma yapmış olduklarını nasıl düşünebilirler? Devlet erkinin kullanımını hakkındaki önemli kararların kelime oyununa dönüşmesi gerektiğini nasıl düşünmüş olabilirler? Avukatların ve yargıçların kendilerini kandırabilecek durumda olduklarını, çünkü fiilen farklı bir mesele hakkında, işleri bakanının bu yetkiye sahip olup olmaması gerektiği yahut eyaletlerin ayrımcı temeldeki okulları yasaklamasının gerekip gerekmediği hakkında tartıştıklarını söylemek de yardımcı olmayacaktır. Yargıçların ihtilafli hukuki iddialarını desteklemek için sundukları argümanların çoğunun, doğrudan bu siyasal meselelerle uyumlu olmadığını zaten görmüştük. Öyleyse pozitivizmin bu yeni savunusu mesleki pratiğin ilk bakışta görüldüğünden daha radikal bir eleştirisidir. Çaprazlanmış parmak savunusu iyi niyetli yalancılar olduğunu gösterir; bu sınır durum savunusu ise onları daha ziyade ahmak olarak sunar.

Üstelik sınır durum savunusu tahkir etmekten daha da kötüdür, çünkü iki ihtilaf türü arasındaki ayrımı, sınır durumdaki davalar ile sınıyıcı yahut kritik davalar arasındaki ayrımı görmezden gelir. İnsanlar istemedikleri hâlde karşıt amaçlara sahip oldukları durumlarda bazen sınır durum savunusunun betimlediği tarzda konuşurlar. Normal kabul ettikleri durumlarda bir kelimenin kullanılmasına uygulanacak doğru kriter hakkında anlaştıkları hâlde, kelimeyi, saray kelimesinde olduğu gibi, hepsinin marjinal kabul edeceği durumlarda şöyle böyle farklı şekillerde kullanırlar. Ne var ki bazen de bir kelimenin yahut betimlemenin uygunluğu konusunda tartışırlar, çünkü kelime veya kalıbın *herhangi* bir durumdaki kullanımının doğru kriterleri hakkında an-

laşmamışlardır. Sanat eleştirmenleri arasındaki, fotoğrafın bir sanat dalı sayılıp sayılmayacağı hakkındaki iki argümanı tasavvur ederek bu farkı görmemiz mümkün. Eleştirmenler, fotoğrafın, resim ve heykel gibi, hepsinin sanatın tartışmasız “standart” örnekleri olarak kabul ettiği faaliyetlere hangi açılardan benzediği ve benzemediği hususunda anlaşabilirler. Fotoğrafın tam anlamıyla veya özü itibariyle, diğer faaliyetler gibi bir sanat formu olmadığı konusunda da anlaşabilirler; yani, fotoğrafın olsa olsa sanatın bir sınır durum örneği olduğu konusunda uzlaşmış olabilirler. Fotoğrafı bu kategoriye dahil edip etmemenin nihayetinde keyfi olduğu, gösterimin rahat veya kolay bir yolu olarak görülmesi gerektiği, fakat aksi takdirde fotoğrafın “gerçekten” bir sanat olup olmadığını tartışmanın sahih bir sorun olmadığı konusunda da muhtemelen anlaşmış olacaktırlar. Şimdi tamamen farklı bir tartışma türünü düşünelim. Bir grup (diğerleri ne düşünüyor olursa olsun) fotoğrafın özü itibariyle bir sanat formu örneği teşkil ettiğini, bundan farklı bütün düşüncelerin sanatın asıl mahiyetine dair derin bir yanlış anlamayı temsil ettiğini iddia ediyor olsun. Diğer grup ise karşıt bir konum edinerek sanatın niteliğine dair makul herhangi bir anlayışın fotoğrafın sanatın tümüyle dışında olduğunu gösterdiğini, fotoğraf tekniklerinin sanatın amaçlarına tamamen yabancı olduğunu söylesin. Bu tip durumlarda tartışmayı, bir noktada sınır çekilmesi gereken bir argüman olarak tarif etmek oldukça yanlış olacaktır. Tartışma, layıkıyla anlaşıldığı hâliyle sanatın gerçekten ne olduğu hakkında olacaktır; tartışma, bu iki grubun, her ikisinin de kabul ettiği standart sanat formlarının –resmin ve heykelin– bile bu başlık altına girdiklerini iddia etmeleri hakkında oldukça farklı görüşleri olduğunu gösterir.

Hemen yukarıda tarif ettiğim ikinci argümanın aptalca olduğunu, bilimin suiistimali anlamına geldiğini düşünmüş olabilirsiniz. Fakat ne düşünürseniz düşünün bu tarz tartışmalarla karşı-

laşıyoruz³⁵ ve birinci türdeki tartışmalardan farklılar. Bu ikisini aynı metinde bir araya getirmek veya birinin diğerinin özel bir türü olduğunu söylemek ciddi bir hata olur. Pozitivizmin “sofistike” savunusu, yargı pratiğini tam da bu tarzda yanlış anlıyor. Örnek verdiğimiz davalardaki yargıçlarımız ve avukatlarımız marjinal yahut sınır durum taleplerini savunduklarını düşünmüyorlardı. Yaşadıkları uzlaşmazlık, daha temeldi; yasama ve emsal hakkındaydı, argümanlarının gösterdiği kadarıyla sadece Elmer’in mirası alıp almaması konusunda ihtilafa düşmediler, aynı zamanda, herkesin, hak verdiği ve yükümlülük yüklediği hususunda ittifak ettiği herhangi bir yasama eyleminin hatta trafik yasalarının ve vergi oranlarının bile neden hak verdiği ve yükümlülük yüklediği konusunda da anlaşılamadılar; sadece Bayan McLoughlin’in zararının tazmin edilmesinin gerekip gerekmediği hakkında değil, aynı zamanda geçmişteki yargı kararlarının ülkenin hukukunu nasıl ve niçin değiştirdiği konusunda da uzlaşmazlık yaşadılar. Sadece sınırdaki bir hukuk önermesini değil tam da merkezdeki hukuk önermesini neyin doğru kıldığı konusunda anlaşılamadılar. Örnek davalarımız, mahkemelerde, hukuk okullarında ve hukuk dergilerinde bunlar hakkında tartışanlar tarafından, bu davaları az çok keyfi bir çizgi çizilmesini gerektiren sınır durumdaki davalar olarak değil, temel ilkeleri sınayan merkezi davalar olarak görüldüler.

SEMANTİK TEORİLER İÇİN GERÇEK TARTIŞMA

Eğer hukuki tartışma tamamen veya kısmen bile olsa merkezi davalar hakkındaysa, o zaman hukukçuların hepsi hukuk önermelerinin ne zaman doğru ne zaman yanlış olduğuna karar vermede kullanılacak aynı olgusal kriterleri kullanamayacaktır. Tartışma, tamamen veya kısmen hangi kriterlerin kullanılması gerektiğiyle ilgili olacaktır. Öyleyse semantik teorilerin projesi, yani hukukçuların ne söylediğinin ve ne yaptığının dikkatli bir

şekilde incelenerek ortaklaşa sahip olunan kuralları kazıp çıkarma projesi, başarısızlığa mahkûmdur. Beklediğimiz sorun artık olgunlaşmış durumda: Pozitivistler hukuki tartışmanın görüldüğü gibi olmadığından neden bu kadar eminler? “Hukuk” kelimesini kullanırken görünenin aksine hukukçuların ortak kuralları izlediğinden neden bu kadar eminler? Onları bu yönde ikna eden şey tecrübe olamaz, çünkü tecrübe tam aksini gösteriyor. Yargısal ve hukuki pratiğin görüldüğü gibi olmadığını söylüyorlar. Ama niye öyle olmasın ki? Esasında semptomlar klasik ve benim teşhisim de bilindik. Semantik teori filozofları bir tür engelden muzdaripler. Peki bu nasıl bir engel?

Şu argümana bakalım. Eğer iki hukukçu “hukuk” kelimesini kullanırken, bir hukuk önermesinin doğru mu yanlış mı olduğuna karar vermek için farklı olgusal kriterler kullanmak suretiyle gerçekten farklı kuralları takip ediyorlarsa, o zaman her ikisi de hukukun ne olduğunu söylerken birbirlerinden farklı şeyleri kastediyorlar demektir. Earl ve Gray, hukukun, katillerin miras hakkını elde edebilmesine izin verdiğini iddia eder veya reddederken farklı şeyler kastediyor olmalıdırlar: Earl kendi hukuk dayanaklarının karşılanmadığını kasteder, Gray’in zihninde ise kendi hukuk dayanakları vardır, Earl’ünkiler değil. Öyleyse biri bir önermeyi savunur, diğeri onu reddederken iki yargıç, esasında şu veya bu şey hakkında ihtilafa düşmüş değildi. Düpedüz ayrı tellerden çalıyorlardı. Yaptıkları tartışma, olabilecek en değersiz ve rahatsız edici tarzda anlamsızdı, tıpkı biri üzerinde yatıp uyunan yatağı diğeri nehir yatağını düşünen iki kişinin yatak hakkında yaptığı tartışma gibi. Daha da kötüsü, hukukçular hukukun ne olduğu hakkında uzlaşmış gibi görüldüklerinde bile, bu anlaşma tümüyle sahtedir, aynen biraz önceki iki kişinin Kuzey Amerika’da ne çok yatak olduğunda uzlaşmış olmalarındaki gibi.

Ulaştığımız bu tuhaf sonuçlar yanlış olmalı. Hukuk, gelişen bir pratiktir ve kusurlu da olsa, hatta köklü bir hata bile söz ko-

nusu olsa, grotesk bir şaka değildir. Yargıçların hukuku görmezden gelmeyip uygulaması gerektiğini, vatandaşların çok nadir durumlar haricinde ona uyması gerektiğini, devlet görevlilerinin hukukla bağlı olduğunu söylemenin bir anlamı vardır. Bütün bunları sırf bazen hukukun gerçekten ne olduğu hakkında anlayamadığımız için reddetmek akıl kârı değil. Öyle olunca, felsefecilerimiz de mümkün olduğunca fazla şeyi kurtarmaya çalışıyor. Ne kurtarabilirsek kâr diye düşünüyorlar: Yargıçların çetin davalarda sadece hukukun ne olduğu hakkında uzlaşmazmış gibi yaptıklarını veya çetin davaların, açık ve herkesçe bilinen alanın ucundaki sınır durum tartışmalarından ibaret olduğunu söylüyorlar. Aksi takdirde, hukuk hakkında bir tür nihilizme kapılmaları gerektiğini düşünüyorlar. Bu tahribatı yaratan, tam da bu betimlediğim argüman, yani avukatların ve yargıçların hukukun dayanakları hakkında paylaştıkları olgusal kriterler yoksa hukukun ne olduğu hakkında anlamlı bir düşünce veya tartışma da olamaz iddiası. Bu argümana karşı koymaktan başka seçeneğimiz yok. Bu felsefi bir argüman, dolayısıyla projemizin bir sonraki aşaması da felsefi olmak durumunda.

YORUMCU KAVRAMLAR

SEMANTİK İĞNE

Yukarıda betimlediğim, hukuk felsefesinde büyük zarara yol açmış olan argümanı, semantik iğne olarak adlandırıyorum. İhtilafın ne olduğuna ve ne zaman mümkün olduğuna dair belli bir kavrayışa sahip olan herkes bu zehirli iğnenin kurbanıdır. Başka bir kişiyle, ancak ve ancak, felsefecinin bekleyebileceğinin aksine kriterlerimizin ne olduğunu açıkça ifade edemiyor olsak bile, iddialarımızın ne zaman sağlam olduğuna karar vermek için hepimiz aynı kriterleri takip ettiğimiz takdirde makul bir tartışma yürütebileceğimizi düşünürler. Sen ve ben, mesela, kitaplığımda kaç kitap olduğu konusunda, ancak bir kitabın ne olduğu hakkında en azından kabaca anlaşabildiğimiz takdirde makul şekilde tartışabiliriz. Sınır durumlar üzerinde ihtilafa düşebiliriz: Sizin broşür dediğiniz şeye ben ince kitap diyebilirim. Fakat esas meseleler dediğim hususlarda ihtilafa düşemeyiz. Kitaplığımdaki *Moby-Dick* nüshasını, size göre romanlar kitap olmadığı için kitap saymayacaksanız, uzlaşmazlığımızın da bir anlamı olmaz. Eğer hakiki bir ihtilafın ne zaman mümkün olduğuna dair bu açık manzara bütün olasılıkları tüketiyorsa, aynı şeyin hukuk kavramının kendisi de dahil olmak üzere her türlü hukuki kavram için de geçerli olması gerekir. Bu durumda şöyle bir dilemma ortaya çıkıyor: Ya ilk görünüşe rağmen hukukçuların hepsi hukuk hakkındaki bir iddianın ne zaman doğru olduğuna karar vermek için gerçekten kabaca aynı kriterleri kullanmaktadırlar ya da hukuk hakkında hakiki bir

uzlaşma veya ihtilaf yoktur, sadece aynı sese farklı anlamlar atfettikleri için anlaşılmadıklarını düşünen aptal insanlar vardır. Bu dilemmanın ikinci ayağı saçma görünüyor. Hukuk felsefecileri de birinci ayağa sarılıyor ve hukuk pratiğinde farkına varılmamış bile olsalar, var olması *gereken*, gömülü, saklanmış temel kuralları teşhis etmeye çalışıyorlar. Böylece semantik hukuk teorilerini üretiyor ve tartışmaya açıyorlar.

Bu teorilerin talihsizliği, ihtilafı neyin yarattığına dair çizilen bu resmin, hukukçuların fiilen sahip oldukları ihtilaf türlerine pek uymuyor olması. Tarihi veya toplumsal olgular hakkında, yani bir yasa metninde hangi kelimelerin bulunması gerektiği veya emsal niteliğindeki bir yargı kararında hangi olguların olması gerektiği hakkında hukukçuların ve yargıçların yaşadığı ihtilaflar söz konusu olduğunda semantik teorilerin çizdiği resmin uygunluğundan bahsedebiliriz. Ama hukuktaki ihtilafların büyük kısmı ampirik değil teoriktir. Ortak kurallar olması gerektiğini düşünen hukuk felsefecileri teorik ihtilafları örtbas ediyor. Avukatların veya yargıçların sadece –miş gibi yaptıklarını veya sırf önlerindeki dava ortak kurallar alanının gri kısmına yahut sınırına denk geldiği için ihtilafa düştüklerini söylüyorlar. Her iki durumda da (dediklerine göre) yargıçların kullandığı kelimeleri görmezden gelmemiz ve bu kelimeleri hukuk hakkında değil de sadakat yahut telafi hakkındaki ihtilaflar olarak kabul etmemiz daha iyi olacaktır. İşte iğnenin zehri tam da burada: İhtilafın ne olduğu veya olması gerektiğine dair çok kaba bir görünüm vasıtasıyla zehirli iğnenin hedefi hâline geliyoruz.

HAYALİ BİR ÖRNEK

Yorum Tutumu

İhtilafı neyin mümkün kıldığına dair bu görüntü, muhtemelen herhangi bir ihtilafı, hatta kitaplar hakkında olan anlaşmazlığı

bile kavramak için hayli kabadır. Fakat sadece, onun tüketici olmadığını ve bilhassa da hukuktaki teorik tartışmanın da dahil olduğu pek çok durumu kapsayamadığını iddia edeceğim. Çeşitli pratikleri ve gelenekleri paylaşan topluluklardaki üyelerin –ihtilafa düştükleri durumda, yani gelenek veya pratiğin somut şartlarda neyi gerektirdiği hakkında anlayamadıklarında– bu pratik ve geleneklerin en iyi yorumunun ne olduğu hakkında iddialarda bulduklarında ve bu iddiaları kendi aralarında tartıştıklarında, söz konusu resmin geçerliliği yoktur. İleri sürülen iddialar çoğunlukla tartışmaya açıktır ve insanlar bu yorumları şekillendirmede ve dile getirmede farklı kriterler kullanıyor bile olsalar ortada özgün bir ihtilaf vardır. İhtilaf özgündür, çünkü yarışan yorumlar aynı yorum nesne veya olaylarına yönelmiştir. Bu modelin hukuki tartışmayı daha kapsamlı bir şekilde anlamamıza ve daha geniş bir kültür içerisinde hukukun rolünü daha açık görmemize nasıl yardımcı olduğunu göstermeye çalışacağım. Fakat öncelikle modelin çok daha basit bir kurumda nasıl geçerli olduğunu görmek işimize çok yarayacak.

Hayali bir topluluğa ilişkin şu hikâyeye bir bakalım. Topluluğun üyeleri, bazı toplumsal olaylar söz konusu olduğunda “nezaket kuralları” dedikleri bir dizi kuralı izlemektedir. Sözgelimi, derler ki, “Nezaket, köylünün asillerle karşılaştığında şapkasını çıkarmasını gerektirir.” İlâveten bu türden başka önermeleri de zorunlu kılar ve kabul ederler. Zamanla bu pratik tabu niteliği kazanır: Kurallar orada durmaktadır ve ne sorgulanmakta ne de değiştirilmektedirler. Fakat sonra, muhtemelen yavaş yavaş, bütün bunlar değişir. Herkes nezaket kurallarına karşı iki bileşene sahip, kompleks bir “yorum” tutumu geliştirir. İlk bileşen nezaket pratiğinin basitçe var olmadığı ama bir değere de sahip olduğu, bir çıkara veya amaca hizmet ettiği yahut da pratiği oluşturan kuralların salt betimlenmesinden bağımsız bir şekilde ifade edilebilecek bir ilkeyi hayata geçirdiği –kısaca bir gayesi oldu-

ğu– varsayımdır. İkinci bileşen ise nezaketin gerektirdiklerinin –talep ettiği davranışların veya güvence altına aldığı yargıların– zorunlu olarak yahut münhasıran hep kabul edilegelmiş şeyler olmadığını, bilakis gayesi çerçevesinde anlaşılması gerektiğini, dolayısıyla da katı kuralların bu gaye çerçevesinde uygulanması, genişletilmesi, değiştirilmesi, nitelendirilmesi veya sınırlandırılması gerektiğini söyleyen daha ileri bir varsayımdır. Bir kez bu yorum tutumu edinildi mi, nezaket kurumu mekanik olmaktan çıkar; artık incelenmemiş gizemli bir düzene riayet etmekten başka bir şeydir. İnsanlar bundan böyle –onu en iyi ışık altında görebilmek için– kuruma *anlam* yüklemeye çalışacak, sonra da bu anlamın ışığı altında onu yeniden yapılandıracaklardır.

Yorum tutumunun bileşenleri birbirlerinden bağımsızdır; tutumun herhangi bir kuruma yönelik ilk bileşenini, ikincisini benimsemeksizin edinebiliriz. Bunu oyunlar ve yarışmalar söz konusu olduğunda yaparız. Bu pratiklerin gayelerine, çok sınırlı durumlar haricinde¹ kuralların ne olduğunu tartışırken değil kuralların ne yönde değiştirilmesi gerektiğini tartışırken başvururuz; kurallar, tarih ve uzlaşımın vasıtasıyla sabitlenmiştir. Öyleyse yorum, oyunlar ve yarışmalar söz konusu olduğunda sadece harici bir rol oynar. Ne var ki nezaket gösteren vatandaşların, tutumun ikinci bileşenini de birincisi kadar benimsemiş olmaları nezaket hakkındaki hikâyem açısından hayati önem taşıyor; onlar için yorum sadece nezaketin niçin var olduğunu değil aynı zamanda, layıkıyla anlaşıldığında, şimdi neyi gerektirdiğini de karara bağlar. Değer ve içerik iç içe geçmiş durumdadır.

Nezaket Nasıl Değişir?

İki bileşen içinde yorum tutumu geliştirilmeden önce herkes, nezaketin gayesinin toplumsal açıdan üstte olanlara saygı gösterme fırsatını sağlamasında yattığını düşünüyor olsun. Bu pra-

tiğin gerektirdiği şeyin gerçekten de söz konusu geleneksel saygı formları olup olmadığı konusunda herhangi bir soru ortaya çıkmaz. Bunlar tam da itaat formlarıdır ve mümkün olan seçenekler uyma veya başkaldırmadır. Buna karşın, yorum tutumu tümüyle geliştiğinde bu varsayılmış olan gaye hayati bir güce sahip olur ve insanlar nezaket başlığı altında eskiden bilinmeyen itaat formlarını talep etmeye veya herhangi bir başkaldırı anlamı olmaksızın kendi yaptıklarının, hakiki saygıya başkalarının yaptıklarından daha iyi hizmet ettiği iddiasıyla eskiden el üstünde tutulan formlardan yüz çevirmeye veya onları reddetmeye başlarlar. Yorum, kıvrılıp pratiğin üzerine düşer, pratiğin şekli değişir, yeni şekil daha başka bir yorumu teşvik eder, nihayetinde pratik ciddi ölçüde değişmiş olur; bu süreçte her adım, bir önceki adımın yorumudur.

İnsanların, saygının doğru dayanakları hakkındaki görüşleri, sözgelimi, mevkiden yaşa, cinsiyetten başka bir özelliğe göre değişebilir. Dolayısıyla gösterilen saygıdan faydalananlar bir dönem toplumsal açıdan üstte olanlar iken, bir başka dönem yaşlılar, başka bir dönem kadınlar vs. olabilir. Saygının mahiyeti veya niteliği hakkındaki görüşler de değişebilir. Bir görüş saygının haricen gösterilmesini saygı kabul ederken aksi görüş asıl saygının duygularla ilgili olduğunu söyleyebilir. Saygıyla ilgili fikirler başka bir boyutta da farklılaşabilir: Saygı, kişisel başarıları nedeniyle bireylere değil de gruplara yahut doğal özelliklere yöneltildiğinde gerçekten de bir değere sahip midir? Eğer gruplara yahut doğal özelliklere yönelmiş saygı artık önemli görülüyor, hatta yanlış addediliyorsa, pratiğin farklı bir yorumu da zorunlu hâle gelmiş demektir. Kişisel olmayan toplumsal ilişki formları, tam da bu kişisel olmama nedeniyle daha önemli olmayı ne inkâr ettiği ne de gerektirdiği için insanlar, böyle ilişki formlarının değeri çerçevesindeki nezaketin gayesini neredeyse ilk baştağinin zıttı olarak görmeye başla-

yacaklardır. Artık nezaket toplumsal yaşamda farklı, daralmış bir yere sahip olacak, nihayetinde de hikâyenin sonu ufukta belirecektir: Yorum tutumu zayıflar, saygı pratiği ilk başladığı statik ve mekanik hâle döner.

YORUMA İLK BAKIŞ

Nezaket geleneğinin zaman içerisindeki değişimine tarihsel perspektiften kuş bakışıyla göz attık. Şimdi dönüşümün dinamiklerini daha yakından, her bir bireyin geleneğe verdiği tepkileri üreten yargı, karar ve argüman türlerine de dikkat ederek ele almalıyız. Bu tepkiler, bir araya gelerek, uzun vadede bizim ilk bakışta fark ettiğimiz değişimi üretmişti. Yorum tutumu adını verdiğim tutumun içten, yorumcuların bakış açısından nasıl işlediğini açıklamaya ihtiyacımız var. Ne yazık ki, başlangıç düzeyindeki bir açıklama dahi tartışmaya açık olacaktır, zira bir topluluk yoruma dair kavramları kullanıyor olsa bile, yorum kavramının bizzat kendisi de onlardan biri olmak durumunda: Bir yorum teorisi, yorumla ilgili kavramları kullanan üst-düzyer bir pratiğin yorumudur. (Dolayısıyla yorumun yetkin bir açıklaması kendisi için de doğru olmak durumundadır.) Bu bölümde, nezaket gibi toplumsal pratiklerin ve yapıların yorumlanmasını izah etmek için özel olarak tasarlanmış teorik bir açıklama öneriyorum ve bu açıklamayı esasa dair ve göründükleri kadarıyla güçlü itirazlara karşı savunuyorum. Korkarım ki tartışma bizi hukuktan uzaklaştırıp edebiyat teorisyenlerinin, sosyal bilimcilerin ve filozofların işgal ettiği yorum tartışmalarına götürecektir. Fakat eğer hukuk yorumla ilgili bir kavramsa, kaydadeğer bir hukukbilim yaklaşımı yorumun ne olduğu hakkında bir görüş oluşturmak zorunda ve bu bölümde inşa ettiğim ve savunduğum yorum analizi, kitabın geri kalan kısmının temelini oluşturuyor. Yani bu yan yola sapmamız şart.

Toplumsal bir pratiği yorumlamak, yorum formlarından veya yorumun ortaya çıktığı durumlardan sadece biridir. İnsanlar pek çok farklı bağlamda yorum yapar ve işe, bu bağlamların nasıl farklılaştığını anlamaya çalışarak başlamalıyız. Yorumun ortaya çıktığı en bilindik durum karşılıklı konuşmadır —öylesine bilindiktir ki onu fark etmeyiz bile. Başka bir kişinin çıkardığı sesleri veya yaptığı işaretleri onun ne dediğine karar vermek için yorumlarız. Bilimsel adı verilen yorum ise başka bir bağlamdır: Biliminsanın önce verileri topladığını, sonra da onları yorumladığını söyleriz. Sanatsal yorum ise bir başkası: Eleştirmenler şiirleri, oyunları ve resimleri; onların anlam, tema veya anlamlarına dair bir görüşü savunmak için yorumlarlar. Bizim incelediğimiz yorum formu –toplumsal bir pratiğin yorumu– bu açıdan sanatsal yoruma benzer: Her ikisi de insanların yarattığı ama kendilerinden ayrı bir varlığı yorumlamayı amaçlar. Karşılıklı konuşmada insanların söyledikleri şeylerin, bilimsel yorumda ise insanlar tarafından yaratılmamış olayların yorumu söz konusu idi. Sanatsal yorum ile toplumsal pratiğin yorumu arasındaki bu benzerlik üzerinde durmam gerekiyor; karşılıklı konuşmadaki yorum ile bilimsel yorumdan ayırabilmek için, ikisine de, yani sanatsal yoruma da, toplumsal pratik yorumuna da “yaratıcı” yorum diyeceğim.

Karşılıklı konuşmadaki yorum şöyle böyle mekanik tarzdaki nedensellikten ziyade amaçsal nitelik taşır. Bir kişinin çıkardığı sesleri, biyoloğun, kurbağanın vıraklamalarını açıkladığı tarzda açıklamaya çalışmaz. Karşılıklı konuşmadaki yorum, konuşmaya, konuşmacının sahip olduğunu varsaydığı saikler, amaçlar ve çıkarlar ışığında anlam atfeder ve konuşmacının ne yaptığını söylerken, ulaştığı sonuçları onun “niyeti” hakkındaki ifadeler olarak sunar. Bütün yorum formlarının bu şekildeki amaçsal açıklamayı hedeflediğini ve bu hedefin yorumu, açıklama tipi olarak, genel itibariyle nedensel açıklamadan ayırdığını söyle-

yebilir miyiz? Bu betimleme, ilk bakışta utanç verici şekilde, bilimsel açıklamaya uymuyormuş gibi görünüyor; eğer bütün hakiki yorumların amaçsal olduğu düşüncesinin cazibesine kapılırsak, kendimizi bilimsel yorumun yorum bile olmadığını söylerken buluruz. “Bilimsel yorum” kalıbı, sadece bir metafordur, diyebiliriz; biliminsanına “konuşan” veri metafordur, aynı bir başkasıyla konuşan insan gibi; metafor, verinin kendisine ne söylediğini anlamaya çalışan biliminsanının resmini verir. Bilimsel sürece dair nihai betimlememizden amaç düşüncesini çıkarmakla, metaforu ortadan kaldırarak doğrudan konuşabileceğimizi düşünebiliriz.

Yaratıcı yorum öyleyse aynı zamanda sadece yorumun metaforik bir örneği midir? Aynı metaforu kullanacak olursak, şiirleri ve toplumsal pratikleri yorumlamaktan bahsettiğimizde bunların bizimle konuştuğunu, aynen bir insanın yapabileceği gibi bize bir şeyler söylemeye çalıştığını hayal ederiz. Fakat bu durumda metaforu, zihnimizde esasında sıradan bir nedensel açıklamanın olduğunu ve bu amaç ve anlam metaforunun sadece bir süs olduğunu izah etmek suretiyle bilimsel yorumda yaptığımız gibi ortadan kaldıramayız. Zira toplumsal pratiklerin ve sanat eserlerinin yorumu *esas itibarıyla* nedenlerden ziyade amaçlarla ilgilidir. Nezaket ülkesinin vatandaşları pratiklerini yorumladıklarında, birbiriyle örtüşen davranışlarının çeşitli ekonomik, psikolojik veya fizyolojik belirleyicilerini bulmayı hedeflemezler. Bir eleştirmen de bir şiirin nasıl yazıldığına dair fizyolojik bir açıklamayı hedeflemez. Öyleyse yaratıcı yorumda amacın temel yerini kabul eden, pratiklerin ve resimlerin kendi sesleriyle kendi adlarına konuşması metaforunu ortadan kaldırmanın bir yolunu bulmalıyız.

Çözümlerden biri çok iyi biliniyor. Bu çözüm, şiirlerin ve resimlerin bizimle konuştuğu şeklindeki metaforu, yaratıcı yorumun, karşılıklı konuşmadaki yorumun sadece özel bir durumu

olduğunda ısrar ederek ortadan kaldırır. Sanat eserlerini, metaforun önerdiği biçimiyle değil, onların gerçek insan yaratıcılarından dinleriz. Yaratıcı yorum, eser sahibinin belirli bir romanı yazmadaki veya belli bir toplumsal pratiği devam ettirmedeki amaçlarını ve niyetlerini ortaya çıkarmayı hedefler, tıpkı karşılıklı konuşmada arkadaşımızın sözleriyle neyi kastettiğini, arkasında hangi niyetinin olduğunu kavramaya çalışmamız gibi.² Farklı bir çözümü savunmak durumundayım: Yaratıcı yorum, karşılıklı konuşmayla ilgili değil, *inşa etmeyle* ilgilidir. Sanat eserlerinin ve toplumsal pratiklerin yorumu, diyeceğim, esasında temel itibariyle nedenle değil amaçla ilgilidir. Fakat bir oyundaki amaçlar (temel itibariyle) yazarın değil, yorumcununur. Kabaca inşai yorum, bir nesne veya pratiği dahil olduğu kabul edilen form yahut türün mümkün en iyi örneği kılabilmek için, ona bir amaç yükleme meselesidir. Bu kaba açıklama bile, yorumcunun bir pratiği veya sanat eserini istediği herhangi bir şey yapabilmesini, eşitlik düşüncesiyle efsunlanmış bir nezaket ülkesi vatandaşının, iyi niyetle, nezaketin fiilen refahın paylaşılmasını gerektirdiğini iddia etmesi sonucunu doğurmaz. Zira pratiğin veya nesnenin tarihi veya biçimi, onun mümkün yorumlarını sınırlar, ne var ki bu sınırlamanın karakteri, göreceğimiz üzere, dikkatli bir açıklama gerektirir. Yaratıcı yorum, inşai görüşe göre, amaç ve nesne arasındaki etkileşim meselesidir.

Toplumsal bir pratiği yorumlayan katılımcı, bu görüşe göre, pratiğin hizmet ettiği, ifade ettiği veya örneklediği kabul edilen çıkarlar, hedefler ve ilkeler şemasını betimlemek suretiyle pratiğe bir değer atfetmeyi önerir. Sıklıkla, muhtemelen tipik olarak, pratiğe dair ham davranış verisi –insanların hangi durumlarda ne yaptığı– değer atfedilmesini belirleyemez: Yani bu veriler farklı ve yarışan değer atfetmelerinin her birinde tutarlı olacaktır. Bir kişi, nezaket pratiklerinde, toplumsal mevki veya başka bir statü nedeniyle hak eden kişilere saygı gösterilmesini

sağlayan bir aygıt görebilir. Bir başkası ise toplumsal mübadeleyi daha geleneksel ve dolayısıyla da saygıya dair farklılaşan yargıları *daha az* işaret edici kılmanın bir aracını aynı açıklıkla görebilir. Eğer ham veri bu yarışan yorumları birbirinden ayırmıyorsa, her bir yorumcunun tercihi, yorumcunun pratiğe dair en fazla değeri hangi yorumun önerdiği –her şey dikkate alındığında, onu hangisinin daha iyi bir ışık altında gösterdiği– görüşünü yansıtmalıdır.

Bu inşacı açıklamayı, sadece yaratıcı yorumun analizi olarak sunuyorum. Fakat yeri gelmişken inşacı açıklamanın zikrettiğim diğer iki yorum bağlamına uyması için nasıl geliştirilebileceğine ve böylece bütün yorum formları arasında derin bir bağlantı olduğunun gösterilebileceğine bakmamız lazım. Karşılıklı konuşma sırasında karşıdakini anlamak, kişinin söylediğini iletişimin normal şartlar altında olabileceği en iyi performans kılma etkisine sahip, *principle of charity** denen ilke gibi, aygıtlar ve varsayımlar kullanmayı gerektirir.³ Ayrıca bilimde verilerin yorumlanmasında açıklama paradigmaları hakkındaki, yani bir açıklama formunu başka bir açıklama formundan üstün kılan özelliğin ne olduğu hakkındaki, tartışmaya açık ve değişen varsayımları yansıtan, teori inşasının basitlik, zarafet [*elegance*] ve doğrulanabilme gibi standartları yoğun bir şekilde kullanılır.⁴ Öyleyse yaratıcı yorumun inşacı açıklaması, muhtemelen yorumun bütün formları için daha genel bir açıklama sunabilecektir. Biz de bu durumda, bütün yorumların yorumladığı şeyi, varsayılan bir teşebbüsün örneği

* Türkçede oturmuş bir çeviriye rastlamadım. İnsafılık, iyilikseverlik veya iyi niyet ilkesi, olarak anıldığı olmuş. Farklı alanlarda farklı yönleri öne çıksa da, genel olarak, yorumcunun yorumladığı metne önyargıyla yaklaşmamasını, aksi yönde kanıt olmadıkça yorumlanan metnin bir anlamı olduğunun, metnin yazarının zekâ sahibi olduğunun kabul edilmesini gerektirir. Metin yorumlanırken, mümkün olduğunca metnin bir anlamı olacak şekilde hamleler yapılmalıdır. Hukuktaki “yasakoyucu abesle iştilal etmez” veya *Mecelle*’deki “kelamın i’ mali ihmalden evladır” gibi düsturlar bu ilke kapsamında değerlendirilebilir.—çn

olarak, olabileceğinin en iyisi yapmaya çalıştığını ve yorumun farklı bağlamlarda farklı formlar aldığını, bunun tek nedeninin farklı teşebbüslerin farklı değer yahut başarı standartları gerektirdiğini söyleyebileceğiz. Sözgelimi, sanatsal yorumun bilimsel yorumdan sırf sanat eserlerindeki başarıyı, fiziksel fenomenlerin açıklanmasını yargıladığımızdan farklı standartlarla yargıladığımız için farklı olduğunu söyleyebileceğiz.

YORUM VE YAZARIN NİYETİ

Ne var ki yorumun inşacı açıklaması, yaratıcı yorumla veya daha da daraltırsak, nezaket gibi toplumsal pratiklerin yorumuyla sınırlı olduğunda bile pek çok okura tuhaf gelecektir. İnşacı açıklamaya itiraz edeceklerdir, çünkü yaratıcı yorumun zikrettiğim popüler açıklamasını tercih edeceklerdir: Yaratıcı yorum, yazara yönelmiş karşılıklı konuşma yorumundan ibarettir. Yakınmalarını temsil eden şu ifadeye bakalım. “Hiç şüphe yok ki insanlar, nezaket ülkesinin vatandaşlarının sahip oldukları toplumsal pratikler hakkında betimlediğiniz türden iddiaları yapmaktadırlar; yine şüphe yok ki bu pratiklerin nasıl anlaşılması ve devam ettirilmesi gerektiğine dair fikirler önerebilir ve bu fikirler hakkında tartışabilirler. Fakat bunu *yorum* olarak isimlendirmek veya bunun pratiğın *kendisine* bir tür anlam verdiğini söylemek ciddi bir kafa karışıklığını yansıtır. Bu bizi iki şekilde yanlış yönlendirmiş olur. Evvela, yorumlamak bir şeyi –sözgelimi bir jesti, metni, şiiri veya resmi– belirli ve özel bir şekilde anlamaya çalışmak anlamına gelir. Eser sahibinin konuşmada, eylemede, yazmada veya çizmedeki saiklerini veya niyetlerini keşfetmeye çalışmak demektir. Öyleyse bir toplumsal pratiği yorumlamak, sizin nezaket pratiğınızde olduğu gibi, sadece tek tek üyelerinin niyetlerini çekip çıkarmak anlamına gelebilir. İkincisi, yorum, yorumun nesnesini –söz konusu davranışı, şiiri, resmi veya metni– dosdoğru, *tam da olduğu gibi* göstermeye çalışır, sizin

söylediğiniz şekliyle pembe camlı gözlüklerinizle bakarak veya en iyi ışık altında filan değil. Bunun anlamı, eser sahibinin fiili, tarihi niyetini ele geçirmektir, eser sahibinin yarattığı değerlere yorumcunun değerlerini sokuşturmak değil.”

Bu itirazı aşama aşama cevaplayacağım ve oldukça kısaltilmiş olsa da, yardımcı olması için argümanımın ana hatlarını sunuyorum. İlk olarak sanatsal yorumu, itirazın söylediği gibi, eser sahibinin niyetini ele geçirme olarak kabul etsek bile, itirazın kınadığı inşai yorum stratejilerini kullanmaktan kaçmamız mümkün değil. Sanat nesnesini bize göre olabileceğinin en iyisi kılmaya çalışmaktan kaçamayız. Daha sonra, eğer sanatsal yorumun hedefini eser sahibinin niyetini keşfetmek olarak kabul edersek, bunun, inşai yorumun metotlarının reddedilmiş olmasının değil sanata uygulanmış olmasının *sonucu* olması gerektiğini göstermeye çalışacağım. Son olarak da, yorumcunun başka bir kişinin niyetlerini veya anlamlarını keşfetmeye çalıştığı gündelik karşılıklı konuşma yorumu tekniklerinin, nezaket gibi bir toplumsal pratiğin yorumlanması için hiçbir şekilde uygun olmayacağını, çünkü böyle bir pratiğin yapısı açısından pratiği yorumlamanın, diğer katılımcıların yaptıkları şey sırasındaki ifadeleriyle neyi kastettiklerini anlamaktan farklı bir şekilde ele alınması gerektiğini iddia edeceğim. Bu iddianın sonucu olarak, bir sosyal bilimci, eğer toplumsal bir pratiği anlamak istiyorsa ona katılmak durumundadır ve bu, onun üyelerini anlamaktan farklı bir şeydir.

SANAT VE NİYETİN MAHİYETİ

Sanatsal yorumun eser sahibinin niyetlerini keşfetmekle ilgili olması kaçınılmaz bir mesele midir? Eser sahibinin niyetlerini keşfetmek, yorumcunun kendi değerlerinden bağımsız, olgusal bir süreç midir? Önce birinci soruyla ve temkinli bir iddiay-

la başlayalım. Eğer “niyet”i bilinçli zihinsel bir durum olarak anlarsak, sanatsal yorum eser sahibinin niyetini ele geçirmekten ibaret değildir. Tabii bu durumda, sanatsal yorumun, eser sahibinin niyetini keşfetmek olduğunu söyleyen iddiayı, eser sahibi konuşur, yazar veya eylerken, onun zihninde elindeki sopayı sallayıp duran belli bir bilinçli düşünceyi teşhis etmeyi amaçlaması anlamında almamız gerekiyor. Niyet, daima bundan daha karmaşık ve sorunlu bir meseledir. Dolayısıyla ilk sorumuzu yeniden formüle etmemiz gerekiyor. Eğer sanattaki yorumu, eser sahibinin niyetini ele geçirmek olarak görmek istiyorsanız niyetten neyi anlamamız gerekiyor? İlk sorunun bu gözden geçirilmiş hâli, ikinci soruyu da yeniden şekillendirecek. İtirazın varsaydığı gibi sanatçının niyetini keşfetmek ile yaptığı şeyde bir değer bulmak arasında gerçekten keskin bir ayrım var mıdır?

Önce Gadamer’in ileri sürdüğü hayati bir noktaya bakmalıyız: Yorum mutlaka bir niyeti *uygulamaya* geçirmelidir.⁵ Tiyatro bize aydınlatıcı bir örnek sunar. Bugün için *Venedik Taciri*’ni sahneye koymak isteyen biri, Yahudi karakterinin Shakespeare ve onun seyircisi için sahip olduğu karmaşık anlamı günümüz seyircisinde uyandıracak bir Shylock anlayışı bulmak durumundadır; yani yaptığı yorum, Shakespeare’in niyetlerini ileriye, çok farklı bir tarihin sonunda ikamet eden çok farklı bir kültüre taşıyarak iki “bilinç” dönemini bir şekilde kaynaştırmalıdır.⁶ Eğer bunda başarılı olabilirse, yaptığı Shylock okuması muhtemelen Shakespeare’in bu karaktere ilişkin somut bakışından oldukça farklı olacaktır. Sözelimi, aşağılama veya ironiyi sempatiyle değiştirerek bazı açılardan zıt bir okuma da yapmış olabilir veya belki Shylock’un Jessica ile olan ilişkisini Shakespeare’in yönetmen olarak göreceğinden daha önemli bularak vurguyu değiştirebilir.⁷ Yani sanatsal yorum karmaşık ve giriftir: Niyetin farklı yönleri ve düzeyleri birbirleriyle çelişebilir. Shakespea-

re'in Shylock hakkındaki somut ve görünür fikirlerine sadakat göstermek, onun bu karaktere bakışının günümüz seyircisi üzerindeki etkisini görmezden gelmek, Shakespeare'in daha soyut sanatsal amacına ihanet anlamına gelebilir.⁸ Bu soyut amacı durumumuza "uygulamak", geçmişteki zihinsel bir durumu yeniden inşa etmek şeklindeki tarafsız, tarihsel bir uygulamadan oldukça uzaktır. Kaçınılmaz şekilde yorumcunun kendi sanatsal fikirlerinin, tıpkı yaratıcı yorumun inşacı açıklamasının önerdiği tarzda işe dahil olmasını gerektirir, çünkü Shakespeare'in asla dile getirmediği veya belki de bilinçli bir şekilde sınırlandırılmış ama yazdığı oyunun dönemi için nasıl en aydınlatıcı ve güçlü oyun olabileceğini sormamız vasıtasıyla bizim için üretilmiş büyük sanatsal gayelerin ifade edilmesinin en iyi aracını elimizdeki metin vasıtasıyla bulmaya çalışır.

Stanley Cavell, bir sanatçının somut, ayrıntılara ilişkin niyetlerinin bile nasıl sorunlu olabileceğini göstererek daha ileri seviyedeki bir karmaşıklığa dikkat çeker.⁹ Fellini'nin filmi *La Strada*'daki bir karakterin Philomel efsanesine bir atıf olarak görülebileceğini belirtir ve bu atfın kasıtlı olduğunu (veya kasıtlı olmadığını –ki farklı bir şey bu–) söyleyebilmek için Fellini hakkında ne bilmemiz gerektiğini sorar. Hayalinde Fellini'yle konuşur. Yönetmen, hikâyeyi daha önce hiç duymadığını, ama hikâyenin, filmi çekerken karakteri hakkındaki hislerini yansıttığını, yani şimdi onun, yaptığı filmin bir parçası olduğunu kabul ettiğini söyler. Cavell bu tip durumlarda atfın kasıtlı olduğunu kabul etmeye meyilli olduğunu belirtir. Cavell'in analizi bizim açımızdan önemli, zira sadece ayrıntı teşkil eden bir şeyin doğru olup olmadığını anlatmakla kalmıyor, aynı zamanda ham bilinçli-zihin-durumu anlayışından oldukça farklı bir niyet anlayışı da öneriyor. Bu görüşe göre, sanatçının amaçlarına uyan ve onu aydınlatan ince bir düşünce, ilk başta öyle yapmamış bile olsa, kabul edeceği ve benimseyeceği bir tarzda onun niyetine ait olur.

(Öyleyse bu hayali konuşma testi, genel bir eleştirel kullanım olacaksa, uzun süre önce ölmüş yazarlara da uygulanabilecektir.) Bu, yorumcunun sanatsal değer anlayışını, sanatçının niyetini yeniden inşa edişine en azından elle tutulur bir tarzda taşır, çünkü yorumcunun, yazarın neyi kabul etmiş olabileceğine dair yargısına, yazarın neyi kabul etmesi gerektiğine dair düşüncesi, yani hangi okumanın eseri daha iyi, hangi okumanın daha kötü kılacağına dair düşüncesi rehberlik edecektir.

Cavell'in Fellini'yle yaptığı hayali konuşma, Cavell'in, filmi Philomel'e yapılan atfı içerir şekilde okunduğu takdirde daha iyi bulması ve Fellini'nin bu görüşü paylaşmak, filmi bu şekilde okumayı *istemek*, bu niyeti kapsayarak gayelerinin daha iyi gerçekleştiğini görmek için getirilebileceğini tasavvur etmesiyle başlar. Cavell'in bunu tasavvur etmek için sahipmiş gibi görüldüğü nedenlerin çoğu, kendi okumasının tercih edilmesi için gösterdiği nedenlerdir. Sanatsal niyetin bu şekilde kullanılmasının bir tür sahtekârlık, yorumcunun kendi görüşlerinin kılık değiştirmesi olduğunu iddia ediyor değilim. Zira hayali konuşmanın önemli bir negatif rolü vardır: Bazı durumlarda yorumcunun, sanatçının yorumcuya başvuran okumayı reddetmesi için iyi bir neden bulunur. Niyete dair ham bilinçli-zihinsel-durum görüşünü terk ettiğimiz takdirde, yorumun eser sahibinin niyetini ele geçirme veya yeniden inşa etme olduğu şeklindeki genel iddiayı kabul etmemiz gerektiğini de kastetmiyorum. Şimdilerde eleştirmenler bu genel iddianın daha zayıf bir formunu bile kabul etmiyorlar ve bir sonraki kısımda bu süregiden münakaşanın nasıl anlaşılması gerektiğini ele alacağız. Halihazırda üzerinde durduğum husus, sadece eser sahibinin niyeti iddiasının, bir yorum metodu yahut stili hâline geldiğinde, yorumcunun sanatsal kanaatlerini gerektirdiği: Bu kanaatler çoğunlukla, bu yorumcu açısından, geliştirilmiş sanatsal niyetin gerçekten ne olduğunun ortaya koyulmasında hayati role sahiptir.

Eğer istersek, muhtemelen bu tartışmadan önce saçma görünen Cavell'in açıklamasını hayali nezaket topluluğumuzun vatandaşlarının toplumsal pratiklerini yorumlarken ne yaptıklarının yeni bir tarifini inşa ederken kullanabiliriz. Bu durumda, her bir vatandaşın bu pratiği sürdürmedeki ve pratiğe katılmadaki kendi niyetini keşfetmeye çalıştığını söyleyebiliriz —ama bir hanımefendiye şapkasını son çıkarttığındaki zihinsel durumunu ele geçirmeye çalışmak anlamında değil, kendisine atfetmede memnuniyet duyacağı davranışının anlamlı bir açıklamasını bulmak anlamında. Toplumsal yorumun, kişinin kendisiyle, hem yazar hem de eleştirmen olarak kendisiyle, konuşması şeklindeki bu yeni tarifi, Cavell'in sanatçılarla hayal ettiği konuşmalarda önemli bir role sahip olan tanıma şokunun toplumsal yorumundaki önemini ortaya koyar. (“Evet, şapkamı çıkarırken yapmakta olduğum şeyin bir anlamı var; bunu yapmanın yanlış olacağı durumda sahip olduğu hisse uyuyor, daha önce tarif edemediğim ama şimdi edebildiğim his,” veya “Hayır, bir anlamı yok.”) Aksi takdirde yeni tarif, benim yaptığım ve kullanışlılığını bize ispatlayacak olan ilk tarife herhangi bir şey eklemiş olmaz. Sadece niyete dair dilin ve en azından yorumun bir niyet meselesi olduğu düşüncesindeki bazı hususların istediğimiz takdirde hem toplumsal hem de sanatsal yorum için mümkün olduğunu gösterir. Niyet düşüncesinde, yaratıcı yorumun iki tipini birbirinden zorunlu olarak ayıran herhangi bir şey yoktur.

Fakat şimdi daha önemli bir noktaya ulaştığımız olduk: Bu düşüncede onları zorunlu olarak kaynaştıran bir şey var. Zira yaratıcı yorumun fiili tarihi niyeti keşfetmeyi hedeflediği tezini reddedersek, niyet kavramı yine de bütün yorumcu iddialar için *formel* bir yapı sunmaya devam eder. Bununla kastettiğim şu: Yorum, mahiyeti itibariyle bir amacın bildirilmesidir; yorumlanan şeyi —hem bir metni veya resmi hem de toplumsal bir pratiği veya geleneği— görme tarzı önerir; bu tarzda yorumlanan şeyleri,

sanki bunlar tek bir temalar, görüşler veya amaçlar dizisinin, şu veya bu meselenin değil tek bir “mesele”nin peşine düşme kararının ürünüymiş gibi ele alır. Yorum, yorumlanacak malzeme toplumsal bir pratik olduğunda bile, hatta geçmişte kalmış, zihni keşfedilecek tarihi bir eser sahibinin olmadığı durumda dahi bu yapıya ihtiyaç duyar. Hayali tarihimizdeki nezaketin yorumu, niyet belirli bir kişiye yahut halkın geneline ait olamazsa bile, niyetle ilgili bir havaya sahip olacaktır. Belirli bir eser sahibinin niyetine bağlı daha başka gerekliliklerden bağımsız ele aldığımız bu yapısal gereklilik, özellikle 6. Bölümde uğraşacağımız heyecan verici sorunu ortaya çıkarır. Metinleri ve hukuki kurumları açıklama yolumuzda, amacın formel yapısı üzerinde ısrar etmenin, fiili tarihsel niyeti ele geçirme gayesinin ötesinde nasıl bir hedefi olabilir?

Niyet ve Sanatın Değeri

Hemen yukarıda, sanatsal yorumun, eser-sahibinin-niyeti metodunun en makul formunda dahi tartışma konusu olduğunu söyledim. Pek çok eleştirmen edebi yorumun, edebiyatın farklı görünümüne –sözgelimi, okuyucular üzerinde duygusal etkiye, dilinin tek bir anlam kümesine indirgenmesinden kaçabilme tarzına veya sanatçı ile muhatapları arasında diyalog yaratma imkânına– karşı duyarlı olması gerektiğini iddia eder; bunlar, ayırt edebildiğimiz en kompleks hâliyle eser sahibinin niyetinin bir parçası olmasalar bile. Şu da var: Eser sahibinin niyetinin, “gerçek” eserin neye benzediğini belirlemesi gerektiğinde ısrar edenler, bu niyetin nasıl yeniden inşa edilmesi gerektiği konusunda anlaşamıyorlar. Niyet ve sanat hakkındaki bu ihtilaflar bizim açımızdan sadece taraf tutmak zorunda olduğumuz için değil –ki burada şart değil zaten– tartışmanın niteliğini, ihtilafların gerçekten ne hakkında olduğunu anlamaya çalışmamız gerektiği için önemli.

Bu soruya verilen bir cevap şöyle: Sanat eserleri kendilerini, estetik adını verdiğimiz belli bir değer türüne sahip varlıklar olarak, en azından bu iddiayla sunarlar. Bu sunum tarzı, sanat geleneği düşüncesine içkindir. Fakat değer nereden olduğu ve ne kadar gerçekleştirildiği meselesi daima ucu açık bir soru olarak kalır, özellikle de “modernist” dediğimiz genel eleştiri geleneği söz konusu olduğunda. Genel yorum biçimleri, açık bırakılmış bu soruya verilmiş genel cevaplardır, ya da en azından bazı genel cevapları varsayarlar. Dolayısıyla ben de eser sahibinin niyeti hakkındaki akademik tartışmanın, sanatta değer nereden bulunduğu dair soyut ve teorik bir tartışma olarak görülmesi gerektiğini savunuyorum. Bu şekilde mevcut tartışma, belirli nesnelere daha çok yönelmiş daha somut ve daha değerli tartışmalarla birlikte, bize estetik deneyim sunan şümulü pratiklerdeki rolünü oynayabilecektir.

Eleştirmenler arasındaki tartışmayı bu şekilde görmek, edebi pratiğin bazı dönemlerinin neden sanatsal niyetle diğer dönemlere nazaran daha fazla meşgul olduğunu da açıklar: Onların entelektüel kültürü, sanattaki değeri sanatsal yaratım sürecine daha sıkı bir şekilde bağlamaktadır. Cavell “modernist sanatta eser sahibinin niyeti meselesinin ... eserleri kabullenişimizde eski dönemlere nazaran daha çıplak bir rol üstlen[diğine]” ve “şiir pratiğinin on dokuzuncu ve yirminci yüzyıllarda niyet meselesinin ... bizzat şiirin kendisi tarafından okuyucuya dayatıldığı bir tarzda değiş[tiğine]” işaret eder.¹⁰ Bu değişim, söz konusu dönemlerde, sanatın sanat olmakla sahip olduğu bir değerinin bulunduğu ve sanatın bu değeri belli nesnelere ve olaylarda gerçekleştirdiği, bunun yaratıcı bireysel deha sayesinde ve ancak bu deha söz konusu değeri tecessüm ettirdiğinde mümkün olduğu şeklindeki romantik düşüncenin gelişimini yansıtmış ve ona katkıda bulunmuştur. Sanatın değerine dair bu görüşün kültürümüzdeki hâkimiyeti niyete ve samimiyete bu kadar faz-

la eğilmiş olmamızı açıklamakla kalmaz, fakat onun ardındaki başka şeyleri de –sözgelimi özgünlük takıntımızı da– gösterir. Dolayısıyla hâkim olan yorum biçimimiz, eser sahibinin niyetine saplanıp kalmıştır ve bu biçim çerçevesindeki sanatsal niyetin ne olduğuna dair tartışmalar yaratıcı dehanın niteliği, kompozisyon ve ifadede bilincin, bilinçdışının ve içgüdünün rolü hakkındaki daha incelikli şüphe ve ihtilafları yansıtır. Geleneğin inşa ettiği şekliyle eser sahibinin konumunda geleneğin ve devamlılığın değerine vurgu yaptıkları için eser sahibinin niyetine daha belirgin şekilde itiraz eden bazı eleştirmenler, bir asır önce yazılmış bir eserin en iyi okunuşunu mümkün kılan geçmişe dönük yorumu savunurlar.¹¹ Bunların yanında, sanatın toplumsal ve siyasal sonuçlarının veya yapısalcı yahut dekonstrüksiyonist semantiğin önemine, yazar ile okuyucu arasında inşa edilen anlatıya vurgu yapan veya yorum teşebbüsünü tümünden reddeder görünen daha radikal eleştiriler, sanatın kavramsal olarak varsayılan değerinin nerede bulunduğu dair oldukça farklı anlayışlar sunmaya devam ediyor.

Bu, yorum ile kültürümüzün diğer yönleri arasındaki karmaşık etkileşimin ürkütücü düzeyde basitleştirilmiş bir açıklaması; sadece yorumdaki niyete dair, sanatın değeri üzerine daha geniş bir toplumsal pratik hâlinde sürdürülen rekabetin içinde kalan tartışmanın bizzat kendisinin, yorumlanan şeyi en iyi kılmayı amaçlayarak, nasıl daha soyut bir inşacı yorum hedefini varsaydığını söylemeye çalışıyorum. Yanlış anlaşılacak için çok dikkatli olmak zorundayım. Sanatsal yoruma dair eser sahibinin niyeti teorisinin yanlış (veya doğru) olduğunu değil, (eleştiri geleneğimiz içerisinde bu meseleler hakkında düşünebildiğimiz sürece) teorisinin doğru mu yanlış mı olduğunun ve ne anlama geldiğinin sanat eserlerinin sundukları farzedilen değere sahip olmalarıyla ilgili daha temel bir varsayımın imkânına dayanması gerektiğini söylüyorum. Fellini'nin *La Starada*'nın çekimi sıra-

sındaki niyetini yeniden inşa etme derdindeki bir eleştirmenin zihninde, niyetle estetik değeri birbirine bağlayan bir teorinin olması gerektiğini de savunmuyorum: Eleştirel niyet, sanatsal niyetten daha başka bir zihinsel durum değildir. Eleştirmenin, yönetmenin niyetinin Philomel'in yeniden işlenmesini içerdiğini belirttiği takdirde, Fellini'nin –bunu hiçbir zaman kabul etmemiş de olsa– bu şekilde okunması durumunda filmin daha iyi bir film olacağı şeklinde bir düşünceye bilinçli bir şekilde sahip olması gerektiğini ileri sürüyor da değilim. Tek söylediğim şu: Eğer eleştirmenin iddialarını, sözgelimi istihza veya sahtekârlık olarak değil de yorum olarak anlayacaksak, olağan eleştirel durumlarda böyle bir görüşü ona atfetme imkânına sahip olmalıyız, tıpkı normalde insanlara bazı kanaatler atfettiğimiz gibi.¹² Yorumcuların tamamen kaçamayacakları bir yorum geleneği içerisinde düşündükleri aşikâr ve bunu reddetmiyorum. Yorum durumu bir Arşimet noktası değil; yorumun, yorumlanan şeyi en iyi görünüşe sahip kılmaya çalıştığını söyleyen düşünce de böyle bir şey iddia etmiyor. Burada yine, tarihe karşı mücadele ederken aynı zamanda onun sınırlarını da kabul eden yorum anlayışıyla hedefi on ikiden vuran Gadamer'e başvurmak durumundayım.¹³

NİYETLER VE PRATİKLER

Bu tartışmanın başında dile getirdiğim itiraza karşılık olarak, kültürümüzde sanatsal yorumun inşai yorum olduğunu iddia ettim. Bir sanat eserinin en iyi yorumunun eser sahibinin niyetine ne kadar sadık kalması gerektiği şeklindeki muazzam soru, bu durumda, şu inşai soruya dayanır: Bu gerekliliği kabul etmek, yorumun, sanatsal nesne veya deneyimi olabileceğinin en iyisi yapmasına imkân tanır mı? Dehanın sanatın en hassas noktası olduğunu düşündüklerinden veya başka bir nedenle, buna imkân tanıyacağını düşünenler, eser sahibinin niyetinin

yorumda dikkate alınacak kısmının ne olduğuna karar verirken sanatsal değer hakkında daha ayrıntılı yargılar geliştirmelidir. Şimdi ise ele almakta olduğumuz itirazın yaratıcı yorumun bil-hassa diğer formlarına, toplumsal pratiklerin ve yapıların yorumuna uygulanışına bakmalıyız. Böyle bir yorum formu, eser sahibinin niyeti gibi bir şeyi keşfetmeyi nasıl amaçlamış olabilir? Böyle bir şeyi düşünmenin mümkün olduğu bir anlamı daha önce görmüştük. Bir toplumsal pratiğin üyesi, pratiğinin yorumlanmasının, kendi niyetinin betimlemiş olduğum tarzda keşfedilmesi anlamına geldiğini düşünebilir. Fakat bu hipotez, itirazın işine yaramaz, çünkü dile getirilen itiraz yorumun tarafsız olması gerektiğini, dolayısıyla da yorumcunun bir *başka* kişinin saiklerini ve amaçlarını keşfetmeyi amaçlaması gerektiğini iddia ediyordu. Bu öneriye toplumsal yorum bağlamında nasıl bir anlam verebiliriz?

İki olasılık söz konusu. Toplumsal bir pratiğin yorumunun, pratikteki diğer katılımcıların, sözgelimi nezaket ülkesinin vatandaşlarının, amaçlarının veya niyetlerinin keşfedilmesi anlamına geldiği söylenebilir. Veya toplumsal bir pratiğin yorumu, pratiğe ev sahipliği yapan, bir tür zihinsel hayata veya grup bilincine sahip olduğu düşünülen topluluğun amaçlarının keşfedilmesidir denilebilir. Bu önerilerden ilki, daha az gizemli olması hasebiyle daha cazip görünüyor. Fakat argümantatif toplumsal pratiğin dahili yapısı onu geçersiz kılıyor, zira bu tip pratiklerin bir özelliği olarak, bir yorum iddiası başka yorumcuların ne düşündüğü hakkındaki bir yorum olmaktan ibaret *değildir*. Pek tabii ki toplumsal pratikler bireysel eylemlerden müteşekkildir. Bu eylemlerin pek çoğu iletişimi amaçlar ve “Bununla ne kastetti?” veya “Bunu niye söyledi ki?” gibi sorulara davetiye çıkarır. Eğer nezaket topluluğundaki bir kişi, bir başka kişiye nezaket kurumunun üstün olanlara şapka çıkarmayı gerektirdiğini söylerse, bu soruları sormanın en doğru zamanı gelmiş demektir ve

sorulara cevap vermek, karşılıklı konuşma yorumunun bilindik tarzında onu anlamaya çalışmak anlamına gelir. Fakat toplumsal bir pratik, katılımcıların tek tek eylemlerini ve düşüncelerini yorumlamak ile pratiğin bizzat kendisini, yani kolektif olarak yaptıkları şeyi yorumlamak arasında hayati bir ayırım yaratır ve bu ayırımı varsayar. Bu ayırımı varsayar, çünkü katılımcıların iddia ve argümanları, pratiğin izin verdiği ve teşvik ettiği argümanlar olarak, *pratiğin* ne anlama geldiği hakkındadır, *katılımcıların* neyi kastettiği hakkında değil.

Eğer pratiğin katılımcıları, pratiğin en iyi yorumunun hangisi olduğu konusunda daima uzlaşa içerisinde iseler, bu ayırım pratik amaçlar açısından önemsiz olurdu. Fakat yorum tutumu canlı olduğunda, en azından ayrıntılarda uzlaşamazlar. Toplumsal bir pratiği paylaşıyor olmaları için büyük oranda uzlaşmış olmaları gerektiğine şüphe yok. Mesela bir söz dağarını paylaşıyor olmalılar: Şapkalardan veya gerekliliklerden bahsettiklerinde zihinlerinde büyük oranda aynı şey olmalı. Dünyayı yeterince benzer şekillerde anlıyor olmalılar ve birbirlerinin iddialarındaki mantığı fark edebilmek için yeterince benzer çıkarılara ve kanaatlere sahip olmalılar, ki böylece bu iddialara gürültüden başka bir şey *olarak* bakabilsinler. Bu sadece aynı sözlüğü kullanıyor oldukları anlamına gelmez, aynı zamanda Wittgenstein'in hayat formu dediği şeyi yeterince yoğun paylaştıklarını da gösterir. Böylece bir başkasının söz ve eylemlerindeki mantığı veya amacı fark edebilir, hangi türden inançların ve saiklerin söyleyişine, jestine, tonuna vs. anlam kattığını görebilirler. Hepsi, ifadenin her iki anlamında da "aynı dili konuşuyor" olmalılar. Fakat çıkarların ve kanaatlerin benzerliğine ancak bir noktaya kadar ihtiyaç vardır: Benzerlik, hakiki bir ihtilafın çıkmasına yetecek ölçüde yoğun olmalı, fakat bir ihtilafın ortaya çıkmamasına neden olacak kadar yoğun olmamalıdır.

Öyleyse toplumsal bir pratiğin katılımcılarının her biri, topluluğun diğer üyelerinin pratiğin neyi gerektirdiğini düşündüklerine karar vermeye çalışmak ile kendi açısından pratiğin gerçekten neyi gerektirdiğine karar vermeye çalışmak arasında ayırım yapmalıdır. Bunlar farklı sorular olduğu için, ikinci soruya cevap vermede kullanılan yorum metodu, birinci soruyu cevaplamak için kullanılması gereken, bireylere tek tek yöneltilecek karşılıklı konuşma metotlarından biri olamaz. Pratiği yorumlamayı deneyen bir sosyal bilimci de aynı ayrımı yapmak durumundadır. İsterse, topluluktaki farklı bireylerin pratiğin neyi gerektirdiği hakkındaki çeşitli fikirlerini rapor etme işini üstlenebilir. Fakat bu pratiğin kendisini yorumlamak olmayacaktır; eğer farklı bir projeyi üstlenirse metodolojik bireyciliği terk etmeli ve incelediği kişilerin nezaketin gerçekten neyi gerektirdiği hakkındaki kendi fikirlerini şekillendirirken kullandıkları metotları kullanmalıdır. Yani anlamayı teklif ettiği pratiğe *katılmalıdır*; bu durumda ulaştığı sonuçlar nezaket ülkesinin vatandaşlarının ne düşündüğü hakkında tarafsız bir rapor olmayacak, nezaket hakkında onların fikirleriyle *yarışan* iddialar olacaktır.¹⁴

Peki ya toplumsal bir pratiğin yorumunun bir tür üst-varlık [*superentity*] olarak algılanan topluluğun tamamına yönelmiş karşılıklı konuşma yorumu olduğu şeklindeki daha şümüllü soruya ne demeli? Filozoflar kolektif bilinç veya grup bilinci düşüncesini farklı bağlamlarda çeşitli nedenlere ele aldılar ve bunların bazıları yorumla da ilgili; bir kısmını dipnotta tartışmayı tercih ediyorum.¹⁵ Bu önerinin sahip olduğu zor ontolojiyi kabul etsek bile, daha az şümüllü olanı için öldürücü olan aynı argümanla def edilebilir. Karşılıklı konuşma yorumunun burada yeri yoktur, çünkü yorum koşullarını, yorumlanan pratiğin kendisi belirler: Nezaket, nezaketin yorumlanmasının herhangi bir kişinin onun hakkında ne düşündüğünü keşfetme meselesinden ibaret olmadığını söyler. Topluluğun, kendi fikir ve kanaatlerine,

bir tür grup bilincine sahip ayrı bir kişi olduğunu varsaysak bile, bu varsayım hikâyeye, yorumcunun fikirlerini sadece keşfedip rapor etmesi değil, yargılaması ve tartışması gerektiği yeni bir kişi daha ekler. Yani hâlâ nezaketin neyi gerektirdiği hakkındaki, kendine has saikler ve amaçlar üzerine düşünmek suretiyle keşfedebileceğini düşündüğü grup bilincinin fikri ile yorumcunun, nezaketin gerçekten ne gerektirdiği hakkındaki düşüncesi arasında ayırım yapmak durumundadır. Yine de bu varlığın keşfetmiş olduğu yargısını sınamak için kullanabileceği bir yorum türüne ihtiyacı vardır ve bu metot bu varlıkla veya başka bir şeyle karşılıklı konuşma meselesi olamaz.

Bu uzun tartışmayı başlatan, önemli bir itirazdı: Yaratıcı yorumun inşacı açıklaması yanlıştır, çünkü yaratıcı yorum daima karşılıklı konuşma yorumudur. Bu itiraz, toplumsal pratiklerin yorumlanmasında, sanatsal yorumda uğradığından daha büyük bir başarısızlığa uğrar. İnşacı açıklama başka itirazlarla da yüzleşmek durumundadır; bilhassa da bu bölümde daha sonra ele alacağım, inşai yorumun objektif olamayacağı itirazıyla. Fakat bu yorum tarzını, onu yeniden test etmeden önce, ileride inceleyeceğim.

YORUMUN AŞAMALARI

İnşai yorumu, toplumsal pratik kabul ettiğimiz hukukun incelenmesine uyacak bir araç olacak şekilde düzenleyerek işe başlamamız gerekiyor. Sunacağım üç yorum aşaması arasında analitik bir ayırım yapmalıyız. Eğer bir toplulukta yorum tutumu filizlenecekse, her bir aşama için toplulukta farkı uzlaşma derecelerine nasıl ihtiyaç duyulduğunu göreceğiz. Öncelikle bir “yorum-öncesi” aşama bulunmalıdır. Bu aşamada pratiğin belli belirsiz olan içeriğini sağlayacak kurallar ve standartlar belirlenecektir. (Edebi yorumda bu aşamanın dengi olan aşama, somut roman-

ların, oyunların vb. metin olarak belirlenmesidir, yani *Moby-Dick* metninin teşhis edilmesi ve diğer romanların metinlerinden ayrılmasıdır.) “Yorum-öncesi” ifadesini tırnak içine aldım çünkü bu aşamada bile bir tür yorum yine de gereklidir. Toplumsal kurallar, kendilerini tanıtan etiketleri üzerlerinde taşıyamazlar. Fakat eğer yorum tutumu verimli olacaksa, çok ciddi ölçüde uzlaşmaya ihtiyaç vardır –belki de yorum topluluğunu, bu aşamada uzlaşma gerektiren topluluk olarak tanımlamak işe yarar– ve biz de böylece analizimizdeki bu aşamadan, sahip olduğu sınıflandırmaların gündelik düşünüm/refleksiyon ve tartışmalarda verili kabul edildiğini öğrenmiş oluruz.

İkincisi, yorumcunun, yorum-öncesi aşamada teşhis edilen pratiğin temel unsurlarına ilişkin genel bir gerekçe belirleyeceği bir yorum aşaması olmalıdır. Bu aşama, bu genel biçime sahip pratiğin, eğer öyleyse, neden peşinden gitmeye değer olduğuna dair bir argümanı içerir. Gerekçenin, süregiden pratiğin her yönüne veya özelliğine uymasına gerek yoktur, fakat yorumcunun kendisini yeni bir pratik yaratan değil pratiği yorumlayan kişi olarak görmesini mümkün kılmasına yetecek kadar uygun olmalıdır.¹⁶ Son olarak yorum-sonrası veya yeniden şekillendirme aşaması vardır. Burada yorumcu, yorum aşamasında kabul ettiği gerekçeye daha iyi hizmet edebilmesi için pratiğin “gerçekten” neyi gerektirdiğine dair düşüncesini uyarlar. Nezaketi yorumlayan bir kişi, mesela, bu pratiğin en iyi gerekçesinin uyumlu bir şekilde hayata geçirilmesinin, insanların, soylulara olduğu kadar önemli bir savaştan dönen askerlere de şapkalarıyla selam vermeleri gerektiği sonucuna varabilir. Veya pratiğin, yerleşik bir hürmet kalıbına istisna getirilmesinin gerektiği sonucuna da varabilir: Mesela, savaştan dönen askerleri, nezaket gösterilmekten hariç tutabilir. Hatta belki de bir grubun, sınıfın ve insanların tümüne hürmet etmeyi gerektiren bir kuralın tümünden bu gerekçe ışığında bir hata olarak görülmesi gerektiğini bile söyleyebilir.¹⁷

Hayali toplumumuzdaki fiili yorum, bu analitik yapının önerdiğinden çok daha az önceden üzerinde düşünülmüş ve yapılandırılmış olacaktır. İnsanların yorum yargıları; pratiklerinin kapsamını, pratikteki amaç veya hedefi ve bu amacın yorum-sonrası sonucunu bir anda “görmekten” daha fazla bir şeydir. Ve bu “görme” normalde, yorumcunun, bakış açısını az çok otomatik kabullendiği bir grupta yaygın olan bir yorumla aynı yönde düşünürmekten daha ufuk açıcı olmayacaktır. Buna rağmen, aynı dönemin insanları arasında dahi hepsinin de yorumlamakta olduğu pratiğin kesin kapsamı hakkında kaçınılması mümkün olmayan bir tartışma ortaya çıkacak, hatta bu pratiğin en iyi gerekçesinin ne olduğu konusundaki tartışmalar daha da büyük olacaktır. İlk açıklamalarımızda yorumun nasıl bir şey olduğunu söylerken zaten belirttiğimiz gibi, ihtilafa düşmenin çok farklı şekilleri vardır.

Şimdi, bir kişinin bir şeyi yorumlamak için ne tür kanaatlere, inançlara veya varsayımlara ihtiyacı olduğunun listesini çıkarabilmek için dönüp analitik açıklamamıza bakabiliriz. Bir şeyi yorumlayacak kişi, yorum-öncesi aşamada, yorumunun ham verisini tanımlamak için neyi pratiğin parçası olarak kabul edeceğine dair varsayım ve kanaatlere ihtiyaç duyar; yorum tutumu, yorum topluluğu üyeleri bu konuda en azından kabaca aynı varsayımları paylaşmadığı müddetçe varlığını devam ettiremez. Bir şeyi yorumlayacak kişi, aynı zamanda, yorum aşamasında önerdiği gerekçenin, yaptığı şeyin yeni bir şeyin icadı değil de yorum olarak kabul edilebilmesi için pratiğin daimi özelliklerine ne ölçüde uyması gerektiğine dair bir kanaate de ihtiyaç duyar. Neredeyse herkesin toplumsal olarak üstte olanlara hürmet göstermek olduğunu kabul ettiği nezaket pratiklerinin en iyi gerekçesi, yeniden şekillendirme aşamasında gerçekten de toplumsal mevki açısından hiçbir ayırım yapmamak olabilir mi? Bu, yorum sayılabilmek için çok radikal bir yeniden şekillendirme, pratiğe

hiç uymayan bir gerekçe olmaz mı? Bir kez daha söyleyelim: İnsanların uyma ile ilgili kanaatleri arasında çok çok büyük bir farklılık olamaz; fakat ne kadar farkın fazla olacağını da bize sadece tarih söyleyebilir. Nihayet, bir şeyi yorumlayan kişinin, hangi gerekçenin pratiği gerçekten en iyi ışık altında göstereceğine dair daha kişiye has kanaatlere, mesela toplumsal mevki-lerin arzu edilen şeyler mi yoksa kerih şeyler mi olduğuna dair yargılara ihtiyacı vardır. Bu kişiye has kanaatler, hemen yukarıda betimlediğimiz uymayla ilgili kanaatlerden farklıdır; aksi takdirde bu ikinci türden kanaatler ilk türdekileri sınırlayamaz ve yorum yapan kişi de yorumu icattan ayıramaz. Yorum tutumunun filizlenebilmesi için bu kanaatlerin, toplumda, kişinin yorum-öncesi sınırlara ilişkin anlayışı veya hatta gerekli olan uyma ölçüsüne dair kanaatleri kadar yaygın şekilde paylaşılmasına gerek yoktur.

NEZAKET FİLOZOFLARI

Kurumsal Kimlik

1. Bölümde klasik hukuk teori veya felsefelerine göz atmıştık. Genellikle anlaşıldıkları şekliyle bu teorilerin semantik iğne tarafından felç edildiklerini, bize yardımcı olamayacaklarını iddia ettim. Şimdi, toplumsal bir geleneğe yönelik betimlemekte olduğum yorum tutumunu edinen insanlara hangi türden felsefi teorilerin yardımcı *olabileceğini* sormalıyız. Yorum tutumunun emekleme çağında, öyle bir hayali nezaket topluluğu düşünelim ki, kendisinden nezaketin felsefi bir açıklamasını yapmasını beklediği bir filozofla övünüyor olsun. Filozofumuza verilen talimatlar şöyle olsun: “Senden, nezaketin gerçekten neyi gerektirdiğine dair kendine has kanaatlerini istemiyoruz. Herhangi bir kişinin kişisel kanaatlerinden daha fazla ilgimizi çekmiyor bunlar. Nezaketin mahiyeti, kelimenin özü itibarıyla ne olduğu hak-

kında daha kavramsal bir teori istiyoruz. Teorin, bizim gündelik tartışmalarımız açısından tarafsız olmalı; tartışmalarımıza yön veren kuralların kavramsal arkaplanını vermeli bize, herhangi birinin tarafını tutmamalı.” Filozof ne yapabilir veya ne karşılık verebilir? Biraz önce değindiğim, betimlediği pratiklere katılması gereken toplum bilimciye benzer bir konumda bulunuyor şu anda. “Nezaket” kelimesinin doğru kullanımına ilişkin, “kitap” kelimesi için önerebileceğine benzer semantik kurallar öneremez. Bir hanımefendiye şapka çıkarmanın, nezaketin tanım itibariyle örneği olduğunu, *Moby-Dick*'in tanım itibariyle kitap olduğunu söylediği tarzda söyleyemez. Veya kalın bir broşürü kitap olarak kabul edebileceğinizi de etmeyebileceğinizi de, iddia ettiği şekilde, bir teşekkür notu göndermenin, nezaketin hem dışında hem de içinde değerlendirilebileceğini beyan edemez. Bu yönde atacağı her adım topluluğun ona verdiği görevin sınırını aşacaktır; kendi sarıh yorumunu sunmak durumundadır, tarafsız bir arkaplan analizi değil. Filozofumuz Kuzey Kutbundaki kişiye benziyor, kendisine güneyden başka herhangi bir yöne gidebileceği söylenmiştir.

Filozof kendisine verilen görevden yakınmaya başlar ve bunun sonucunda yeni talimatlar alır. “En azından şu soruya cevap verebilirsin: Pratiklerimiz nesiller öncesine göre oldukça farklı, üstelik komşular arasındaki nezaket pratikleri de birbirinden uzakta olan toplumlar arasındaki nezaket pratikleri de farklı. Ama yine de sahip olduğumuz pratiğin onlarla aynı *türden* bir pratik olduğunu biliyoruz. Öyleyse, hepsi de nezaketin versiyonları olduğuna göre, bütün bu farklı pratiklerde ortak bir özellik olmalı. Bu özellik hiç şüphesiz tam da bizim istediğimiz şekilde tarafsız, çünkü nezaketin gerçekten neyi gerektirdiği konusunda farklı düşünceleri olan insanların hepsi ona sahip. Lütfen bize bunun ne olduğunu söyle.” Filozof buna cevap verebilir esasında ama ne yazık ki talimatların kendisinden istediği şekilde değil.

Filozofun, nezaketin var olduğu süre içerisinde geçirdiği bütün değişimler ve uyarlanmalar ile çok farklı kurallara sahip farklı topluluklarda hangi anlamda aynı kurum olarak kaldığına dair açıklaması, bu kurumun bütün örneklerinde ortak olan “tanımlayıcı bir özellik”e başvurmayacaktır.¹⁸ Zira hipotez icabı, böyle bir özellik yoktur: Nezaket, bir aşamada saygı meselesi olarak görülürken başka bir aşamada oldukça farklı bir şey olarak görülür. Açıklama tarihsel olacaktır: Kurumun devamlılığı –Wittgenstein’in bilindik benzetmesini kullanacak olursak– ne enine ne de boyuna tamamen uzanan pek çok ipliğin birleşiminden oluşan bir organın devamlılığına sahiptir.* Mevcut kurum, eski kurumların yukarıda değindiğimiz yorumcu uyarlamalarla değişmiş devamıdır [*descendant*] ve başka toplumların yabancı kurumları da benzer eski örneklerinin aynı şekildeki devamıdır. Dönemden döneme yaşanan değişimler, toplumdan topluma görülen farklılıklar, devamlılığın inkâr edilmesini gerektirecek kadar büyük olabilir. Devamlılık zincirini kesmeye yetecek derecede büyük olan değişimler hangileridir? Bu sorunun bizzat kendisi bir yorum sorusudur, cevap da devamlılık sorusunun neden ortaya çıktığı sorusuna dayanıyor.¹⁹ Pratiğin herhangi bir aşamasının ve örneğinin, “nezaket” kelimesinin anlamı nedeniyle sahip olduğu bir özellik yoktur ve böyle bir özelliğin araştırılması semantik iğnenin zerk ettiği zehrin uzun süreli etkisinin bir başka misalidir sadece.

Kavram ve Anlayış [Concept and Conception]

Filozof daha az negatif ve daha fazla yararlı olabilir mi? Müşterilerinin istediği, onların anlayışlarına uygun bir şeyler –nezaketin, onların zaten sahip olduğu ve kullandığı teorilerden daha

* Bir organı oluşturan ipler, Wittgenstein’in örneğinde, bir baştan bir başa gidenden parçalar değildir. İpler veya iplikçikler, ne enden ne de boydan baştan başa gitmedikleri hâlde küçük parçalar olarak birbirlerine tutunarak büyük bir organ oluştururlar.—çn

kavramsal ve daha az tözsel bir açıklamasını– verebilir mi? Belki de verebilir. Hayali topluluğumuzda nezaket üzerine yapılan gündelik tartışmaların, sunacağımız ağaç benzeri yapıya sahip olması pek mümkün gözüküyor. İnsanların kahir ekseriyeti nezaket hakkındaki en genel ve soyut önermeler hakkında uzlaşırlar; bu, ağacın gövdesini oluşturur. Fakat soyut önermelerin daha somut uyarlamaları veya altyorumları hakkında, yani ağacın dalları konusunda ihtilafa düşerler. Sözgelimi, pratiğin belli bir gelişim aşamasında, herkes nezaketin en soyut tarifiyle bir saygı meselesi olduğunda ittifak edecektir. Fakat bu saygı düşüncesinin doğru yorumu hakkında ciddi bir ayrışma ortaya çıkar. Taraflardan biri saygının, layıkıyla anlaşıldığında, belli bir mevkiye veya gruba az çok otomatik gösterilmesi gerektiğini düşünür; buna karşın diğer taraf saygıyı hak edenin mevki veya grup değil kişi olduğunu söyler. İlk taraftakiler hangi mevkinin veya grubun saygıyla ilişkilendirileceği konusunda bir ayrım daha yaşarlar; ikinci taraf ise hangi eylemlerin saygıyı hak ettiği konusunda bölünür. Ve bu fikir ayrılıkları devam eder gider.

Bu koşullarda ağacın ilk baştaki gövdesi –nezaket ve saygı arasındaki an itibariyle tartışma götürmez bağ– hem kamusal tartışmalarda hem de insanlar kendi kendilerine düşünürken, daha ileri düşünce ve argümanların inşa edileceği bir tür plato olarak iş görür. Öyleyse insanların bu bağı özel kabul etmesi ve kavramsal olarak, sözgelimi, saygının, nezaketin “anlamının özü”ne ait olduğunu söylemesi çok doğaldır. Bununla kastettikleri, bu anlam özünü inkâr edenlerin kendi kendileriyle çelişkiye düşme günahını işledikleri veya “nezaket” kelimesinin nasıl kullanılacağını bilmedikleri değildir. Sadece şunu kastediyorlar: Anlam özünü inkâr ettiğini söylemesi, kişiyi, kurum hakkındaki işe yarar yahut en azından gündelik tartışmanın yapıldığı topluluğun dışında gösterir. Filozofumuz, topluluğuna bu yapıyı gösterebildiği ve nezaket ile saygı arasındaki bu “kavramsal” bağı ayrı bir yere koyabildiği

takdirde hizmet edecektir. Topluluğu açısından, saygının nezaket kavramının içeriğini sağladığını ve saygının gerçekten neyi gerektirdiği hakkındaki yarışan görüşlerin bu kavrama dair *anlayışlar* olduğunu söylemekle görevini yerine getirmiş olur. Kavram ve anlayış [*concept and conception*] arasındaki karşıtlık burada pratiğin yorumlanmasının incelenebileceği soyutlama düzeyleri arasındaki karşıtlıktır. Birinci düzeyde uzlaşma, bütün yorumlarda tartışma olmaksızın kullanılan ayırık düşünceleri bir araya getirir; ikinci düzeyde bu soyutlamaya içkin tartışma teşhis edilir ve kabullenilir. Bu yapıyı açığa çıkarmak, tartışmayı keskinleştirmeye yardımcı olabilir ve her hâlükârda topluluğun kendi entelektüel çevresine dair anlayışını geliştirecektir.

Kavram ve anlayış arasındaki ayırım, bu şekilde anlaşıldığında ve bu amaçlara yöneldiğinde, bir kelimenin anlamı ile kapsamı arasındaki daha bilindik ayırımdan oldukça farklıdır. Filozofumuzun, topluluğunun pratiği için, belirli maddi teorilerin [*particular substantive theories*] daha soyut bir düşüncenin altyorumları olarak teşhis edilebileceği ve anlaşılabilirliği belli bir yapıyı sunmuş olmada başarılı olduğunu varsayıyoruz. Analizinin bir şekli, eğer başarılıysa, aynı zamanda tartışma konusu da olmamalıdır, çünkü iddiası –saygının nezaket kavramını sunuyor olması– ancak insanların kahir ekseriyetinin, nezaketin saygı meselesi olduğunda uzlaşmaması durumunda başarısız olacaktır. Fakat bu şekliyle tartışma konusu olmasa da, iddiası semantik değil yorumsaldır; bir anlam ifade edebilmek için herkesin uyması gereken dilsel dayanak hakkında ileri sürülmüş bir iddia değildir. İddiası zamandan bağımsız da değildir. Hikâyede daha önce de söylediğim gibi, bir uzlaşma ve ihtilaf örüntüsüne tutunur ve bu uzlaşma veya ihtilaf yarı değişebilir. Ve iddiasına herhangi bir zamanda karşı çıkılabilir; karşı çıkan kişi tuhaf addedilebilir, fakat kesinlikle çok iyi anlaşılacaktır. İtirazı, *Moby-Dick*'in kitap olmadığını söyleyen kişide olduğu gibi ihtilafın yapaylığını değil, derinliğini gösterecektir.

Paradigmalar

Filozofumuzun kendisine gönül verenler için yerine getirebileceği –daha az zor ama daha önemsiz olmayan– bir görev daha var. Kurumun gelişimindeki tarihi aşamaların her birinde bazı somut nezaket gereklilikleri neredeyse herkeste paradigma etkisi yaratacaktır. Yani insanlar bu somut gerekliliklere, nezaket olsa olsa bunu gerektirirdi diyerek bakacaklardır. Odaya bir kadın girdiğinde erkeklerin ayağa kalkması gerektiği kuralı, sözleşimi, bir dönem için böyle bir paradigma olarak görülebilir. Paradigmaların muhakemede ve tartışmada oynadığı rol herhangi bir soyut uzlaşının bir kavram üzerinde sahip olduğundan çok daha hayatidir. Zira paradigmalar, kabul edilebilir bir yorumun uyması gereken somut örnekler olarak kabul edilir ve bir yorumun karşıtı olan argüman, mümkün olduğu müddetçe, yorumun böyle bir paradigma örneğini içermediğini veya izah edemediğini söyleyerek yorumu eleştirecektir.

Bu özel rol nedeniyle, kurum ile günün paradigmaları arasındaki bağlantı başka bir türde kavramsal özellik sunma açısından çok sıkı olabilir. Bir paradigmayı reddeden kişi sıradışı bir hata yapıyor gibidir. Fakat yine, bu yorumsal doğru paradigmaları ile filozofların kavramların “tanım itibariyle” içerdiğini söyledikleri –bekârlığın evlenmemiş erkekleri içermesi gibi– durumlar arasında önemli bir fark vardır. Paradigmalar yorumlara güvence sağlar ama hiçbir paradigma, diğer paradigmaları daha iyi sayan ve kendisini bir hata olarak bir kenara koyan yeni bir yorumun karşısına çıkmayacağından emin olamaz. Hayali topluluğumuzda, cinsiyet paradigması, çok sıkı bir şekilde yerleşmiş gibi görüldüğünden, fark edilmemiş bir anakronizm hâline gelinceye kadar, diğer dönüşümlere nispetle çok daha uzun bir süre hayatta kalmış olabilir. Sonra bir gün bir kadın erkeklerin kendileri için ayağa kalkmasına itiraz eder; bunun mümkün olan en büyük

nezaketsizlik olduğunu söyler. Dünün paradigması bugünün erkek şovenizmi hâline gelmiştir.

BİR PARANTEZ: ADALET

Şu âna kadar sunulan ayrımlar ve terminoloji, bir sonraki bölümde yorumsal bir kavram olarak hukuka döndüğümüzde oldukça işimize yarayacak. Bununla birlikte, şimdi bir an durup yorum kavramlarına ilişkin açıklamamızın diğer önemli siyasi ve ahlaki düşünceler ve özellikle de adalet düşüncesi açısından ne ölçüde geçerli olduğuna bakmamız gerekiyor. Dilin çalışmasına dair çizilmiş kaba resim, semantik iğnenin zehrine karşı bizi kırılğan yapan o manzara, nezaket konusunda olduğu gibi adalet açısından da başarılı olamaz. Bir durumu adil veya gayri-adil kılan şeyin ne olduğuna karar verirken müşterek dil ölçütlerini takip etmeyiz. Adalet hakkındaki en yoğun tartışmalarımız –mesele gelir vergisi veya pozitif ayrımcılık programları hakkındaki tartışmalarımız– adalet açısından yapılacak doğru sınaama hakkındadır, olguların belli bir durumda üzerinde uzlaşmış bir sınaamayı geçip geçmediği hakkında değil. Bir liberteryan, gelir vergisinin adil olmadığını, çünkü bir malı malikinden rızası hilafına aldığını düşünür. Liberteryan için vergilerin uzun vadede en büyük mutluluğa katkı sağlayıp sağlamadığı önemli değildir. Bir faydacı [*utilitarian*] ise gelir vergisinin ancak uzun vadede en büyük mutluluğa katkı sağladığı takdirde adil olduğunu düşünür ve malikten, malının rızası hilafına mı rızasıyla mı alındığı umurunda değildir. Öyleyse eğer nezaket açısından reddettiğimiz ihtilaf resmini adalete uygulayacak olursak, liberteryan ile utiliteryanın, adaletin herhangi bir meselesi hakkında ne uzlaşabileceği ne de ihtilafa düşebileceği sonucuna varırız.

Böyle bir şey yapmamız hata olurdu, çünkü adalet yorumladığımız bir kurumdur.²⁰ Nezaket gibi onun da bir tarihi vardır;

diğer insanların adalet adına buldukları taleplere, sundukları gerekçelere ve buldukları mazeretlere karşı yorum tutumu edinmeyi öğrendiğimizde her birimiz bu tarihe katılmış oluruz. Pek azımız hikâyemdeki nezaketi yorumlayan hayali insanlar gibi bu hikâyeyi bilinçli surette yorumlar. Fakat her birimiz –kimimiz diğerlerinden daha derin bir şekilde– bir adalet anlayışı oluştururuz ki bu da bir yorumdur; ve bir kısmımız yorumunu zaman içerisinde gözden geçirerek değiştirir. Belki de adalet kurumu tıpkı nezaketin başlangıcını hayal etmem gibi başlamıştır: Suç ve ceza ile borç hakkındaki basit ve düz kurallarla. Fakat yorum tutumu en eski siyaset felsefesinin yazıldığı dönemde filizlenmiştir ve o günden beri de serpilip gelişmeye devam etmektedir. İlerici yeniden yorumlamalar ve dönüşümler, nezaketi betimlediğimden çok daha karmaşık olmuştur, fakat bu yorumların ve dönüşümlerin her biri pratiğin yeniden düzenlenmesine ve sonuncunun ulaştığı tutuma dayanır.

Siyaset felsefecileri nezaket filozofunun hayali rolüne benzer çeşitli roller oynayabilir. “Adalet” kelimesi için, “kitap” kelimesiyle ilgili beklediğimiz kurallara benzer kurallar veren semantik teoriler geliştiremezler. Bununla birlikte, adalet hakkındaki argümanların inşa edileceği düzlüğü ele geçirmeye ve onu toplulukları için adalet “kavramı”nı tanımlamada kullanılacak soyut önermelerle betimlemeye çalışabilirler. Böylece, adalet hakkındaki argümanlar bu kavramın en iyi anlaşılışı hakkındaki argümanlar olarak görülebilecektir. Kendi adalet filozoflarımız böyle bir şeye nadiren teşebbüs eder, çünkü kavramın aramızda tartışma konusu olmayacak ölçüde yeterince soyut, kullanışlı olabilmek için de yeterince somut bir ifadesini tek hamlede bulmak oldukça zordur. Adalet hakkındaki tartışmalarımız çok zengindir ve şu an için ortalıkta farklı türden pek çok teori var. Filozofların, sözgelimi, kavrama dair şu ifadeyi önerdiğini düşünelim: Adalet diğer siyasi ve ahlaki erdemlerden farklıdır, çün-

kü hak dağıtımını meselesidir; bireylerin ve kurumların eylemlerinden etkilenenlerin onlardan ne beklemeye hakları olduğuyla ilgili bir meseledir. Bu bize pek yardımcı olmayacak gibi görünüyor, çünkü hak dağıtımını kavramının bizzat kendisi aydınlatıcı olabilmek açısından adalet kavramına fazlasıyla yakındır ve mevcut anlamıyla da kavramsal sayılabilmek için ziyadesiyle tartışmaya açıktır, zira bazı önde gelen adalet teorileri –eğer varsa, Marksist teori²¹ ve hatta faydacılık dahi– onu reddedecektir. Belki de adalet kavramına dair işe yarar bir ifade yoktur. Eğer öyleyse, adalet hakkındaki tartışmaların anlamı üzerine şüphe düşmüş olmaz; bu durum, adil olmaya çalışan insanların hayal gücünü göstermiş olur.

Her halükârda kavramın işe yarar bir ifadesinden çok daha önemli bir şeye sahibiz. Muhayyilemizin alıştırılması gereken pratiğin kaba sınırlarına dair yorum-öncesi bir duyuya ortaklaşa sahibiz. Bunu, reddettiğimiz, hatta kınadığımız adalet anlayışlarımızı, adalet başlığı altında sunuluyor olsalar da adalet anlayışı bile saymadığımız diğer görüşlerden ayırırken kullanırız. Liberteryan etik, çoğumuz açısından, cazip olmayan bir adalet teorisidir. Fakat soyut sanatın adaletsiz olduğu şeklindeki tez cazibesiz bile değildir; adalet hakkındaki bir teori olarak kavranamaz, çünkü adalet pratiğinin hiçbir yetkin yorum-öncesi açıklaması, sanat eleştirisini ve değerlendirmesini kapsamaz.²²

Adalet filozofları, veya belki sosyologları, bize, aynı zamanda nezaket tartışmalarında paradigmanın oynadığını söylediğim rolü adalet hakkındaki tartışmalarda oynayan paradigmaları teşhis etmede işe yarayan bir çalışma sunabilir. Masum insanları cezalandırmanın adaletsiz olması, köleliğin adalete aykırı olması, zengin lehine fakirden çalmanın adaletsiz olması artık bizim için paradigmayla ilgilidir. Çoğumuz bir masumu cezalandırmayı gerektiren veya buna izin veren bir adalet anlayışını hızla reddederiz. Dolayısıyla faydacılığın bu merkezi paradigmalar için

iyi bir açıklama veya gerekçe sunamadığı, faydacılık karşıtı, geçerliliğini devam ettiren bir argümandır; faydacılar bu argümanı alakasız bulup görmezden gelmezler, tam tersine, onu çürütmek için muazzam bir yaratıcılık sergilerler. Bazı adalet teorileri ise, çağdaşlarının paradigmatik kabul ettiği şeylere karşı çıkar ve bu da bu teorilerin –mesela Nietzsche’nin ve Marx’ın adalet hakkındaki açıkça çelişkili düşüncelerinin– neden sadece radikal değil belki hakiki adalet teorileri olarak bile görülmediğini açıklıyor. Bununla birlikte adalet filozofları büyük oranda dönemlerinin paradigmalarına riayet eder ve onları kullanır. Yaptıkları asıl iş ne adalet kavramını ifade etmek ne de paradigmaları yeniden tanımlamaktır; açıkça safkan adalet anlayışlarını, paradigmaları aşarak siyasete varan, tartışmaya açık teorileri geliştirir ve savunurlar. Adalet anlayışları birbirlerinden farklı olduğu için liberteryan filozof gelir vergisine karşı çıkar, eşitlikçi filozof ise daha fazla yeniden dağıtımı savunur. Bu anlayışlarda tarafsız olan herhangi bir şey yoktur. Yorumsaldırlar, fakat adandıkları bir şey vardır ve bizim açımızdan sahip oldukları değer de işte bu adanmışlıklarından kaynaklanır.

YORUM HAKKINDA ŞÜPHECİLİK

Bir Meydan Okuma

‘Öznel’ oldukça baş ağrıtıcı bir kelime ve sunduğum yorum açıklaması kelimenin bir anlamında oldukça öznel oldu. Yaratıcı yorumun yorumculara nasıl görüldüğünü, bir kişinin şu değil de bu yorumu benimsemek için ne düşünmesi gerektiğini betimledim. Fakat betimlediğim yorum tutumu, yorumcuların takındığını söylediğim tutum, kulağa daha nesnelmiş gibi geliyor. Kabul ettikleri yorumların reddettiklerinden sadece daha farklı değil, daha iyi olduğunu düşünürler. Peki, bu tutum mantıklı mı? İki kişi bir şeyin –bir şiirin, oyunun veya nezaket ya-

hut adalet gibi bir toplumsal pratiğin– doğru yorumu hakkında ihtilafa düştüğünde, kişi makul bir şekilde kendisinin doğru değerlerinin yanlış olduğunu düşünebilir mi? Bu soruyu başka bir sorudan, yorumun karmaşıklığı hakkındaki sorudan ayırma konusunda dikkatli olmalıyız. Karmaşık bir sanat eserinin –mesela *Hamlet*'in– tek bir şey “hakkında” olduğunu ama başka bir şey hakkında olmadığını, dolayısıyla bu oyunun bir sahnelenişinin yegâne doğru veya uygun yapım olduğunu ve oyunun başka bir yönünü veya boyutunu vurgulayan başka bir sahnelenişinin yanlış olduğunu varsaymak dogmatik ve genellikle de hatalı olacaktır. İşi karmaşıklaştırmaya değil, bu itiraz hakkında bir soru sormaya çalışıyorum: İki yorum görüşü sadece karmaşık bir eserin farklı ve tamamlayıcı yönlerini ortaya çıkarmak anlamında farklı değil aynı zamanda biri diğerinin yanlış olduğu iddiasını da *içerir* anlamda çelişik de oldukları takdirde, bunlardan biri diğerinden nesnel olarak daha iyi olabilir mi?

Pek çok insan olabileceğini, bazı yorumların diğerlerinden gerçekten daha iyi olduğunu düşünüyor. *Kayıp Cennet*'in yeni bir okumasına kapılmış, keşfinin verdiği heyecanla titreyen biri, bu yeni okumanın *doğru* olduğunu, terk ettiği okumadan daha iyi olduğunu, bu yeni okumayı henüz tecrübe etmemiş olanların hakiki ve önemli bir şeyi kaçırdığını, şiirin gerçekten ne hakkında olduğunu göremediklerini düşünür. Kendisini çeken şeyin hakikat olduğunu düşünür; bu yorumu, beğendiği bir kravattı o gün takmak için seçtiği gibi seçmemiştir. Yeni yorumu kabul etmek için hakiki, iyi nedenleri vardır ve artık yanlış olduğunu düşündüğü eski görüşe takılıp kalanlar da görüşlerini değiştirmek için hakiki, iyi nedenlere sahiptirler. Bununla birlikte bazı edebiyat eleştirmenleri bunun çok derinlerdeki bir karışıklıktan kaynaklandığına inanırlar; bir yorum görüşünün bir başka yorum görüşünden gerçekten daha iyi olabileceğini düşünmenin hata olacağını söylerler.²³ Pek çok hukuk aliminin 1. Bölümdeki

örnek davalarımız gibi çetin davalarda yargıçların verdikleri kararlarla ilgili olarak neredeyse aynı şeyi –çetin davalarda doğru bir cevabın olamayacağını, sadece farklı cevapların olabileceğini– söylediğini 7. Bölümde göreceğiz.

Bu bölüm boyunca yorum hakkında söylemiş olduğum şeylerin büyük bir kısmı, bu sıradan doğru-yanlış görüşünün şüpheli eleştirisini destekliyormuş gibi düşünülebilir. Yorumla dair şu genel ve çok soyut nitelermeyi önerdim: Yorum, yorumlanan nesne veya pratiği, olabileceğinin en iyisi yapmayı amaçlar. Öyleyse *Hamlet*'in yorumu, metni, olabileceği en iyi oyun ve nezaketin yorumu da, çeşitli nezaket pratiklerini, bu pratiklerin olabileceği en iyi toplumsal kurum yapmaya çalışır. Yorumun bu şekilde nitelenmesi, anlamın biricikliği iddiasına karşıt görünür, zira farklı zevklere ve değerlere sahip farklı insanlar, sırf bu nedenle yorumladıkları şeyde farklı anlamlar “görecektir”. Bu, şüpheliği destekliyor gibi görünüyor, çünkü estetik, ahlaki ve toplumsal değere ilişkin soruların “doğru” cevabı olabileceği düşüncesi pek çok insana, metinlerin ve pratiklerin anlamları hakkındaki soruların doğru cevabı olabileceğinden çok daha tuhaf geliyor. Dolayısıyla yorumun en genel amacına dair yaptığım soyut betimleme, pek çok okuyucu açısından, yorumların doğru veya yanlış olabileceğini varsaymanın felsefi bir hata olduğu şeklindeki şüpheli teze güç kazandırabilir.

Dahili ve Harici Şüphelilik

Bölümün geri kalan kısmında bu şüpheli itirazın nereye kadar uzanabileceğini ve gücünü ölçeceğiz; hayati bir ayrımla başlıyoruz: Bir pratiğin yahut sanat eserinin en iyi yorumu hakkında maddi bir görüş olarak yorum faaliyeti *içerisindeki* şüphelilik ile bu faaliyetin *dışındaki* ve faaliyet *hakkındaki* şüphelilik arasındaki ayrım. Varsayalım ki bir kişi, *Hamlet*'in en iyi biçimde na-

mussuzluğu, yinelenme ve ertelemeyi ele alan bir oyun şeklinde anlaşılması gerektiğini söylüyor; oyunun, bu düşünceler akılda tutulduğu takdirde daha büyük bir sanatsal bütünlüğe sahip olduğunu, leksikal, retorik ve anlatsal temaları bu şekilde daha iyi kaynaştırdığını savunuyor olsun. “Dahili” bir şüpheci şöyle diyebilir: “Hata yapıyorsun. *Hamlet* bir şey olabilmek için çok karışık ve darmadağındır. Tutarsız, karman çorman bir oyundur.” “Harici” bir şüpheci ise şöyle diyebilir: “Sana katılıyorum; ben de oyunun en aydınlatıcı okumasının bu olduğunu düşünüyorum. Elbette paylaştığımız yegâne düşünce bundan ibaret; *Hamlet*’in sürekli erteleme hâlinde oluşu, gerçeklik dünyasına tıklıp kalmış, oyunların anlamlarının bulunduğu bir tür aşkın metafizik bir evrende, ‘orada’, keşfettiğimiz objektif bir olgu değildir.”

Bunlar farklı türden şüphecilikler. Dahili şüpheci, karşı çıktığı iddiaların özüne yönelmiş olur; *Hamlet*’in erteleme ve müphemlik hakkında olduğunu söylemek her açıdan hatalıdır, bu şekilde okunduğu takdirde daha iyi bir oyun olduğunu düşünmek yanlıştır. Ve esasında başka herhangi bir şekilde okunduğunda da daha iyi bir oyun olduğunu düşünmek yanlıştır. Bir oyunu neyin daha iyi kıldığına ilişkin herhangi bir görüşün “gerçekten” doğru olmaması nedeniyle değil, tek bir görüşün doğru *olduğunun* söylenmesi nedeniyle: Başarılı bir yorumun sunması gerektiği düşünülen kaynaştırma türünü sağlayabilecek herhangi bir *Hamlet* yorumu yoktur. Yani dahili şüphecilik, belirli bir yorum nesnesinin tüm olası yorumlarını tartışmaya açmak için genel yorum tutumunun sağlamlığına dayanmış olur. Bu şekilde sadece belirli bir oyun hakkında değil daha genel itibarıyla herhangi bir faaliyet hakkında şüpheci olunabilir. Bir vatandaşın, komşularının değerli saydığı nezaket pratiklerini araştırdığını ve bu ortak varsayımın ortak bir hata olduğuna karar verdiğini düşünelim. Bir topluluk için ne türden toplumsal kurumların işe yarar yahut değerli olduğu konusunda bazı kanaatleri vardır; nezaket

pratiklerinin hiçbir şekilde hayırlı bir amaca hizmet etmediği, hatta daha da kötüsü zararlı bir amaca hizmet ettiği sonucuna ulaşır. Arkadaşlarının birbirlerine karşıt olarak kurduğu ve savunduğu farklı nezaket yorumlarının tamamını sapkınlık olarak kınar: Nezaket açısından gösterdiği dahili şüphecilik evrensel-dir. Bir kez daha, hor görmek yerine, bazı toplumsal pratiklerin diğerlerinden daha iyi olduğuna dayanmıştır; hemcinslerinin önerdiği bütün nezaket yorumlarını kınamak için toplumsal değer hakkındaki genel bir tutuma yaslanmıştır. Genel tutumlarının sağlam ve bunun karşıtı olanların yanlış olduğunu varsayar.

Bu türden evrensel dahili şüphecilik, eğer sadece nezaket için değil hukuk için de kabul edilebilir ise, bizim teşebbüsümüzü de tehdit edecektir. Zira hukukun dayanaklarına dair olumlu bir teorik açıklama, yargıçlara tavsiye edebileceğimiz ve yargıçların yaptığı işi eleştirmek için kullanılacak bir hüküm verme programı geliştirmeye çalışıyoruz. Bu durumda hukuki kurumların değeri hakkındaki evrensel şüpheli görüşün, nihayetinde en güçlü ve ikna edici görüş olma ihtimalini göz ardı edemeyiz; bu ihtimalin hukuk teorisiyle ilgisinin olmadığını söyleyemeyiz. Bu tehdide 7. Bölümde döneceğiz. Halihazırda şüpheciliğin harici formuyla ilgileniyoruz.

Harici şüphecilik yorumsal veya ahlaki bir pozisyon değil, metafizik bir teoridir. Harici şüpheli belli bir ahlaki ve yorumsal iddiaya karşı çıkmaz. *Hamlet*'in erteleme hakkında olduğunu, nezaketin saygı meselesi olduğunu veya köleliğin yanlış olduğunu düşünmenin bir hata olduğunu söylemez. Teorisi, bu iddiaların felsefi duruşu veya sınıflandırılması hakkında ikinci düzey bir teoridir. Bu iddiaların fizikteki gibi ispatlanabilecek veya sınanabilecek tarifler olmadığında ısrar eder: Estetik ve ahlaki değerlerin, (görüşünün her ifadesinde hayati önem taşıyan çıldırtıcı metaforlardan birini kullanacak olursak) evrenin “dokusu” dediği şeyin parçası olabileceğini kabul etmez. Eleştirisi

haricidir, çünkü elini yorumdan çekmiştir. Yorumun ulaştığı sonuçların, yorumun fiili gidişatına etki etmemesi gerektiğini söyler. Harici şüphecinin de *Hamlet* ve kölelik hakkında kendine ait fikirleri vardır ve bu fikirleri eleştirenlere karşı söyleyebileceği, neden bu fikri tercih ettiğine dair nedenlere sahiptir. Ama şunda ısrarcıdır: Bütün bu fikirler “gerçeklik”te keşfedilmemiş, “gerçeklik”e yansıtılmıştır.

Harici şüpheciliğin, bilhassa da ahlaka yönelmiş harici şüpheciliğin anlamlı bir teori olup olmadığı, eğer öyleyse, doğru olup olmadığı hakkında çok eski ve zengin bir felsefi tartışma bulunuyor.²⁴ Bu tartışmaya şu an için girmeyeceğim ancak sadece, eğer akla yatkınsa, harici şüpheciliğin, yorumcuların ortaklaşa sahip olduğu bir inancı –bir metnin veya toplumsal pratiğin bir yorumunun diğerlerine oranla daha dengeli olabileceği, doğru cevabın ne olduğu meselesi tartışmalıyken bile en iyinin ne olduğu sorusuna verilecek “doğru bir cevap” olabileceği inancını– boşa çıkarıp çıkaramayacağına bakacağım.²⁵ Bu mesele, “nesnel” diyebileceğimiz bu inançların nasıl anlaşılması gerektiğine dayanır. Köleliğin yanlış olduğunu söylediğimi düşünelim. Bir an için duraklıyorum ve bir grup ifade daha ekliyorum sözlerime: Köleliğin “gerçekten” veya “nesnel olarak” yanlış olduğunu söylüyorum, bu bir fikir veya kanaat meselesi değil, ben (veya herkes) aksini söylüyor olsaydı da bu doğru olacaktı, köleliğin yanlış olup olmadığı sorusunun “doğru cevabı” budur, aksi cevaplar sadece farklı cevaplar değil aynı zamanda hatalı cevaplardır. Peki, köleliğin yanlış olduğuna dair ilk başta dile getirdiğim görüşüm ile ona eklediğim “nesnel” yargılar arasındaki ilişki nedir?

İşte bir öneri: Eklediğim nesnel ifadeler ilk baştaki görüşüme bir tür özel kanıt sağlamayı veya görüşüme uygun hareket etmemi gerekçelendirmeyi amaçlıyor. Bu nesnel ifadeler, köleliğin yanlış olduğunu fizikteki iddiaları kanıtlayabileceğim tarzda,

her bir rasyonel insanın mutlaka kabul etmesi gereken olgusal yahut mantıksal argümanlarla kanıtlayabileceğimi söylemeye adaydır: Mesela atmosferdeki ahlaki titreşimlerin görüşümü desteklediğini veya numenal metafiziksel bir olguya denk düştüğünü gösterebilirim. Bu benim nesnel iddialarımı anlamanın doğru yoluysa, tam da harici şüphecinin reddettiği şeyi savunuyorlar demektir: Ahlaki yargılar, özel bir metafiziksel ahlak alanındaki tasvirlerden [*description*] ibarettir. Fakat bu, onları anlamanın doğru yolu değil. Köleliğin “gerçekten” yanlış olduğunu söyleyen hiç kimsenin elinde, neden yanlış olduğuna dair bu şekilde verili, hatta ortaya atılmış bir argüman olmaz. (Titreşimler veya numenal varlıklar ahlaki kanaatler için nasıl argüman teşkil edebilir ki?) Köleliğin yanlış olduğu şeklindeki görüşüm için sahip olduğum yegâne kanıt türü, görüşüm uyarınca eylemde bulunmama sunabileceğim yegâne gerekçe türü, “nesnel” iddiaların sunarmış gibi bile yapmadığı türden, maddi ahlaki argümandır.

Kölelik hakkındaki ilk yargım ile daha sonraki “nesnel” yorumlarım arasındaki fiili ilişki oldukça farklıdır. Nesnelliğin dilini ahlaki yahut yorumsal iddialarımıza tuhaf metafizik bir temel oluşturmak için değil onları belki de daha açık bir şekilde *tekrarlamak*, *içeriklerini* vurgulamak veya nitelemek için kullanırız. Bu dili mesela hakiki ahlaki (veya yorumsal yahut estetik) iddiaları, ahlaki iddia havasında olanlardan ayırmak için kullanırız. Dondurma tatlarının hakiki bir estetik değere sahip olduğuna inanmam (ama bazıları inanır), dolayısıyla da sadece romlu-üzümlü dondurmayı tercih ettiğimi söylerim ve rom-üzümün “gerçekten” veya “nesnel” olarak en iyi tat olduğunu eklemem (bazıları bunu da söyler ama).²⁶ Nesnelliğin dilini, sadece belli inanç, ilişki, ihtiyaç veya çıkar sahibi insanlar için (muhtemelen sadece konuşan kişi için) geçerli iddialar ile kişisel olmayan, herkes için geçerli olduğu kastedilen iddialar arasında ayırım yapmak için de kullanırız. Hayatımı nükleer savaş tehdidinin

azaltılmasına adamam gerektiğini söylediğimi düşünelim. Bu ödevin herkes için “nesnel olarak” mı yoksa sadece, benim gibi, bu mesele hakkında özel bir zorunluluk hisseden kişiler için mi geçerli olduğunu sormak oldukça makuldür. Kölelik hakkındaki hayali konuşmada nesnelliğin dilinin bu iki kullanımını birleştirmiştim. Önce köleliğin “gerçekten” yanlış olduğunu söyledim, görüşümün ahlaki bir yargı olduğunu açıkça ortaya koyabilmek için de geri kalan şeyleri dile getirdim. Köleliğin sadece onu kınayan toplumlarda değil her yerde yanlış olduğunu belirttim. Eğer biri benim bu yargıda hatalı olduğumu söylüyorsa ve ihtilafımız hakiki ise, köleliğin ya her yerde yanlış *olmadığını* yahut da hiç yanlış olmadığını kastetmiş olmalıdır. Bu dahili şüpheciliğin bir türüdür: Sadece, sözgelimi, gerçek ahlakiliğin kişinin kendi toplumundaki gelenekleri takip etmesinden ibaret olduğunu söyleyen bir tür ahlaki rölativizme başvurmak suretiyle savunulabilir.

Öyleyse, köleliğin yanlış olduğu ifadesi ile kölelik sorusuna verilecek doğru bir cevabın, yani ‘kölelik yanlıştır’ın var olduğu ifadesi arasında, sahip oldukları felsefi kategori veya konum açısından önemli bir farklılık yoktur. İkinci görüş olmaksızın ahlaki bir görüş olarak ilk görüşe sahip olmam anlaşılabilir bir durum değildir. Zira harici şüphecilik birinciden vazgeçmek veya onu değiştirmek için herhangi bir neden sunmaz; ikinci için de böyle bir neden sunmaz. Her ikisi de ahlaki faaliyet hakkındaki değil ahlaki faaliyet içindeki ifadelerdir. Dolayısıyla dahili şüpheciliğin evrensel formundan farklı olarak hakiki harici şüphecilik herhangi bir yorum projesini tehdit edemez. Bu şekildeki şüpheciliği anladığımızı ve kabul ettiğimizi düşünsek bile, neden köleliğin yanlış olduğunu da, neden *Hamlet*’in belirsizlik hakkında olduğunu da ve neden nezaketin hiyerarşiyi görmezden geldiğini de veya aynı anlama gelmek üzere, neden bütün bu görüşlerin rakiplerinden daha iyi (veya “gerçekten” daha iyi) olduğunu da

düşünmememiz gerektiğine dair hiçbir neden sunamaz. Eğer harici şüpheciler olsaydık, ahlak veya yorum savaşlarından uzaklaşıp bir anlığına felsefi sükunetle *bütün* bu görüşlerin felsefi konumu hakkında harici şüpheci bir bakışa sahip olurduk. Bu görüşlerin hepsini keşifler değil, yansıtımlar olarak sınıflandırdık. Fakat sadece ilk grubun hatalı olduğunu söyleyerek onlar arasında ayrımcılık yapmazdık. Hemen şunu da eklemeliyim: Vurgulamakta olduğum hayati hususu –çoğumuzun sahip olduğu “nesnel” inançların, diğer ahlaki inançlarımızı tekrarlamak-tan ve nitelemekten ibaret olan, metafiziksel olmayan, ahlaki inançlar olmasını– kabul etmek hiçbir şekilde bu inançları zayıflatmaz veya iddia etmiş olabileceklerinden daha azını, hatta daha farklısını iddia ediyor hâle getirmez. Zira, hayatlarımızda oynadıkları fiili role sadık kalarak, onları ahlaki iddialar kılacak herhangi bir anlam atfedemeyiz onlara. Eğer burada bu husustan daha önemsiz bir şey varsa, bu bizim kanaatlerimiz değil, harici şüpheciliktir.

Hangi Şüphecilik Biçimi?

Öyleyse ahlakta veya yorumda doğru cevapların olamayacağını ilan ederek bu kadar ağır bir hava yaratan şüpheciye nasıl anlamalıyız? Şüpheci, harici şüphecinin metaforik retoriğini kullanır; yorumsal anlamların evrende “orada” durduğu veya doğru hukuki kararların bir tür “aşkınsal gerçeklikte” ikamet ettiği görüşlerine saldırdığını söyler. Harici şüphecilere tanıdık gelen argümanlar kullanır: Farklı kültürlerdeki farklı insanların güzellik ve adalet hakkında farklı görüşleri bulunduğu için bu erdemlerin tutumlardan bağımsız bir dünyanın özellikleri olabilmesi mümkün değildir. Fakat açıkça, saldırısının dahili şüpheciliğin *gücüne* sahip olduğunu düşünür: Şiir yorumlayan veya çetin davalarda karar veren insanların, tek bir görüş doğruymuş da diğerleri yanlışmış gibi konuşmamaları ve hareket

etmemeleri konusunda ısrarcıdır. Ne var ki, her ikisine de aynı anda sahip olamaz.

Sıradan inançlarımıza saldırır, çünkü bize, hiç ileri süremediğimizi iddialar isnat etmiştir. *Biz*, yorumun fiziğe benzediğini, ahlaki değerlerin “orada dışarıda” olduğunu veya kanıtlanabileceğini filan söylemeyiz (böyle söyleyen birinin de ne dediğini anlayamayız). Tek dediğimiz, farklı vurgularla birlikte, *Hamlet*’in erteleme hakkında, köleliğin ise yanlış olduğudur. Yorum ve ahlak pratikleri, bu iddialara ihtiyaçları olan yahut sahip olabilecekleri tüm anlamı verir. Eğer şüpheli bunların hatalı olduğunu –hakkıyla anlaşıldıklarında bu pratiklerdeki başarısız performanslar olduklarını– düşünüyorsa, katılımcılar olarak bizlerin sebeplerini ve argümanlarını, kendimize dair açıklamamızı, kendisinin karşıt sebep ve argümanlarıyla eşleştirmek zorundadır. Biz de, onun argümanlarını dahili şüphelinin argümanları olarak ne ölçüde yeniden biçimlendirebileceğini görür ve bu eleştiriyi daha iyi bir noktaya getirebiliriz. Onun bizi metafiziksel değil de ahlaki hatalar yapmakla suçladığını düşünebilir miyiz? “İnsanlar toplumsal hiyerarşinin adaletsizliği hakkında uzlaşmamış olduğu için,” diyecektir, “ve sadece belli türdeki kültürlere ait olduklarında hiyerarşinin adaletsiz olduğunu düşündüklerinden, herkesin hiyerarşiden vazgeçmesi ve hiyerarşiyi kınaması gerektiğini söylemek hiç de uygun değildir. En fazla, hiyerarşinin adaletsiz olduğunu söyleyen insanların, onu kınaması ve ondan vazgeçmesi gerektiğini söyleyebiliriz veya bu düşüncedeki topluluklarda yaşayan insanların böyle yapması gerektiğini.” Yahut şöyle diyecektir: “Farklı kültürlerdeki insanların bizim ahlaki görüşlerimizi reddediyor olması, bu görüşlere, sadece, aldığımız ahlak eğitimi nedeniyle sahip olduğumuzu gösterir, böylece bu görüşlerin tartışmalı olduğu açığa çıkar.”²⁷

Bunlar dahili şüpheli argümanlar, çünkü eldeki daha somut ahlaki iddiaları reddetmenin temeli olarak daha genel ve daha

soyut bir ahlaki görüşü, mesela ahlaki iddiaların sadece belli bir topluluğun âdetlerinden çıkarsandığında hakiki ahlaki güce sahip olacağı veya ahlaki inançların her kültürde kabul edilebilmeleri mümkün olmadıkça yanlış olacakları görüşünü varsayar. Bunlar gibi maddi ahlaki argümanlar elbette ki fiilen ileri sürülmektedir ve zımnen onlara başvuruluyor olması, harici şüphecilik kisvesine bürünmüş şüpheciliğin yorumda ve hukukta neden bu kadar yaygın olduğunu açıklayabilir. Kisvelerinden kurtulduklarında size iyi argümanlar olarak cazip gelmeyebilirler ama bu, bana göre, ahlak hakkındaki evrensel dahili yorumu kabul edilemez bulduğunuzdan kaynaklanmaktadır.

Anlattığım metamorfozun da bir bedeli var elbet, çünkü şüphecinin dahili şüphecilik argümanları hâlinde yeniden şekillenmiş olan argümanları artık zorunlu veya *a priori* olamaz. Ahlaki (veya estetik yahut yorumsal) argümanlar olarak geçerli argümanlara ihtiyacı vardır; yahut da argümanlara değilse bile, en azından uygun türden kanaatlere. Onun şüpheciliği artık gündelik ahlaki (veya estetik yahut yorumsal) fikirlerden uzak veya onlardan bağımsız olamaz. Şüpheciliğini sakın felsefi anlar için ayırıp, görevde olmadığı ve gündelik tarzda eylemde bulunduğu zamanlarda da köleliğin ahlakiliği veya nezaket ile saygı bağlantısı hakkındaki kendi kişisel fikirlerini beyan edemez. Gündelik ve nesnel fikirler arasındaki ayırmadan vazgeçmiş durumdadır; dahili şüpheciliğin yaptığı gibi hiçbir ahlaki yargının bir diğerinden daha iyi olmadığına gerçekten inanıyorsa, bir de buna köleliğin adaletsizlik olduğu şeklindeki kendi düşüncesini ekleyemez.

Sonuçlar ve Gündem

Bu uzun kısmı bir özür ve bir tavsiye ile bitiriyorum. Önce dik bir tepeye tırmandık, sonra da gerisingeri aşağıya indik. Yo-

rum, ahlak, nezaket, adalet veya hukuk hakkında, şüpheliğin itirazını ele almaya başlamadan öncekinden daha fazla bilgiye sahip değiliz. Zira argümanım tamamen savunmaya yöneliktir. Şüpheliler, anlattığım yorum tutumunda büyük bir hata olduğunu söylerler; çünkü onlara göre toplumsal bir pratiğin veya herhangi bir şeyin bir yorumunun doğru veya yanlış veyahut da başka bir yorumundan daha iyi olabileceğini söylemek yanlıştır. Bu yakınmayı harici şüphelik modeli çerçevesinde yorumlayacak olursak, belirttiğim nedenlerle, yakınmanın bir kafa karışıklığından mustarip olduğunu görürüz. Yakınmayı daha doğal bir şekilde, evrensel dahili şüpheliğin bir parçası olarak yorumlayacak olursak, o zaman da argüman ileri sürülmek üzere beklemeye başlar. Başladığımız yerde duruyoruz, sadece, çok daha fazla zarar verme potansiyeline sahip bu ikinci argüman formunun muhtemel tehlikesine açıkça işaret etmiş olduk.

Bu tepeye çıkıp sonra da aşağıya inmemizin tek nedeni harici şüphelik itirazı şeklinde anlaşılan şüphelik itirazının hukukçular arasında güçlü bir desteğe sahip olması. Hukukun herhangi bir alanındaki hukuk pratiğinin en iyi açıklaması hakkındaki herhangi bir tez hakkında, “Bu senin fikrin,” diyebiliyorlar; bu tepki doğru olmasına doğru ama herhangi bir anlamı yok. Veya “Nereden biliyorsun?” veya “Bu iddianın kaynağı nedir?” diye soruyorlar; kabul edebilecekleri veya itiraz edebilecekleri bir şey bekledikleri yok, anlama kapasitesine sahip hiç kimsenin direnemeyeceği, tek vuruşta yere serecek bir vuruş istiyorlar. Ufukta böyle bir güce sahip herhangi bir argümanın görünmediğini anladıklarında da hukukbilimin öznel olduğunu mırıldanmaktan başka bir şey yapmıyorlar. Bundan sonra da kendi elişlerini yapmaya –normal şekilde argümanlar ortaya koymaya, onları kabul etmeye, reddetmeye, bu argümanlara direnmeye; hukuki pratiğin yarışan açıklamaları arasından hangisinin en iyi gerek-

çeyi verdiği karar vermeyle ilgili kanaatleri değerlendirmeye, gözden geçirmeye, düzenlemeye— geri dönüyorlar. Dümdüz bir tavsiyem var: Şüphecilikle yapılan bu açılış dansı aptalca ve vakit israfı; elimizdeki işe ne bir şey ekliyor ne de ondan bir şey azaltıyor. Dikkate değer tek şüphencilik türü dahili şüphencilik ve bu şüphencilığe karşı üstünlük kazanmak için, önceden varlıkları ileri sürülen sahte ampirik metafiziğe değil, karşı çıkılan argümanla aynı nitelikteki argümanlara ihtiyacımız var.

Yorum –ve hukuk– incelememize bu düşünceyle devam etmemiz gerekiyor. Bir toplumsal pratik yorumunu neyin diğer bir yorumdan iyi kıldığına ve hangi hukuk açıklamasının bu karmaşık ve önemli pratiğin en tatmin edici yorumunu verdiği dair argümanlar sunacağım. Bu argümanlar tanıtılma [*demonstration*] niteliğinde olmayacak —çünkü olamazlar. Bir ihtilafa davetiye çıkaracaklar; bu yüzden de onlara “Ama bu senin fikrin,” diyerek karşılık vermek yanlış olmayacak, ama bu karşılık hiçbir işe de yaramayacak. Öyleyse bu argümanlar üzerinde bir müddet düşündükten sonra, onların sizin de fikirleriniz olup olmadığını kendinize sormanız gerekiyor. Eğer öyleyse, argümanlarımın ve ulaştığım sonuçların geçerli ve güçlü olduğunu, çelişkili olan diğer argümanların zayıf ve yanlış olduğunu düşüneceksiniz. Eğer sizin de fikirleriniz değilse, o zaman size düşen niye öyle olmadıklarını söylemek, benim argümanlarımla veya temellendirilmemiş kanaatlerimle kendinizinkileri eşleştirmektir. Zira yapmakta olduğumuz şey en azından şu anlamda bir keşiftir: Tartıştığımız büyük meselelere dair hangi görüşün müşterek pratiklerimizin en iyi açıklaması hakkındaki her birimizin ortaklaşa veya ayrı ayrı sahip olduğu ve devam ettirdiği kanaatleri en iyi şekilde sıraladığını keşfediyoruz.

YENİDEN HUKUKBİLİM

YENİ BİR TABLO

Semantik iğnenin ne olduğunu anlattık ve artık semantik teorilerin önerdiği hukuk pratiği karikatürüne ihtiyacımız yok. Meseleyi şimdi daha açık görebiliriz; esasında bu, tam da gördüğümüz şey. Hukuk, benim hayali örneğimdeki nezaket gibi yorumsal bir kavram. Yargıçlar, normalde içinde buldukları bu pratiği bir kenara bırakmayı değil devam ettirmeyi bir görev olarak kabul ederler. Dolayısıyla da, kendi kanaatlerine ve içgüdülerine karşılık olarak, bu pratik çerçevesindeki yükümlülüklerinin en iyi yorumuna dair işleyen teoriler geliştirirler. Benim teorik tarz dediğim tarzda ihtilafa düştüklerinde, ihtilaf yorumla ilgilidir. Yargısal pratiğin ilgili bir yönünün en geçerli yorumu hakkında, en genel şekliyle yahut en ince ayrıntılar ölçüsünde uzlaşamazlar. Öyleyse, Elmer'in kaderi, onun davasını karara bağlayan farklı düzeylerdeki yargıçların yorumla ilgili kanaatlerine bağlıdır. Eğer bir yargıç, yargıçların tipik şekilde yasalar hakkında yaptıkları şeyin en iyi yorumunun, meclis üyelerinin niyetlerine asla bakmamalarını gerektirdiğini düşünüyorsa, muhtemelen Elmer lehine karar verecektir. Fakat en iyi yorumun, meclis üyelerinin niyetlerine bakmayı gerektirdiğini düşünüyorsa, o zaman da muhtemelen Goneril ve Regan lehine karar verecektir. Eğer Elmer'in davası yorum meselesi hakkında henüz düşünmemiş

bir yargıcın önüne giderse, bu yargıç da yorum hakkında düşünmek zorunda kalacak ve her iki taraftan da kendisine yardım etmek isteyen avukatlar bulacaktır. Kürsünün karşısında, davacılar arasında yorum savaşları devam etmektedir.

Her bir yargıcın yorum teorisi, bir bütün olarak hukuk pratiğinin “hedefi” –gerekçe niteliği taşıyan amacı, gayesi veya ilkesi– hakkında kendi kanaatleri üzerinde temellenir ve bu kanaatler kaçınılmaz olarak diğer yargıçların kanaatlerinden, en azından ayrıntılar söz konusu olduğunda, farklıdır. Ne var ki pek çok farklı etken bu farklılıkları yumuşatır ve bir örtüşmeye yönelmiş şekilde birleştirir. Her topluluk hukuk paradigmalarına, pratikte karşı çıktığınızda usulsüzlük veya cehalet suçlamasıyla karşı karşıya kalacağınız önermelere, sahiptir. Hızla ilgili düzenlemelerin hukukun bir parçası olduğunu inkâr eden bir Amerikalı ve İngiliz yargıç artık makamını koruyamaz ve bu olgu, radikal yorumlarda bulunmayı engeller. Buna karşın örtüşmeye yönelmiş en güçlü etki, yorumun bizzat kendi içinden gelir. Hiçbir yargıcın tümünden görmezden gelemediği emsal kararlara uyma pratiği, uzlaşmaya zorlar; her bir yargıcın, yargılamanın gerçekte ne olduğuna dair teorisi emsallere atıf yapılmasıyla, kararını üzerine inşa ettiği açıklama ve emsalin yeniden yapılandırılması vasıtasıyla, döneminin diğer yaygın yorumlarının bazı yönlerini de içermiş olur. Üstelik yargıçlar hukuk hakkında düşünürken toplumun dışında değil içindedirler; genel entelektüel çevre ve bu çevreyi yansıtan ve koruyan ortak dil, kişinin kendine özgü olmasının [*idiosyncrasy*] önüne pratik, muhayyilesinin üzerine ise kavramsal sınırlar koyar. Formel hukuk eğitimindeki ve hukukçuların yargısal ve idari makamlara seçilmesindeki kaçınılmaz muhafazakârlık, örtüşmeye yönelik merkezi baskıyı artırır.

Bu birleştirici ve toplumsallaştırıcı etkenleri görmezden gelmek hatadır ama onların gücünü abartmak çok daha büyük bir hatadır. Yorum dinamikleri örtüşmeyi hem teşvik eder hem de

ona direnir ve gerek meslektaşlar cemaati gerekse de daha büyük bir hacme sahip olan toplum adalet konusunda bölündüğünde, merkezkaç kuvvetleri bilhassa güçlü hâle gelir. Yargıçlar farklı ve rakip siyasi geleneklere mensupturlar ve farklı yargıçların yorum kılıçlarının ağızını bileyen farklı ideolojilerdir. Bu durumdan yakınmaya hiç gerek yok. Bilakis, hukuk ihtilaflara duyarlı olduğu ve entelektüel kaynaklarına vurgu yaptığı zaman güç kazanır. Hukuk, mahkemelerde ve hukuk okullarında rol sahibi olan yorum teorileri bir nesil içerisinde çok fazla bölündüğü takdirde çöker. Yorum teorilerinin o kadar gündemde olmamasının nedeni belki de bu alttan alta hissedilen tehlikedir. Fakat hukuk, nezaketin nihai kaderi olarak tahayyül ettiğim sonda olduğu gibi gizemli bir gelenekselciliğe dönüşecek olursa, işte o zaman önce durgunlaşır ve daha sonra da farklı bir şekilde de olsa yine çöker.

Nasıl geliştiğine ve genel karakterinin zaman içerisinde nasıl değiştiğine bakarak hukuk kültürümüze dair daha geniş bir bakışa sahip olabiliriz. Yasamanın ve emsallerin mahiyeti ve gücü hakkındaki görüşleri de içeren, yorum sorunlarına getirilmiş bazı çözümler bir dönem oldukça yaygındı ve olağan entelektüel durgunluğun yardım ettiği bu yaygınlık, yargıçları, bu çözümleri, bu pratik amaçlar için yerleşik kabul etme yönünde teşvik etti. Bunlar zamanlarının paradigmaları ve paradigma benzeri görüşleriydi. Fakat aynı zamanda, belki eşit derecede esasa dair başka meseleler de tartışma ve ihtilaf konusuydu. Belki de on yıllar boyunca hiçbir yargıç fiilen yasama faaliyetinde bulunan meclis üyelerinin niyetlerinin, onların çıkardığı bir yasanın anlamını belirlemede yeri olmadığı doktrinine karşı çıkmadı —veya karşı çıkmayı aklına bile getirmedi. Herkes, yasanın anlamını sadece yasanın lafzıyla belirleme, yasayı çıkaran meclis üyelerinin, yasanın lafzından başka bir şeyi kastettiklerini ima eden herhangi bir işareti görmezden gelme konusunda ittifak hâlindeydi. Fakat aynı dönemde yeni bir tartışma ortaya çıktı: Bir ya-

sadaki kelimeleri, yasanın işaret ettiği durum hakkında herhangi bir şey bilmeksizin anladığımız şekliyle, yani bağlamsız olarak mı anlamalıydık yoksa tam aksine, bağlamsal olarak, yani yasanın işaret ettiği durumdaki insanların çoğunluğunun anlayacağı şekilde mi anlamalıydık? Belki de onlarca yıl boyunca hiç kimse mahkemelerin, toplumun genel ahlakı açısından ahlaka mugayir davranışlar içerisinde bulunan kişiyi, bu davranışlar bir ceza yasasında suç olarak ihdas edilmiş olmasından bağımsız şekilde hapse gönderebileceği konusunda tereddüt yaşamamıştı. Fakat aynı yıllarda mahkemelerin, vergilendirilmiş servetin biriktirilmesinden sonra kabul edilen bir servet vergisini hayata geçirip geçiremeyeceği hakkında büyük bir anlaşmazlık ortaya çıkabilirdi. Ne var ki bu uzlaşma ve uzlaşmazlık örüntüsü kalıcı değildir. İtiraz edilemez kabul edilen şeye birdenbire itiraz ediliverir, hukuk pratiğinin önemli bir parçasının yeni, hatta radikal bir yorumu bir yargıcın odasında filizlenir, sonra da “ilerici” bir azınlık tarafından desteklenmeye başlar. Paradigmalar çöker ve yeni paradigmalar ortaya çıkar. Bunlar, belli bir zaman kesitindeki ve belli bir dönem boyunca hüküm vermeye ilişkin yeni tablomuzun bazı unsurlarıdır. 1. Bölümdeki mezkûr yalın olay tablosu, yargıçların çetin davalarda kaleme aldıkları görüşlerine ilk bakışta değer vermememiz gerektiğini söylüyordu; yeni tablo, yargıçlarımızın sözlerine yeniden inanmamıza izin veriyor.

HUKUK KAVRAMLARI VE HUKUK ANLAYIŞLARI

Hukuk felsefecileri, adalet filozoflarıyla ve hayali nezaket filozoflarımızla aynı durumdalar. İşe yarar semantik hukuk teorileri üretmezler. Olaylara hukuki etiketler iliştiirmek için hukukçuların takip edecekleri ortak ölçütleri yahut temel kuralları gösteremezler, çünkü böyle kurallar yoktur. Genel hukuk teorileri, genel nezaket ve adalet teorileri gibi, soyut olmak durumundadır, çünkü hukuk pratiğinin belli bir kısmını veya bölümünü değil asıl

hedefini ve yapısını yorumlamayı amaçlarlar. Fakat bütün bunların soyutlama olabilmesi için, inşai yorum olmak durumundadırlar: Gördükleri şekliyle hukuk pratiği ile bu pratiğin en iyi gerekçesi arasında bir dengeye ulaşabilmek için hukuk pratiğini kendi bütünlüğü içerisinde en iyi ışık altında göstermeye çalışırlar. Dolayısıyla hukukbilimi, hüküm vermektense veya hukuk pratiğinin başka bir yönünden ayıran sabit bir çizgi yoktur. Hukuk felsefecileri genel kısımla, herhangi bir hukuki argümanın sahip olması gereken yorumsal temelle ilgili tartışma yürütürler. Madalyonun öbür yüzüne de bakalım. Ne kadar ayrıntılı veya sınırlı olursa olsun, herhangi bir pratik hukuk argümanı, hukukbilimin önerdiği türden soyut bir temel varsaymak durumundadır ve rakip temeller birbirleriyle yarıştığında, hukuki argüman birine dayanır, diğerlerini ise reddeder. Dolayısıyla bir yargıcın görüşünün bizzat kendisi bir hukuk felsefesi eseridir; kimi zaman felsefe gizlenmiş ve görünürdeki argüman atıflarla ve olayların listeleri ile dolu olabilir, ama yine de görüş, bir hukuk felsefesi örneğidir. Hukukbilim, hüküm vermenin genel kısmını oluşturur, hukukta verilen herhangi bir kararın sessiz mukaddimesidir.

Bir toplumda hukukçuların kabaca aynı verinin en iyi yorumu hakkında tartışabilmesini mümkün kılacak, hangi pratiklerin hukuk pratikleri olduğu konusunda yeterli miktarda asgari anlaşma olmadıkça, hukuk bir yorum faaliyeti olarak inkişaf edemez. Her yorum faaliyetinin pratik gereği şudur: İki eleştirmenden birinin aklında “Sailing to Byzantium” diğerinin aklında ise “Mathilda Who Told Lies” şiirleri varken, bir şiirin en iyi yorumu hakkında tartışmaları anlamsızdır. Hukukçuların hepsinin, her yerde ve her zaman hangi pratiklerin hukuk pratiği sayılması gerektiği konusunda tam bir anlaşma içerisinde olması gerektiğini savunmuyorum; tek söylediğim şu: Yorum tutumunun başarılı olduğu herhangi bir kültürün hukukçuları bir anlığına büyük ölçüde uzlaşıyor olmalıdır. Yorumsal bir pratiğin tarihine,

bu tarihin belli bir anında dahil oluruz; zorunlu yorum-öncesi uzlaşma bu şekliyle olumsal ve yereldir.

Esasında kültürümüzde hukuk pratiği sayılan pratikleri kolektif şekilde teşhis ederken zorluk çekmeyiz. Yasama organlarına, mahkemelere, idari organlara ve diğer kurullara sahibiz ve bu kurumların verdikleri kararlar kanonik tarzda yayınlanıyor. ABD’de bir de Anayasa’mız var. Bir hukukçu, hukuk pratiğine katıldığında mekân bu şekilde tefriş edilmiştir ve bu kurumların hukuk sistemimizi oluşturduğu yolunda herkesin paylaştığı bir anlayış vardır. Bu kurumları, bir hukuk sisteminin zorunlu olarak ne olduğunun ve hangi kurumların zorunlu olarak onu oluşturduğunun paylaşılan ve entelektüel açıdan tatmin edici bir tanımı vasıtasıyla teşhis ettiğimizi düşünmek bir hata –semantik iğnenin zehrinin neden olduğu felç edici başka bir enfeksiyon– olurdu.¹ Kültürümüz bize hukuk kurumları sunmanın yanında bir de bu kurumların bir sistem oluşturduğu düşüncesini sunar. Bu kurumların hangi özelliklere sahip oldukları, birleşerek ayrı bir hukuk sistemi meydana getirmeleri hasebiyle, yorum sorununun bir parçasını oluşturur. Dolayısıyla mesele, yorum-öncesi verili bir yapının değil, elimizdekine ne anlam atfedileceğine dair ihtilafli ve belirsiz bir sürecin parçasıdır.

Aynı zamanda hukuk paradigmalarına da sahibiz; sözgelimi, var olmaları durumunda gerçek diyebileceğimiz trafik kanunu gibi hukuk önermelerimiz bulunuyor. Bu önermeleri inkâr eden bir yorum, bu nedene dayanılarak derin kuşkuyla karşılanır. Söz konusu paradigmalar hukuk hakkındaki yorum tartışmalarına şekil ve güç verir. Standart bir argüman formunu mümkün kılarlar: Bir yoruma, açıklayamayacağı bir paradigmayla karşı çıkarak onu sınamaya veya zorlamaya çalışırlar. Fakat paradigmalar hukukta, “tanım gereği”, nezaket veya adalette olduğundan daha doğru değildir. Trafik kanununun hukuk olduğunu inkâr eden kişi kendisiyle çelişmiş olmaz, kimsenin anlayamayacağı şekilde

konusuyor da değildir.² Onu çok ama çok iyi anlarız; görüşünü, hukuk pratiğinin, bizi eski hâkim paradigmayı terk etmeye ikna edecek ölçüde cazip radikal bir yeniden yorumuyla savunabilecek olması –her ne kadar pek muhtemel değilse de– idraki mümkün olmayan bir şey değildir. Onu sonuna kadar dinlemedikçe ve kanaatine katılıp katılmadığımızı keşfetmedikçe görüşlerinin varsaydığımız ölçüde saçma olup olmadığından emin olamayız. Bu görüşlerin sadece yanlış olduğu değil de temeli itibariyle hatalı olduğu, yani radikal yorumunun, herhangi bir başarılı yorumun benimsemesi gereken hususları ıskaladığı şeklindeki kanaatimizi koruyorsak, bu kişinin görüşlerinin saçma olduğunu söylememiz yeterlidir. Semantik iğnenin teşvik ettiği daha dramatik ama hatalı olan şu ithamda bulunmamıza gerek yoktur: Bu şahsın hatası lafzi veya kavramsaldır. Onun hatasının büyük olduğunu düşünürüz, fakat bu düşüncemiz, reddetmiş olduğumuz diğer iddialardan farklı bir tarzdadır ve yapılan hata o kadar da akla hayale sığmaz türden değildir.

Öyleyse bir hukuk felsefecisi, işe, hukuk alanının teşhis edilmesine dair nispeten tartışmasız yorum-öncesi bilgisini kullanarak, aşına olunan şekilde argümanını desteklemek ve rakiplerini sıkıştırmak için geçici paradigmalara başlar. Sorun, nezaket ve adalet tartışmasında, kurumların merkezi kavramına dair ifade olarak belirttiğim şey üzerinde de uzlaşıp uzlaşamayacakları söz konusu olduğunda ortaya çıkar. Kurumların merkezi kavramına dair bu ifade, argümanlarının belli bir yapıya sahip olduğunu, onların bu kavramın rakip anlaşılışları hakkında bir argüman olduğunu görmelerini mümkün kılacaktır. Bu türden bir kavramsal ifade farklı açılardan işe yarar. Nasıl ki nezaket pratiğini geçirdiği değişim sürecindeki bir aşamada, nezaketin bir hürmet meselesi olduğu önermesini bulduğumuzda daha iyi anlayabiliyorsak, hukuku da, hukuk teorisyenlerinin çoğunun, argümanlarının serpilip gelişebilecekleri bir düzleşme yerleşebilmesi için

kabul edecekleri hukukun amacıyla ilgili benzer bir soyut tasvir bulabilirsek daha iyi anlayabiliriz.

Ne hukuk kuramları ne de benim bu kitapta bundan sonra ortaya koyacağım kendi argümanlarım, bu türden soyut bir tasviri bulmaya dayanıyor. Siyaset felsefesi, söylediğim gibi, adalet kavramına dair yetkin bir ifadeyi bulmakta yaşadığımız zorluklara rağmen zenginleşmektedir. Ne var ki hukukun niteliği hakkındaki daha ileri bir argümanı şekillendirmek üzere şu soyut açıklamayı sunacağım. Yönetimlerin hedefleri vardır: Yönettikleri milletleri müreffeh, kudretli, dindar yahut üstün kılmaya çalışırlar; aynı zamanda iktidarda kalmaya da çalışırlar. Tekelleştirdikleri kolektif gücü bunlar gibi başka amaçları da gerçekleştirmek için kullanırlar. Benim önerim şöyle: Hukuk hakkındaki tartışmalarımız genellikle hukuk pratiğinin en soyut temel amacının, yönetimin iktidarına şu şekilde rehberlik ettiğini ve sınırlandırdığını varsayar: Hukuk, gücün, dikkate alınan hedefler için ne kadar kullanışlı olursa olsun, bu amaçlar ne kadar faydalı veya asil olursa olsun, kolektif gücün ne zaman haklı olduğu hakkındaki eski siyasi kararlardan kaynaklanan bireysel haklar ve yükümlülükler ruhsat vermedikçe veya gerektirmedikçe kullanılmaması veya geri çekilmesi gerektiğinde ısrar eder.

Bir topluluğun bu açıklamaya dayanan hukuku, şu kompleks standardı karşılayan bir haklar ve yükümlülükler şemasıdır: Cebre ruhsat verirler, çünkü doğru tarzda verilmiş geçmişteki kararlardan kaynaklanırlar. Bu yüzden “hukuki” hak ve “hukuki” yükümlülüktürler. Hukuk kavramının bu şekilde nitelenmiş olması kimi zaman hukukun “üstünlüğü” denen şeyi de zarif bir şekilde açıklamaktadır. Tam olarak hangi hakların ve yükümlülüklerin, günün paradigmasının ötesinde, doğru türden geçmiş siyasal kararların sonucu olduğu ve bu nedenle de cebri icraya ruhsat verdiği veya cebri icrayı gerektirdiği hususunda pek çok yarışan iddia ile uyumlu hâldedir. Dolayısıyla peşine

düşüğümüz yapıyı sunma hususunda, en azından şimdilik, yeterince soyut ve tartışmadan ârîdir. Şüphesiz bu iddianın bazı istisnaları var; sözelimi, hukuk ile cebrin gerekçelendirilmesi arasında varsayılan bağlantının açıklanmasındansa bu bağlantıya karşı çıkan teoriler. Fakat ilk bakışta göze çarpacak kadar çok değiller.³

Hukuk anlayışları, hemen yukarıda önerdiğim, hukuk kavramımızı sağlayan başlangıç düzeyindeki, tartışmadan ârî yorumu incelikli hâle getirir. Her bir anlayış, kavramın ortaya çıkardığı üç soruya birbiriyle bağlantılı yanıtlar verir. İlk soru şu: Hukuk ile cebir arasında baştan kabul ettiğimiz ilişki, gerekçelendirilmiş midir? Kamu gücünün yalnızca geçmişteki siyasi kararlardan “kaynaklanan” hak ve yükümlülükler uygun kullanılmasını gerektiren bir amaç var mı? İkinci soru: Varsa eğer, bu amaç nedir? Ve üçüncü soru: “Kaynaklanma”nın hangi yorumu –geçmiş kararlarla uyumlu olmanın hangi anlamı– bu amaca en iyi şekilde hizmet eder? Bir hukuk anlayışının bu üçüncü soruya vereceği yanıt, tanıdığı somut hukuki hakları ve yükümlülükleri belirler.

Bundan sonraki bölümlerde birbiriyle yarışan üç hukuk anlayışını, hukuk pratiğimize dair yukarıdaki soruların yanıtları olan model üzerine bizzat benim inşa ettiğim soyut yorumları inceleyeceğiz. Bir açıdan yepyeniler: 1. Bölümde tarif ettiğim hukuk düşüncesi “okulları”na tam olarak uymuyorlar ve muhtemelen hiçbir hukuk felsefecisi tarif ettiğim şekliyle ilk ikisini tam olarak savunmaz. Fakat bunların her biri hukuk kuramı literatüründe öne çıkan temaları ve düşünceleri kapsar; bu hâllerle semantik değil yorumcu iddialar olarak düzenlenmişlerdir. Dolayısıyla aralarındaki tartışma, metinlerarası bayatlamış bir savaştan daha aydınlatıcıdır. Bu anlayışları “uzlaşımçılık”, “hukuki pragmatizm” ve “bütünlük olarak hukuk” [*law as integrity*] şeklinde isimlendiriyorum. Bunlardan ilkinin, her ne kadar ilk

bakışta sıradan vatandaşın hukuk anlayışını yansıtır görünse de, en zayıfları olduğunu iddia edeceğim; ikincisi daha güçlüdür ve yürütülebilmesi için tartışma sahamızı siyaset felsefesine teşmil etmemiz gerekir; üçüncüsü ise, bütün etkenler dikkate alındığında, avukatların, hukukçu biliminsanlarının ve yargıçların fiilen yaptıklarının ve söyledikleri şeylerin çoğunun en iyi yorumudur.

Uzlaşımçılık, “kavramsal” hukuk tarifimizin sorduğu ilk soruya olumlu cevap verir. Hukuk ve hukuki haklar bağlantısını ortaya koyan düşünceyi kabul eder. İkinci sorunun yanıtı olarak, hukukun sahip olduğu sınırların amacının, gücün sadece geçmişteki siyasal kararlara uygun bir şekilde kullanılması gerekliliğine dair sahip olduğumuz nedenin, bu sınırlamanın sağladığı öngörülebilirlik ve usuli adalet ile tüketildiğini iddia eder. Bununla birlikte, uzlaşımçılığın, kendi içinde hukuk ile bu değerler arasındaki bağlantının tam olarak neyi ifade ettiği hususunda bölündüğünü de göreceğiz. Uzlaşımçılık, üçüncü soruya, geçmişteki kararlara uygunluk için öngördüğümüz gerekliliğin formuna dair keskin sınırlara sahip kısıtlı bir açıklama sunar: Bir hak veya yükümlülüğün geçmişteki kararlardan kaynaklandığının söylenebilmesi için söz konusu hak veya yükümlülüğün onlarda aşikâr görünmesi veya bir bütün olarak hukuk mesleğinin uzlaşımşal olarak kabul ettiği metotlar veya teknikler aracılığıyla aşikâr kılınabilmesi gerekir. Uzlaşımçılığa göre, siyasal ahlak, geçmişe daha fazla riayet etmeyi gerektirmez; geleneğin gücü tükendiğinde, yargıçlar kararları için tümüyle ileriye dönük bir temel aramak durumundadırlar.

Hukuki pragmatizm, benim önerdiğim şekliyle, şüpheli bir hukuk anlayışıdır. Yukarıda sıraladığım soruların ilkine verdiği cevap olumsuzdur: Bir topluluğun, yargıçların verdikleri kararların, davanın taraflarının geçmişte verilmiş başka siyasal kararlara uygun bir hakkının olup olmadığıyla kontrol edilmesini gerektirmek suretiyle güvence altına aldığı herhangi bir menfa-

ati bulunmadığını söyler. Hukuk pratiğimizin oldukça farklı bir yorumunu tercih eder: Yargıçlar, geçmişe uygunluğun herhangi bir formunu kendinden menkul bir değer addetmemelidirler; kararlarını toplumun geleceği için kendilerine en iyi görüldüğü şekliyle vermelidirler ve zaten öyle yapmaktadırlar. Öyleyse pragmatistler, tam olarak söylemek gerekirse, benim hukuk kavramına dair yaptığım açıklamada bulunan hukuk ve hukuki hak düşüncesini reddederler.⁴ Ne var ki, göreceğimiz üzere, stratejik nedenlerin, yargıçların bazen kişilerin bazı hukuki hakları “varmış gibi” davranmalarını gerektirdiğini savunurlar.

Bütünlük olarak hukuk da, uzlaşıcılık gibi, hukuk ile hukuki haklar bağlantısını samimiyetle kabul eder. Bununla birlikte ikinci soruya oldukça farklı yanıt verir. Hukukun sınırlarının topluluğa sadece öngörülebilirlik veya usuli adalet sağlayarak yahut da başka bir araçsal şekilde faydalı olmadığını; sağladığı faydanın, vatandaşlar arasında, topluluğu daha sahici kılan ve siyasal gücün kullanımının ahlaki gerekçesini sağlamlaştıran bir tür eşitliği güvence altına almaktan kaynakladığını söyler. Bütünlük olarak hukuk düşüncesinin üçüncü soruya verdiği yanıt –yani hukukun gereği olarak geçmişteki siyasal kararlarla uyumlu olmanın niteliği hakkındaki açıklaması– uzlaşıcılığın verdiği yanıttan yine farklıdır. Bu görüşe göre, haklar ve yükümlülükler geçmişteki kararlardan kaynaklanırlar ve bu yüzden de hukuki addedilirler, ama sırf bu kararlarda aşikâr oldukları için değil, aynı zamanda vazih kararların gerekçelendirme yoluyla önvarsaydığı kişisel ve siyasi ahlak ilkelerinden de kaynaklandıkları için.

Bunlar, inceleyeceğimiz genel hukuk anlayışının sadece iskeletine dair tarifler. Ete bürünmüş ve savaş kıyafetlerini girmiş hâllerini de çok beklemeden göreceğiz.

Hukuk ve Ahlaklar

Önerim, yani hukuk teorisinin argümanlarının, en iyi şekilde anlaşılabilmesi için, geçmişteki siyasi kararların ne derecede ve ne şekilde kamu gücünün kullanımına dair zorunlu bir koşul sağladığı hakkındaki argümanlar olarak görülmesi gerektiği şeklindeki düşüncem, asıl olarak, yukarıda tarif ettiğim üç anlayışı ayrıntılarıyla incelediğimiz ve karşılaştırdığımız zaman sınanmış olacak. Yine de şimdiden bu önerinin, klasik hukuk felsefesi bulmacalarını, klasik metinlerin çoğunca görünmez kıldığı esaslı meseleleri ortaya çıkarmak için daha aydınlatıcı bir şekilde yeniden formüle etmemize nasıl yardımcı olabileceğine bakabiliriz. Eğer topluluğumuz esasında hukuki hakların, geçmişteki siyasi kararların sahip olduğu en iyi yorumdan kaynaklandığını söyleyen soyut bir ‘kavramsal’ düşünceyi kabul ediyorsa, bu, hukuk ile diğer sosyal fenomenler arasındaki karmaşık ilişkiyi açıklamamıza yardım eder. Bir topluluğun hukuku genel ahlak-tan veya geleneksel değerlerden nasıl farklı olur? Hukuk, hakiki adaletin, yaygın kanaat veya geleneklerinden bağımsız olarak, bir devletten talep ettiklerinden nasıl farklı olur? Kavramsal açıklamamız, bu iki soruya da kısa bir yanıt sunar: Her ikisinden de farklıdır, çünkü içeriği bir diğerine dayanabilir.

Bu gizemli iddiayı açıklamak zorundayım. Bir topluluğun “genel ahlakını”, topluluğun üyelerinin çoğunluğunun veya belki de bu topluluk içerisindeki bir grup ahlaki elitin kişisel kanaatleri olarak sahip oldukları adalet ile başka siyasi ve kişisel değerler hakkındaki fikirler kümesi olarak belirlediğimizi düşünün. Ve yine düşünün ki topluluğun “ahlaki gelenekleri”ni, bugünü de kapsayan kaydadeğer uzunluktaki tarihsel dönem boyunca var olmuş genel ahlak olarak belirliyoruz.⁵ Bu durumda, söz konusu düşüncelerle topluluğun hukuku arasındaki farklılığın izaha ihtiyacı yoktur. Topluluğun hukuku ile topluluk arasındaki aidiyet ilişkisi, sırf üyelerinin neyin doğru neyin yanlış

olduğuna dair bazı düşüncelere sahip olmaları nedeniyle pasif bir ilişki değildir. Söz konusu ilişki, resmi görevliler topluluğu, hukuku teşkil eden hak ve yükümlülüklerle bağlı kılan kararlar aldıkları için, aktif bir aidiyet ilişkisidir. Fakat belirli bir hukuk anlayışı yine de geçmişteki siyasi kararlardan kaynaklanan hangi hak ve yükümlülüklerin hem bir şekilde genel ahlaka hem de bu kararların aşikâr içeriğine dayandığı sorusunu sorar. Veya böyle bir bağlantı olduğunu reddeder. Hukuk kavramı, önerdiğim şekilde anlaşıldığında, topluluğun hâkim fikirleri ile onun hukuki tezahürleri arasındaki bağlantıya dair yarışan açıklamalar hususunda –bu açıklamalardan daha soyut olduğu için– tarafsızdır.

Hukuk adaletten de farklıdır. Adalet ahlaki ve siyasi haklara ilişkin doğru veya en iyi teoriyle ilgili bir meseledir ve kişinin adalet anlayışı, onun, söz konusu hakların fiilen ne olduğuna dair, kişisel kanaatlerinin dayattığı, teorisidir. Hukuk, geçmişteki fiili siyasal kararların içerisinde buldukları veya bu kararlar işaret ettiği için var olduğu kabul edilmiş hangi hakların devletin sahip olduğu kolektif gücü kullanması veya kullanmaması için bir gerekçe sağlayıp sağlamadığıyla ilgili bir meseledir. Kavram, mümkün anlayışlar olarak, siyasal bir kararın içeriği şu veya bu şekilde belirsiz olduğu takdirde, adaletin, bu karardan esasında hangi hukuki hakların kaynaklandığına karar vermede rol oynadığı hususunda ısrar eden teorilerin varlığına izin verir. Yani kavram, 1. Bölümde doğal hukuk teorileri olarak adlandırdığım teorilerin bir kısmını hatırlatan anlayışlara yer açar; ne var ki çizdiğimiz yeni resim uyarınca bunlar semantik teoriler değil, hukuk pratiğinin genel yorumlarıdır. Kavram, aynı zamanda adaletin hukuk üzerindeki bu önerilen etkisini reddeden ve dolayısıyla da hukuki pozitivizmi hatırlatan karşıt anlayışlara da izin verir. Ve yine, ileriye dönük adalet talebi hakkındaki haklar meselesi olarak anlaşılan hukukun içeriksiz olduğunu söyleyen hukuki pragmatizm gibi şüpheli anlayışları da mümkün kılar.

Öyleyse, hukukun, eğer varsa, en genel amacının, geçmişteki siyasal kararlar ile hâlihazırdaki cebir arasında gerekçelendirilmiş bir bağlantı ihdas etmek olduğu varsayımı, hukuk ile ahlak arasındaki tartışmayı yeni bir görünümle sunar. Hukukbilim metinlerinde bu tartışma iki semantik teori arasında cereyan eden bir yarış olarak resmedilir: Bir tarafta, “hukuk” kelimesinin kullanımına dair herkesin kabul ettiği semantik kuralların hukuk ile ahlakı tamamen farklı kıldığını söyleyen pozitivizm, diğer tarafta ise hukuk ile ahlakın, pozitivizmin iddiasının tam aksine, semantik kurallar tarafından birleştirildiğinde ısrar eden doğal hukuk bulunur. Esasında bu eski tartışma, sadece farklı siyasal teoriler arasındaki bir çekişme olarak anlaşıldığı takdirde anlamlıdır. Çekişmenin konusu, hukukun varsayılmış olan amacının, vatandaşların ve resmi görevlilerin, geçmişteki siyasi kararların hangi hukuki hakları yarattığı hususundaki fikirlerine, adalet hakkındaki görüşlerini ne ölçüde ilave etmeyi gerektirdiği veya buna izin verdiğidir. Tartışma bizim verdiğimiz anlamıyla kavramsal değildir, hukukun birbirine rakip anlayışları arasındaki yorum tartışmasının bir parçasından ibarettir.

Bir Anlayışın Anatomisi

Hukuk ile cebir arasında var olduğunu kabul ettiğimiz bağlantı aynı zamanda uzlaşıcılık ile bütünlük olarak hukuk gibi şüpheli olmayan anlayışların benzer yapısı veya anatomisi için işe yarar bir rehber teşkil eder. Her iki anlayış da, yapısal unsurları olarak, geçmişteki siyasi kararları tanımlayan hukuk pratiklerinin kolektif cebir gücünün gerekçelendirilmesine nasıl katkıda bulunduğu dair şöyle ya da böyle bir açıklama sunar. Bunların hangi pratikler olduğunu zaten biliyoruz. Yasama –bu yetkiye sahip olduğu kabul edilen özel organların bu yöndeki apaçık kararlarını hukuk olarak kabul etme pratiği–, hukuk manzaramızın en göze çarpan parçasıdır ve hiçbir hukuk anlayışı onu görmez-

den gelemez. Öyleyse her yetkin hukuk anlayışı, bir siyasi ahlak meselesi olarak, yasama organlarının eski kararlarının, anlayışın onlara verdiği gerekçelendirme gücüne neden sahip olması gerektiği sorusuna verilecek bir yanıtı içermek durumundadır. Hukuk pratiklerimizde emsal kararların da baskın bir yeri vardır: Mahkemelerin geçmişteki kararları, hukuki hakların kaynağı olarak kabul edilir. Öyleyse her yetkin hukuk anlayışı, geçmişteki yargı kararlarının bizatihi kendisinin daha sonraki farklı resmi görevlilerin devlet gücünü benzer bir şekilde kullanmaları için niçin bir neden oluşturduğu sorusuna da bir yanıt sunmak zorundadır.

Hiçbir hukuk anlayışı yorumlamayı teklif ettiği siyasi pratiklerin her bir özelliğini gerekçelendirmek durumunda değildir: Herhangi bir yorum gibi, onun yorumu da verilerinin bir kısmının hatalı olduğunu, geri kalanlar için önerdiği gerekçeyle uyumsuz olduğunu söyleyebilir ve belki de bu hatanın, 2. Bölümde yorum-sonrası aşama olarak isimlendirdiğim aşamada, terk edilmesi gerektiğini savunabilir. Bir hukuk anlayışı, sözgelimi, yasamanın, gerektirdiği en iyi yorumu veren açıklanışının, hâlihazırdaki pratiğin aksine, eski ve zamanı geçmiş yasaların artık hukuk olarak görülmemesi gerektiğini göstermeye çalışabilir. Hukuk anlayışları, hukuk pratiğinin yorum-sonrası açıklamalarında, yani pratiği, şu an için tartışmalı yahut bakir alanlara teşmil etmenin doğru şekli hakkındaki düşüncelerinde bu şekilde farklılaştıkları için tartışmalı hâle geleceklerdir. Bu tartışmalı yorum-sonrası iddialar, hukuk anlayışının en uç noktasıdır ve tam da bu yüzden örneklerini verdiğimiz çetin davalar, sahip oldukları gücü göstermeleri için en iyi sahneyi teşkil eder.

Gelişmiş bir hukuk anlayışının yorum-sonrası aşamada ele alması gereken, hukuk pratiğimizdeki tartışmalı bazı meselelere bakalım şimdi. Hukuk anlayışının, yasamanın ve emsal kararların ana hatlarına dair verili genel ve temel yorumunu düşündü-

ğümüzde, bir yasa metni belirsiz olduğunda yapılması gereken nedir? Belirleyici olan hangisidir: Kararı kayıtlara geçirmede kullanılan kelimelerin “açık” yahut “lafzi” anlamı mı, yoksa kararı veren resmi görevlilerin niyet veya amaçları mı? “Lafzi” anlam nedir? “Niyet” ve “amaç” burada ne anlama gelir? Kolektif amaç veya niyete nasıl bir anlam verebiliriz? Yasamaya veya yargıya ait bir kararın içeriği, yapıcılarının somut niyetlerinin ötesine gider ve benzer veya bir şekilde yakından bağlantılı meseleleri de kapsar mı? Yasama veya yargı, bu resmi görevlilerin fiilen zihinlerinde olan daha sınırlı kararların dahili mantığına uygun olan zımni kararlar vermiş olabilir mi? Meclis üyeleri, zamanında, at arabalarını dikkatsiz sürenlerin ezdikleri kişilere verdikleri zararları tazmin etmeleri gerektiğine karar vermiş olurlar. Bu karar aynı zamanda dikkatsiz otomobil sürücülerinin de aynı şekilde sorumlu tutulabileceği şeklindeki daha ileri tarihli bir kararı da içermiş olur mu?

Bu, söz konusu kararın hangi resmi görevli tarafından ve ne bağlamda verildiğine mi bağlıdır? Belki bir yasama kararının daha dar yorumlanması gerekiyordur ve kuralı otomobillere teşmil eden yeni bir yasaya ihtiyaç duyuluyordur, fakat bir yargı kararı söz konusu olduğunda, yargıcın at arabalarıyla ilgili ihdas ettiği kural, en azından eğer bu ilk kararın lehine olan argümanların hepsi otomobiller için de geçerliyse, otomobillere de kendiliğinden teşmil edilmek durumundadır. Yasama ve yargı kararlarının devlet gücünün kullanılması için geçerli ruhsatlar tedarik etmesinin sebebi, kolektif kararın farklı formlarının etkisini genişletmek midir? Tarif ettiğim indirgemeci sosyolojik anlamıyla topluluğun uzlaşımsal ahlakında mündemiç kural ve ilkeler, siyasi kararlar olarak kabul edilmeli midir? Eğer neredeyse herkes, kişisel kanaatleri olarak cinayet işleyenlerin mirastan yararlanmasının engellenmesi gerektiğini düşünüyorsa, bu, yetki sahibi bir yasama organının çıkardığı kurallara ve

geçmişteki yargı kararlarına rağmen, devletin Elmer'ın mirasçı olmasını reddetmesinin gerekçesi olabilir mi?

Bu saydıklarım, hukuk pratiğimizin temeline ilişkin tatmin edici bir yorumun dikkate alması gereken, uzun bir liste oluşturan meselelerin mukaddimesinden ibaret. Her bir soru onlarca başka soruyu davet eder ve bu türden bir yorum zorunlu olarak açık uçludur; tamamlanmamıştır. Üstelik iç yapısı açısından kompleks olmak durumundadır ve iç-göndermelidir. Bu listedeki farklı sorular ve vekalet ettikleri envai çeşitteki diğer soruların hepsi, yanıtların tutarlı ve hatta bir anlama sahip olması bekleniyorsa, mütekâmil olmasa bile tek bir kompleks teori dahilinde yanıtlanmalıdır. Teorinin her bir parçası geri kalan kısmına dayanacaktır, çünkü hukuk pratiği ile siyasi gerekçelendirmeyi birleştiren bakış vasıtasıyla bir doku oluşturacaktır. Öyleyse genel bir hukuk anlayışı siyasi ahlakın farklı kısım veya bölümleriyle ve bunlar aracılığıyla da daha genel ideolojik ve hatta metafizik kanaatlerle harici bağlantılara sahip olmak durumundadır. Genel bir hukuk anlayışıyla uğraşan hukukçunun veya felsefecinin, aynı zamanda hukukun amacı veya herhangi bir görüşün dayanmak zorunda olduğu kişilik, yaşam ve toplum hakkındaki daha büyük sorulara ilişkin açık ve seçik bir düşünce geliştirmiş olacağını söylemeye çalışmıyorum. Tek söylediğim, hukukçunun veya felsefecinin hukuk anlayışının, geliştirdiği şekliyle, farkında olsun veya olmasın, bu daha geniş konulara yönelik tutumunu da ortaya çıkarmış olacaktır.

ŞÜPHECİ HUKUK ANLAYIŞLARI VE ŞERİR HUKUK

Nazilerin Hukuku Var mıydı?

Hukuki pragmatizmin şüphecî bir hukuk anlayışı olduğunu, çünkü geçmişteki kararların gelecekteki kararlarda yer alacak haklar sağladığı varsayımını reddettiğini söylemişim. Görüş-

leri bu anlayışa oldukça benzeyen bazı hukuk felsefecileri, kendilerini esasında bir hukukun olmadığını, hukukun yanılmasadan ibaret olduğunu söyleyen nihilist iddia ile ifade ederler. Bu iddiaları ileride, 5. Bölümde, hukuki pragmatizmi daha geniş incelerken ele alacağız. Ancak şu an için bazı hukuk felsefecilerinin dile getirdiği daha farklı, daha analitik bir iddiaya bakmalıyız. İddia şu: Bazı uluslarda veya koşullarda, meclis veya mahkemeler gibi bilindik hukuki kurumların varlığına rağmen hukuk yoktur, çünkü bu kurumların uygulamaları bu ismi hak edebilmek için oldukça şerirdirler. Hukuk teorilerinin yorumcu teoriler olduğunu anladığımızda, bu iddiaya anlam vermekte güçlük çekmeyiz. Zira bu iddianın şunu söylediğini anlamış oluruz: Bazı hukuki pratikler öylesine saygınlığını yitirmiştir ki, herhangi bir kabul edilebilir siyasi ahlak, ya da gerekçelendirilmiş bir iktidar dahilinde herhangi bir yoruma imkân tanımazlar.

Semantik teorilerin altın çağında, hukuk felsefecileri şer coğrafyalarının gerçekte herhangi bir hukuka sahip olmadıkları iddiası karşısında daha fazla sorun yaşıyorlardı. Semantik kurallar “hukuk” kelimesinin genel kullanımını ve dolayısıyla da insanların sadece kendi hukukları hakkındaki değil oldukça farklı bir tarihte kalmış ve yabancı hukuk sistemleri hakkındaki ifadelerini de kapsamak durumundaydı. Bir siyasi örgütlenme şemasının hukuk sistemi olarak sayılabilmek için bazı asgari adalet standartlarını karşılaması gerektiğini söyleyen sert “doğal hukuk” teorilerine karşı sunulan meşhur argüman şuydu: Dil pratiğimiz açıkça gayri-ahlaki olan siyasi sistemlere hukuk ismini vermeyi reddetmez. Nazilerin de hukuku olduğunu söyleriz, bu hukuk çok kötü bir hukuk olsa da. Dil pratiğimizle ilgili bu hakikat, herhangi bir “doğal hukuk” teorisine karşı, hukukun mevcudiyetinin hukukun değerinden bağımsız olduğu aksiyomuyla birlikte pozitivizmin lehine olduğu düşünülmüştü.

Eğer kullanışlı hukuk teorileri bu türden semantik teoriler değil de tarihsel olarak gelişen bir pratiğin belli bir aşamasının yorumcu teorisi ise, gayri-ahlaki hukuk sistemlerine ilişkin sorunun niteliği değişir. Yorumcu teoriler, mahiyetleri itibariyle belli bir hukuk kültürüne hitap eder, genel olarak da teorilerin sahiplerinin ait oldukları kültüre. Bu teoriler kökten şüpheli olmadıkları sürece, bu hukuk sistemini gelişmekte olan hukuk olarak görürler; sistem, yorum tutumunu ortaya çıkarmakta ve desteklemektedir. Avukatların ve yargıçların belli bir yargı bölgesi için inşa ettikleri hüküm verme pratiğinin bütün detaylarına uzanan çok ayrıntılı ve somut hukuk teorileri pek tabii ki bu yargı bölgesiyle çok yönden bağlıdır. Hukuk felsefecilerinin inşa ettiği soyut anlayışlar ise belli bir yargı bölgesine bu denli bağlı değildir. Mesela uzlaşımıcılığın Rhode Island hukukunun en başarılı genel yorumu olduğu ama aynı dönem açısından Massachusetts ve Britanya hukuku için bu iddianın geçerli olmadığını söylemek, tuhaf, hatta endişe verici olurdu. Fakat çok soyut bir hukuk anlayışının bile oldukça farklı karakterdeki siyasi ideolojiler içinde gelişmiş ve bu ideolojileri yansıtan yabancı hukuk sistemlerine uymasını beklemek için hiçbir nedenimiz yok. Aksi de geçerli. Eğer her toplumda hukukun varlığını görme eğiliminde olan bir hukuk anlayışı, belli bir topluluğun hukuk pratiğinin genel yapısı içerisinde cebirin siyasi gerekçesini bulmayı öneriyorsa, bu gerekçe için hayati olan özelliklerden yoksun hukuk sistemleri konusunda kendi eğiliminden vazgeçip şüpheli olmak durumundadır.

Fakat bu söylediklerim, bir hukukçunun Anglo-Amerikan hukukunun en iyi yorumunu Nazi rejiminin yoksun olduğu özelliklerde bulması durumunda, Nazilerin bir hukuka sahip olduğunu reddetmesi gerektiği anlamına da gelmiyor. Bu durumda teorisi, “hukuk” kelimesinin bütün kullanımları hakkındaki semantik bir teori değil, kendi hukuk sistemine yönelmiş yorum tutumunu

hayata geçirmesinin sonuçları hakkındaki yorumcu bir teoridir. Konuştuğu dili düzgün kullanmak suretiyle Nazilerin bir hukuku olduğunu söylemekte ısrar edebilir. Neyi kastettiğini anlarız. İddiası daha önce değindiğim bir yargıya benzeyebilir: Nezaketin her bir aşaması, yine de aynı kuruma ait aşamalardır yahut istersek her bir aşamayı böyle görebiliriz. Şunu kastetmiş olur: Nazi sistemi bir organı oluşturan ipliklerden biridir; bazı genel pratiklerin ve kurumların tarihteki tezahürüdür, ki bizim hukuk kültürümüz de aynı pratik ve kurumlardan gelişmişti. Yani Nazi sistemi, benim “yorum-öncesi” dediğim anlamıyla, hukuktur.

Semantik iğneyi saplandığı yerden çıkardığımızda, gayri-ahlaki hukuk sistemlerinin gerçekten hukuk kabul edilip edilmemesi sorusunun doğru yanıtını çok dert etmemize gerek kalmaz. Daha doğrusu, bu konu hakkında farklı, daha esasa müteallik bir endişe duymamız gerekir. Zira dilimiz ve gramerimiz, söylemek istediğimiz şeyi dile getirmek için seçebileceğimiz kelimeler söz konusu olduğunda, bunları birbirinden ayırabilmemize ve seçim yapmamıza müsait bir zenginliğe sahiptir ve dolayısıyla tercihimiz de yanıtlamaya çalıştığımız soruya, hitap ettiğimiz kitleye ve konuşmamızın bağlamına dayanacaktır. Kendi hukukumuz için tercih ettiğimiz yorum her ne olursa olsun, Nazi sisteminin hukukun bir numunesini teşkil ettiğini inkâr etmemize gerek yok, çünkü onun kesinlikle hukuk olduğu bir anlam mevcut. Fakat Nazi hukukunun gerçekten hukuk olmadığını veya yozlaşmış bir hukuk olduğunu yahut da tam anlamıyla hukuk olmadığını söyleyen birini anlamakta da güçlük çekmeyiz. Zira “hukuk”u artık bu anlamda kullanmaktadır; yorum-öncesi türden bir yargı sunmamakta, Nazi hukukunun kuralları ve usulleri cebri gerekçelendiren hukuk sistemlerinin gelişimi için hayati olan özelliklerden yoksun olduğu şeklindeki şüpheli bir yorum yargısı dile getirmektedir. Yargısı artık, eğer bağlam da buna açıklık getiriyorsa, dilinin tümüyle uygun olduğu siyasi yargının

bir türüdür. Elbette onu, mükemmelen anlayamayız; bunun için, gelişmekte olan hukuk sistemlerine dair hangi anlayışı tercih ettiğini biliyor olmamız gerekir. Ama yönünü ne tarafa döndüğünü kestirebiliriz; konuşmaya devam ettiği takdirde hangi yöne doğru gideceğini biliriz.

Hukuk Dilinin Esnekliği

Pozitivizm gibi semantik teoriler, “hukuk” kelimesini bağlama yahut amaca yönelik esnek tarzda kullanma imkânımızı reddedererek dilimizi sabitler. Son kertede, “geniş” veya yorum-öncesi anlam ile “dar” veya yorumcu anlam arasında bir seçim yapmamız gerektiğinde ısrar ederler.⁶ Fakat dilin bu şekilde düzgün kullanımının maliyeti büyüktür. Nazi hukukunun hukuk olmadığını söyleyen hukukçunun, aynı meseleyi pozitivistlerin de kabul edeceği tarzda dile getirebileceği kesinlikle doğrudur. Nazilerin hukuku olduğunu, fakat bu hukukun asgari saygıyı kabul etmek için gerekli olan özelliklerden yoksun olduğunu söyleyebilirdi. Fakat böyle söyleseydi, aklındakilerden daha azını dile getirmiş, kapsamlı hukukbilimsel pozisyonunu daha az göstermiş olurdu, çünkü bu özelliklerden yoksun olmanın sonuçları hakkındaki görüşü belli olmazdı. Diğer yandan bazı durumlarda bu kısıtlılık bir avantaj teşkil edebilir. Daha fazlasını açık etmek –mevcut amaçlar açısından alakasız argümanlar ortaya koyacağından– gereksiz, hatta yanıltıcı olabilir. Böyle bir durumda görüşünün alternatifi olan “pozitivist” formülasyon tercihe şayan olabilir ve dilimize, bu türden bağlama duyarlı tercihlerde bulunmamızı engelleyen yapay sınırlar koymamız için hiçbir neden yoktur.

Bağlama duyarlılık, mevcut sorun sadece basit bir genel sınıflandırmadan veya yabancı ve oldukça farklı bir hukuk sisteminin eleştirisinden daha keskin, daha özel bir duruma has, daha pratik olduğunda çok daha önemlidir. Her nasılsa, onaylamadı-

ğımız yabancı bir hukuk sistemindeki bir yargıcın –ismini Yargıç Siegfried koyalım– orada görülmekte olan çetin bir davada nasıl karar vermesi gerektiği sorusunun ortaya çıktığını tartıştığımızı düşünelim. Odak noktamız değişmiştir, çünkü bu soru, kendi hukuk sistemimizle bu yabancı hukuk sistemini genel olarak karşılaştırmamızdan ziyade bu sistemin bağımsız bir şekilde ayrıntılarıyla yorumlanmasını gerektirir. Artık Siegfried’in koltuğuna oturmalıyız; eğer onun, içerisinde hüküm verdiği sistemi değersiz görececek olursak, yorumumuz onun açısından tamamen şüpheli bir yorum olabilir. Yorum tutumunun burada tümüyle yersiz olduğuna, aldığı şekliyle pratiğin hiçbir zaman devlet cebri için zayıf bir gerekçelendirme bile sunamayacağına kanaat getirebiliriz. Bu durumda Siegfried’in her davada, eğer becerebilirse, hem yasaları hem de emsal kararları tümüyle göz ardı etmesi gerektiğini, eğer bu mümkün olmazsa elinden gelen her şeyi yaparak, mümkün olan her aracı kullanarak adaletsizliği azaltmaya çalışması gerektiğini düşünürüz. Tabii burada yine, şart olmamakla birlikte, Siegfried’in ulusunda herhangi bir hukukun olmadığını söyleyen dramatik dildeki görüşü gündeme getirebiliriz. Hangi dili seçersek seçelim, önemli olan nokta, siyasi ahlak noktasıdır: Yorum-öncesi anlamıyla Siegfried’in ulusunun bir hukuka sahip olduğu olgusunun kendisi, davacılara mahkemelerde peşinde koşacakları bir hak vermiş olmaz.

Yine de üzerinde biraz daha düşündüğümüzde, bunun tam da bizim görüşümüz olmadığını fark ettiğimizi düşünelim. Zira Siegfried’in topluluğunun hukuk pratikleri tarihinde, her ne kadar bu pratiklerin bir bütün olarak toplumda hukukun varlığını görmeye meyilli genel bir yorumu mümkün kılmayan ölçüde kusurlu olduğuna inansak da, onun baktığı davalardaki bazı davacıların hukuki hak iddialarını gerekçelendirdiğini düşündüğümüz bir şeyler bulmuşuzdur. Üzerinde konuştuğumuz davanın, ırkçı veya siyasi ayrımcılıkla yahut da herhangi bir tiranlıkla il-

gisi olmayan, sıradan, sözleşmeden kaynaklanan bir borçla ilgili olduğunu düşünelim. Davacının bu davada, sırf yasalar ve emsaller ona böyle bir hak verdiği, aksi takdirde elde edemeyeceği bir hakkı olduğunu düşünmemiz mümkün. Başka bir davadaki görüşümüz daha temkinli olabilir. Ayrımcı yahut adil olmayan bir yasanın uygulanması gereken bir davayı düşünelim. Davalı, diyelim ki, bir Yahudi olsun ve davacı da sözleşmeden kaynaklanan borçlar söz konusu olduğunda, Yahudilerin Aryenlere karşı yaptığı savunmayı geçersiz kabul eden bir yasaya dayanıyor olsun. Yine de belirttiğimiz olguların, davacıya davayı kazanabileceği *zayıf* bir hakkı –bu zayıf hakkın, her şey dikkate alındığında davalının yarışan bir ahlaki hakkı tarafından geçersiz hâle geldiğini eklemek istesek bile– gerekçelendirdiğini düşünebilir ve bu durumda Siegfried’in iddiayı düşürmek için elinden geleni yapması gerektiğini söyleyebiliriz, hatta eğer işe yarayacaksa bu hukuk hakkında yalan söylemek bile olabilir.

Şimdi örneği biraz daha karmaşık hâle getirelim. Siegfried’in mensubu olduğu hukuk sistemindeki kişilerin bakış açısıyla, bunların çetin davalar olduğunu düşünelim. O ve hukukçu arkadaşları, ilk davada borçlar hukukunun tam olarak hangi kurallarının davada kullanılması gerektiği hususunda veya ikinci davada ayrımcı yasanın nasıl okunması gerektiği konusunda uzlaşmazlık yaşıyor olsunlar. Şimdi yeni bir zorlukla karşı karşıyayız. Kendi hukuk sistemimizdeki sıradan davalarda, çetin davalar hakkındaki fikirlerimizi, bir bütün olarak hukuki sürece verebileceğimiz en iyi yorumdan neyin çıktığını sorarak oluştururuz. Yeni örneğimizde ise bunu yapamayız, çünkü Siegfried’in hukuk sisteminin bütüncül bir yorumla gerekçelendirilemeyecek ölçüde şerir olduğuna inanmaktayız. Sıradan davalarda, insanların haklara sahip olduğuna dair inancımız, hangi haklara sahip olduklarına karar vermede kullandığımız aynı yorumdan kaynaklanır ve bu yorumun parçasıdır. Yeni örneğimizde bu iki me-

sele birbirinden ayrılmış şekilde karşımıza çıkar: İnsanların haklara sahip olduğunu varsaymamızın nedenleri oldukça özeldir –şerir coğrafyalarda bile insanların hukuka güvenmeleri ve ona göre kendilerini planlayabilmeleri güvence altına alınmalıdır– ve bu nedenler sistemin bütününe dair yorumla oluşturduğumuz yargımıza rağmen varlıklarını devam ettirirler. Bu iki meselenin nasıl birbirlerinden ayrı ortaya çıkabileceğini göstermek için bir analogi kullanalım. Kişi hem basiretsiz hem de muğlak bir söz verdiğinde ortaya birbirinden farklı iki soru çıkar: Sözünde durma yükümlülüğü var mıdır? Eğer varsa, verdiği sözün içeriği nedir? Bu ikincisi bir yorum sorusudur. Soruya, verilen sözün taraflarının bakış açısıyla bakarak ama ilk meseleyi de tümünden askıya alarak cevap vermeye çalışabiliriz. Bu koşulları Siegfried'in sorununa taşımak mantıklı bir yaklaşım olurdu. Sözleşmeye dair emsallerin veya ayrımcı yasanın, bizim gibi olmayan, sisteme genel olarak yakınlık duyan, onu hukukun inkişaf etmiş bir örneği olarak kabul eden biri tarafından yapılacak hangi yorumunun en iyi yorum kabul edilmesi gerektiğini sorabiliriz. Siegfried'in bu tutuma sahip olduğunu varsayabilir ve sonra da ülkesinin hukuk pratiklerinin hangi yorumunun onları en az kötü ışık altına koyabileceğini sorabiliriz.

Son olarak şunu düşünelim: Önümüzdeki sorun Siegfried'in davada nasıl karar vermesi *gerektiği* değil muhtemelen nasıl karar *vereceği* olsun. Eğer sorunu, bizim hukukumuzda benzer bir sorun ortaya çıktığında yapacağımız gibi yorumcu tarzda ele alacağımızı varsayarsak sorduğumuz soru daha basit bir anlamdaki tasvirle ilgili olmaktan ziyade, yorumlamakla ilgili olmaya devam eder. Fakat yorum talep eden sorumuzun öncülleri yine değişmiştir. Siegfried'in koltuğuna daha iyi yerleşiriz ve olayı onun siyasi ve toplumsal kanaatlerinin tümünün sağladığı bakış açısıyla yorumlarız. Sorunumuz farklı şekillerde de değişikliğe uğrayabilir. Gayri-ahlaki kabul ettiğimiz, çağdaşımız olan bir

sistemin hukuki sorunlarıyla değil de ahlakiliği bizi ilgilendirmeyen antik veya ilkel bir hukuk sisteminin sorunlarıyla ilgilenmeye başlayabiliriz. Bu durumda ulaştığımız sonuçları çok daha doğrudan ifade edebilir ve onların hukuku hakkında herhangi bir nitelendirme yapma ihtiyacı hissetmeyiz. Kendimizi tümüyle Romalı görevlilerin yerine koymayı en azından deneyebiliriz ve bunun ardından sözcüğü Roma hukuku hakkındaki düşüncemizi beyan edebiliriz, hem de Roma hukukunun köleliği desteklediği için kâmil bir hukuk olmadığını veya esasında hukuk filan olmadığını eklemeye gereği hissetmeden. Nitelendirme yapmayı tercih etmeyiz, çünkü inceleme yaptığımız bağlamda bu nitelendirmeyi gerektiren hiçbir şey yoktur.

Hukukumuzu kısmen veya tamamen gayri-ahlaki veya gerekçelendirilemez görmeye başladığımızda bağlam yeniden değişir. Değiştiğim ayrımlardan biri artık pratik önem taşımaya başlar. Hukuk pratiklerimiz, ahlaken muteber olmasalar bile, yine de onlara güvenerek başvurular lehine zayıf da olsa bazı siyasi veya ahlaki haklar üretebilir mi? Böylece, çok sert bir ahlaki mesele onları geçersiz hâle getirmediği uygulamaya geçirilmeli midirler? Yahut da bu pratikler böylesi hakları, hatta zayıf olanlarını bile üretemeyecek ölçüde kötü müdürler? Bu önemli ayrımı hayata geçirmek için hukukun dilini kullanmak isteyebiliriz: İlk durumda yargıcın hukuku yok sayması gerektiğini, ikinci durumda ise yargıcın yok sayacağı bir hukukun olmadığını söyleyebiliriz. Fakat önemli olan ayrımdır, onu hayata geçirmek için seçeceğimiz dil değil ve mümkün olan başka bir dil, eğer tercih edersek, aynı ayrımı mümkün kılar.⁷

Öyleyse burada hukuk felsefesinin çetin ceviz sorunlarının bir örneğini daha görüyoruz. Bu sorun, hukuk okullarında ve hukuk felsefesi eserlerinde tartışıldığı şekliyle varlığını, hukuk teorisinin ne olması gerektiğine dair yanlış bir anlamaya borçlu. Hukukun semantik teorileri, birbirinden ayırdığımız, hepsi

yorum-öncesi anlamda hukukun şerir veya değilse bile kusurlu örnekleriyle ilgili farklı soruları tek bir soru olarak ele alır: Ortaklaşa uyduğumuz dil kuralları nedeniyle “hukuk” kelimesi bu tip hukuk sistemlerini kapsar mı yoksa dışarda mı bırakır şeklindeki semantik soruyu kastediyorum. Bu soru sahte bir soru, çünkü sorunun varsaydığı gibi ortaklaşa uyduğumuz böyle kurallar yok. Soru aynı zamanda tehlikeli, çünkü dikkatimizi, mükemmel olmayan hukuk ile hukuku hayata geçirmekle görevli resmi görevlilerin işlev ve güçleri hakkındaki siyasi ahlak meselelerinden başka bir yere yönlendirir, hâlbuki asıl derdimiz buydu. Hukukun zengin dilinin sağladığı ince ve bağlam duyarlı ayrımları çekip almak suretiyle silahlarımızı elimizden alır. Şerir hukuk sistemleri sorunu, yorum faaliyetlerine uygun olmak üzere geliştirdiğimiz anlamıyla kavramsal bir soru değildir. Ortada tek değil çok sayıda soru vardır ve hukuk teorisi açısından bunların hepsi anlayışların birbiriyle rekabet ettiği düzeyde ortaya çıkar.

HUKUKUN DAYANAKLARI VE HUKUKUN GÜCÜ

Hukuk kavramımızı nasıl tarif edebileceğimize ilişkin şu öneriyi savunuyorum: Bizim için hukuki tartışma, şöyle kaba bir konsensüsten müteşekkil alanda cereyan eder: Eğer hukuk varsa, kolektif gücün tekil bireylere veya gruplara karşı kullanılmasının gerekçesini de sunuyordur. İsimlerini zikrettiğim üçünde de olduğu gibi genel hukuk anlayışları, geçmişteki siyasi kararların böyle bir gerekçeyi sağlayıp sağlamadığı ve sağlıyorsa neden sağladığı hakkındaki biraz daha geniş bir tezle işe başlarlar ve bu tezde hukuk anlayışı için bir bütün olarak birleştirici bir yapı sunarlar. Güçlü görünen bir itirazı şu an için dikkate almam gerekiyor. Hukukçularımız ve vatandaşlarımız hukukun ne olduğu sorusu ile yargıçların, diğer resmi görevlilerin veya vatandaşların hukuku hayata geçirmelerinin veya ona itaat etmelerinin gerekip gerekmediği sorusu arasında farklılık görürler. Bunları

sadece zihnimizde yabancı, hemen yukarıda gördüğümüz farklı şekillerdeki şerir hukuk sistemleri bulunduğunda değil, kendi toplumlarımızdaki vatandaşların ve resmi görevlilerin nasıl davranması gerektiğini düşünürken de birbirlerinden ayrı sorular olarak görürler. Yargıçlarımızın, hukuku bazen görmezden gelerek yerine daha iyi bir hukuku koymaya çalışmaları gerektiği düşüncesi hukuk okullarına ve hatta siyasi tartışmalara hiç de yabancı değildir. İnsanlar, hâlihazırda kullandığımız anlamıyla kavramsal açıdan hukuk ile cebir arasındaki bağlantının hiç de tartışmalı olmadığını düşünüyor olsalardı, bu iki soruyu birbirinden farklı görmeleri saçma olurdu. Bu, semantik pozitivist hukuk teorileri lehine, onlar için çıkarmaya çalıştığım bütün sorunlara rağmen, karşı konulamaz bir argüman sağlamak olabildi. Austin ve Hart, her ne kadar teorileri başka açılardan yanlış yönlere gidiyorsa da, insanların, yargıçların ne yapması gerektiği hakkındaki hukuki bir sorunun cevabını kendiliklerinden siyasi bir sorunun cevabı gibi görmediklerini en azından fark ettiler ve bunun nedenini açıklamaya çalıştılar. Hukuk önermelerinin özerleri itibariyle olgusal olduğunu ve dolayısıyla herhangi bir resmi görevlinin veya vatandaşın fiilen ne yapması gerektiğine dair herhangi bir iddiayı içermediğini söylediler. Eğer bu teorileri, hukukbilimi dil analizinden ziyade yorum olarak gördüğümüz için reddediyorsak, söz konusu ayrıma bir alternatif sunmalıyız; aksi takdirde hukuk ile siyaseti yakından bağlantılı gören hukuk kavramı tarifim yetersiz bir başlangıç olarak görülecek.

Bu itirazın zorunlu kılmasıyla, önemli bir noktayı açıklığa kavuşturmamız gerekiyor. Hukuk kavramımızın, daha ileri bir ihtilafın konusu olan, hukukun, resmi cebrin gerekçesini *ilkesel olarak* sunduğuyla ilgili kaba bir anlaşmayla donatıldığını iddia etmiştim. Kavrama dair bu ifadede mutlak olan hiçbir şey yok. Tek varsaydığı şu: İstikrara kavuşmuş bir hukuk sisteminde hukukun varlığı cebir için bir neden sunar ve bu neden istisnai

bir karşı argüman bulunmadığı müddetçe geçerlidir. Hukuk, sadece özel koşullar tarafından alt edilebilen genel bir gerekçeyi sunmadığı için böyle içerikli bir iddia bile dile getirilemiyorsa hukuk sistemine dair artık sadece şüpheli bir anlayış uygun olacaktır. Mevcut hipotezde hukuk kavramımıza ait olan pek çok şey var: Hukuk ile cebir arasındaki bağlantıyı soyut bir düzeyde bırakır. Ne var ki herhangi bir kâmil hukuk teorisi çok daha somut olmak durumundadır. İstikrara kavuşmuş bir sistemde dahi hukukun cebir için sunduğu gerekçeyi çürütebilecek istisnai koşulların türü hakkında, eğer olacaksa, resmi görevlilerin hukuku bir aykırılık içermeyecek şekilde görmezden gelebilecekleri durumlar hakkında ve resmi görevlilerin, görevlerini icra ederken, eğer varsa, sahip oldukları ilave yükümlülükler hakkında çok daha fazla şey söylemelidir.

Kâmil bir siyasi hukuk teorisi, öyleyse, en azından iki kısımdan müteşekkildir: hem hukukun *dayanakları* hakkında –yani hukuk önermelerinin güçlü veya doğru kabul edilmelerine dair koşullar hakkında– hem de hukukun *gücü* hakkında –yani farklı türdeki istisnai koşullarda cebri gerekçelendiren doğru hukuk önermesinin görelî gücü hakkında– kelam eder. Bu iki kısım birbirini karşılıklı destekliyor olmalıdır. Kâmil bir teorinin hukukun nereye kadar buyurduğu ve ne zaman göz ardı edilebileceği veya edilmesi gerektiği sorusu hakkındaki tutumu, hukukun cebir yetkisi için önerdiği genel gerekçe ile uyuşmalıdır. Bu gerekçe ise hukukun tartışmaya açık dayanakları hakkındaki görüşlerinden çıkarsanır. Demek ki genel bir hukuk teorisi eşzamanlı denliklerin karmaşık bir kümesini önümüze koyar. Öyleyse bizim de iki teoriyi karşılaştırırken yapacağımız şey, teorilerin bütün pratik sonuçlarını yargılamak, sahip oldukları her iki kısmı da dikkate almak olmalıdır.

Fakat karmaşıklığın ortaya çıkardığı çok ciddi pratik bir sorun var. Hepimiz, özellikle de hukukçular, hukuka yönelik tu-

tumumuzu, zikrettiğimiz unsurları hukukbilimsel bir incelemeden geçirmeden önce –belki de hiçbir zaman böyle bir inceleme yapmayız– topluma dair genel bilgimize uyumlu bir şekilde, gayri-ihiyari ve zaman içerisinde geliştiririz. Sonra da, kendi kanaatlerimizden, o unsurları bir bütün olarak sistematik şekilde incelemek için ihtiyacımız olan miktarda uzaklaşmamız gereken mesafeye ulaşmak çok zor gelir. Artık yerleşmiş olan görüşlerimizi olsa olsa gözden geçirir ve onların bakımını yapabiliriz, tıpkı, Otto Neurath'ın o mutlu tablosunda gemicilerin denizdeyken her defasında tek bir kalası tamir etmesi gibi. Elinizdeki çalışmadan farklı olarak, hukuk hakkında geliştirdiğimiz tutum ve kanaatlerimizin belli parçalarını, geri kalan kısmı değerlendirmek ve değiştirmek için elimizde tutmaya devam etmek zorundayız. Dayanaklar ile güç arasındaki ayrımı bu amaçla kullanırız.

Akademik gelenek hukuk hakkındaki düşünüşte belli bir iş bölümünü zorunlu tutar. Siyaset felsefecileri hukukun gücü hakkındaki sorunları ele alırken hukukçu biliminsanları ve hukukbilim uzmanları hukukun dayanakları hakkındaki meseleleri inceler. Dolayısıyla, hukuk kuramları genellikle hukuka dair dengesiz teorilerdir: Asıl olarak hukukun dayanakları hakkındadırlar ama hukukun gücü konusunda neredeyse sessizdirler. Dayanaklar meselesini daha dikkatli inceleyebilmek için kendilerini güç sorunundan uzak tutarlar. Bunun mümkün olmasının yegâne nedeni güç hakkında yeterince kaba bir uzlaşımın mevcut olmasıdır. Bazı koşullarda, adalete dair yarışan güçlü düşünceler olduğunda, hukukun gücünün tam olarak ne olduğu konusunda ihtilafa düşebiliriz. Muhtemeldir ki, Amerikan İç Savaşı'ndan önce kendilerinden Firari Köle Kanunu'nu* uygulaması istenen yargıçların ne yapması gerektiği hususunda anlaşamayız. Fakat,

* ABD'de, 1850 tarihli federal yasa, firari kölelerin yakalanması ve sahiplerine iadesi için tüm resmi birimlere yükümlülük yükliyordu.

adalete dair bu tarz istisnai düşünceler bulunmadığı durumda, mesela, insanlar yasaların adaleti veya hikmeti konusunda anlamıyor ama yine de kimse hukuku şerir veya yasakoyucuyu tiran görmüyorsa, hukukun gücüyle ilgili genel, özgülenmemiş bir fikri paylaşmaya devam ederiz. Hukukun gücü hakkındaki farklı kanaatlerimiz böyle durumlarda bir araya gelip birleşir. Hukuka itaat edilmesi ve hukukun uygulanması gerektiğini düşünürüz; eğer daha önce yapmadıysak, hukukun yorum kavramı olarak görülebilmesi için pek az yer kalır. Öyleyse bu tarzda “normal” olan davaları düşünerek hukukun dayanakları meselesini ayırıştırarak konuya odaklanabiliriz. Şöyle sorabiliriz: Normal koşullardaki (üzerinde kabaca anlaşılması) hukukun gücü uyarınca, belli bir kural veya ilkenin hukukumuzun parçası olduğuna tam olarak nasıl karar verilebilir? İnceleyeceğimiz hukuk anlayışları, bu soruya verilmiş cevaplardır.

Şimdi bu tartışmayı açan itiraza karşılık verebiliriz. Hukukun dayanakları hakkındaki teoriler olan hukuk anlayışları vatandaşların nasıl davranması veya yargıçların ne yönde karar vermesi gerektiği ile ilgili belirli veya somut iddialar vaat etmez. Herhangi birinin, Elmer’la, Bayan McLoughlin’le veya *percina tanaşi* ile ilgili bir hukuk söz konusuysa da, bunların, yargıçların hukuku bir şekilde uygulamaması gereken özel durumlar olduğunu söylemesi hâlâ mümkündür. Hukuk kavramımızın bu özelliğini kendimize bir şekilde hatırlatmak istediğimizde, hukukun ne olduğunun başka, yargıçların ne yapması gerektiğinin başka şeyler olduğunu söyleriz; esasında bunun, alelacele pozitivistlerin sloganına sarılmak anlamına geldiğini düşünüyorum. Fakat bu, pozitivistlerin yaptığı gibi, hukukun dayanakları hakkındaki teorilerin kesinlikle siyasi olamayacağına, fiili durumlarda yargıçların nasıl karar vereceği meselesinin açık bir soru olarak kalacağına ısrar etmeyi haddinden fazla abartmaktır. Çünkü, kendi içinde hukukun gücü hakkında tartışmaya açık bir pozis-

yon edinmeyen dayanaklar hakkındaki bir teori, daha genel ve her yere yayılmış bir tarzda yine de siyasi olmak durumundadır. Belirli bir davada yargıcın ne yapması gerektiğini açıkça beyan etmeyen ama derinlere inen şüpheli bir anlayış olmadığı sürece, yukarıda işaret ettiğimiz özel koşulların bulunduğu hâller haricinde, yargıçların ilkesel olarak ne yapması gerektiğini söyleyen tarzda anlaşılması gerekir. Aksi takdirde teoriyi hukukun yorumu olarak, sahip olduğumuz kavrama dair bir anlayış olarak, göremeyiz. Bu durumda teori, öğrenciden “hukuk egemenin buyruğudur” gibi sloganların hangi filozofa ait olduğunu bulması istenen bir hafıza testinden başka bir yerde kullanılmayan, skolastisizmin yetim kalmış çocuğundan başka bir şey olmaz. Hukukbilim öteden beri bundan çok daha fazlası olmuştur.

Son olarak şuna da işaret etmeliyiz: Acaba nasıl oluyor da hukuk felsefecilerine hukukun dayanaklarını hukukun gücünden soyutlayarak tartışma imkânı veren soyutlama süreci, siyaset felsefecilerine, hukukun dayanakları hakkında kendi aralarında bir ölçüde farklılaşmalarına rağmen, hukukun gücü konusunda tartışmalarına izin vermektedir? Sivil itaatsizlik teorileri ve daha genel olarak vatandaşların hukuka itaat ödevlerinin mahiyeti ve kapsamı klasik hukuk teorilerinin mütemmimidir, çünkü sivil itaatsizlik teorileri asıl itibariyle hukukun dayanakları hakkında değil, hukukun gücü hakkındadır. Hukukbilimin tamamlayıcısı olan soruyu sorarlar: “Hukukun dayanakları kabul ettiğimiz veriler –günün hukuk paradigması– uyarınca vatandaşlar ne zaman bu dayanaklar çerçevesinde hukuk sayılan şeye itaatsizlik etme konusunda ahlaken serbesttirler?” Elbette, başka bir anlaşmazlık türüne yoğunlaşabilmek için bir anlaşmazlık türünden yapılan bu soyutlama süreci, taraflar hukukun dayanakları konusunda büyük bir ihtilafa düşmüş iseler, birinin paradigma kabul ettiği her şeyi diğeri reddetmiş ise, başarısız olacaktır. Taraflardan biri Parlamento’nun çıkardığı yasaların yegâne hukuk kaynağı

olduğunu düşünürken diğer taraf kaynak olma gücünü İncil'e veriyorsa, artık hukuka ne kadar itaat edilmesi gerektiğini tartışmanın bir anlamı yoktur. Fakat toplumdaki insanların çoğu dayanaklar hakkında bu ölçüde büyük ihtilafın içindeyseler –paylaştıkları herhangi bir paradigma yoksa– sivil itaatsizlik de sahip oldukları sorunların en küçüğü olacaktır.

UZLAŞIMCILIK

YAPISI

“Hukuk hukuktur. Hukuk, yargıçların düşündüğü şey değildir, neyse odur. Yargıçların işi hukuku uygulamaktır, onu kendi ah-laklarına veya siyasetlerine uyacak şekilde değiştirmek değil.” Sokaktaki insanların çoğu böyle düşünür ve bu sözler hukuki muhafazakârların amentüsüdür. Kelimeleri tek tek okuduğunuz-da ifade neredeyse hiçbir şey söylemez ve tartışma çıkaracak hiçbir şey yoktur. Örnek davalarımızda herkes hukukun hukuk olduğu ve uygulanması gerektiği hususunda ittifak hâindedir; ihtilafa düştükleri şey, hukukun esasında ne olduğudur. Fakat yukarıdaki slogan, özensiz dile getirilmiş olsa da sıradanlıktan daha fazla bir şey anlamına gelir; önemli ve itiraza açık bir tu-tumu ifade eder. Kastettiğim tutum şu: Kolektif gücün bireylere yöneltilebilmesi için, bu gücün kullanılmasına açıkça izin veren geçmişte verilmiş siyasi bir karar olmalıdır; ama bu kararın han-gisi olduğuna karar verecek olan ehil hukukçular ve yargıçlar-dır; ahlak veya siyaset konularında ne ölçüde ihtilaf içerisinde olduklarının bir önemi yoktur.

Son bölümde zikrettiğim üç hukuk anlayışından uzlaşımçılık adını verdiğim ilki, bu popüler sloganın genel arzusunu paylaşır, fakat inşa ettiği yorum iki açıdan daha inceliklidir. Uzlaşımçılık, evvela, geçmişteki siyasi kararların içeriğinin nasıl açık seçik ve ihtilafsız hâle getirilebileceğini açıklar. Hukuku, hukuki uzla-

şımlar olarak adlandırdığı farklı toplumsal uzlaşımara, bilhassa da hangi kurumların hukuk yapma gücüne sahip olacakları ve nasıl hukuk yapacakları hakkındaki uzlaşımara dayandırır. Bütün karmaşık siyasi toplulukların bu tip uzlaşımara sahip olduğunu söyler. Amerika’da hukukun Anayasa’da öngörülen usul çerçevesinde Kongre tarafından çıkarılan yasalarla veya eyalet meclislerince yapıldığı, İngiltere’de ise Lordlar Kamarası’nın kararlarının alt derece mahkemeleri üzerinde bağlayıcı olduğu uzlaşım ile sabittir. Uzlaşımçılık, hakiki anlamıyla hukuk pratiğinin, bu kabullere riayet ve onları tatbik meselesi olduğunu, söz konusu kabullerin ruhundan başka hiçbir şeyi hukuk olarak görmemek gerektiğini söyler. Eğer Elmer bu türden bir kabul uyarınca miras hakkına sahipse –eğer bu hakka kimin yasa koyma erkine sahip olduğu, bu erkin nasıl kullanılacağı ve dilden kaynaklanan tereddütlerin nasıl halledileceği konularındaki toplumsal kabuller uyarınca sahipse– artık hukuki bir hakka sahiptir; eğer bu tip uzlaşım yoksa, sahip olduğu hukuki bir hak da yoktur.

İkinci olarak uzlaşımçılık, sokaktaki insanın her zaman uygulanacak bir hukukun bulunduğu şeklindeki görüşünü tashih eder. Uzlaşım yoluyla ortaya çıkmış olan hukuk hiçbir zaman tamamlanmamıştır, çünkü haklarında karar verecek uzlaşım otoriteye sahip kurumlarca şu veya bu şekilde üstesinden gelinmemiş sorunlar sürekli filiz verir.¹ Dolayısıyla uzlaşımçılar da hukuki pratiğe dair açıklamalarına şu kaydı eklerler: “Yargıçlar bu tip yeni davalarda ellerinden gelenin en iyisini yaparak karar vermelidirler, fakat söz konusu davalar yeni oldukları için mantıken taraflardan herhangi birini kazandıracak geçmişteki kolektif kararlardan kaynaklanan bir hak yoktur –tarafların kazanmalarını sağlayacak *hukuki* bir hak bulunmaz–, çünkü bu nitelikteki kararların sadece uzlaşım yoluyla ihdas edilmiş olması gerekir. Sonuç itibarıyla çetin davalarda yargıcın vermek durumunda olduğu karar en sert anlamıyla takdiridir: Geçmişteki

kararların doğru şekilde anlaşılışı bu kararları ucu açık bırakır. Yargıç, verdiği kararı destekleyebilmek için, hukukun sağladığı güvencenin ötesinde, geçmişte verilmiş kararlarla uyumlu olma gerekliliğinin ötesinde, başka türden bir gerekçe bulmak durumdadır. (Bu gerekçe soyut adalet düşüncesinde, kamu menfaatinde veya ileriye yönelik başka bir gerekçede bulunabilir.) Elbette yeni kararlar, uzlaşım yoluyla gelecekte hukuki haklara dönüştürülebilir. Emsal kararlar konusunda sahip olduğumuz uzlaşım, sözgelimi Elmer hakkında en üst mahkemelerin verdiği herhangi bir kararı, müstakbel murisi öldüren mirasçılarla ilgili hukuka dönüştürebilir. Bu şekilde, hukuk pratiğimizde, uzlaşım ile desteklenen kurallar sistemi giderek gelişecektir.”

1. Bölümde tartıştığım pozitivist semantik teorilerle uzlaşımçılık arasında apaçık benzerlikler bulunuyor.² Aralarındaki önemli farklılık ise şu: Semantik teoriler hemen yukarıda verdiğim tasvirin hukukun lafzı nedeniyle hayata geçirildiğini ve uygulandığını, dolayısıyla da hukukun, uzlaşımın desteklediği mekanizmalar aracılığıyla yerleşmiş hakların ötesinde haklar verdiğini iddia etmenin kendisiyle çelişmek anlamına geleceğini savunurlar. Buna karşın uzlaşımçı hukuk anlayışı yorumcu bir anlayıştır: Bu türden dili veya mantığı öne süren herhangi bir iddiası yoktur. Bilakis yoruma dair iki yönlü, *Janusvari* bir duruşa sahiptir. Hukuk pratiğini bu şekilde tasvir etmenin, pratiği en iyi hâliyle göstermek olduğunu, dolayısıyla da hukukçuların ve yargıçların yaptığı şeyin en aydınlatıcı açıklamasını sunduğunu savunur. Bu yüzden bu tasvir, yargıçların ne yapması gerektiğine dair en iyi rehberdir, pratiğin devamı ve gelişimi en doğru yönü gösterir. Uzlaşımçılık, hukukçuların, ortaklaşa yapageldikleri pratiğin en iyi yorumu hakkında yarışan görüşlere sahip olduklarını reddetmez. Ona göre bu hukukçular yanılmaktadır, basiret ve algı eksikliği ile maluldürler, kendi davranışlarını yanlış yorumlamaktadırlar. Fakat onların söyledikleri şeyin

farkında olduklarını reddetmez, dile getirdikleri şeylerin saçma olduğunu söylemez.

Uzlaşımçılık iki adet yorum-sonrası, buyurucu iddiada bulunur. İlki pozitif bir iddiadır: Yargıçlar, nadir rastlanan durumlar hariç olmak üzere, toplumlarının yerleşik hukuki uzlaşımına riayet etmelidir. Başka bir deyişle, yargıçların, uzlaşımın hukuk saydığı şeyi hukuk olarak görmesi gerektiğini vurgular. Britanya'da uzlaşım Parlamento'nun çıkardığı yasaların hukuk olduğunu söylediğinden, Britanyalı bir yargıç da, hakkaniyete veya sağduyuya aykırı bile görse, Parlamento'nun çıkardığı yasaları uygulamalıdır. Uzlaşımçılığın bu pozitif kısmı çoğunca yargıçların hukuka uyması gerektiğini ve onun yerine yeni bir hukuk getirmemesi gerektiğini söyleyen yaygın slogana bire bir uyar. En azından eşit öneme sahip olan ikinci iddia ise negatiftir. Geçmişteki siyasi kararlardan, bizzat kendileri de uzlaşım meselesi olan teknikler vasıtasıyla çıkarılan hukuktan ayrı bir hukukun olmadığını –geçmişteki siyasi kararlardan kaynaklanan bir hakkın bulunmadığını–, dolayısıyla da bazı konularda şu veya bu şekilde bir hukukun olmadığını söyler. Sözgelimi, eğer daha önceden bir yasa, bir emsal karar veya uzlaşımın belirlediği başka bir usul uyarınca manevi zararın tazmin edilmesi yönünde bir hukuki hakkın bulunduğu veya bulunmadığına dair karar verilmemişse, manevi zararlar hakkında da hukuk mevcut değildir. Böyle bir meseleyle karşılaşan yargıç, davaya bakmaktan kaçınıp tarafları, haklarında bir karar vermeden mahkemeden göndermeli anlamına gelmiyor bu. Bu türdeki bir davada yargıçlar, uzlaşımçılığın yeni hukuk olacağını ilan ettiği şeyi yapmak üzere hukuk dışı ölçütleri kullanmak için biraz önce tasvir edilen takdir yetkilerini hayata geçireceklerdir. Böylece, müstakbel davalarda, emsal kararlara dair uzlaşım, bu yeni hukuku eski hukuk kılacaktır.

CAZİBESİ

Uzlaşımçılık veya bütünlük olarak hukuk gibi herhangi bir pozitif iddiaya sahip hukuk anlayışının özü, geçmişin siyasetinin mevcut hakları neden belirlediği sorusuna verdiği cevaptır. Zira bir hukuk anlayışının hukuki haklar ile hakların diğer formları, hukuki tartışmalar ile diğer türdeki tartışmalar arasında yaptığı ayrımlar, anlayışın, siyasi kararların devlet cebri için sağladığını düşündüğü gerekçenin karakterini ve sınırlarını gösterir. Uzlaşımçılık bu soruya açıkça cazip bir yanıt sunar. Geçmişteki siyasi kararların cebrin gerekçesini teşkil etmesinin nedeni şudur —ve ancak bu durumda siyasi kararlar cebrin gerekçesini teşkil eder: Bu kararlar, cebrin uygulanacağı hâlleri, siyasi ahlaka dair yargıçların birbirlerinden farklı dile getirebileceği yargılardan ziyade herkesin ulaşabileceği açık olaylara dayandırmak suretiyle kaydadeğer bir ikazda bulunmuş olurlar. Beklentilerin korunması ideali budur. Uzlaşımçılığın yorum-sonrası iki iddiasının ilki tam da bu ideale hizmet eder. Söz konusu iddia, uzlaşım ile desteklenmiş bir organ yepyeni bir karar aldıktan ve bu kararın içeriği bu kararların nasıl anlaşılması gerektiğine dair uzlaşım ile sabitlendikten sonra yargıçların, farklı bir kararın hakkaniyete daha uygun veya bilgece olacağını düşündükleri durumda dahi karara riayet etmeleri gerektiğinde ısrar eder.

Uzlaşımçılığın ikinci iddiası olan ve negatif nitelikteki iddianın, beklentilerin korunması idealine hizmet edip etmediği o kadar açık değildir. Fakat makul bir tartışma yürütmek suretiyle açıklığa kavuşturulması da mümkün. Negatif iddia, yargıcın, uzlaşımın kendisini belli bir şekilde karar vermeye zorladığını gösteremediği durumda kararı için hukukun güvencesine başvuramayabileceğinde ısrar eder, çünkü beklentilerin korunması ideali, geçmişteki siyasal kararların, uzlaşımın dikte ettiği haklar ve ödevlerden başka hak ve ödevlere izin verebileceği önerisi ile tahrif edilmiştir. *McLoughlin* davasında uzlaşımın şu veya bu

yönde karar vermeyi dikte etmediğinin aşikâr olduğunu düşünelim: Uzlaşım sadece yeni olayların geçmişteki olaylarla alakadar olgular açısından benzemesi durumunda emsal kararlara uyulmasını dikte etmektedir, fakat geçmişte verilmiş hiçbir karar kaza sahnesinin uzağında ortaya çıkan manevi zararın tazmin edilip edilmeyeceğini sonuçlandırmamıştır. Yargıcın, bütünlük olarak hukuk tarzında bir kararla, emsal kararların zararın tazminini gerektirdiğini, çünkü emsallerin bu şekilde okunmasının geriye dönük olarak onları ahlaken daha sağlam kıldığını söylediğini düşünelim. Yaygın görüşün bakış açısından bu oldukça tehlikelidir. Zira ilkelerin, uzlaşımı yansıttıkları için değil sadece ahlaken cezbedici oldukları için hukukun bir parçasını teşkil ettikleri bir kez kabul edilirse, ilkelerin uzlaşımın onayladıklarıyla çelişmesi durumunda dahi ahlaki cazibeleri nedeniyle hukukun parçası oldukları şeklindeki daha tehditkar bir düşünceye de kapı aralanmış olur.

Uzlaşımçılık, uzlaşımın otoritesini, uzlaşımaya dayanan pratiklerin geçmişin bugün üzerindeki iktidarının hem başını hem de sonunu oluşturduğunu söyleyerek korur. Herkesin bilgisine dahil olma ve herkesin beklentisini teşkil etme yoluyla tartışmadışı kalmış olmadıkça geçmişin mahkemelerde kabul görmek üzere sunduğu herhangi bir hak yoktur. Eğer uzlaşım sessiz kalıyorsa, hukuk yoktur ve bu negatif iddianın sonucu olarak yargıçlar kararları daha önce verilmiş bir karardan kaynaklanıyormuş gibi yapamazlar. Uzlaşımçılığa göre, yargıçların bazen, dramatik durumlarda, uzlaşımı ihlal etmesi gerektiğini düşünsek dahi, uzlaşımı bu şekilde korumalıyız. Amerikan pratiğinin, Yüksek Mahkeme'nin geçmişteki kararlarını hukukun parçası kılan uzlaşımalarını düşünelim. Bu uzlaşımalar Mahkeme'nin *Plessy v. Ferguson* davasında verdiği karara Anayasa değiştirilinceye kadar gelecekte de uyulması gerektiğini söyler. Eğer bir uzlaşımçı, Mahkeme'nin *Brown* davasında ırka dayalı ayrımcılık sırf

gayri-ahlaki olduğu için *Plessy*'ye itibar etmediğini düşünürse, Mahkemenin, kararının bu istisnai mahiyetini kamuya açıklaması, hukuku, hukuki olmayan nedenlerle değiştirdiğini itiraf etmesi gerektiğinde ısrar edecektir. Mahkemenin, uzlaşımın ötesindeki herhangi bir şeyin hukuk olduğunu iddia etmesini yasaklayan uzlaşımcı hukuk anlayışı, tam da bunu yapmasını isteyecektir.

Uzlaşımcılığın negatif iddiasının yaygın görüşe farklı bir şekilde –ama yargıçların uzlaşımın yokluğu durumunda çetin davalarda nasıl karar vermesi gerektiği hakkında ilave iddialar dizisine dayanarak– hizmet ettiği de düşünülebilir. Uzlaşımcılar, söylediğimiz gibi, *McLoughlin* gibi davalarda uygulanacak bir hukukun olmadığını ve dolayısıyla da yargıcın yeni bir hukuk yaratmak üzere takdirini kullandığına inanırlar. Yargıç yarattığı bu yeni hukuku, geçmişe etkili olacak şekilde önündeki davaya uygulayacaktır. Durumun bu şekilde açıklanması, yargıcın kişisel siyasi veya ahlaki kanaatlerini mümkün olduğunca az işe karıştırmasını ve uzlaşımın hukuk yapma yetkisi verdiği kurumlara mümkün olduğunca çok saygı göstermesini şart koşan bir sonraki koşul için oldukça geniş bir boşluk bırakıyor. Bu tip durumlarda, uzlaşımcılığın ısrar ettiği gibi, yargıcın yeni bir hukuk yapacağı bir kez belli olduğunda, asıl yasakoyucunun seçeceğine inandığı kuralı veya bunu yapmazsa halkın bir bütün olarak iradesini en iyi temsil eden kuralı seçmesi gerektiğini kabul etmek makul görünüyor.

Ele aldığımız bakış açısından bakıldığında pek tabii ki bu, yetkilendirilmiş bir organın geçmişe verdiği fiili bir kararı bulmak kadar iyi değil. Yargıç meclisin neyi seçeceğine dair yargısında hata yapabilir, hatta hata yapmasa bile, bu varsayımsal yasama kararı daha önceden ilan edilmemiş olduğundan beklentilerin korunması idealinden taviz verilmiş olur. Fakat ilkesel olarak yargıcın bu ideale en fazla yaklaşabileceği durum da

budur. Diğer taraftan, yargıca bütünlük olarak hukuk anlayışının rehberlik ettiğini düşünelim. Bütünlük olarak hukuk, huku-ku uzlaşımın geçmişteki kararlarda bulduklarıyla sınırlamaz; ahlak geçmişteki kararların en iyi şekilde gerekçelendirilmesi olacağını söylediği şeyi hukuk olarak benimsemeye yönlendirir. Bu yargıç, *McLoughlin* davasında karar verirken, kendi ahlaki kanaatlerini kullanacaktır, ki yaygın görüş bu durumdan iğrenir. Kendi anladığı şekliyle hukukun Mrs. McLoughlin lehine olduğuna gönül rahatlığıyla kani olduğunda, mevcut meclis ne düşünürse düşünsün ve genel ahlaka uysun veya uymasın, onun lehine karar vermiş olmasının gerekçelendirilmiş olduğunu düşünenecektir.

HUKUKİ UZLAŞIMLAR

Uzlaşımçılık, hukuk pratiğine ve geleneğine dair bir anlayıştır —hukuk pratiğinin ve geleneğinin bir yorumudur; kaderi, hukukun yegâne dayanakları gördüğü türden uzlaşmaları kendi pratiğimizde görme kabiliyetimize bağlıdır. Eğer uzlaşımçılığın gerektirdiği özel hukuki uzlaşmaları bulamazsak, yorum iddiaları da, ileriye yönelik yorum-sonrası talimatları da çürütülmüş olur. Böyle bir durumda pratiğimize uygun bir yorum sayılabilmek için yeterince uyum gösteremeyecek ve normatif programı da temelsiz kalacaktır, çünkü bize söyleyeceği şey, olmayan uzlaşmaları takip etmek olacaktır. Öyleyse bu anlayışa ilişkin araştırmamıza hukuk pratiğimizin bu türden gerekli uzlaşmaları ne ölçüde sergiler şekilde anlaşılabilirliğini sorarak başlamalıyız. Böyle uzlaşmaları bulduğumuz durumda bile anlayışın cazibesi hâlâ beklentilerin korunmasına dair siyasi ideale dayanır. Bu idealin gerçekten nasıl cazip olduğunu, anlayışın beklentilerin korunması idealine nasıl hizmet ettiğini ve diğer hukuk anlayışlarının bu ideale hakkıyla veya daha iyi hizmet edip edemeyeceğini sormalıyız.

Ne var ki, uzlaşıcılığın ihtiyacı olan uzlaşılara sahip olup olmadığımız şeklindeki daha doğrudan bir soruyla başlıyorum. Hukuki uzlaşıcılık bütün hukukçuların ve yargıçların zaten uzlaşıcılar olduğunu iddia etmez. Bazı fiili yargı kararlarının ve pratiklerinin uzlaşıcıların yapacağı veya onaylayacaklarından çok farklı olduğunu da kabul eder: ama bunlar hata sayılmaya hazır dırlar. Yine de hukuk pratiğinin bir bütün olarak hukuki uzlaşım etrafında örgütlenmiş olduğunun kabul edilebileceğinde ısrar eder ve bu iddia yargıçların, hatta uzlaşıcı olmayanların bile davranışlarının kendilerinde bir uzlaşım bulmamıza yetecek ölçüde birbirlerine yaklaştığını göstermeyi gerektirir.

İlk bakışta bu proje vaat doludur. Britanya ve ABD’de hukuk hakkında şöyle böyle bilgisi olan herkes Parlamento ile Kongre’nin ve farklı eyalet meclislerinin hukuk yaptığına ve geçmişteki yargı kararlarına daha sonraki kararlarda itibar edilmesi gerektiğine inanır. Esasında bütün bunların kanıtlanmasına filan ihtiyaç yok gibidir, zira bu önermeler günümüzün merkezi hukuk paradigmaları arasında yer alırlar. Üstelik çoğu insan açısından bu kurumların yaptığı hukuk, gündelik hayatlarında hukuk sayılan hukuktur. Onlar için hayati olan bütün hukuk kuralları –vergileri, sosyal güvenlik ödeneklerini, iş ilişkilerini, kredi düzenlemelerini ve kiraları belirleyen kuralları– yasamanın eylemleriyle doğar ve bu eylemlerle varlıklarını devam ettirir. Yargılama da, yargıçların yasalarda veya idari düzenlemelerde ilgili kısımları bulması ve bunların ne anlama geldiğine karar verme işine gittikçe daha fazla oranda karşılık gelmektedir. Şüphesiz, sıradan vatandaşların pek azı emsal kararlara dayanan paralel bir hukuk pratiğinin de farkındadır. Fakat bunların da çoğu, geçmişteki yargı kararlarına gelecekte de itibar edilmesi gerektiği şeklindeki muğlak bir anlayışa sahip ve bir mahkeme tecrübesi olan herhangi biri bu düşüncüyü onaylayacaktır, çünkü yargıçların kaleme aldıkları görüşler, başka yargıçların eski kararlarına

yapılan atıflarla doludur. Öyleyse uzlaşıcılığın büyük önem arz eden yorum varsayımı, yani hukuk pratiğimizin, yasama ve emsal kararlar hakkındaki merkezi ve her yere sirayet etmiş olan hukuki uzlaşımlar tarafından yapılandırılmış şekilde görülebileceği iddiası, gündelik tecrübeye yansımış görünmektedir. Şimdi meseleye biraz daha yakından bakalım.

Şu an için ABD’de hukukun dayanaklarının uzlaşım yoluyla şunlar olduğunu varsayalım: Anayasa, Kongre ile farklı eyalet meclislerinin çıkardığı yasalar ve geçmişteki yargı kararları. Uzlaşıcılığa göre bir Amerikan yargıci, mensubu olduğu pratiğin en iyi yorumu uyarınca, belli durumlarda bu uzlaşımlar her neyin hukuk olduğunu ilan ediyorsa, kendisi onu hukuk olarak görsün görmesin, onu uygulamak durumundadır. Fakat bunu yapabilmek için her bir davada bu uzlaşımların neyin hukuk olduğunu ilan ettiğine karar vermesi gerekir; bunu yapmak için de her bir uzlaşımın içeriğinin gerçekte ne olduğuna karar vermelidir. Sözgelimi, Elmer’in vasiyetnamelerle ilgili yasa nedeniyle miras hakkına sahip olup olmadığını yasamaya dair varsayılan uzlaşımdan veya Bayan McLoughlin’in geçmişteki yargı kararları nedeniyle tazminat hakkı olup olmadığını, emsale dair farz edilen uzlaşımdan kaynaklanıp kaynaklanmadığına karar vermelidir.

Fakat yargıçların ve hukukçuların çoğunlukla bu tip soruların doğru cevabının ne olduğu konusunda ihtilafa düştüklerine bundan önce işaret etmiştik. Yasaların ve geçmişteki yargı kararlarının nasıl anlaşılacağı hususunda farklı teorilere sahiptirler. Elmer’in davasında toplanan New York yargıçları, mesela, vasiyetnamelerle ilgili yasada kayda geçmiş olan yasama kararına uymazlık etmemeleri gerektiğinde uzlaşmışlardı. Fakat yasanın “lafzi” anlamı onlara tuhaf geldiğinde bu gerekliliğin tam olarak neyi gerektirdiği konusunda ihtilaf yaşadılar. Bu türden yargısal ihtilaflar uzlaşıcılık açısından doğrudan ve apaçık sorunlar do-

ğurur. Uzlaşımın ne olduğıyla ilgili, belli bir hukuk önermesinin belli bir hukuki uzlaşım uyarınca doğru olabilmesi için ne ölçüde ve hangi türde bir uzlaşmanın gerekli olduğı ile ilgili başka bir şeyler daha söylenmesi gerektiğini gösterir.

Filozoflar uzlaşmaları tartışırken genellikle akıllarında çok belirli ve sınırlı olanlar vardır. Sözelimi, uzlaşım ile ilgili yakın tarihlerde yayımlanmış en önemli kitap, bir telefon görüşmesi sırasında hat düştüğü takdirde hangi tarafın arama yapması gerektiğiyle ilgili uzlaşımı tartışır.³ 2. Bölümdeki hayali toplumda nezaket böylesi uzlaşım lar dizisiyle başlar. İnsanlar hangi durumlarda kimin şapka çıkarması gerektiğiyle ilgili dolambaçsız kurallara uyarlar. Fakat ne zaman ki uzlaşım sal pratiklerine yönelik yorum tutumu geliştirmeye başlarlar, işte o zaman durum gittikçe karmaşıklaşır. Zira artık nezakete dair uzlaşım larının “gerçekten” neyi gerektirdiği hususunda ihtilafa düşmüşlerdir. Ve sonra da ahlaki ve siyasi kanaatleri işin içine girer. Bu kanaatler uzlaşım ın taleplerinin karşısında değildir, olması gerektiği şekliyle bu taleplerin ne olduğuna karar verilmektedir. Yasama ve emsal kararlar gibi önde gelen hukuk kurumları uzlaşım ları teşkil ediyorsa, bunlar, bu farklı, daha açık türden uzlaşım lar dır. Hukukçular bu uzlaşım ların bazı soyut formülasyonları hususunda ittifak hâlinde dirler —yasamanın ve emsal kararların, ilkesel olarak, hukuk kaynağı olduğunu teslim ederler. Fakat bu soyut önermelere yönelik yorum tutumu geliştirirler ve Elmer’ın hukuki haklarıyla ilgili görüşleri yasama kurumunun tartışmaya kapalı dolaysız bir tatbikinden ziyade bir yorumu ifade eder. İki hukukçunun belli bir davada yasama veya emsal kararlarla ilgili pratiklerin en iyi yorumunun ne olduğu konusunda farklılaşması muhtemeldir, zira genel siyasi ve ahlaki kanaatleri farklıdır.

Öyleyse uzlaşım cılığın alametifarikası olan, hukukun hukuki uzlaşım ların benimsedikleriyle sınırlı olduğu iddiası belirsizlik taşıy gibidir. Bu belirsizliği bazı teknik ayrımları göstererek or-

taya koyabiliriz. Nezaket, yasama veya emsal kararlar gibi soyut bir uzlaşımın “kapsam”ını, uzlaşımın taraf olan insanların, taraf olmaları hasebiyle kabul etmeyi vaat ettikleri yargı veya kararlar kümesi olarak tanımlarız. Şimdi de bir uzlaşımın “sarih” ve “zımni” kapsamlarını birbirlerinden ayıralım. Sarih kapsam, uzlaşımın taraf olan (neredeysse) herkesin fiilen uzlaşımın kapsamında olduğunu kabul ettiği önermeler kümesinden müteşekkildir. Zımni kapsam ise uzlaşımın en iyi veya en güçlü yorumundan kaynaklanan önermeler kümesidir ve bu önermeler sarih kapsama dahil olabilecekleri gibi olmayabilirler de. Bir toplulukta yargıçların her iki tarafa da hukuki iddialarını dile getirmeleri için eşit imkân vermesi gerektiği yönünde bir uzlaşım olsun. Herkes bunun anlamının her iki tarafın da dinlenilmesi gerektiği anlamına geldiği konusunda anlaşacaktır, fakat taraflardan birinin argümanları daha karmaşık veya şahitleri daha çok sayıda ise taraflara verilecek sürenin eşit olup olmayacağı konusunda tartışma yaşanacaktır. Öyleyse soyut uzlaşımın sarih kapsamı her iki tarafın da dinlenilmesi gerektiği önermesini içermekte, fakat taraflara eşit süre tanınması gerektiği şeklindeki önermeyi de, veya daha çetrefilli bir iddiası olan tarafın daha çok süreye sahip olması gerektiği şeklindeki önermeyi de içinde barındırmamaktadır. Herkes bu son zikredilen iki önermeden birinin zımni kapsama dahil olduğunu düşünür, fakat hangisinin dahil olduğu konusunda anlaşamaz, çünkü hangi çözümün –üzerinde anlaşmış oldukları– mahkemede eşit imkâna sahip olma şeklindeki soyut hedefi en iyi şekilde yorumladığında ihtilafa düşerler.

UZLAŞIMCILIĞIN İKİ TÜRÜ

Artık uzlaşımıcılığın iki şekil veya versiyonunu birbirinden ayırabiliriz. “Katı” uzlaşımıcılık diyebileceğimiz ilki, toplumun hukukunu yasama ve emsal kararlar gibi hukuki uzlaşımın

sarih kapsamıyla sınırlar. “Yumuşak” uzlaşıcılık diyebileceğimiz ikincisi ise toplumun hukukunun bu uzlaşımın zımni kapsamındaki her şeyi içerdiğini söyler. (Hepsi yumuşak uzlaşımçı olan bir yargıç grubu hukukun tam olarak neyi içerdiği hususunda anlaşamayacak, çünkü bu zımni kapsamın içeriği hakkında ihtilafa düşeceklerdir.) Bu uzlaşıcılık şekillerinden birini veya ötekini dikkate almamız arasında büyük fark vardır. Katı uzlaşıcılık bizim için oldukça kısıtlı bir hukuk anlayışı olacaktır, çünkü varsayılan yasama ve emsal karar uzlaşımının sarih kapsamı fiili yargılamalarda çok az pratik öneme sahiptir. Eğer hukukçular ve yargıçlar arasında genel bir kabulü yönlendirecek ölçüde yeterince tartışmadışı bir yasama teorisi tasvir etmemiz istenseydi, şöyle bir şeyler söylemekle yetinmek zorunda kalırdık: Bir yasadaki kelimeler telaffuz edildikleri bağlamdan bağımsız olarak sadece tek bir anlama olanak veriyorsa ve bunun, yasanın lehine ve aleyhine oy veren veya çekinse oy kullanan yasama organı üyelerinin anladığı anlam olduğu hususunda şüphe duymak için herhangi bir nedenimiz yoksa ve bu şekilde anlaşılacak yasa, onun lehine oy kullananların kastetmediği bir sonucu yaratmıyorsa, hitap ettiği halkın tamamını da yasa-yı böyle anlayacaksa, ve makul bir kişi tarafından Anayasa'nın esasa veya usule dair herhangi bir sınırını ihlal ettiği düşünülmemiyorsa veya bütün bunlarla birlikte yasamanın hakkaniyeti veya etkililiği hakkındaki yaygın görüşleri rahatsız etmiyorsa, o zaman yasanın içerdiği önermeler, bu şekilde anlaşıldıklarında, topluluğun hukukunun parçasını teşkil ederler.

Bu iddia, gülünç bir zayıflığa sahipmiş gibi görünüyor. Fakat Elmer ve *percina tanasi* vakaları, yasama uzlaşımı için çok daha zengin bir sarih kapsam sunmadığımızı gösterdi. Sarih kapsamın parçası olarak, bir yasadaki kelimelerin kendi başlarına açık olmaları durumunda hukukun da bu açık anlamı içerdiğini söyleyemezdik mesela. Bu önermenin hukukçular arasında, hat-

ta sıradan vatandaşlar arasında da oldukça fazla taraftarı vardır, fakat örnek davalarımız ABD'deki yargıçlar arasında genel kabul gibi bir şeyin olmadığını gösterir. Karşıt önerme de, yani hukukun, meclis üyelerinin kastetmediği ve dikkatlerini çekseydi reddedecekleri bir anlamın açık anlam olmadığı önermesi de, aynı durumdadır.

Eğer uzlaşıcılık katı uzlaşıcılık ise, o zaman, pozitif iddiasının sorunlu davalarla karşılaşan yargıçlara hiçbir yardımı dokunmaz. Zira katı uzlaşıcılık yargıçlara sadece negatif bir tavsiyede bulunur: Yargıçların bu tip davalarda hukuki dayanaklara sahiplermiş gibi karar vermemelerini söyler. Bu, yumuşak uzlaşıcılığın bugünün hukuk felsefecileri nesli tarafından neden cazip bulunduğunu açıklıyor.⁴ Yumuşak uzlaşıcılığın pozitif kısmı, yargıçlara yasaların ve emsal kararların somut gerekliliklerinin, bu yorum tartışmalı bile olsa, kendilerince yorumlandığı şekliyle karar vermelerini söyler ve bu tavsiye çetin davalar söz konusu olduğunda havada kalan bir tavsiye değildir. Üstelik örnek davalarımızda karar verenler de dahil olmak üzere bütün yargıçların bu tavsiyeye gerçekten her zaman uymuş olduklarını göstermek de çok kolaydır.

Bütün bu yargıçlar yasaların hukuk yarattığı ve emsal kararların sonraki kararlarda belli bir etkiye sahip olması gerektiği şeklindeki soyut önermeler hakkında uzlaşma hâlinededirler. Bu varsayılan hukuki uzlaşımın zımni kapsamı hakkında ihtilafa düşmüşlerdir. *Percina tanasi* davasındaki çoğunluk, yasalar hakkındaki uzlaşımın en iyi yorumunun, Kongre'nin aksini kastettiği ispatlanmadığı müddetçe, Çevreyi Koruma Yasası'nın lafzi anlamını uygulamayı gerektirdiğini düşündü. Dolayısıyla da uzlaşımın zımni kapsamının TVY baraj projesinin durdurulması ve *percina tanasi*'nin korunması önermesini içerdiğini düşündü. Azınlık ise uzlaşımın dair farklı bir görüşü benimsedi ve zımni kapsam hakkındaki vardıkları sonuçlar farklı oldu. Zımni

kapsamın, hukukun balığı korumadığı şeklindeki zıt önermeyi içerdiğini düşündüler. İhtilaf sadece daha soyut düzeyde kabul etmiş oldukları uzlaşımın zımni kapsamı hakkında olduğundan, hepsinin yumuşak uzlaşımçı olduğu söylenebilir.

Katı uzlaşımçı, bir yasa muğlak, müphem veya bir şekilde sorunlu olduğu ve nasıl anlaşılacağı konusunda herhangi bir uzlaşım olmadığı durumda, hukukta, yeni hukuk yapabilmek için hukukdışı yargısal takdirin kullanılmasını gerektiren bir “boşluk” bulunduğunu iddia etmek zorundadır. Bir emsal kararlar zincirinin belirsiz olduğu ve hukukçuların bu zincirdeki kararların gücü hakkında ihtilafa düştüğü durumda da aynı şey geçerlidir. Buna karşın yumuşak uzlaşımçının bu tip davalarda bir boşluk iddiasında bulunmaya ihtiyacı yoktur. Eğer tartışmalı iseler, yasama ve emsal kararlar hakkındaki soyut uzlaşımını yorumlamanın doğru bir yolu olduğunu, dolayısıyla da ortaya çıkabilecek herhangi bir davayı karara bağlayabileceklerini akla yatkın bir şekilde iddia edebilir. Doğru yoruma göre hukukun *percina tanasi*'yi koruduğunu (veya korumadığını) yahut da Bryan McLoughlin'in tazminat hakkına sahip olduğunu (veya olmadığını) söyleyebilir. Bu şekilde, söz konusu önermelerin hukuki uzlaşımın zımni kapsamında olduğunu iddia etmiş olur; yani, kendi anlayışı çerçevesinde bunlar hukuktur ve hukukta da herhangi bir boşluk yoktur.

Esasında yumuşak uzlaşımçı, hukukçular bu soyut uzlaşımın hakkında ihtilafa düştüğünde, hukukçuların çoğu yasaların hukuk yarattığını veya emsal kararların sonraki kararlar üzerinde bir ölçüde etkili olduğunu inkâr ettiğinde dahi hukukta herhangi bir boşluk olduğunu reddeder. Yumuşak uzlaşımçı az bir hayal gücüyle herkesin kabul edebileceği ve sonrasında *percina tanasi*'ler hakkındaki hukuk önermesine hayat verebilecek şekilde yorumlanacak soyut bir önerme dahi formüle edebilir. Mesela Anayasa'nın hukukun temeli olduğu konusunda bir konsensüs

varsa, bu konsensüsün, zımni kapsamında, hukukçuların çoğu reddediyor bile olsa, Anayasa'nın en iyi yorumu öyle gerektirdiği için yasaların uygulanması gerektiğini söyleyen bir önermeye sahip soyut bir uzlaşımı ürettiğini iddia edebilir. Bundan sonra da bu dolambaçsız önermeden *percina tanasi*'ler hakkında eski gibi somut bir sonuç üretebilir.

Anayasa'nın hukukun temeli olduğu yönünde bir konsensüsün dahi bulunmadığını düşünelim. Yumuşak uzlaşımçı yine de daha soyut bir konsensüsün varlığını araştırmaya girişebileceklerdir. Sözgelimi, 3. Bölümde yaptığım önerinin güçlü olduğunu varsayalım: Hukukun nihai hedefinin devletin bireyler ve gruplar üzerinde cebir gücüne ruhsat vermek ve onu gerekçelendirmek olduğu yönünde zımni bile olsa yaygın bir kabul vardır. Yumuşak uzlaşımçı bunda, yargıçların cebri en iyi gerekçelendiren hukuk anlayışı her ne ise ona uymak gerektiği şeklindeki son derece soyut bir uzlaşımı görebilir ve sonra da, bu standart çerçevesindeki bir anlayışı en iyi ilan etmek suretiyle, bu soyut uzlaşımın esasında, zımni kapsamında, emsal kararların olgularıyla mevcut davanın olguları arasında ahlaki ilke açısından herhangi bir fark bulunmadığı takdirde emsal kararlara uyulması gerektiği önermesini içerdiğini iddia edebilir. Bunu takiben, neredeyse nefesi kesilmiş bir şekilde, hukukun Bayan McLoughlin'e, başkaları ne düşünüyor olursa olsun, tazminat verilmesini güvence altına aldığını söyleyecektir. Aynı ölçüde yumuşak uzlaşımçı olan diğer hukukçular ve yargıçlar ise buna katılmayabileceklerdir. Cebri en iyi gerekçelendiren daha somut bir anlayışın ne olduğu hakkında farklı bir görüşe sahip olabilecekler ve dolayısıyla tartışma konusu soyut uzlaşımın zımni kapsamına dair farklı bir düşünceye tutunabileceklerdir.

Umarım yumuşak uzlaşımçılığın, hukuk anlayışları arasında yaptığımız üçlü ayırım çerçevesinde uzlaşımçılığın bir şekli dahi olmadığı açıkça görünüyordur. Son bölümde ve bu bölümün ba-

şındaki uzlaşıcılığa dair ilk anlatımlarım görebildiğimiz kadarıyla yumuşak uzlaşıcılığa uymuyor; sadece katı uzlaşıcılıkla uyum gösteriyor. Yumuşak uzlaşıcılık daha ziyade, bütünlük olarak hukukun az gelişmiş hâlini yansıtıyor. Uzlaşımçı teorinin belirttiğim saiklerle güvence altına almaya çalıştığı hukuk ile siyaset arasındaki ayrılığı reddediyor. Yumuşak uzlaşımçı deneyimci, bu gayrimeşru uzlaşımçılık yaftası nedeniyle, kendine ait ama tartışmaya açık ahlaki ve siyasi kanaatlerinin kararına sirayet etmesinden men edilmiştir. Buna karşın, soyut uzlaşımın hangi yorumunun en iyi yorum olacağını ve dolayısıyla da hukukun neyi gerektirdiğini belirleyecek olan, tam da bu kanaatlerdir —yani bir yasayı okumanın en iyi teknikleri, yasaların anayasal yapı içerisindeki doğru yeri, anayasa ile hukuk ideali arasındaki bağlantı ile adaletin en iyi anlaşılışı hakkındaki kanaatler.

Yumuşak uzlaşımçılıktaki hiçbir şey, beklentilerin korunması idealini, yani geçmişteki kararlara, kolektif gücü gerektirendirmek üzere ancak bu kararların otoritesi ve koşulları yaygın şekilde kabul görmüş uzlaşımınca tartışmadışı kılındığı müddetçe dayanılabileceği düşüncesini garanti etmez, hatta bu düşüncüyü desteklemez bile. Bu ideali, geçmişte verilmiş, uyulacak herhangi bir açık kararın bulunmadığı durumlardaki özel davaları göstererek anlattığım başka şekillerde de korumaz. Zira yumuşak uzlaşımçılık uyarınca, verdiğimiz örnek davaların tamamı hukuk tarafından düzenleme altına alınmıştır ve bu davalara karar veren yumuşak uzlaşımçı yargıçların, mevcut meclisin ne yapacağı veya halkın iradesinin ne olduğu ile ilgili inançlarına sadakat göstermeleri için herhangi bir neden de yoktur. Buna karşın bu konudaki herhangi bir inanç veya malumatı göz ardı etmek için olağan bir nedene sahiptirler: Hukuk hukuktur ve ona mutlaka uyulmalıdır, mevcut siyasal düşünce ikliminde ne kadar az rağbet görüyor olduğunun herhangi bir önemi yoktur.

Eğer uzlaşıcılık müstakil ve dirayetli bir hukuk anlayışı sunmak istiyorsa, hatta yansıtması gerektiğini düşündüğümüz popüler tutumlar ailesi ile uzak bağlantılar bile söz konusu olsa, o zaman, yumuşak değil katı uzlaşıcılık şeklinde olmalıdır. Uzlaşıcılığın pozitif kısmının –yani yargıçların hukuki uzlaşımın sarıh kapsamlarına riayet etmesi gerekliliğinin– çetin davalar söz konusu olduğunda yargıçlara işe yarayacak herhangi bir tavsiyede bulunamayacağını kabul etmemiz gerekiyor. Bunlar, çeşitli hukuki uzlaşımın sarıh kapsamlarının şu veya bu yöndeki kararı belirlemesi mümkün olmayan kaçınılmaz davalardır ve dolayısıyla yargıç da hukukdışı standartları kullanarak takdirine başvuracaktır. Fakat artık iç bunaltıcı bir sonuç olmaktan oldukça uzak olmak üzere şunu söyleyebiliriz: Bu durum, uzlaşıcılığın hüküm verme açısından sahip olduğu pratik önemi açıkça göstermektedir. İşte bu yüzden bu anlayışın pozitif kısmı hukuk pratiğinin yüzeyinin altındaki buzdağının görünmeyen devasa kısmıdır. Bu, hukuki uzlaşımımızın sarıh kapsamına dair gülünç ölçüde zayıf tarifimdeki koşullar karşılandığı durumda davaların neden mahkemeye gelmediğini açıklar, çoğunca olan da budur. Diğer yandan, çetin davalar söz konusu olduğunda negatif kısım sahneye çıkar. Yargıca, yasalar tartışılmaya başladığı ve emsal kararlar belirsiz bir etkiye sahip olduğu zaman kararlarının geçmişteki siyasi eylemler vasıtasıyla zaten yerleşik hâle gelmiş haklara dayanabileceği gibi bir düşünceyi bir kenara koymaları gerektiğini söyler. Yepyeni yasalar koyma yükümlülükleri ile samimi bir şekilde yüzleşmek durumundadırlar.

Her halükârda hukuk pratiğimizin genel bir yorumu olarak sınınamamız gereken, uzlaşıcılığın katı versiyonudur. Katı uzlaşıcılık yargıçların çetin davalarda yasama ve emsal kararlardan azade olduğunu, çünkü bu hukuki uzlaşımın sarıh kapsamının bu davalarda karar verebilmek için yeterince yoğun

olmadığını iddia eder. Bu yorum iddiasının örnek davalarımıza ne kadar uyduğunu sormamız gerekiyor. Fakat şimdi en azından uzlaşıcılığın negatif kısmı üzerinde yeni vurgunun daha önce zikrettiğim hipotezi, yani negatif kısmın beklentilerin korunması şeklindeki siyasi ideali, bu idealin karşılanmadığı davaları dışarıda bırakarak desteklediği hipotezini boşa çıkardığını görmemiz gerekiyor. Yargıçlar uzlaşıcılığın yorumladığı şekliyle hukuka pek az olayda dayandıkları için uzlaşıcılığın pozitif kısmının mahkemedeki pratik önemi azaldıkça, negatif kısmın bu şekildeki savunusu da zayıflar, çünkü istisnalar kuralı sürekli tüketmektedir. Kamunun gözleri önünde, önemli temyiz mahkemelerinde tartışıldıkları için dikkat çeken bütün davalar, yargıçların, kararları vasıtasıyla, beklentilerin korunması hedefine hizmet ettiklerini vicdanları rahat bir şekilde reddettikleri davalar iseler, bunun kamunun bu ideale inancını pekiştirmek için yapacağı çok bir şey yoktur.

UZLAŞIMCILIK PRATIĞİMİZE UYAR MI?

Uzlaşım ve İnsicam

Sonunda uzlaşıcılığın aleyhindeki iddiaya geliyorum. Katı uzlaşıcılık, hukuk pratiğimizin yorumu olmak açısından, negatif kısmını vurguladığımızda –özellikle de bu durumda– başarısız olur. Başarısızlığının nedeni şu paradokstur: Yargıçlarımız fiilen yasalar ve emsal kararlar gibi uzlaşım olma dediği söylenen kaynaklara, uzlaşıcılığın onlara izin verdiğinden *daha fazla* önem atfederler. Ne yaptığının farkında olan katı uzlaşımci bir yargıç, varsayılan uzlaşımın sarıh kapsamının bir faydasının dokunmayacağı kesinleştiği anda yasamaya ve emsal kararlara olan ilgisini kaybedecektir. Ortada uygulanacak bir hukukun bulunmadığını söyleyecek ve geçmişle insicam sağlamak için herhangi bir kaygı duymayacaktır; sonra da mevcut meclisin nasıl bir

hukuk yapabileceğini, halkın iradesinin ne yönde olabileceğini veya topluluğun gelecekteki menfaatinin en iyi ne olabileceğini sormak suretiyle yeni bir hukuk yaratmaya koyulacaktır.

Eğer Elmer vakasındaki yargıçlar katı uzlaşımçılar olsaydı, davayı iki aşamada karara bağlayacaklardı. İlk aşamada yargısal pratikte araştıracakları şey şu olurdu: Meclis üyeleri başka bir şey kastetmiş bile olsa yasadaki kelimelere “lafzi” anlamın verilmesi gerektiği konusunda neredeyse bütün diğer yargıçlar uzlaşmışlar mıdır yoksa, aksine, bu tip durumlarda kelimelere lafzi anlamlarının verilmemesi gerektiğini mi düşünmektedirler? Bu davada yargıçlar, soruyu hemen olumsuz şekilde yanıtlayacaklardı, çünkü diğer yargıçların her iki yönde de uzlaşmamış oldukları aşikârdı. Ne Earl ne de Gray, görüşlerinin yasamaya dair uzlaşımın sarıh kapsamının parçasını teşkil ettiğini düşünecekti, çünkü pek çok hukukçunun diğerinin doğru olduğunu düşündüğünü biliyorlardı. Dolayısıyla hemen ikinci aşamaya, yani yasa koyucu aşamaya geçeceklerdi: Hangi kararın daha mantıklı, adil, demokratik olacağını veya topluma daha iyi hizmet edeceğini keşfetmeye çalışacaklardı. Normalde kullandıkları argümanları, yani kararın yasanın metniyle veya ruhuyla uyumlu olup olmadığına dair yahut yasa ile hukukun geri kalan kısmı arasındaki doğru bağlantıya kafayı takmış şekilde yasayı didik didik eden argümanları kullanmayacaklardı.

Yasanın nasıl anlamlandırılması gerektiği sorusuna dair farklı şekillerde ortaya çıkan bu ikinci tür argümanlar, sadece, yargıçların uygulama *zorunluluğu* olan hukukun ne olduğu hakkında bir tartışma söz konusu ise, “doğru” anlamlandırılmasına dayanır varsayımı ile anlam taşıyabilir. Elmer’in davası bu türden bir karşı örnek sunma konusunda yalnız değildir. *Percina tanasi* davasında Yüksek Mahkeme yargıçları Çevre Koruma Yasası’nın doğru okunuş tarzı hakkında tartıştılar. Kongre’nin gerçekten neyi kastettiğine dair güvenilir delillerin bulunmadı-

ğı bir durumda, hangi doğru yasama teorisini, yasanın en lafzi okunuşuna dair olanı mı yoksa en mantıklı okunuşuna dair olanı mı uygulamak zorunda olduklarını tartıştılar. *McLoughlin* davasında karar veren yargıçlar, atıf yaptıkları emsal davaların altında yatan ilkelerin en doğru tasvirinin ne olduğu hususunda kaygı duydular, hâlbuki herhangi bir uzlaşımın sarıh kapsamında bu ilkelerin ne olduğunu veya bu ilkelere ne derecede önem verilmesi gerektiğini ortaya koyan hiçbir şey bulunmadığını biliyorlardı. *Brown* davasında Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın yapısının hangi adalet şemasını önvarsaydığını, bu şema içerisinde eşit koruma kaydının yerinin ne olduğunu, bu kaydın Kansas'ın okul sistemi alanında yasa yapma erkine gerçek etkisinin ne olduğunu tartıştılar; tartışırken bunların hiçbirinin uzlaşım yoluyla sonuca bağlanmadığını biliyorlardı.

Ne yaptığını bilen bir uzlaşımıcının yasaları ve emsal kararları, bunlara nasıl bir güç verileceği bir kere tartışmalı hâle geldikten sonra tümünden göz ardı edeceğini söylemiyorum. Bu noktadan sonra onları hukuk kaynağı olarak kullanmayacaktır ama hukukun tükendiğine inandığı noktadaki genel yükümlülüğü gelecek için yapabileceği en iyi hukuku yapmaktır ve mevcut meseleyle ilgili özel nedenlerle geçmişin hukuk doktrini ile ilgilenecektir. Eğer yeni hukuku, mevcut meclisin ruhuna ve hâlihazırdaki kamuoyunun havasına uygun olmak üzere demokratik şekilde yapmak gerektiğine inanıyorsa, mesela geçmişteki yargı kararlarına meclisin veya halkın ne düşünüyor olabileceğinin göstergesi olarak bakabilir. Fakat bu durumda geçmişe, kendinden menkul değeri nedeniyle değil, mevcut tutumların ve kanatların göstergesi olarak bakmaktadır ve geriye doğru gittikçe ilgisi azalacak, dolayısıyla da atfettiği gösterge değeri düşecektir.

Kendi siyasal tecrübelerinde veya medyada, hâlihazırdaki tutumlara dair, üyelerinin çoğu artık görev yapmayan meclisin yakın zamanda çıkardığı yasalarda bulduğundan daha iyi delil-

ler bulacaktır. Delillere duyduğu bu ilgi onu, takıntılı yargıçların yaptığı gibi geçmişe ait doktrini, bir bütün olarak hukuktaki yerini belirlemek için incelemeye de zorlamayacaktır. Vasiyetnamelere dair yasanın, katilleri miras hakkından mahrum bırakır şekilde yorumlanması durumunda hukukun geleneksel ilkeleriyle daha uyumlu olup olmadığı sorusu iyi ve hassas bir şekilde dengelenmiş bir soru ise, bu soruyla, insanların çoğunun hangi yönde düşündüğüne karar vermek suretiyle başa çıkmaya çalışmak pek de mantıklı olmayacaktır. *McLoughlin* davasında atıf yapılan emsal kararların en iyi yorumunun bu davada neyi gerektirdiği, hassas bir şekilde yerine getirilmesi gereken hukuki analizin konusu ise, vereceğimiz herhangi bir cevabın hangi kararın en çok insan tarafından benimsendiği veya gelecek açısından en faydalı olduğu hakkında sunacağı deliller çok zayıf kalacaktır.

Buna karşın artık şunu söyleyebiliriz: Ne yaptığını bilen bir uzlaşımçı, esasında geçmişe ait doktrin üzerinde yargıçların yaptığı şekilde kafa yoracaktır. Kamuoyunun ne düşündüğüne dair deliller aramayacak, daha doğrudan deliller peşine düşecektir, çünkü herhangi bir yasayapıcı yeni hukuku eski hukukla insicam içerisinde yapmaya dikkat eder. Bu açıklamaya göre, insicamın peşine düşülmüş olması yargıçların geçmişle, bir sürü yasayla ve çetin davalarda yarattıkları yeni hukuka yakın bölgede ikamet eden emsal kararlarla neden bu kadar ilgili olduklarını açıklar. Bu anlatımda bir yasayapıcının peşine düşmek isteyebileceği iki tür insicam arasında, yani stratejik insicam ile ilkesel insicam arasında, dikkatli bir ayırım yapmadığımız takdirde göremeyeceğimiz önemli bir husus var. Hukuk yapan herkes stratejik açıdan insicamı önemsemelidir. Koyduğu yeni kuralların başkalarının koyduğu veya gelecekte koyulması muhtemel kurallara yeterince uyması konusunda dikkati olmalıdır ki böylece bütün bir kurallar toplamı, farklı yönlere giderek durumu kötüleştirmektense birlikte çalışsınlar.

Yeni hukuk yapmak üzere takdirini kullanan uzlaşımçı yargıç, bu tehlikeye özellikle dikkat etmelidir, çünkü mevcut hukuku değiştirme gücü oldukça sınırlıdır. Yargıcın, *McLoughlin* davasında hukuk tarihini oluşturan kayıtlara bakmadan önce davalı lehine verilecek kararın en iyi karar olduğunu düşünelim. Bunun için kafasındaki gerekçe, bütün bir toplum dikkate alınacak olursa, gelecekteki mağdurların manevi zarara karşı sigortalanmalarının zarara neden olan sürücülerin sigortalanmasından daha ucuzca mâl olacak olması olsun. Fakat yargıcımız emsal kararları inceledikten sonra şunu görür: Kazaya doğrudan şahit olmaları sonucunda uğradıkları zararlar nedeniyle annelerin tazminat almaya hukuken hakları vardır ve dolayısıyla da bu tip durumlarda manevi zarara neden olan sürücüler zaten sigorta yaptırmak zorundadır, yani sigorta masrafları sorunu karmaşık hâle gelmektedir. Sürücülerin zaten her halükârda sigorta yaptırmaları söz konusu olunca yargıç şimdi de Bayan McLoughlin'inki gibi çok özel durumlarda uğranılan manevi zarara karşı potansiyel mağdurları sigorta yaptırmaya zorlamanın pahalıya patlayıp patlamayacağını sormak durumundadır ve pekala riskin bu şekilde dağıtılmasının, riskin bu kısmını mağdurlara yüklemekten elde edilecek kazancın dengelenmesi açısından çok etkisiz olacağına karar verebilir. Bu basit örnek, stratejik insicamın baskın olduğu bir yasayapıcı yargı kararı örneği teşkil ediyor.

Fakat stratejik insicam, yargıcın; bir yasanın, ihtilafı olduğu takdirde Anayasa'nın veya hukukçular nasıl anlamlandırılması gerektiğinde ihtilafa düştüklerinde geçmişteki yargı kararının "doğru" açıklanışının "en iyi" yorumunu keşfetmekle uğraşmasını gerektirmez. Çünkü bir yasanın veya geçmişteki yargı kararının stratejik insicam sorunu çıkardığı tek durum, bunların, yeni bir kural oluşturmakta olan yargıcın değiştirme gücüne sahip olmadığı hukuki haklar barındırdığı ama bu hakların yargıcın yaratmak istediği yeni haklarla birlikte iyi işlemeyeceği du-

rumdur. Bayan McLoughlin'in aleyhine karar vermesinin, kaza sahnesine şahit olmuş annelerin uğradığı manevi zararın tazmin edilebileceğini söyleyen emsal kararlar yüzünden etkili olmayacağından kaygı duyan varsayımsal uzlaşımçı yargıcın bu emsal kararlarda “gömülü”, altta yatan daha geniş bir ilkeyi araştırmaya veya bu ilkelerin içeriği hakkındaki, tartışmaya açık bir görüşü savunmaya ihtiyacı yoktur. Hukuk anlayışına göre emsallerin sadece kaza sahnesine şahit olan annelerin hakkını ihdas ettiğinden emin olduktan ve bu, doğrudan ve mahiyeti tartışma konusu olan daha geniş altta yatan ilkeler hakkında derin bir düşünme söz konusu olmaksızın açık hâle geldikten sonra, emsallere gösterdiği ilgi, en azından amacı açısından, tükenmiştir.

İlkesel insicam ise farklı bir meseledir. Devletin vatandaşlarına karşı cebir kullanmasını düzenleyen çeşitli standartların, tek ve kapsayıcı bir adalet bakışını ifade eder anlamda birbirleriyle insicam içerisinde olmasını gerektirir. İlkesel insicamı hedeflemiş yargıç, örnek davalarımızdaki yargıçların yaptığı gibi, asıl olarak, geçmişteki yasaları ve emsal kararları gerekçelendirir şekilde anlaşılması gereken ilkeler hakkında kaygı duyar. Yargıcımız Bayan McLoughlin'in aleyhine karar vermeye meyletmış olsaydı, onun davası ile kaza sahnesine şahit olması nedeniyle uğradığı manevi zararlarının tazmin edildiği annelerin davası arasında bir ilkeye dayanan ayırımın yapılıp yapılamayacağını soracaktı. Eğer Elmer'in aleyhine karar vermeye meyletseydi, bu sefer de, kararının, yasaların kendi anladığı şekliyle genel hukuk düşüncesi şemamızda işgal ettiği yerle insicamlı olup olmadığını dert edinecekti.

Fakat uzlaşımçılık, bütünlük olarak hukuktan açıkça farklıdır, çünkü insicamın hukuki hakların kaynağı olmasını ilke itibariyle reddeder. Bütünlük olarak hukuk ise bunu kabul eder: İnsanların, uzlaşımolar olarak görülen siyasi pratiklerin sarih kapsamının ötesine giden hukuki hakları olduğunu varsayar. Bu haklar

siyasi kurumların geçmişteki kararlarından kaynaklanarak cebre ruhsat verirler. Bütünlük olarak hukuk, insanların, yargıçlar ne anlama geldiği hususunda derin bir ihtilaf içerisinde bile olsalar, geçmişteki siyasi kararların tutarlı ve ilkeye dayanan bir kapsamına hakkı olduğunu varsayar. Uzlaşıcılık ise bunu inkâr ederek şöyle der: Uzlaşımçı yargıç, ilkesel insicamı yargısal bir erdem olarak kabul etmek veya muğlak yasaları veya isabetsiz emsal kararları onlara ulaşmak için didik didik etmek için herhangi bir nedene sahip değildir.

Eğer uzlaşıcılık, “hukuki haklar” ifadesinin ilkesel insicam uyarınca sahip olduğu hakları tasvir etmek için kullanılmaması gerektiğini söyleyen semantik bir teoriden ibaret olsaydı, o zaman uzlaşımçı yargıç elbette farklı bir tarif altında insicamın bu formuna canlı bir ilgi gösterebilirdi. Sarıh uzlaşım tükendiğinde, insanların bütünlük olarak hukukun onların hukuki hakları olduğunu iddia ettiği ahlaki hakka sahip olduğunu söyleyebilecektir. Sonra da zor davaları tam da bütünlük düşüncesine sahip meslektaşlarının yaptığı gibi karara bağlayabilecektir. Fakat hukuk pratiğinin maddi yorumlarını inceliyoruz, semantik teorileri değil. Halihazırda uzlaşım gösterdiğimiz ilginin nedeni, geçmişteki kararların mahiyeti itibariyle sahip olduğu normatif gücü tükettiği şeklindeki negatif iddiası. Uzlaşıcılık, “hukuki” kelimesinin nasıl kullanılması gerektiği hakkındaki değil, insanların, hukukbilim için hayati olduğunu teşhis ettiğimiz anlamdaki hukuki hakları hakkındaki bir teoridir. Sadece stratejik insicamın değil, ilkesel insicamın da hüküm vermenin merkezinde olması gerektiğini düşünen biri, uzlaşıcılığı, farkında olsun olmasın, reddetmiş olur.

Uzlaşım ve Konsensüs

Demek ki hukuk pratiğimizin, uzlaşımı, hukuk pratiğinin iyi bir yorumu –yani yargıçların ve hukukçuların çetin davalarda ya-

saların ve emsallerin “doğru” okuması hakkında sahip olduğu derin ve istikrarlı ilgisi– kılar gibi görünen özelliği esasında bu anlayışa yönelik bir mahcubiyetten ibarettir. Pratiğimizin dürüst bir yorumu olarak bile olsa, uzlaşıcılığa neredeyse ölümcüle yakın bir argüman sunar. Fakat uzlaşıcılığa karşı başka bir tartışma çizgisi önereceğim, çünkü bu anlayıştaki her bir çatlağı ortaya çıkarmak daha başarılı bir anlayışa giden yolu bulmamıza yardımcı olacaktır. Hemen yukarıda sonuçlandırdığımız tartışma, hukuki muhakemeyi farklı kesitleriyle incelerken her bir davadaki ihtilafı ayrıntılarıyla ele aldı. Uzlaşıcılığın başlangıç noktasındaki varsayımı henüz hedef tahtasına oturtmadım: Hukukçuların yasama ve emsal kararlar hakkında ulaştığı konsensüs, her ne olursa olsun, bir *uzlaşım* konusu olarak görülür. Peki, öyle mi? Bu soru, bizden odak noktamızı değiştirmemizi ve hukuk pratiğimizi kesitler hâlinde değil, zamana yayıldığı hâliyle ele almamızı ister.

Britanya’daki hukukçu ve yargıçların neredeyse tamamının bir yasanın usulüne uygun bir şekilde, sarayın da onayıyla Parlamento tarafından yürürlüğe sokulması hâlinde ve yasanın dilinin ne anlama geldiği hususunda hakiki bir şüphe bulunmadığı takdirde, hukukun, yasanın açıkça söylediği şey olduğunu kabul ettiğini düşünelim. Bütün bu hukukçular ve yargıçlar, bunun “lafını bile etmeye gerek olmadığını” düşünürler ve onu hukuki tartışma paradigmaları arasında sayarlar. Ne var ki bu varsayılan konsensüsün iki mümkün açıklaması vardır. Belki de hukukçular ve yargıçlar bu önermeyi uzlaşım olması hasebiyle doğru kabul ederler ki bunun anlamı da şudur: Önerme doğrudur, çünkü herkes onu doğru kabul etmektedir, tıpkı satranç oyuncularının şahın her hamlede ancak bir kare ilerleyebileceğini kabul etmesi gibi. Veya belki de hukukçular ve yargıçlar, uzlaşım hasebiyle doğru olmasa bile, önermenin apaçık doğru olduğunu düşünürler: Belki de konsensüs, bağımsız bir kanaat hakkındadır, tıpkı

hepimizin bebelere işkence yapılmasının veya masum olduğunu bildiğimiz bir kişinin mahkûm edilmesinin yanlış olduğunu bilmemiz gibi. Aradaki fark şu: Eğer hukukçular, yasama hakkındaki belirli bir önermenin uzlaşım hasebiyle doğru olduğunu düşünüyorlarsa, onu kabul etmek için herhangi bir *maddi* nedene ihtiyaç duydıklarını düşünmeyeceklerdir. Dolayısıyla önermenin içeriğine yönelecek bir saldırı hüküm verme bağlamı çerçevesinde kendine yer bulamayacaktır, tıpkı satranç kurallarının yerindeliğine yönelecek herhangi bir saldırının oyun esnasında herhangi bir yerinin olmaması gibi. Fakat konsensüs bir kanaatse, muhalif kalmak, şaşırtıcı bile olsa, aynı şekilde yersiz olmaz, çünkü herkes önermenin içeriğiyle ilgili bir örneğe saldırmanın önermenin kendisine saldırmak olduğunu kabul edecektir. Konsensüs, hukukçular o konsensüsü destekleyen kanaatleri kabul ettiği müddetçe var olacaktır.

Hangi açıklama, hukukçuların ve yargıçların, yasama hakkındaki “lafını bile etmeye gerek olmayan” önermeleri nasıl gördüğünün en iyi tasviri olabilir? Yargı kararlarını rastgele okuyarak şu veya bu yönde çok da fazla delil bulamayacak gibiyiz, çünkü yargıçlar herkesin inandığı şeylere neden inandıklarını birbirlerinden farklı şekillerde açıklarlar. Bakmamız gereken, yargı kararlarının zaman içerisinde oluşturdukları örüntüdür. Yasaların yorumlanmasının veya emsal kararlara yönelik doktrinlerin yerleşik stillerini, sözgelimi elli yıllık veya daha fazla süreli dönemlere ayırmak suretiyle karşılaştıracak olursak kaydadeğer ve bazen de dramatik değişimler bulabiliriz. Britanya’da ve Amerika’da, yargının hem Elmer hem de *percina tanasi* davasında ortak olan mesele hakkındaki tutumu son iki yüzyılda sert bir değişime uğramıştır. Mesele şu: Yasaları anlamlandırırken yasakoyucunun niyeti ne ölçüde ve ne şekilde dikkate alınacaktır?⁵ Hâkim yasama teorisindeki bu büyük değişimi nasıl izah etmek gerekir?

Olgular yeterince açık. Yargıçların belli durumlarda ne yapması gerektiği hakkındaki tartışmalar açısından pratik, mini anayasal uzlaşmalar bağlamında değil, hüküm verme bağlamında ortaya koyulan argümanlara verilen tepkiyle değişmiştir. Siyasi ve toplumsal kültürdeki daha genel hareketlerden oldukça başarılı argümanlar çıkarsandı ve böylece hem hukuki hem de entelektüel tarihin bir parçası olmuş oldu. Fakat farklı bir hukuk hayatına sahip oldular. Önce hukuk okullarındaki dersliklerde ve hukuk dergilerindeki makalelerde ortaya çıktılar. Hukukta belli davalarda hukukçuların argümanları olarak, dönemin ortodoks düşüncesini yansıtan çoğunluk görüşünün neden tatmin edici olmadığını açıklayan karşıoy yazılarındaki yargısal argümanlar olarak, sayıları gittikçe artan çoğunluk görüşleri olarak ve laflarını etmeye bile gerek olmadığı için artık atıf yapılmayan önermeler olarak görünmeleri ancak bundan sonra mümkün olmuştur. Uzun hukuki hayatları boyunca bütün bu argümanlar, karşısına geçtikleri yerleşik pratiklerin, uzlaşımaya ait temel kurallar değil ortak kanaatin ortodoksisi olduğunu varsaydı. Eğer herkes karşı çıktıkları bu pratiklerin uzlaşım dışında başka bir desteğe ihtiyaç duymadığını veya bu pratiklerin, satranç oyununu oluşturan kurallar gibi hukuk oyununu oluşturduğunu düşünüyor olsa idi, bu tip argümanların herhangi bir etkisi de olmayacak, hatta bu argümanlar saçma kabul edilecekti.

Elbette oyunların kuralları da zaman içerisinde değişir. Fakat ne zaman ki bu kurallar bir uzlaşım olarak kabul edilirler, işte artık o zaman kurallarla ilgili argümanlar ile kurallar hakkındaki argümanlar arasında keskin bir ayrım gözetmek gerekir. Eğer dünya satranç kongresi gelecekte düzenlenecek turnuvalarda uygulanacak kuralları gözden geçirmek üzere toplanacak olursa, açıktır ki bu kongrede ileri sürülecek argümanların bir satranç oyununda yeri yoktur. Bunun tersi de geçerli. Belki de satranç, şahın her hamlede iki kare ilerlemesine izin verecek şekilde de-

ğıştirildiği hâlde çok daha heyecan verici olacaktır. Fakat kimse bu öneriyi, bir oyunda kurallar olduğu gibi dururken şahın tek hamlede iki kare ilerleyebileceği argümanı olarak görmeyecektir. Diğer yandan, hukukçular tam da oyunun ortasında yerleşik bir pratiğin dahi değişmesini ister. Yasakoyucunun niyetinin dikkate alınması gerektiğini söyleyen ilk argümanların bir kısmı yargıçlara devam etmekte olan bir dava sırasında yöneltilmişti. Emsal kararlara dair doktrindeki değişiklik de oyun devam ederken gerçekleşmiştir: Yargıçlar, seleflerinin bağlayıcı kabul ettiği mahkeme kararlarıyla esasında bağlı olmadıklarına ikna edildiler veya kendi kendilerini ikna ettiler. Yahut da –aynı anlama gelecek şekilde– yargıçlar, geçmişteki yargı kararlarına hangi yönlerden veya hangi şartlar altında uymakla yükümlü oldukları konusunda düşüncelerini değiştirdiler. Bu değişiklikler yine, zaman içerisinde dramatik boyuta ulaşırsa da, yargı pratiği içerisinde emsal kararların ve daha genel olarak yargı kararının hedefiyle ilgili değişen varsayımlara cevaben gerçekleşti. Yeni bir uzlaşım dizisine sahip olmak için yapılan özel anlaşmaların sonucu değillerdi.

Bu argüman, Amerikan ve Britanyalı hukukçular arasında sahih bir uzlaşım niteliğinde yerleşmiş bulunan hiçbir şey olmadığını ispatlamaz. Muhtemelen Amerikan yargıçlarını, Kongre'nin, zaman içerisinde değiştirildiği şekliyle Anayasa'ya uygun tarzda seçilmesi gerektiği önermesini reddetmelerine ikna edecek hiçbir siyasi argüman yoktur. Muhtemelen yargıçların tamamı Anayasa'nın otoritesini, sağlam bir siyasi teorinin sonucu olmaktan ziyade bir uzlaşım olması hasebiyle kabul etmektedir. Fakat tartışmamızdan rahatlıkla çıkarabileceğimiz iki sonuç var: Evvela, bir hukuk sistemi, sadece var olabilmek için değil gelişebilmek için de herhangi bir şeyin bir uzlaşım olarak yerleşmesine *ihtiyaç* duymaz. Yorum tutumu etkili bir şekilde işleyebilmek için paradigmalara ihtiyaç duyar ama bu paradigmalardan uzlaşım

olmalarına gerek yoktur. Bir kanaat hakkındaki anlaşma düzeyi, verili bir anda yasama ve emsal kararlar gibi temel pratikler hakkındaki tartışmaya izin verecek ölçüde yeterince yüksek ise, 2. Bölümde tarif ettiğim şekilde, Neurath'ın kayığı denizdeki kalasların tek tek yenilenmesi gibi, paradigmaları tek tek sorguya çekerek devam etmem mümkündür. İkincisi, anayasal pratiklerimizin pek çok özelliği aynı anda tam da bu şekilde tartışma konusu olduğundan, uzlaşımıcılığın, hukuk kültürümüzü zaman içerisinde değiştiren ve geliştiren sürecin iyi bir yorumu olduğunu iddia etmek pek kabul edilebilir değildir. Uzlaşımıcılık, kesitlerin ele alınmasında olduğu gibi burada da, örneklerimizdekilere benzer çetin davaların nasıl tartışıldığını ve karara bağlandığını açıklarken de başarısız olur. Yargıçlarımız, yasaları yorumlamak ve emsal kararları (kimsenin karşı çıkmadıklarını bile) değerlendirmek için kullandıkları teknikleri sadece kadim ustalarının oluşturduğu geleneklerin miras bıraktığı araçlar olarak değil, daha derin bir siyasi teoride gerekçelendirilebileceklerini varsaydıkları ilkeler olarak görürler, bu ilkeler hakkında her ne nedenle olursa olsun şüpheye düştüklerinde ise kendilerine daha iyi görünen teoriler inşa ederler.

UZLAŞIMCILIK HUKUK PRATIĞİMİZİ GEREKÇELENDİRİR Mİ?

Bir hukuk anlayışı, bütün olarak hukuk pratiğinin genel, soyut bir yorumudur. Pratiği en iyi hâliyle göstermeyi, hukukun neden bu anlayış çerçevesinde cebrin hakkıyla gerekçelendirilmesi anlamına geldiğiyle ilgili argümanlar sunmayı vaat eder. Bu türden genel bir yorumun sınanması gereken boyutlarından biri üzerinde çok uzun durduk. Genel yorumun pratiğimize uyması gerekiyor ve uzlaşımıcılığın pratiğimize uymadığına inanmamızı engelleyecek önemli nedenler keşfettik. Peki ya diğer boyut? Argümanımın aksine, eğer uzlaşımıcılık hukuki pratiklerimize

uysaydı, sağlam hatta yeterli bir gerekçe sunabilecek miydi? Bu bölümün başlarında, yeterli bir gerekçe sunabilecek bir argümanı anlattım. Bu argüman, beklentilerin korunması ideale başvurmuştu: Kolektif cebir yalnızca belli standartlara uygun bir şekilde uygulanabilir; bu standartlar, topluluğun bir bütün olarak bu amaçla kullanılacağını bildiği prosedürler aracılığıyla seçilmeli ve anlamlandırılmalıdır. Bu prosedürlerin genel sosyal ve mesleki uzlaşımın konuları olduğu yaygın şekilde biliniyor olmalıdır. Artık bu idealin güçlü olup olmadığını ve uzlaşımıcılığı ne ölçüde desteklediğini sorabiliriz.

Hakkaniyet ve Sürpriz

Kafa karışıklığı yaratabilecek bir kaynağı tümünden kurutmalıyız. Beklentilerin korunması idealinin hiç tartışmasız demokratik bir ideal olduğu, çünkü cebrin ancak halkın rıza gösterdiği usullerin verdiği yetkiyle kullanılabilmesini önerdiği düşünülebilir.⁶ Ne var ki demokrasiye bu şekilde başvurmak iki meseleyi birbirine karıştırır: Halkın, demokratik usulle seçilmiş kurumlar vasıtasıyla, yargıçların nasıl karar vermesi gerektiği konusunda son sözü söyleme hakkı var mıdır? Yargıçların hangi teoriye göre karar vermesi gerektiğini halk mı seçmeli veya onaylamalıdır? ABD’de de Britanya’da da, ve diğer demokratik ülkelerde de halk mevcut yargısal pratiği değiştirmek için artık yetkiye sahiptir. Halk, iradelerini bir şekilde yargıçlara dayatma gücüne sahip temsilciler seçebilir.⁷ Şimdi ikinci sorunun cevabını aramalıyız. Bu temsilcilerin hüküm vermeye dair uzlaşımçı bir sistemi seçmeleri için bir neden var mıdır?

Şöyle denebilir: “Uzlaşımçı sistem en iyi sistemdir, çünkü hakkaniyet, devlet gücünün müdahalesiyle özgürlüklerinin, mülklerinin veya imkânlarının ellerinden alınmasıyla planlarının kesintiye uğrayabileceği durumlarda insanların ikaz edil-

mesini gerektirir. Bu türden bir müdahale yalnızca müdahalenin önceden ilan edilerek herkesin duyması ve anlaması söz konusu ise gerekçelendirilmiş olur. Dolayısıyla, bu tip talimatların nasıl verileceği ve içeriklerinin nasıl sabitleneceği ile ilgili uzlaşmalar ihdas edilmeli ve bunlara katı bir şekilde uyulmalıdır, böylece söz konusu talimatların ne olduğu ihtilaf konusu olmaktan çıkmalıdır. Pek tabii ki uzlaşım prosedürlerinin ne ölçüde açık olduğu veya ne kadar özenli kullanıldıklarından bağımsız olarak, örnek davaların da gösterdiği gibi, bu talimatların belirsiz veya natamam görüleceği davalar da ortaya çıkacaktır. Bu tip davalarda yargıçlar her ne karara varırlarsa varsınlar, karar şaşkınlığa neden olacaktır, çünkü sürprizlerin aleyhine telkinde bulunan hukuk düşüncesi artık devredışı kalmıştır. Bundan sonra yargıç bir bütün olarak topluluğu için en iyi olanı yapmalıdır ama yasaların ve emsal kararların altında, sadece kendisinin görebildiği bir hukuku 'keşfedermiş' gibi yaparak değil, dürüstçe ve samimiyetle. Çünkü 'mış gibi yapmak' gerçekte neyin cereyan ettiğinin saklanması anlamına gelir: Hukukun hedefine hizmet edilmemesi gibi gösterilen şey, esasında hukuka kaçınılması mümkün olmayan bir zarar verilmiş olmasıdır. Hukukun ne olduğu belirsiz iken, ortada bir hukuk varmış gibi yaparsak, hukuk ile nazik uyarı arasındaki yakın bağlantıyı göremez oluruz ve siyasetimiz gelecekte daha az adil olur. Sadece uzlaşımın ötesinde başka bir hukukun olmadığını kabul eden samimi bir uzlaşımçılık taahhüdü, ihtiyacımız olan korumayı sağlayabilir.”

Bu argüman, sürprizleri azaltmanın, siyasal ahlakın değerli ve önemli bir hedefi olduğunu varsayar. Peki, bu doğru mu? Sürpriz insanların tahminleri boşa çıktığında zuhur eder, fakat bu, boşa çıkan tahminler makul olduğu, yani ihtimallerin daha önceden var olan dengesiyle iyi bir şekilde desteklendiği durumda bile genel bir haksızlık değildir. Yarış atımın, kazanacağı konusunda çok iyi nedenlerle kendime güveniyor olsam bile,

kaybetmesi haksızlık değildir. Şöyle özel bir durum söz konusu ise sürpriz elbette haksızlıktır: Mesela tahminim, tam da o tahminde bulunmamı yüreklendirenler tarafından boşa çıkarılmıştır. Eğer uzlaşıcılık belirli bir yargı bölgesinde oldukça kararlı bir şekilde uygulanıyor olsa idi ve insanların bu hüküm verme biçimine güvenme haklarının olduğu kamu kurumlarınca sürekli duyuruluyor ve bu ilan tekrar ediliyor olsa idi, bazı yargıçların durup dururken bunu terk etmesi elbette haksızlık olurdu. Fakat argümanın şu ana kadar dile getirildiği şekliyle, bizim açımızdan böyle bir şey söz konusu değil. Uzlaşıcılığı siyasal temellerde gerekçelendiren, mesela uzlaşıcılığı boş bir sayfada inşa edip etmemeye karar verecek insanlar için geçerli olacak argümanlarla ilgileniyoruz. Öyleyse, uzlaşıcılığın sürprizleri azaltma önerisi, sürprizlerin haksızlık olduğunu değil başka bir nedenle makbul olmadığını varsaymalıdır: Mesela sürprizler verimsizdir, gereksiz riskler taşır, insanları korkutur veya kamu menfaatine başka türden de katkısı yoktur.

Fakat uzlaşıcılık, sadece sürprizin bu şekillerde kötü etkisi olduğu veya makbul olmadığı temelinde gerekçelendirilemez, çünkü uzlaşıcılık sürprizlere karşı, daha basit ve daha dolambaçsız bir hüküm verme teorisinin sağladığından daha iyi bir koruma sağlayamaz. Uzlaşıcılığın hangi anlamda iki yönlü olduğunu daha önce görmüştük: Uzlaşıcılık, bir davada hukuki uzlaşımın sarıh kapsamında şu veya bu yönde bir karar bulunmazsa, yargıcın yapabileceğinin en iyisi olan hukuku yapması gerektiğini söyler. Bayan McLoughlin'in uğradığı manevi zarar nedeniyle tazmin edilmesi gerektiği yönünde de Bay O'Brian'ın ödememe hakkı olduğu yönünde de karar verebilmek için herhangi bir uzlaşım yoktur. Dolayısıyla her iki taraf da kendi lehine olacak bir karara hak kazanmamıştır ve yargıç ilgili her hususu dikkate alarak, gelecek açısından en iyi olacağını düşündüğü kuralara göre davayı karara bağlayacaktır. Fakat eğer

Bayan McLoughlin lehine karar verirse, böyle bir şeyin olacağı yönünde ikaz edilmemiş olmasına rağmen, Bay O'Brian'ın hayatına müdahale etmiş olacaktır.

Hemen yukarıda, uzlaşıcılık lehine dile getirdiğim siyasi argüman, böyle bir durumun kaçınılmaz olduğunu, herhangi bir hüküm verme teorisinin bunu engelleyemeyeceğini varsayar. Uzlaşıcılığı, insanları sürprizlerden mümkün olduğunca çok koruduğu için savunur. Fakat eğer kafamızda sadece bu amaç olacak idiyse, başka bir hüküm verme teorisini de seçebilirdik. Bu teoriye “tektarafçı uzlaşıcılık” veya sadece “tektarafçılık” diyebiliriz. Tektarafçılık, kabaca, şöyle söyler: Davacı, bir hukuki uzlaşımın sarıh kapsamında bulunan bir hakka sahipse davayı kazanmalıdır, aksi takdirde kazanması gereken davalıdır.⁸ Tektarafçılık, hukuki bir uzlaşımın sarıh kapsamında bulunan bir kural aksini gerektirmediği müddetçe, mahkemelerde statükonun korunması gerektiğinde ısrar eder. Öyleyse Bay O'Brian'ın, yargıç aksi yönde bir kuralın gelecek için daha iyi olacağını düşünse bile, Bayan McLoughlin'e verdiği manevi zararı tazmin etmemesi gerektiğini söyler.⁹

Bir alanda, ceza hukukunda, Anglo-Amerikan pratiği tektarafçılığa oldukça yakındır.¹⁰ Bir yasa veya başka bir yasama ürününün açıkça ihdas ettiği kural uyarınca, eyleminin cezaya tabi olacağını bilmiş olması gerekmediği veya suç olup olmadığını araştırmak için ciddi bir çaba harcarsa idi bilebilecek durumda olmadığı müddetçe bir kişinin kesinlikle bir suçtan hüküm giymemesi gerektiğine inanırız. ABD'de bu ilke anayasal statüdedir ve Yüksek Mahkeme pek çok olayda, ceza mahkûmiyeti kararlarını, iddia edilen suç gerekli olan ihtarı vermeyecek ölçüde belirsiz tanımlandığı için bozmuştur.¹¹ Fakat hukuk pratiğimiz, bu kitapta çoğunca tartıştığımız özel hukukun geniş alanlarında böyle bir tek yönlü özelliğe sahip değildir —yargıçlar, davacının uzlaşıcılık uyarınca kazanmak için hukuki bir hakka sahip ol-

madığı durumlarda, *McLoughlin*'de olduğu gibi sıklıkla davacı lehine karar verirler.

Pratiğimiz genel itibariyle tektarafçı olsa idi şimdikinden oldukça farklı olurdu. Açılacak davaların sayısında ciddi bir azalma olurdu, çünkü sadece açık bir hakka sahip olunan durumlarda dava açılacak, bu durumda davalı kendisini kesinlikle savunamayacak, sadece tazminatın ödenmesi söz konusu olacaktı. Gerçi dava konusu olaylar üzerinde ihtilaf bulunduğu durumlarda her iki taraf da yargıcı veya jüriyi, olaylara kendi bakışlarının tarihsel açıdan doğru olan durumu yansıttığına ikna etmeyi umabilir ve yine de davalar açılabilirdi.¹² Fakat hiçbir davanın başlangıç noktasında, yargıcı ihtilaf konusu olmayan bir kuralı “teşmil etme”ye tartışma yoluyla ikna etme umudu bulunmayacaktır ve (daha da önemlisi) kimse davranışlarını, kendi meselesi bir şekilde mahkeme önüne geldiğinde mahkemenin bir kuralı esnetebileceği beklentisiyle planlamayacaktır. Öyleyse tektarafçılık hukuki davranışımızın ve pratiğimizin iyi bir yorumu olmanın yakınından bile geçemez.

Katı uzlaşıcılık, iki yönlü olduğu için, tektarafçılıktan daha elverişli gibi duruyor. Katı uzlaşıcılık, davacının hakkı yok diye, sırf bu yüzden, davalının davayı kazanma hakkına sahip olmasını gerektirmez. Her iki tarafın da kazanma hakkı olmayabileceğini söyler. Fakat bu durum, uzlaşıcılığın, biraz önce aktardığımdan daha karmaşık bir siyasi gerekçelendirme bulmasını gerektirir. Sürprizlerin sadece kötü etkileri olduğunu veya makbul olmadığını değil, bazı durumlarda daha başka, dolayısıyla daha önemli bir ilke veya siyasa nedeniyle yine de kabul edilmeleri gerektiğini de iddia etmesi gerekir. Bunun yanında, uzlaşıcılığın iki yönlü yapısının farklı koşullarda fiilen birbirinden ayrılması gerektiğini göstermek durumundadır: Sürprizden kaçılması gereken koşullar ve yarışan sebeplerle sürprizin tolere edilmesi gereken koşullar.

Uzlaşım ve Koordinasyon

Bazı hukuk felsefecileri tam da bunu yapmaya çalışan bir argüman öneriyor. Sürprizlerin genel itibariyle neden makbul olmadığını ve aynı zamanda ne zaman yine de kabul edilmesi gerektiğini açıklamaya çalışıyorlar. Bu argümanı, en ikna edici olduğuna inandığım şekliyle sunacağım.¹³ “Uzlaşımıcılığın hedefi sadece davalı tarafları sürprizlere karşı korumak değildir, bilakis daha karmaşık bir hedefi vardır; bu hedef şunu da içerir: Koordine edilmiş özel ve ticari faaliyetin yarattığı toplumsal faydaya ulaşmak. İnsanlar birlikte yaşamak ve etkili şekilde birlikte çalışmak için kurallara ihtiyaç duyarlar ve insanlar bu kurallara güvendikleri durumda korunmalıdırlar. Fakat güvenin teşvik edilmesi ve ödüllendirilmesi her zaman en önemli şey değildir; kimi zaman bazı meseleleri uzlaşım yoluyla düzenleme altına almayarak hem yargıçların hem de yargıçların ne yapabileceğine dair kamuoyunun beklentisi ile oynanan bağımsız yargı oyununa izin vermek gerekir. Güven ile esneklik arasında denge kurulması ancak uzlaşımıcılığın iki yönlü çerçevesi içerisinde mümkündür. Uzlaşım bazı prosedürler ihdas eder, böylece bu prosedürlere uyularak açık kurallar kabul edildiğinde insanlar devletin kendi adlarına müdahalede bulunacağına güvenebilirler; aynı zamanda devletin, bu kurallar gerektirmediği müddetçe başka insanların isteği üzerine müdahalede bulunmayacağına da güvenebilirler ve böylece işlerini bu güven çerçevesinde planlayabilir ve koordine edebilirler. Fakat bu prosedürler boşluk bırakırsa, insanlar herhangi bir şeye dayanma haklarının olmadığını bilirler. Tek ihtimal şudur: Eğer faaliyetleri sonucunda bir uzlaşmazlık çıkmış ve mesele yargıya intikal etmişse, yargıçlar, en azından kendilerine göre, gelecek açısından en iyi olacak kuralı inşa etmek suretiyle karar vereceklerdir.”

Uzlaşımıcılığın erdemlerinin bu açıklaması, uzlaşım yoluyla anlaşma ile kanaat konusunda anlaşma hakkında yaptığım

daha önceki anlatıma da, uzlaşımın ne olduğu hakkındaki yakın zamanlı felsefi açıklamalara da tastamam uyar.¹⁴ İnsanlar belli kural veya düsturlara bilhassa başka insanların aynı kural veya düsturlara uyma beklentisini de içeren nedenlerle uyduklarında bir uzlaşım vardır. Kurallara, her şey hesaba katıldığında yerleşik bir kurala uymanın herhangi bir kurala uymaktan daha önemli olduğuna inandıkları için uyacaklardır. Telefon görüşmesi sırasında bağlantı kesildiğinde ilk arayan tarafın yeniden arama yapacağı ve diğer tarafın aranmayı bekleyeceği şeklindeki uzlaşım bu modele bire bir uyar. Yollarda geçerliği olan kuralları yaratan uzlaşım da böyledir. Arabayı Amerika’da sağ, Britanya’da sol taraftan sürmemizin nedeni diğerlerinin öyle yapacağına dair beklentimizdir. Bu beklentiye, şu veya bu yönde bir kuralın olmasındansa ortak bir kuralın bulunmasının daha önemli olduğuna dair inancımız eklenir. Yol kuralları söz konusu olduğunda, hangi kuralın daha iyi olduğuna dair bir gerekçemiz yoktur. Böyle bir gerekçe üretsek bile –mesela, çoğunluğu oluşturan sağlaklar açısından sağdan sürmenin az da olsa doğal olduğunu düşünsük bile– herkesin aynı taraftan sürmesi yönündeki isteğimiz yine de ağır basacaktır.

Uzlaşımın bulunmadığı, sadece kanaat hakkında anlaşmanın var olduğu karşıt durumda herkes aynı kuralı takip eder ama bunun esas nedeni, başkalarının yaptığından bağımsız olarak, söz konusu kuralın takip edilecek en iyi kural olduğunun düşünülmesidir. Hepimiz gereksiz yere acı çektirmenin yanlış olduğunu düşünürüz ama bu ilkeye itaat ediyor olmamızın nedeni başkalarının da böyle davranıyor olması değildir. Belki başka hiç kimse cinayet işlemenin veya hırsızlık yapmanın yanlış olduğunu düşünmüyorsa, biz de vicdanımızın şu anda gerektirdiği üzere davranmakta ihmalkâr davranabilirdik. Ama bu, cinayet işlememeye veya hırsızlık yapmamaya dair olumlu gerekçemizle çatışan, yarışan veya onu dengeleyen bir gerekçe olmuş olurdu. İnsanların ço-

ğunun cinayet hakkında bizimle aynı inanca sahip olduğu mevcut koşullarda, bu olgu, ne yapmamız gerektiğini düşünerek eylemde bulunmamız için hâkim gerekçemiz değildir.

Uzlaşıcılığın siyasi erdemleri lehindeki yeni argümanımız, bu teorinin hukuken karara bağlanan davalar ile yargının yasa yapmasıyla sonuçlandırılan davalar arasında çizdiği çizginin neden kestirilebilirlik ile esnekliği dengeli bir şekilde uzlaştırdığını gösterir. “Sıklıkla vaki olan şu: Özel hukuk kurallarında en azından geniş sınırlar dahilinde bir anlaşmanın olması, kuralların ne olduğundan daha önemlidir. Verilen kararlar ne olursa olsun, insanların dayanabileceği yasama veya emsaller gibi uzlaşım prosedürlere sahip olunması arzu edilir. Sözgelimi, dikkatsiz sürücülerin, doğrudan zarar verdikleri mağdurların dışındaki kişilere verdikleri manevi zarar nedeniyle sorumlu olup olmadıkları ve hangi durumda sorumlu oldukları meselesi istikrar kazanmış, üstelik mutlak surette istikrar kazanmış olsa idi, bu çok önemli olabilirdi. Sigortacılar primlerini akıllıca sabitleyebilir ve insanlar hangi türden ve ne miktarda sigorta yaptırabileceklerine ve hangi riskleri üstlenebileceklerine dair rasyonel kararlar alabilirlerdi. Bu, hangi kurallara sahip olduğumuzun toplum refahı açısından bir önemi olmadığı anlamına gelmiyor. Sorumlulukla ilgili kurallar, yollarda geçerli olan kurallara benzemez. Sorumluluğu taraflardan birine yüklemek, daha az veya daha fazla etkili yahut daha hakkaniyetli veya hakkaniyetsiz olabilir ve tam da bu yüzden yasamanın veya bir kural ihdas etmek durumunda kalan ilk mahkeme hangisi olursa olsun mahkemelerin doğru içerikteki kararı vermiş olması önemlidir. Fakat bir kurallar dizisi bu şekilde bir kez ihdas edildi mi, artık bu kuralları kamunun yerleşik kabul etmesinin, böylece insanların bu kurallara göre plan yapabilmesinin, söz konusu kuralların bulunabilecek en iyi kurallar olmasından daha önemli olduğunu düşünebiliriz; bu, mahkemelerin, ilk durumda yanlış verildiğini düşünmüş olsalar

bile eğer bir kural varsa onu değiştirmemeleri gerektiğine dair bir gerekçe sunar.”

Bir tektarafçılık taraftarının buna, bu alanda koordinasyonun çok önemli olduğunu, uzlaşımın kendi önerdiği gibi bütün alanı işgal etmesine izin verilmesi gerektiğini söyleyerek itiraz ettiğini düşünelim. Buna göre, yerleşik kabul etmemiz gereken şey, sürücülerin sadece anlamı açık yasalarda açıkça belirtilen zararlardan sorumlu tutulacağıdır ve böylece sürücüler ve potansiyel mağdurlar buna göre sigorta yaptırarak işlerini buna göre planlayacaklardır. Uzlaşımının şimdi bu itiraza karşı kendi çifttarafılığı lehine ikna edici bir savunusu vardır. “Hangi kuralın seçildiğı bir ölçüye kadar (ve muhtemelen ciddi ölçüde) önemli olduğu için, yapabileceğimiz en iyi şey uzlaşımı sadece sorumlu bir siyasi kurumun esasa dair fiilen aldığı kararları korumak için kullanmak ve fiilen verilmemiş, bizim varsaydığımız kararları bu şemsiye altına dahil etmemektir. Eğer manevi zarardan doğan sorumluluğa dair şu veya bu yönde verilmiş bir karar varsa ve bu kararın ne olduğu konusunda herhangi bir tartışma yoksa, karar aynı yolla aleni şekilde hükümsüz kılınmadıkça, herkes bu kararın hayata geçirilmesi hakkına sahiptir. Fakat şu veya bu yönde alınmış bir karar yoksa, mahkeme, gelecek için en iyisini dikkate alarak esasa dair karar vermede serbest olmalıdır. Bunu yaparken pek tabii ki stratejik insicamı da dikkate alacaktır.”

Uzlaşımçılık ve Pragmatizm

Uzlaşımçılığın hemen yukarıda kurduğumuz savunusu iki parçadan müteşekkil. İlk parça şu: Bilgece verilen bir hüküm, kestirilebilirlik ile esneklik arasındaki doğru dengeyi bulabilmeyi içerir. İkinci parça ise şöyle: Doğru denge, yargıçların, siyasi kurumların geçmişteki anlamı açık kararlarına daima riayet et-

mesiyle ama tektarafçılığın yaptığı gibi esasında verilmemiş kararları hayata geçirmemesiyle sağlanır. Bu ikinci parça, ilkinden daha kırılğan gibi duruyor. Doğru dengeyi sağlamak için kestirilebilirliğin ve esnekliğin dava bazında yarışan esaslarına duyarlı daha sofistike bir siyasa yerine neden daha sıkı bir siyasa tercih edilsin ki? Geçtiğimiz bölümde sunduğum hukuka dair ikinci genel anlayış olan hukuki pragmatizm, insanların, geçmişteki siyasi kararlardan bağımsız olarak, her şey dikkate alındığında bir bütün olarak toplum için en iyiyi yansıtan yargı kararından başka bir hakka sahip olmadığına inanır. Hakları yoktur, yani, devletin kolektif gücü sırf yasama veya başka bir mahkeme geçmişte şöyle veya böyle karar verdi diye ne onlar adına ne de onlara karşı kullanılabilir. Pragmatizmin, bu tarifi gösterdiğinden biraz daha az radikal olduğunu kısaca göreceğiz. Daha az radikaldir, çünkü yasaların yalın ve kastedilen anlamları uyarınca neden genellikle hayata geçirilmesi gerektiğine ve bakılmakta olan davalarda geçmişteki yargı kararlarına normalde neden riayet edilmesi gerektiğine dair stratejik gerekçeler de sunar. Zira aksi takdirde devlet, insanların davranışları üzerindeki kontrol gücünü yitirecek ve bu da açıkça toplumu bir bütün olarak yoksullaştıracaktır. Fakat bunlar sadece stratejik gerekçelerdir ve pragmatist, yargıçların bu gerekçeleri, geçmişte koyulan kuralların değiştirilmesinin bir bütün olarak genelin çıkarına olacağına düşündükleri durumlarda, siyasi kurumların otoritesine verilecek sınırlı bir zarara rağmen hükümsüz kılmaya hazır olmaları gerektiğine inanır.

Hukuki pragmatizme samimiyetle bağlı bir toplum, ne yaptığının farkında olan uzlaşımçı bir toplumdur farklı olacaktır. Bayan McLoughlin'in kaza anında orada olduğunu düşünün; uzlaşımçılığa göre, geçmiş kararlar nedeniyle tazminat alma hakkına sahip olacaktır. Pragmatist bir yargıç ise muhtemelen böyle bir davada eski kararları uygulamayacaktır. Stratejik kaygılara

duyarlı olacak ve koordinasyonun erdemleri de bu kaygılar arasında yer alacaktır. İktisadi bakış açısıyla en iyi kararın manevi zararın tazmin edilmesinin reddedilmesi olduğuna inansa bile, yine de, hukukun güven ve koordinasyonun teşvik edilmesindeki rolünün emsal kararları görmezden geldiği takdirde daha çok zarar görüp görmeyeceğini ve eğer zarar göreceyse, bu kaybın değişiklikle ortaya çıkacağını öngördüğü kazançla telafi edilip edilmeyeceğini sormaya devam edecektir. Fakat yine de hukukun rolünde meydana gelen tahribatın az, ekonomik getirinin ise fazla olduğu sonucuna ulaşabilir ve manevi zararın tazmin edilmesine karar verebilir.

Hüküm vermeye dair iki teori arasındaki pratik fark, demek ki şu: Uzlaşımçı bir düzende yargıçlar, her şey hesaba katıldığına başka bir kural daha adil veya etkili olabilir diyerek hâkim hukuki uzlaşımına göre kabul edilmiş kuralları değiştirme hususunda kendilerini serbest görmezler. Pragmatist bir düzende ise bu türden uzlaşımın kabul görmez. Gerçi yargıçlar başka siyasi kurumların geçmişte verdikleri kararları genelde hayata geçireceklerdir ama bunu yaparken böyle bir yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmeyeceklerdir. Uzlaşımçı bir toplumda işlerini planlamakta olan kişi, uzlaşımın onayladığı eski kararlara dayanma imkânına sahiptir. Fakat pragmatist bir toplumda yargıçların, davada kestirilebilirliğin erdemlerini hukukun içeriğinden daha az önemli görüp görmeyeceklerini, eğer hukukun içeriğini daha önemli görürlerse, bu yönde verecekleri kararı toplumun geneli için daha iyi mi yoksa daha kötü mü addedeceklerini kestirmek gerekecektir. Pragmatizm, uzlaşımçılığın bakış açısından kolay davalarda mahkemelerin ne yapacağını tahmin etmeyi zorlaştırır. Fakat pragmatizmin de başka avantajları vardır. Yargıçlar, meydana gelecek zarar her ne olursa olsun, değişiklik yapmak az da olsa daha önemli görünüyorsa, kuralları değiştirmede rahat davranacaklardır. Pragmatizm toplumu bu tip deği-

şiklikleri beklemeye teşvik eder ve böylece dava masraflarının boşa gitmesine veya pahalı, belirsiz ve hantal yasama sürecine gerek kalmaksızın yapılan değişikliğin en faydalı kısmına ulaşmış olur.

Bu düzenlerden hangisi –uzlaşımçılık mı pragmatizm mi– kestirilebilirlik ve esneklik arasında en iyi dengeyi sağlamaya ve böylece uzun vadede vatandaşların koordine edilmesi için etkili yapıyı yaratmaya adaydır? Bunlardan birinin veya diğerinin, her zaman her toplumda en iyi sonucu doğuracağını düşünmek için bir nedenimiz yok. Meselenin büyük kısmı ekonomik kalkınmaya, ticaretin nasıl yapıldığına, teknolojiye, ideolojiye, toplumsal çatışmanın tür ve düzeyleri ile geri kalan başka şeylere dayanır. Pek tabii ki toplumun bu özellikleri de hüküm vermenin hâkim biçiminin etkisi altındadır. Fakat bu, *a priori* bir argümanın söz konusu stratejilerden birinin her zaman doğru olduğunu gösterebileceğini varsaymayı daha da kabul edilemez kılar. Sadece bu durum için geçerli olmak üzere şöyle bir argüman bulunabilir: Belirsiz bir gelecek için bu iki stratejiden birini seçmek zorundaysak pragmatizmi seçmemiz daha iyi olur, zira pragmatizm yeni şartlara uyarlanmaya çok daha müsaittir. Eğer toplumumuzun ekonomik ve sosyal yapısı, geçmişe bakıldığında uzlaşımçı stratejinin daha uygun olduğunu gösterecek şekilde gelişmişse, pragmatizm uzlaşımçılığa oldukça yakın olan hâkim hüküm verme örüntüsünü zaten hayata geçirmiş olacaktır. Zira hem yargıçlar hem de sıradan vatandaşlar, kestirilebilirliğin baskın olması gereken alanın çok geniş olduğunu görmüş olacaklar ve vatandaşlar da yargıçların bu görüşe sahip olduğunu ve yerleşik hukuk pratiğini çok sık terk etmeyeceğini varsayarak plan yapacaklardır. Fakat bunun aksi geçerli değildir. Uzlaşımçı sistem, pragmatizmin esnekliğine ulaşma kapasitesine sahip değildir, çünkü herhangi bir esneme kaçınılmaz olarak, açıkça teşvik edilen beklentinin tahrip edilmesi anlamına gelecektir.

Pragmatizmi savunmaya çalışmıyorum. Pragmatizmin hataları ve sevapları bir sonraki bölümün konusunu oluşturuyor. Sadece uzlaşıcılığın lehine bir argüman olan koordinasyon argümanı için şu cevabı vermeye çalışıyorum: Eğer uzlaşıcılığı, kesinlik ve esneklik arasındaki en etkili dengeye ulaşmak için kabul edilebilir bir strateji sağladığı için kabul etmeye meyilli isek, bu takdirde seçmemiz gereken, bu amaca yönelik çok daha iyi bir strateji olan pragmatizmdir. Şöyle özetleyebiliriz: Bu bölümün başlarında uzlaşıcılığın hukuk pratiklerimize pek uymadığını söylemiştim. Eğer pratiklerimize uyuyor ise, hukukun hedefinin cazip bir resmini vermek suretiyle söz konusu anlayışın bu pratikleri gerekçelendirip gerekçelendiremeyeceğini sormuştum. Gerekçelendiremediğini gördüğümüze göre zorlamaya gerek yok. Hukukumuzun bir yorumu olarak uzlaşıcılığın iflasını tamamlamış bulunuyoruz: Uzlaşıcılık yorumun her iki boyutunda da başarısız olmuştur.

PRAGMATİZM VE KİŞİLEŞTİRME

ŞÜPHECİ BİR ANLAYIŞ

3. Bölümdeki hukuki pragmatizme dair ilk tarifim pek çok okuyucuyu oldukça şaşırtmış, dolayısıyla da bazılarını memnun etmiş olmalı. Şimdi onun yerine pragmatizm ile bütünlük olarak hukuk arasındaki esas farkı ortaya çıkarmak üzere tasarlanmış daha karmaşık ama umarım hâlâ dikkat çekici olan bir açıklama koymalıyım. Pragmatist, hukuk kavramına içkin olduğunu kabul ettiğimiz varsayımına karşı eleştirel bir tutum takınır: Geçmişteki siyasi kararların kendiliklerinden devletin cebir gücünü kullanmanın veya kullanmamanın gerekçesini sunduğu düşüncesini reddeder. Cebirin kullanımı için gerekli olan gerekçeyi tıpkı yargıçların yaptığı gibi, cebri kararın bizzat kendisindeki adalet, etkililik veya başka bir çağdaş erdemde bulur ve ekler: Geçmişteki yasamanın veya yargının herhangi bir kararıyla sağlanacak insicam ilkesel olarak bugün verilecek bir kararın daha adil veya daha erdemli olmasına katkı sağlamaz. Eğer yargıçlar kendilerine rehber olarak bu tavsiyeyi alırlarsa büyük hatalar yapmadıkça, yönlendirdikleri cebir, topluluğun geleceğini onu tarihin değişmezliğinden ve sırf insicam olsun diye insicam sağlama fetişinden kurtararak daha parlak kılacaktır.

Geçmişe takılıp kalmadan, hangi kuralın hangi koşullarda toplumun geleceği için en iyisi olacağına karar verirken yargıçlar arasında elbette ihtilaf çıkacaktır. Bazı davalarda uygulan-

çak kuralın muhtemel sonuçları hakkında anlaşımadıkları için ihtilafa düşeceklerdir, bazı davalarda ise iyi bir toplumun nasıl olması gerektiği hakkında farklı görüşlere sahip oldukları için. Bir kısmı, iyi bir toplumun ahlaki ödevleri hayata geçirenler haricinde cebri kurallar koymaması gerektiğini düşünecek ve dolayısıyla da Bay O'Brian'ın Bayan McLoughlin'e sadece böyle bir ahlaki ödevi olduğu takdirde tazminat ödemeye mahkûm edilmesi gerektiğini söyleyecektir. Başkaları ise toplumun değerinin refah dışındaki şeylere pek az dayandığını, bu yüzden de Bay O'Brian'ın, bu tip durumlarda tazminatı gerekli kılma pratiği bir bütün olarak toplumun zenginliğini artırdığı takdirde tazminat ödemeye zorlanması gerektiğini düşünecektir. Hukuk anlayışı olarak pragmatizm iyi topluma dair farklı görüşlerin hangisinin güçlü veya cazip olduğunu söylemez. Yargıçları kendi görüşleri çerçevesinde karar vermeye ve eylemde bulunmaya teşvik eder. Bu pratiğin, topluma, başka yargıçlar veya yasama tarafından zaten verilmiş olan kararlarla insicamlı olmayı talep eden herhangi bir programdan daha iyi hizmet edeceğini –toplum gerçekten adil, hakkaniyetli ve mutlu bir topluma yaklaştıracakını– savunur.

Hukuk pratiğimizin soyut, “kavramsal” açıklamasına göre, kişinin bir davayı kazanmak için geçmişteki siyasi kararlardan kaynaklanan bir hakkı olduğu takdirde hukuki bir hakkı vardır. Uzlaşıcılık, insanların hangi haklara sahip olduğuna dair pozitif, şüpheli olmayan bir teori önerir: İnsanlar, hukuki uzlaşmaların geçmişteki siyasi kararlardan süzüp çıkardığı haklara hukuki haklar olarak sahip olur. Bütünlük olarak hukuk da hukuki haklara dair şüpheli olmayan bir teoridir: İnsanların sahip olduğu hukuki haklar, bir bütün olarak hukuk pratiğinin en iyi gerekçesini sağlayan ilkelerin desteklediği haklardır. Buna karşın pragmatizm insanların hukuki haklara sahip olduğunu inkâr eder; sırf herhangi bir meclis öyle dedi veya uzun bir yargıçlar listesi

başka insanların böyle hakları var dedi diye kişilerin, topluluğun aleyhine olabilecek haklara hiçbir zaman sahip olamayacakları şeklindeki kışkırtıcı görüşü savunur.

Hukuki hak ve yükümlülükler hukuk âlemimizin tanıdık bir parçasıdır; bu yüzden de birinin pragmatizmi hâlihazırdaki pratiğimizin düzgün bir yorumu olarak savunması sizi şaşırtabilir. Ne var ki pragmatistlerin, haklar ve yükümlülükler dilinin hukuk söyleminde neden yer aldığına dair bir açıklamaları vardır. Pragmatik temellere dayanarak, yargıçların bazen insanların hukuki hakları *varmış gibi* davranmaları gerektiğini, çünkü bu şekilde davranmanın uzun vadede topluma daha iyi hizmet edeceğini savunurlar. Bu *-miş gibi* stratejisi için sundukları argüman yeterince dolambaçsızdır: Herkesin, iyi tanımlanmış bir kişi veya grubu, gerekli olduğu takdirde kolluk marifetiyle hayata geçirecek kamusal standartları ihdas eden kişi veya grup olarak kabul etmediği bir durumda medeniyetin var olması mümkün değildir. Vergi koyabilecek, pazarı kurabilecek, trafik kural ve sistemlerini belirleyebilecek, izin verilen faiz oranlarına karar verebilecek veya hangi George dönemi meydanının modernleşmenin etkilerinden korunacağını söyleyecek olan olsa olsa yasamadır. Eğer yargıçlar, meclisin çıkardığı yasalar arasından sadece kendi onayladıklarını seçip çıkarıyormuş gibi görünürlerse bu işleri daha da kötü kılacağından, pragmatistin hedefe ulaşmasını engelleyecektir. Dolayısıyla da pragmatizmin, hukuk pratiğimizin düzgün bir yorumu olabilmesi için, ne yaptığını bilen pragmatist yargıcın insanların hukuki hakkı varmış gibi yaptığı durumda yargıçlarımızın insanların hukuki haklara sahip olduğunu açık ve kesin surette dile getirmesi gerekir. Bunun yanında, pragmatizm pratikte, teoride olduğundan çok daha az radikal olabilir.

Pragmatizm, kendilerine “realistler” diyen, 1. Bölümde değindiğim hukukçu biliminsanları tarafından oldukça radikal gösterilmiştir. Bir kısmı, durdukları yeri provokatif ifadelerle

dile getirmekten çok memnundu: Hukuk diye bir şey yok, dediler, veya hukuk sadece mahkemelerin ne yapacağını tahmin edilmesidir, yahut da yargıcın kahvaltıda ne yediği ile ilgili bir şeydir. Zaman zaman semantik teoriler biçimini almış dramatik iddialarda bulundular: Bir kısmı, hukuk önermelerinin yargıçların yapacağı şeye dair tahminlerle eş anlamlı olduğunu; veya onların sadece duyguları ifade ettiğini ve gerçek önermeler bile olmadıklarını söyledi. Realizmin modası geçmiş değil, bunu da büyük oranda bu aptalca semantik iddialara borçlu. Hukuk önermelerinin tahminlerin veya arzu ifadelerinin kılık değiştirmiş hâli olmadığı aşikâr. Böyle olunca da hukuk kuramı alanındaki öğretim üyeleri, öğrencilerine, hukuki realizmin hukuk pratiği hakkındaki daha sakin tarif edilmesi gereken olguların gereksiz yere abartılmasından ibaret olduğunu anlatıyorlar. Fakat pragmatizm, hukuka dair yorumcu bir anlayıştır, semantik bir teori değildir. Şimdi göstermeye çalışacağım gibi, uzlaşıcılıktan daha ikna edici bir hukuk anlayışdır ve bütünlük olarak hukuka daha güçlü bir itirazdır.

PRAGMATİZM HUKUK PRATİĞİMİZE UYAR MI?

Mış-Gibi Haklar

Pragmatizmi sınamaya, birkaç dakika önce ortaya attığımız sorunun peşinden giderek başlamalıyız. Yargıçlar ve hukukçular hukuki hakları pragmatist temellerde açıklanabilecek koşullarda mı benimserler? Ne yaptığının farkında ve incelikli düşünebilen pragmatist yargıcın, insanlar hukuki haklara sahiplermiş gibi yaparken hangi stratejiyi izlemesi gerektiğini sormak durumundayız. Değerli kurumlar olan yasama ile emsal kararları korumak için gerekli olan kestirilebilirlik ile mahkemede yaptıkları iş vasıtasıyla kendisinin ve diğer yargıçların hukuku geliştirmek için ihtiyaç duydukları esneklik arasındaki doğru dengeyi bul-

maya çalışacaktır. Buna ulaşmak için kullanılacak strateji değişken nitelikli olacaktır; pragmatist yargıç, deneyimi herhangi bir stratejinin üzerine dayanacağı girift hesaplamaları geliştirdikçe, yaptığı işi, hukuki haklar olarak kabul ettiği alanı genişleterek veya daraltarak gözden geçirmeye hazır olacaktır.

Şüphesiz, tartıştığımız nedenlerle, mış-gibi hukuki haklar listesine, apaçık yasamanın yaratır gibi görüldüğü hakları da dahil edecektir. Fakat bütün yasalardaki hakların hepsine de zorunlu olarak itibar etmeyecektir. Doğum kontrolünü yasaklayan yasalarda olduğu gibi uzun süredir terkedilmiş olan politikaların kalıntıları iseler, güncel siyasi kararları temsil etmiyor ve dolayısıyla da şu andaki toplumsal davranışı koordine etmede işe yaramıyor iseler, eski yasaları, ne kadar açık ve seçik olurlarsa olsunlar, pekala dışarıda bırakacaktır.¹ Başka yargıçların eski kararlarında ilan edilmiş olan mış-gibi hakları genel itibariyle kabul edecek, fakat bu kararların tamamını listesine yine dahil etmeyecektir. Yargıçların, eski yargı kararlarını, özellikle sakıncalı iseler ve hatta davalı taraflara yeni bir rehberlik sunma açısından yeterince açık bile olsalar, hükümsüz kılma gücünü ellerinde tutmaya devam etmeleri gerektiğini düşünecektir. Dolayısıyla da, mış-gibi stratejisi, yasalara ve emsallere riayeti ön gören doktrinin seyreltilmiş bir biçimini üretecektir.

Fakat incelikli düşünen bir pragmatist, tamamen saygı değer olduğuna inandığı nedenlerle, yine de seyreltilmiş biçimleri farklı bir kisveye bürümeye meyledebilir. Bazen, muzır ve anlamsız bir emsal kararı, esasında uygulamıyor bile olsa, uyguluyormuş gibi yapmanın en iyi seçenek olduğunu düşünebilir. Bu durumda kararının, yasanın veya emsal kararın, hiç de öyle olmadığı hâlde, şaşırtıcı bir “yorumu” olduğunu söyleyebilir. Kusursuz bir pragmatist fiilen verdiği kararı başka bir doktrin kisvesine büründürüp büründürmeyeceği veya bunu ne ölçüde yapacağı mesclesini başka bir stratejik sorun olarak görür. Toplum, yar-

gıçların pragmatistler gibi davranmasından, uzun vadede kendi gerçek çıkarlarına daha iyi hizmet edecek bu “asil yalan”dan çok mu korkuyor? Veya insanlar yalanı keşfettiklerinde, daha en baştan işin doğrusunu bileceklerinde gösterecekleri kabul ve riayetden daha azını mı gösterecekler? Yahut da, insanlar yalanı hiçbir zaman keşfetmeyecek bile olsalar, insanların aldatılmaları hiçbir zaman yararlarına olmadığı için, sırf bu nedenden dolayı, toplum daha kötüye mi gidecek? Bunun ya hep ya hiç türünden bir karar olmasına gerek yok: Bir pragmatist, hukuk anlayışını cüret ettiği ölçüde açıkça pragmatik gösterebilir, bunun yanında topluluğunun kabullenmeye henüz hazır olmadığı unsurları –mesela vakti geçmiş olmakla ilgili doktrinini– farklı bir kisveye büründürebilir.

Vaka İncelemesi: İleriye Yönelik Kural Koyma

Demek ki ne yaptığının farkında olan bir pragmatist, pekala bizim de bildiğimiz şekillerde hatta bizim de aşına olduğumuz kelimeleri kullanarak karar verebilir. İlk bakışta göz ardı etmeye meyilli olabileceği bilindik pratikleri uygularken, asil yalan stratejisinden oldukça farklı nedenlere sahip olabilir. Muhayyilesi geniş bir pragmatist, sözgelimi, gelecekte uygulanmak üzere ihdas edeceği kuralın ne olacağı meselesi ile bakmakta olduğu davada nasıl karar vermesi gerektiği meselesini birbirinden ayırmaya meyledebilir. Mesela, Elmer’ın, alacağı mirası, bu malvarlığını Goneril veya Regan’ın kullanacağından daha iyi bir şekilde, toplumun faydalanacağı tarzda değerlendireceğini söylemiş olduğunu düşünelim. Zira Elmer, hapishanede olduğu süre içerisinde parayı faize yatıracak ve serbest kaldığında ise bu parayı topluma faydalı şekillerde kullanacaktır, oysa diğerleri daha çok ithal lüks mallara yönelik harcama yapacaktır. Neden ileriye yönelik bir hamlede bulunmayalım ki: Hem müstakbel katillere miras hakkına sahip olmayacaklarını söylüyoruz hem de El-

mer'in davayı kazanmasıyla topluluğun zenginliğinin artmasını mümkün kılıyoruz. Bu üstü kapalı strateji, yargıçların, katilin parayı diğer olası mirasçılardan daha işe yarar şekilde kullanacaklarına karar verip vermemesinden ziyade, miras hakkını talep eden katiller söz konusu olduğunda yeni kurala uymalarına dayanacaktır. Fakat yargıcımız belki de yeni kuralın gelecekteki bütün davalarda uygulanmasını istediğini ve Elmer'a dair istisnanın, Elmer suçu işlemeden önce hiçbir yargıcın benzer bir kuralı ihdas etmemesi nedeniyle mümkün olduğunu açıkça ortaya koyacaktır.

Fakat eğer pragmatist yargıç meseleyi bir bütün olarak ele alırsa, en nihayetinde bu "sadece ileriye dönük" kural koyma stratejisini çok özel durumlar haricinde reddedecektir. Zira bu tekniğin yaygın hâle gelmesi durumunda, yeni, ileriye yönelik kurallardan yararlanan insanların, gelecekte uygulanacak yeni kuralların ilan edildiği mahkemelere daha önce rastlanmamış türden davaları getirmelerini sağlayan isteği kaybedeceklerdir. İnsanların (hem riskli hem de masraflı) olan bu davaları mahkemeye taşımalarının tek nedeni, yargıçları yeni kuralın kamunun yararına olduğuna ikna edebildikleri takdirde bu yeni kuralın kendi lehlerine olmak üzere davalarına da uygulanacağına inanmalarıdır. Eğer bu beklentileri boşa çıkarılacak olursa, onlar da davalarını mahkemeye taşımaz ve topluluk da yeni kuralın yaratacağı faydayı elde edemez.

Diğer yandan pragmatist yargıç, ihdas ettiği yeni kuralları çoğunlukla geçmişe yönelik şekilde uygular ve diğer yargıçları da aynı şekilde davranmaya teşvik eder, zira bu, toplum için daha başka, çok büyük bir yarar ortaya çıkaracaktır. Bu yararı, uzlaşımıcılığın sosyal davranışı koordine etmede neden pragmatizmden daha kötü olduğunu araştırırken görmüştük. Eğer insanlar yeni bir kuralın geçmişe yönelik şekilde uygulanacağını bilirlerse, mahkemelerin genel çıkara hangi kuralın hizmet ede-

ceğini düşüneceğini tasarlayarak bu kurallara uygun davranacak ve bu da fiilen yasama veya mahkemeler eliyle yaratılmasına gerek kalınmaksızın böylesi kuralların lehine bir durum yaratacaktır. Şöyle bir durum varsayalım: Ödeme çekle yapılmaktadır. Tahsil eden kişi çekin sahte olduğunu düşünmek için haklı bir nedene sahiptir. Ancak yine de bu çeki kabul edebilir mi? Meclis bu mesele hakkında o güne kadar hiçbir şey söylememiş, böyle bir dava da hiçbir mahkemeye taşınmamıştır. Fakat çeklerle işi olan ve mesele hakkında düşünen biri için şu yeterince açıktır: Bu şartlarda çeki kabul etmemek kamunun yararınadır. Sahteliği besbelli olan bir çek kendisine sunulan kişi, bu meselenin mahkemeye götürülmesi durumunda, mahkemenin bu çekin verilmesinden dolayı gelecekte tazminat ödenmesini reddedeceğini ve bu kuralı da kendi aleyhine olmak üzere uygulayacağını düşünürse, daha ilk baştan çeki kabul etmeyecek ve toplum da mahkeme masraflarını karşılamaktan veya dava mahkemeye düşmeden önce kötü ticari pratiğin dezavantajlarına maruz kalmaktan kurtularak daha iyi bir kuralın faydalı etkilerine sahip olacaktır.

Eski Bariyer

Bir anda gördük ki pragmatizm, hukuk pratiklerimize uzlaşım-cılıktan daha az değil çok daha fazla uymaktadır. Uzlaşımcılığı pratiğimize bakan iki perspektif açısından sınıamıştık: Kesitler alarak, belirli yargıçların belirli davalarda ne yaptığını açıklayarak ve zaman içerisinde, hukuk kültürünün bir bütün olarak nasıl geliştiği ve değiştiğine dair bir hikâyeyi okuyarak. Uzlaşım-cılık ikinci perspektiften bakıldığında başarısız olmuştu. Uzlaşımcılığın verdiği resim hukuku bir uzlaşım-meselesi –kurallar arasında boşluklarla oynanan bir oyun– olarak gösteriyor ve yerleşik pratiklerin nasıl sorgulanmaya ve değişmeye başladığına dair en tahrif edilmiş açıklamayı sunuyordu. Prag-

matizmin anlattığı hikâyeye daha umut vericidir. Bir neslin apaçık addettiği genel çıkarı gerçekleştirilmeye çalışan stratejilerin, bir başka nesle gelindiğinde sorgulanacağını ve bu stratejilerin doğal olarak yargı sürecinin dışında değil içinde değişeceğini söyler. Uzlaşımçılık ilk perspektiften bakıldığında da başarısız olmuştur. Verdiğimiz örneklerdeki gibi çetin davalarda hüküm verme faaliyetinin en önde gelen özelliğini, yani yargıçların, bir yasanın veya emsal kararın “hakiki” gücünü, bu güç tartışmalı olduğu durumda belirginleştirme yönündeki dur durak bilmeyen çabasını açıklayamaz. Peki, pragmatizmin mış-gibi stratejisi daha iyi bir açıklama mı sunmaktadır? Veya o da bu bariyere takılıp tökezlemekte midir?

Pragmatist yargıç, Elmer davasındaki endişeli yargıçlardan farklı olarak, vasiyetnamelerle ilgili New York yasasını ilk kabul eden meclis üyelerinin niyeti hakkında kaygılanmak için doğrudan bir nedene sahip değildir. Bilgiliğinden şüphe ettiği yasaları hayata geçirmesinin en iyi nedeninin, meclisin sosyal davranışı koordine etme kabiliyetini korumak olduğunu düşünür. Dolayısıyla da kendilerine dayanılmasını spekülâtif kılacak ölçüde belirsiz, koordinasyona her halükârda yardımcı olamayacak derecede muğlak olan yasa içeriklerini hayata geçirmeye çalışmanın herhangi bir anlamı olduğunu düşünmez. Özellikle de uzun zaman önce ölmüş meclis üyelerinin, zaten öyle ya da böyle gizli saklı veya ihtilâflı ve kamu açısından ulaşılmaz olan niyetlerini keşfetmeye çalışmada bir anlam bulamaz. Bir yasanın son derece belirsiz olması durumunda mış-gibi hukuki hakların bile kaynağı olamayacağına, doğru kuralın, gelecek açısından en iyi olan kural olduğunda ısrar etmenin çok daha iyi olduğunu düşünür. Öyleyse pragmatist yargıç, *Elmer* davasında sadece, yasakoyucunun niyeti olayla ilgiliymiş gibi yapmak için dolaylı, soylu-yalan nedenine sahip olduğu takdirde Earl gibi davranacaktır. Bu türden bir neden görmesi ise neredeyse ola-

naksızdır. Zira eğer yargıçlar, maziye ait muğlak kuralları nasıl okuyacakları hakkında veya günümüz yasakoyucularından çok farklı olan insanların o gün için görmezden geldikleri bir sorun hakkında düşünmüş olsalardı niyetlerinin ne olacağı hakkında spekülasyon yapmayı reddederlerse, bu, mevcut meclisin kendi iradesini işletmesine neredeyse hiçbir zarar vermez.

Pragmatist yargıç mış-gibi hukuki haklar teorisinde bir tür emsal kararlar doktrinine de yer bulacaktır. İnsanlar, devletin ne zaman ve nasıl müdahalede bulunacağına dair ne kadar çok kılavuza sahip olurlarsa, işlerini de o kadar güvenle planlayabilirler ve topluluk da gelecekteki kararları kestirebilmek için makul şekilde geçmişteki kararlara bakabilirse daha iyi bir durumda olacaktır. Fakat yine söylemek lazım ki, emsal kararlara riayet etmeye dair bu gerekçe, geçmişteki bir kararın kapsamı belirsiz ve tartışmalı olduğu hâller için geçerli değildir. Öyleyse pragmatist yargıcın, bu kararın “hakiki” dayanağını, kararı veren yargıçların zihinlerini okumaya çalışarak veya başka bir kehanet sürecini işleterek keşfetmeye çalışması için dolaysız bir nedeni yoktur. Daha sonraki davaları, eski davalara “kıyasen” kararlaştırmaya zorlanmış gibi de hissetmez, en azından daha sonraki davanın bu eski davalara gerçekten benzeyip benzemediği hususunda ihtilafa düşülme ihtimali var ise.

McLoughlin'de karar verecek pragmatist bir yargıç hayal edelim. Arabanın çarptığı çocuğunu gören annenin manevi zararı ile aynı türden bir zarara çocuğunu hastanede gördüğü için maruz kalan anne arasında ilkesel olarak önemli bir farklılık olup olmadığı sorununu bir kenara bırakacaktır. Bu iki olayın birbirinden ayrı tutulabileceğinde ısrar edecektir. Birinci olayda doğrudan bir emsal karar vardır ve güçlü stratejinin, kendisini bu emsal karara uymaya zorlayabileceğini bilmektedir. İkinci olayda ise doğrudan bir emsal karar yoktur, dolayısıyla da, iki olay arasında ilkesel olarak fark olsun olmasın, beyaz bir sayfa

açarak neyin en iyi olacağını düşünüyorsa ona göre karar vermekte kendisini serbest görecektir. İki olayı birbirine bağlamak, geleceği planlamayı desteklemez, zira böyle bir bağ her halükârda tartışmalıdır ve esnekliği artırmak için onları ayırmak gerekir. Bir kez daha pragmatizmin yargıçların çetin davalarda fiilen ne yaptıklarına ve söylediklerine tastamam uyduğunu söyleyebilmek için, pragmatistin bu durumlarda geçmişteki davaların altında yatan ilkeyi inşa etmek ve ondan ayrılmak için soylu yalan nedenlerine sahip olacağını varsaymamız gerekir. Ve yine böyle bir varsayım hiç de makul değildir. Halka, emsal kararların ilgili oldukları davanın olaylarıyla sınırlı olacağı söylendiği takdirde bir infialin ortaya çıkması söz konusu olmayacaktır. Kararların verdiği tavsiye karmakarışık ve anlaşılmaz olduğu bir durumda yargıçlar bu kararlara uymayı reddederlerse, emsal kararların davranışı yönlendirmedeki genel gücü tehlikeye atılmış olmaz.

Öyleyse pragmatizmi, hüküm vermeye dair kesitleri temel alan resmimizin iyi bir açıklaması yapabilmek için son derece uygunsuz görünen bir *Prokrustes* mekanizmasına* ihtiyacımız var. Pragmatizmin iyi bir açıklama olabilmesi, yargı kararlarında dile getirilen görüşlerin ilk bakıştaki değerlerinin göz ardı edilmesine bağlı; sorunlu yasalar ve emsal kararlar hakkında kaygı duyan bütün yargıçları, başkalarını gönülsüzce aldatan kişiler kabul etmemiz gerekiyor. Bu durumda onları, insicamın gerekli kıldığı daha önceden varsayılmış herhangi bir haktan azade, bir bütün olarak toplum için neyin en iyi olacağına dair kanaatlerine uygun olarak gelecek için yeni kurallar icat eden ama bunları bilinmeyen nedenlerle geçmişten kazılıp çıkarılmış, yanlış bir

* Prokrustes, Yunan mitolojisinde Atina ile Megara yolu üzerinde bulunan bir haydudun ismidir. Herkesin boyuna uygun yatağı olduğunu söyler yolculara ve onları rahat ettireceği vaadinde bulunur. Tuzağına düşenleri yatağa yatırır, boyu uzun olanların bacaklarını keser, kısa olanları ise çekerek boylarını yatağına uygun hâle getirir. Yatağın boyu yolcuların boyuna uyar uymasına da, Prokrustes'in kurbanları çoktan parçalanmıştır. —çn

şekilde tek biçim verilmiş kurallar hâlinde sunan kişiler olarak görmeli. Pragmatizm, bu zorlamayla dahil edilmiş unsurların, pratiğimizin kaydadeğer bir yorumu olarak ayakta kalmasını gerektirir ve bu unsurlara ancak pragmatizm hukuki yorumun ikinci boyutunda çok güçlü ise, devlet cebrini siyasi açıdan cazip şekilde gerekçelendiriyor ise katlanılabilir, ki bunun için de kaydadeğer çaba göstermek gerekir. Peki öyle mi?

HAKLAR OLMADAN HUKUK

Pragmatizm şüpheli bir hukuk anlayışıdır, çünkü hakiki, stratejik olmayan hukuki hakların varlığını reddeder. Ahlakı hatta ahlaki veya siyasi hakları reddetmez. Yargıçların, gelecek açısından topluluk için en iyi sonucu ortaya çıkaracağına inandıkları karar verme metodu her ne ise onu uygulamaları gerektiğini söyler ve bazı pragmatik hukukçular bunun daha zengin, daha mutlu veya daha güçlü bir topluluk anlamına geldiğini düşünürken başka pragmatik hukukçular ise daha yüksek bir hayat kalitesi denilen daha iyi bir kültür geleneği ile birlikte daha az adaletsizlik örneklerinin bulunduğu bir topluluğu tercih eder. Pragmatizm bir topluluğu neyin daha iyi kılacağına dair herhangi bir teoriyi hükümsüz kılmaz. Fakat hukuki hakları da ciddiye almaz. Diğer hukuk anlayışlarının kabul ettiği şu şeyi reddeder: İnsanların, düzgün bir şekilde ele alındığı takdirde gelecek açısından en iyi olana baskın çıkan hukuki hakları vardır. Pragmatizme göre hukuki haklar dediğimiz şey sadece en iyi geleceğin hizmetkarıdır: Bu amaçla inşa ettiğimiz enstrümanlardır ve bağımsız bir güç veya dayanağa sahip değillerdir.

Pragmatizmle ilgilenirken bu önemli noktayı kaçırmak mümkün ve biz de tuzağa düşmemek için dikkatli olmalıyız. Yargıçların hukuki haklara karşı pragmatik tutum edinmesi gerektiğini düşünen hukukçular bazen şöyle derler: Yargıçların içinde bu-

lunduğu toplum onların esasında, zımnen bile olsa, böyle yapması gerektiğine karar vermiştir. Yani toplum yargıçlara baktıkları davalarda bir bütün olarak toplumun en fazla menfaatine olacağını düşündüğü şekilde karar verme ve bu amacı akıllarında tutarak hukuki haklara dair, yasama ve emsal kararlar teorileri de dahil olmak üzere, işleyen mış-gibi teoriler icat etme yetkisi vermiştir. Bu, pragmatizm ile uzlaşıcılığı birleştirmeyi amaçlayan cüretkâr bir teşebbüstür. Pragmatizmi, yargıçların davalarda pragmatist tarzda karar vermesi gerektiğini söyleyen büyük ve birleştirici bir uzlaşımın konusu yapar. Uzlaşıcılık pragmatizmden daha güçlü bir hukuk anlayışı olmadığından, söz konusu evliliğin diğer tarafa yaraması da çok zordur. Fakat zaten evliliğin kendisi de sahtedir.

Sözgelimi, Amerikalıların veya Britanyalıların yargıçları bu şekilde zımnen yasama erkiyle yetkilendirdikleri doğru değildir. Pragmatist şöyle diyebilir: Yargıçlar her zaman pragmatik temellerde karar verirler ve insanlar da ne isyan bayrağı açarlar ne de yargıçlar aleyhine soruşturma açılmasını talep ederler. Ne ki bu, cevaplanmayı gerektiren iki soru ortaya çıkarır. Evvela, pragmatizmin yargıçların davaları fiilen nasıl karara bağladığının en iyi açıklamasını sunduğunu varsayar. Pragmatizmin, yargı pratiğinin en önemli özelliğini –çetin davalarda yargıçların yasalara ve emsal kararlara ilişkin tutumunu– açıklanmamış hâlde bıraktığını zaten görmüştük. Tek söylediği, bu pratiğin, halkın, rıza göstermediği bir durumda, kandırılmak üzere tasarlandığı şeklindeki tuhaf hipotezdir. İkincisi, topluluğun, yargıçların davaları nasıl karara bağladığına dair pragmatist açıklamaya inandığını ve kabul ettiğini varsayar ve bu varsayım pekala yanlıştır. Yargıçların salt stratejik nedenlerle hukuki haklar hakkındaki görüşlerini değiştirebileceklerine dair bir uzlaşım yoktur. Buna karşın, kitabın başından beri gördüğümüz gibi, pek çok insan bu şekilde davranan yargıçların hadlerini aştığını düşünmektedir.

Öyleyse, eğer pragmatizmi ikinci boyutta, yani siyasi boyutta desteklemek istiyorsak, merkezi özelliğini, hukuki haklar hakkındaki şüpheciliğini kabul etmeli ve işlemeliyiz. Pragmatist, yargıçların daima, ilkesel olarak diğer resmi görevlilerin yapmış olduğu veya yapacağı şeylerle insicamlı olma ihtiyacıyla kontrol edilmeden, mevcut koşullar içerisinde gelecek için yapabileceklerinin en iyisini yapmaları gerektiğini düşünür. Bu düşünce, erken “realist” hareketin daha önce, neden hukuk diye bir şey olmadığını, hukukun sadece yargıçların ne yapacağını kestirmekten ibaret olduğunu söylemelerini anlatırken değindiğim nefes kesici retoriklerini açıklar. Bu sözümona uç önermeleri, semantik iddialardansa siyasi konuma dair kışkırtıcı ifadeler olarak anlamak çok daha iyi. Bunu muzafferane bir edayla söylemiyorum. Hakiki pragmatistin hukuki haklar düşüncesini reddediyor olduğu gerçeği, bu anlayışın aleyhine tartışmayı başarıyla sonlandıran bir argüman değildir. Zira hukuki haklar düşüncesinin cazip olduğu iddiası kendiliğinden apaçık değildir. Hatta akla yatkın bile değildir.

Buna karşın, söz konusu düşünceyi aptalca göstermek oldukça kolaydır. Pragmatistin geçmişe vereceği değeri gerekli kılan iyi bir stratejidir. Mış-gibi hukuki hakları bu çerçevede kabul eder ve yasaların anlamının açık olduğu veya emsallerin duruma tıpa tıpa uyduğu ve verilecek kararı belirlediği durumlarda stratejik nedenlerle çoğunca uzlaşımının vereceği kararların aynısını verecektir. Uzlaşımının sadece özel durumlarda, sözgelimi yasanın eski ve artık kullanılmaz hâle geldiği veya bir emsal kararlar zincirinin yaygın şekilde hakkaniyete aykırı ve işe yaramaz görüldüğü ve aksi şekilde karar verildiğinde neyin kaybedildiğinin görülmesinin zor olduğu durumlarda hukuk olarak kabul ettiği şeyi reddeder. Doğru, kendinden menkul öneme sahip insicam düşüncesini de ilkesel olarak reddeder. *McLoughlin*'deki kararın kaza anında maruz kalınan manevi zarar ile daha sonra maruz kalınan aynı türden bir zarar arasında bulu-

nabilecek ilkesel farklılığa dayanması gerektiğini de reddeder. Neden peki? Çünkü kaza anında zarara maruz kalan annelerin, yasakoyucu aksine karar vermedikçe ve aksi yönde karar verene kadar, bu zarar nedeniyle tazminat almaya devam edeceklerini bilmektedir. Fakat bu meseleye teessüfle yaklaşıyorsa, eğer bu “hakki” ihdas eden kararların gayri-adil veya etkisiz veya hem gayri-adil hem de etkisiz olduğunu düşünüyorsa, bu kararların altında yatan ilkeyi, diğer yargıçların zaten yapmış olduklarından daha geniş bir alana teşmil etmesine dair herhangi bir neden göremeyecektir.

Eğer Bayan McLoughlin’in aleyhine bir sonuca ulaşırsa, manevi zarara ilişkin hukukun ilke itibariyle tutarsız olacağını bilir. Fakat bunu bir dezavantaj olarak görmez; bunun bizzat kendisinin, yani tutarsız olmanın, adaletsizliği gösterdiğini kabul etmez. Eğer manevi zararın tazmin edilmesinin adaletsiz olacağını düşünüyorsa, kendisi için değeri olan yegâne yolu kullanarak geleceği daha az adaletsiz kılacaktır: Bu türden bir zararı tazmine zorlanmaktan kaynaklanan adaletsizliğe daha az insan maruz kalacaktır ki, bu da böyle bir adaletsizliğe daha çok insanın maruz kalmasından daha iyidir. Adalet perspektifiyle baktığında hiç kimsenin böyle adaletsiz bir tazminat ödemeye zorlanmamış olmasının çok daha iyi olacağını elbette o da düşünmektedir. Ancak emsal kararları geçersiz kılmak gibi bir gücü yoktur; her halükârda stratejik nedenler bunun aleyhindedir. Dolayısıyla yapabileceği en iyi şey, geçmişte ortaya çıkan etkisizlik veya adaletsizlik zararını, Bayan McLoughlin aleyhine karar vermek suretiyle sınırlamaktır; eğer itiraz edersek, doktrinel zerafet fetişizmine boyun eğmiş, kıymeti kendinden menkul tutarlılığın kölesi olmuş oluruz.²

Farklı pragmatist yargıçların, çetin davalarda geçmişte yaratılmış hasarı en iyi nasıl tamir etmek gerektiğine dair farklı karar vereceğini söylemek, bu argümana yöneltilecek iyi bir itiraz değildir. Elbette farklı karar verecekler ama yargıçlar çetin da-

valarda tutundukları hukuk anlayışı ne olursa olsun siyasi ahlak hakkında tartışmaya açık yargılar ortaya koymak durumundalar. Taraflardan biri veya diğeri her zaman yargıcın hata yaptığından yakınma, “hakk”ın karşı tarafa değil kendine ait olduğunu söyleme konumunda olacaktır. Pragmatizm en azından doğru meselede hata yapma riskini üstlenmektedir. Eğer yargısal bölünmeler ve tartışmaya açık hükümler her halükârda kaçınılmaz ise, pragmatist, neden hakikaten önemli olan mesele hakkında, neden hangi kararın etkisizliği veya gelecekteki adaletsizlik yaratan durumların sayısını en aza indirdiği konusunda tartışılmadığını soracaktır. Amacın kendisi nasıl olur da adaletsiz olabilir? İnsicam, özellikle de insicamın neyi gerektirdiği belirsiz ve tartışmaya açık olduğu bir durumda, nasıl kendinden menkul bir öneme sahip olabilir? Pragmatistin eleştirilerine karşı hukuki hakları sürdürmeye niyetliysek, cevaplamamız gereken sorulardır bunlar; hiçbir şekilde basit değil ve bu meydan okuma da öyle çelimsiz filan değil. Eğer bu soruya karşılık veremezsek – ilkesel olarak insicamın fetişizm yaftasına karşı ayakta kalmasını sağlayamazsak– pragmatizmin hukuk pratiğimizin yorumunu oluşturmasının hafife alınmasını gözden geçirmemiz gerekir. Zira aksi takdirde pratiğimizin rasyonelliği tartışmalı hâle gelecek ve zorlamayla dahil edilmiş unsurlarıyla birlikte pragmatik yorum bu korkunç suçlamaya karşı yegâne sığınağımız olacaktır.

BÜTÜNLÜK İDDİALARI

Siyaset felsefesinin görkemli klasikleri ütöpiktir. Sosyal adaleti, daha önceden herhangi bir yönetime veya anayasaya bağlanmamış insanların, yani ta en baştaki ilkelerinden itibaren ideal durumu yaratma özgürlüğüne sahip kişilerin bakış açısıyla inceller. Dolayısıyla insanları siyaset öncesi bir “doğa” durumunda yaşayan, boş levhalara toplum sözleşmeleri yazan kişiler olarak

tasarlarlar. Fakat gündelik siyasetteki gerçek insanlar siyasi bir yapının içinde ve üzerinde eylemde bulunur. Siyaset, bizim için, aksiyomatik değil evrimseldir; mükemmelen adil bir duruma ulaşmak üzere çalışırken, zaten oldukça farklı bir durumda olduğumuzu da kabul ederiz.

Gündelik siyaset ütöpik siyaset teorisiyle bazı siyasi idealleri paylaşmaktadır: Hakkaniyete uygun siyasi bir yapı, kaynakların ve fırsatların adil dağılımı ve bunları kuran kuralların ve düzenlemelerin hayata geçirilmesinin makul bir yordamı. Tasarruf adına bunlara hakkaniyet (*fairness*), adalet (*justice*) ve usule uygunluk (*procedural due process*) erdemleri diyeceğim. (Bu isimler biraz keyfi; siyaset felsefesinde çoğunca farklı isimler de kullanılıyor ve benim birbirinden ayırdığım bu erdemler birbirinin yerine kullanılıyor. Sözelimi usule uygunluk sıklıkla hakkaniyetin veya adaletin bir türü olarak isimlendirilir. Usule uygunluğu ayrı bir erdem olarak ele alıyorum zira benim tanımladığım hâllerle diğerleriyle örtüşmüyor fakat bu ve izleyen bölümlerdeki argümanlarım hakkaniyete ve adalete daha çok yoğunlaşıyor ve esasında usule uygunluğu ihmal etmiş oluyorum.)³ Siyasette hakkaniyet, siyasi gücü doğru şekilde dağıtan siyasi usulleri –resmi görevlileri seçme ve onların kararlarını seçmenlere duyarlı hâle getirme metotlarını– bulma meselesidir. En azından ABD ile Britanya’da genel itibariyle bundan anlaşılan, bütün vatandaşlara kendilerini yöneten kuralları az çok eşit etkileme imkânını veren usul ve uygulamalardır. Buna karşın adalet, adil seçimle işbaşına gelmiş olsunlar veya olmasınlar, mevcut siyasi kurumların vermesi gereken kararlarla ilgilidir. Adaleti siyasi bir erdem olarak kabul ediyorsak, yasama organındaki temsilcilerimizin ve diğer devlet görevlilerininin maddi kaynakları dağıtırken ve medeni özgürlükleri korurken ahlaken savunulabilir bir sonucu garanti edebilmelerini arzu ederiz. Usule uygunluk, bazı vatandaşların siyasi usuller vasıtasıyla koyulmuş yasaları

ihlal edip etmediğinin doğru usullerle yargılanması ile ilgilidir;⁴ eğer bunu bir erdem olarak kabul edersek, mahkemelerimizin ve benzer kurumlarımızın doğru bir kesinlik düzeyini vaat eden delil, keşif ve inceleme usullerini ve öyle bir düzeyde olmasa bile yasaları ihlal eden insanların, bu konumdaki diğer insanlar nasıl muamele görüyorsa o şekilde muamele görmesini isteriz.

Hızlıca yaptığım bu ayrımlar esasında hayati bir meseleye girizgah mahiyetindedir.⁵ Gündelik siyaset bu bilindik ideallere, ütopyacı aksiyomatik teoride yer sahibi olmayan bir başka ideal daha ekler. Bu ideal bazen benzer olaylara benzer şekilde muamele etmeliyiz şeklindeki meşhur sözle anlatılır. İdeal, devletin, vatandaşlarına karşı tek bir sesle konuşmasını, onlara karşı ilkelere bağlı ve tutarlı bir tarzda eylemde bulunmasını, bazı kişiler için kullandığı adalet veya hakkaniyete dair maddi standartları herkese teşmil etmesini gerektirir. Eğer devlet kimlerin oy kullanabileceğine dair kararlarını gerekçelendirmek için çoğunlukçu demokrasi ilkelerine dayanıyorsa, seçim bölgelerini belirlerken de aynı ilkelere sadık kalmalıdır.⁶ Eğer otomobil üreticilerinin kusurlu otomobillerin verdiği zarardan dolayı tazminat ödemesinin gerekçesinde olduğu gibi, insanların kusurlu eylemleriyle kendilerine zarar veren kişilerden tazminat almaya hakkı olduğu ilkesine başvuruyorsa, bu ilkeyi muhasebecilerin hatalarından sorumlu olup olmadıklarına karar verirken de işletmelidir.⁷ Eğer devlet, bir kişi adalete aykırı şekilde ceza mahkûmiyeti aldığında özel bir manevi zarara uğradığından dolayı ceza mahkûmiyeti için oybirliğiyle karar verilmesi gerektiğini söylüyorsa, bu özel manevi zararı, mesela, farklı koşullarda alınan ikrarların kabul edilebilirliğini değerlendirirken de dikkate almalıdır.⁸

Siyasi ahlakın bu gereği esasında benzer olaylara benzer şekilde muamele etmeliyiz şeklindeki meşhur sözde çok iyi anlaşılmış olmuyor.⁹ Ben ona daha büyük bir başlık veriyorum: O, siyasi bütünlük erdemidir. Bu ismi, paralel bir kişisel ahlak ide-

ali ile olan bağlantısını göstermek üzere seçtim. Komşularımızın gündelik ilişkilerimizde bize, bizim doğru olduğunu düşündüğümüz şekilde davranmasını isteriz. Fakat insanların, doğru davranış ilkeleri hakkında bir ölçüde ihtilafa düştüğünü de biliriz, dolayısıyla bu gerekliliği, farklı (ve daha zayıf) olan bir gereklilikten, önemli meselelerde kararsız ve değişken şekilde değil, bütünlük çerçevesinde, yani bütün hayatlarına ilham veren ve onu şekillendiren kanaatlerine göre davranmaları gerekliliğinden ayırırız. Bu ikinci gerekliliğin adalet hakkında ihtilafa düştüklerini bilen insanlar arasındaki pratik önemi aşikârdır. Ahlaki bir fail olarak görülen devletten veya topluluktan aynı talepte bulunduğumuzda, devletin, vatandaşlar adaletin ve hakkaniyetin doğru ilkelerinin gerçekte ne olduğu hususunda bölünmüş olsalar bile, tek, tutarlı bir ilkeler dizisine uyarak eylemde bulunmasında ısrar ettiğimizde, bütünlük siyasi bir ideal hâline gelir. Hem bireysel hem de siyasi olaylarda, diğer insanların eylemlerini hakkaniyete, adalete veya hakka riayete dair bir anlayışın ifadesi olarak görebileceğimizi varsayarız, bu anlayışı kendimiz benimsemiyor olsak bile. Bu yeti, başkalarına saygı göstererek eylemde bulunma şeklindeki daha genel bir yetinin bir parçasıdır ve dolayısıyla da medeniyetin ön koşuludur.

Gündelik siyaset ve gündelik siyasetin siyasi erdem bölümleri hakkındaki bu tartışmaya, pragmatistin hukuki haklar düşüncesine karşı koyuşunun gölgesinde başladım. Eğer bütünlüğü, adalet ile hakkaniyetin yanında ayrı bir siyasi erdem kabul edersek bu tip hakları benimsemek için genel, stratejik olmayan bir argümana sahip olmuş oluruz. Bir toplumun hakkaniyet anlayışının bütünlüğü, meclisin varsayılan otoritesinin gerekçelendirilmesi için zorunlu olan siyasi ilkelerin, yine meclisin çıkardığı yasaların ne anlama geldiğine karar verirken de tümüyle devreye sokulmasını gerektirir. Bir toplumun adalet anlayışının bütünlüğü, meclisin kararlarının içeriğini gerekçelendirmek için

zorunlu olan ahlaki ilkelerin hukukun geri kalan kısmında da benimsenmesini talep eder. Usule uygunluk anlayışının bütünlüğü, hukukun bir kısmının hayata geçirilmesinde gerçekliğe uyma ile etkililik arasındaki doğru dengeyi sağladığı kabul edilen muhakeme usullerinin, gerçekliğe uymayan bir hükmün yarattığı manevi zararın tür ve dereceleri arasındaki farkları da dikkate almak suretiyle hukukun tamamında benimsenmesi gerektiğinde ısrar eder. Bu farklı iddialar, kıymeti kendinden menkul insicam ilkesine bağlılığı gerekçelendirmektedir. İddia edeceğim şeyi söylerler: Zarafet hurafesindense bütünlük, bildiğimiz hâliyle hukukun hayatıdır.

Bütünlük iddialarını daha pratik iki ilkeye bölmemiz uygun olacak. İlki, yasama yoluyla hukuku yaratanlardan hukuku kural olarak tutarlı kılmasını isteyen yasama bütünlüğü ilkesi. Diğeri ise yargılama bütünlüğü ilkesi: Bu ilke, hukukun ne olduğuna karar verme sorumluluğuna sahip olanlardan hukuku tutarlı görmelerini ve bu şekilde hayata geçirmelerini talep eder. İkinci ilke, geçmişin, tam da pragmatistin reddettiğinin aksine, yargıcın kendi mahkemesi üzerinde nasıl ve neden özel bir güce sahip olmasına izin verildiğini açıklar. Yargıçların, idare ettikleri hukukun gövdesini neden geri kalan kısma dair stratejik bir çıkardan başka hiçbir neden olmaksızın yaratmakta veya değiştirmekte serbest oldukları somut kararlar kümesi olmaktan ziyade bir bütün olarak görmeleri gerektiğini gösterir.

KİŞİLEŞTİRİLMİŞ TOPLUM

Yargılama bütünlüğü ilkesi, üçüncü hukuk anlayışımızın malzemelerini sunuyor bize. Bütünlük olarak hukuku, izleyen bölümlerde inceleyeceğiz. Ne ki okuyucularımın çoğu siyasi bütünlüğün pekala daha önce de ele alabileceğimiz bir yönüyle ilgili zorluk yaşıyor olabilir. Siyasi bütünlük, toplumun veya devletin

ta köklerine kadar kişileştirilmiş olduğunu varsayar. Toplumun bütün hâlinde hakkaniyet, adalet veya usule uygunluk ilkelerine bağlılık vaadinin, belli bir kişinin kanaatlere, ideallere veya projelere olan bağlılık vaadine benzer şekilde algılanabileceğini varsayar. Ne var ki bu, bazıları için oldukça kötü bir metafizik anlamına gelir.

Gündelik konuşmalarımızda grupları kişileştiririz. Sözgeçimi, işçi sınıfının çıkarlarından veya amaçlarından bahsedebiliriz. Fakat bu tarz ifadeler çoğunca sadece uzlaşılara dayanan söz sanatından ibarettir; bir topluluğun ortalama yahut temsil kabiliyeti olan üyeleri hakkında konuşmanın kısa yoludur. Siyasi bütünlüğe dair açıklamam, kişileştirmeyi çok daha fazla ciddiye alıyor; siyasi toplumu, vatandaşları olan gerçek insanlardan ayrı özel bir varlık türüymüş gibi görüyor. Daha da kötüsü, bu ayrı varlığa ahlaki faillik ve sorumluluk atfediyor. Zira toplumun kendi ilkelerine sadık olmasından bahsederken uzlaşım sal veya yaygın ahlakından, vatandaşların çoğunluğunun inançlarından ve kanaatlerinden bahsetmiyorum. Kastettiğim şu: Toplum, tıpkı insanlar gibi, bizzat kendisinin hürmet edebileceği ve etmeyebileceği kendi ilkelerine sahiptir, iyi veya kötü niyetle eylemde bulunabilir, dürüst veya ikiyüzlü olabilir. Toplumu gerçekten bu kadar keskin kişileştiriyor olabilir miyim? Gerçekten devletin veya toplumun, üyelerinin çoğunluğuna ait olanlardan farklı ilkeleri olduğunu söylüyor olabilir miyim?

Grup Sorumluluğu Hakkındaki İki Argüman

Evet. Ancak bunun ne tür bir kişileştirme olduğu hususunda daha açık olmam gerekiyor. 2. Bölümde zikrettiğim, hiç de ihtiyacımız olmayan metafizik teoriyi hortlatma niyetinde değilim. Evrenin zihinsel nihai bileşeninin, kandan ve etten müteşekkil

insandan daha gerçek olan bir tür hayaletimsi, her şeyi kapsayan bir zihin olduğunu düşünmüyorum. Devlete veya topluluğa kendine ait ayrı bir çıkarı veya bakış açısı olan, hatta kendi refahına sahip gerçek bir şahıs gibi davranmalıyız da demiyorum. Devletin ilkeleri hakkındaki soruları –sözgelimi bu ilkeleri özgürce mi, kandırılarak mı kabul ettikleri veya onları yanlış mı anladıkları gibi soruları– gerçek kişilerin ahlaki yaşamlarının çeşitli yönlerine dair soru sorar gibi sorabileceğimizi de söylemiyorum. Tek kastım, devlet görevlilerinin ve vatandaşların sorumlulukları hakkındaki karmaşık ve iki aşamalı bir muhakeme tarzını onayladığımı belirtmek. Bu muhakeme tarzı doğal ifadesini topluluğun kişileştirilmesinde bulur ve tek tek devlet görevlileri ile vatandaşlar hakkındaki iddiaların indirgeyici tercümesi ile yeniden üretilmez.

Bir otomobil üreticisinin, yüzlerce insanın öldüğü korkunç kazalara neden olan kusurlu araçlar ürettiğini düşünün. Hukuki sorunu, yani şirketin suç işleyip işlemediği ve mağdurların ailelerine karşı hukuken sorumlu olup olmadığı meselesini bir kenara bırakalım. Diğer bir sorunu, yani etkililik meselesini –otomobil üreticileri üzerine böyle bir sorumluluk yüklemek kazaları azaltır mı veya kaynakların daha etkin kullanımına katkıda bulunur mu?– de bir kenara bırakalım. Şu an için ahlaki sorumluluk meselesiyle ilgileniyoruz. Şirkete ait hisse senetlerinin sahiplerinin de mali külfeti yüklenmeleri sonucunu doğurmak üzere şirketin mağdurlara şirket kasasından tazminat ödeme yönünde ahlaki bir sorumluluğa sahip olduğunu söylemek ne anlama gelir? Şöyle devam edebiliriz. Pek çok görevliye, çalışana, hisse senedi sahiplerine ve şirketle ilişkili başkalarına gündelik kişisel sorumluluk standartlarımızı yüklüyoruz. Bu kişilerin her birini, kazalarda meydana gelen ölümler nedeniyle kınanmayı gerektirecek, yapmaması gereken bir şeyi yapıp yapmadıklarını veya kazaya, kınanmayı gerektirsin veya gerektirmesin, zararın veya

kaybın bir kısmını üstlenmesini gerektirecek ölçüde katkılarının olup olmadığını soruyoruz.

Kınayacak birilerini bulmamız mümkün elbette. Muhtemelen çalışanlardan biri yapması gereken bir denetlemeyi ihmal etmiştir, belki de yöneticilerden biri hatalı olduğunu bilmesi gereken bir tasarımı onaylamıştır. Belki genel müdürün veya yönetim kurulu üyelerinden birinin tasarımı gözden geçirmeye ilişkin mevcut usuller hakkında şüphe duymak için makul bir nedeni vardı fakat daha ileriye gitmedi. Buna karşın, kınayacak birini bulamamak da mümkündür. Belki de kişisel davranış standartlarımızla hatalı olduğunu söyleyebileceğimiz kimse yoktur. Bu durumda küçük hissedarların, kaybın herhangi bir kısmını neden üstlenmeleri gerektiğine dair döngüsel olmayan ahlaki bir argüman bulamayız. Hisse senedi sahibi kazaya neden olan nedenellik zincirinin bir halkası değildir; şirket kaynaklarına sermaye koymamış, sadece borsadaki hisselerden satın almıştır. Şöyle diyebilirsiniz: Bir başkasının eyleminden doğan kazanca ortak olan kişinin, o kişinin hatasının sorumluluğunu paylaşması, kişisel sorumluluk ilkesidir. Ne yazık ki bu iddia ispata muhtaç bir argümana dayanıyor, zira hâlâ herhangi bir hatanın yapıldığını varsaymak için yeterli nedenimiz yok. Yani sorunumuz başkası adına sorumlu olmakla ilgili değil; hisse senedi sahibinin, başka bir kişi veya grubun asli sorumluluğunu paylaşması için bir neden bulmaya çalışıyoruz; hatta asıl meselemiz, asli sorumluluğa sahip ve sorumluluğu paylaşılacak kişiyi bulamıyor olmamız.¹⁰

Ne var ki farklı bir tartışma metodu kullanmış da olabilirdik. Bu farklı metotta sorumuzu ilk başta kurumsal sorumluluk sorusu olarak şekillendirebiliriz. Şirketin bizzat kendisinin ahlaki fail olarak ele alınması gerektiğini düşünür ve bunu takiben de bireysel kusur ve sorumluluk hakkındaki ilkelerimizin bir suretini *ona* uygularız. Kusurlu ürünün imalinde tam kontrol sahibi olan her kimse, ürünün neden olduğu zararın

tazmininden de onun sorumlu olduğunu söyleyebiliriz. Hiçbir tekil çalışanın veya hisse senedi sahibinin böyle bir kontrolü yoktur ama şirketin vardır. O zaman, daha ileri ve tamamlayıcı bir soru olarak, bu şirketin üyelerinin ve faillerinin söz konusu kusur ve sorumluluğu paylaşabilmeleri için nasıl görülmeleri gerektiği sorusunu sorarız. Fakat bu soruya farklı bir ilkeler kümesini kullanarak ulaşıyoruz ve bu ilkeler arasında biraz önce değindiğimiz, şirketin, kazançlarında pay sahibi olan üyelerinin sorumluluklarını da paylaşmasını gerektiğini söyleyen ilke de bulunabilir. Bu ilke, tazminatın şirketin kasasından, dolayısıyla talihsiz hikâyede fiilen nedensel bir role sahip olmuş çalışanların ücretlerinden kesinti yapılmasından ziyade hisse senedi sahiplerinin hesabından ödenmesini gerekçelendirmiş olur.

Bu iki metottan her bir kişinin yapıp ettiklerini tek tek ahlaklı değerlendirmeyle işe başlayan, her bir hisse senedi sahibinin esasında zararı paylaşma konusunda da sorumlu olduğunu söyleyen ilkinde karar kıldığımız, ulaştığımız sonucu pekala kişileştirilmiş bir dille ortaya koyabiliriz. Şirketin sorumlu olduğunu söyleriz ve bu durumda yaptığımız sadece her bir hisse senedi sahibine atfettiğimiz sorumluluğu münasip bir lisanla özetlemektir. Fakat bu kişileştirme hiçbir işe yaramaz; tartışmamızda herhangi bir role sahip değildir ve ulaştığımız sonucu süslemekten başka işlevi yoktur. Diğer yandan, eğer aynı sonuca, işe kurumun bir bütün hâlinde sorumluluk sahibi olduğunu kabul ederek başlayan ikinci metodu kullanarak ulaşırsak, kişileştirmeyi fuzuli yere yapmış olmayız. Zira grup hakkında ulaştığımız sonuçlar her halükârda bireyler hakkında ulaştığımız sonuçlardan önce varlık kazanacaktır; bu durumda, anlamlarını kişileştirmenin kaçınılmaz olduğu pratikten veya düşünme tarzından alan sorumluluk ilkelerine dayanmış oluruz.

Esasında (birinci değil de) ikinci metodu kullanarak grup yahut kurum sorumluluğu hakkında ulaştığımız sonuç, alakadar bireylerin sorumluluğu konusunda hâlâ şüphe taşımaktadır (veya bu konuda kendi aramızda ihtilafa düşebiliriz). Kişileştirme, belirli kişiler hakkında verilecek yargılar için zorunlu bir adım değil, bu tip yargıları değerlendirebilmek için ikamet edebileceğimiz bir zemin sağlar. Bu söylediklerim, grupla işe başladığımızda, grup sorumluluğuyla, kendinden menkul değeri nedeniyle ilgilendiğimiz anlamına gelmiyor. Eğer gerçek insanların şu an nasıl davranması gerektiğiyle ilgili yargılarla bağlantılı olmasalardı, grup sorumluluğu ilkelerinin geliştirilmesinin veya uygulanmasının hiçbir anlamı olmazdı. Fakat, bireysel sorumluluk meselesini, grubun bir bütün olarak kendisi için uygun olan standartları sağlayıp sağlamadığına karar verdikten sonra ele alınmak üzere bir kenara bırakıp, bu iki meseleyi birbirinden ayırabiliriz. Kişileştirirken ciddiye alırız: Şirketi hakikaten ahlaki bir fail olarak görmeyi içerir. Fakat yine de bir keşif değil kişileştirmedi, çünkü topluluğun bağımsız metafizik bir varlığının olmadığını, içerisinde resmedildiği düşünme ve dil pratiklerince yaratıldığını kabul ederiz.

Kişileştirme Nasıl İşler?

Siyasi bütünlük düşüncesi topluluğu yukarıda belirttiğim ikinci tarzda, işler şekilde kişileştirir, çünkü topluluğu kendi ilkelere kabul edebilen, ifade edebilen, bu ilkelere sadık kalan veya sadakatsizlik gösteren; tek tek bireyler olarak devlet görevlilerinden veya vatandaşlardan ayrı bir varlık olarak görür. Pek tabii ki bir topluluğun bir ilkeyi nasıl kabul ettiğini veya ona nasıl ihanet ettiğini anlatarak bunun ne anlama geldiğini söylemek zorundayız ve buna dair anlatımımız bütünlük olarak hukuk anlayışının inşasındaki parçalardan biri. Fakat şimdi bu fırsatı, derin kişileştirmenin, hukuktan oldukça ba-

ğimsız bir alanda, gündelik düşünme tarzımızda nasıl temsil edildiğini görmek için kullanalım. Müşterek seçim sorumluluğu olgusunu düşünelim. Watergate skandalı ayyuka çıktığında arabaların tamponlarındaki yapıştırılmalarda şöyle yazıyordu: “Beni suçlamayın, ben Massachusettsliyim.” Şöyle demediler mesela: “Beni suçlamayın, ben Nixon’a oy vermedim.” Bu ikisi arasındaki fark önemlidir. İnsanlar, dahil oldukları grubun –milletin– yaptığı hatadan aklanmak için bireysel masumiyetlerine değil düzgün davranmış, farklı ve daha doğrudan ilişkili olduğu topluluğa, itibarını kaybetmiş başkan seçmemiş olan eyalete mensubiyetlerine sığınmışlardı.

Grup sorumluluğuna dair çok daha önemli örnekler de var. Nazilerin ülkeyi yönettiği dönemde henüz doğmamış bile olan Almanlar Yahudilere karşı utanç duymuş ve bir yükümlülük hissinde kapılmışlardı; köle sahiplerinin mirasına konmamış beyaz Amerikalılar hayatlarında hiçbir zaman pranga giymemiş siyahlara karşı belirsiz bir sorumluluk hissetmişlerdir. Bu olgu bazılarımızın kafasını karıştırır, çünkü gözbebeğimiz olan başka bir düşünce ile, insanların kontrolleri altında olmayan eylemler nedeniyle kınanmaması, kazandıkları hiçbir şey olmadığı bir durumda başkalarının hakkaniyete aykırı kazançları için sorumlu tutulmaları gerektiği düşüncesi ile uyumsuz görünmektedir. Bu yüzden de filozoflar bu çatışan düşünceleri uyumlu hâle getirebilmek için, sözgelimi, bütün Amerikalı beyazların siyahlara karşı geçmişte yapılan ayrımcılık nedeniyle menfaat sağladığını söylemek gibi yollar buldular. Bu argümanlar çok inandırıcı gelmiyor, çünkü tartışma konusu meselemizdeki sorumluluk tarzını yanlış anlıyorlar. Kolektif sorumluluğun, kazaya dair örneğimizde gördüğümüz ilk metotta olduğu gibi yüklenebileceğini zannediyorlar. Esasında bu argümanların açıklamaya çalıştığı kanaatler siyasi ve sosyal topluluğun ciddi ölçüde kişileştirilmesini gerektiren ikinci yaklaşımın ürünü. İşte bu yüzden de

kişinin bizzat kendisinin yapmadığı herhangi bir şeyden dolayı kınanması gerektiğini söyleyen Kantçı teze de karşı gelmiyor. Nazilerin yaptıkları için günümüz Almanlarını suçlamak elbette ki saçma olurdu; fakat bu yargı, farklı ve bağımsız bir tartışma tarzına dayandığından, çağdaşımız Almanlar, Naziler de Alman olduğu için özel sorumluluklara sahiptir.

Bunlar, geçmişteki hatalardan kaynaklanan kolektif sorumluluğun örnekleriydi. Devlete karşı bireysel siyasi haklar mantığı içerisinde, işleyen kişileştirmenin başka ve daha önemli örneklerini bulabiliriz. İnsanların, devletin onları başka vatandaşların saldırılarına karşı korumasını veya yeteri düzeyde tıbbi yardım sağlamasını veyahut da yabancı güçlerin saldırılarına karşı güvenliklerini garanti etmesini gerektiren hakları olup olmadığını tartışırız. Var olduğunu ilan ettiğimiz haklar her ne iseler, bunların sonucunda hangi kurumların ve görevlilerin ne yapması gerektiği hususunda somut fikirler oluşturmadan önce, aramızda anlaşabileceğimiz gibi ihtilafa da düşebiliriz. Kişileri saldırılara karşı korunması gerektiğini söylediğimizde, bu korumanın zaten zihnimizde bulunan belirli bir şema vasıtasıyla gerçekleştirilmesi gerektiğini kastetmeyiz. Söylediğimiz şudur: Sadece bir bütün hâlinde toplum, bu korumayı bir şekilde sağlama ödevine sahiptir. Toplumun yükümlülüğünün kapsamı hususunda tartışabilir ve resmi yükümlülüklerin ne şekilde düzenlenmesi hâlinde müşterek sorumluluğun gereğinin yerine getirileceği meselesini başka bir inceleme konusu olarak bırakabiliriz.¹¹

Şimdi vereceğim son örneğim ise siyasi adalet ve hakkaniyet hakkındaki en soyut ve en yaygın kanaatlerimize dayanıyor. Siyasi pozisyonları işgal eden devlet görevlilerinin, siyasi olmayan yaşamda kendimiz ve diğerleri için çoğumuzun kabul ettiği, tek tek bireyler için söz konusu olan kişisel ahlakın gündelik gereklerinden doğrudan inşa etmediğimiz takdirde savunamayacağımız sorumlulukları olduğuna inanırız. Topluluk üyeleri arasında taraf-

sızlık ve yabancılarla ilişkilerde tarafsızlık şeklinde tezahür eden özel ve karmaşık bir sorumluluğa sahip olduklarını düşünürüz. Bu, tek tek bireyler olarak düşünüldüğünde her birimiz için geçerli olan sorumluluktan oldukça farklıdır. Her birimiz kişisel bakış açısına sahip olduğumuzu, peşinden koşmakta serbest olduğumuz kendimize ait tutku ve ilgilerimizin bulunduğunu, başkalarının eşit ilgiye, özene ve kaynağa mazhar olma iddialarından bağımsız olduğumuzu iddia ederiz. Her birimizin ailesinin ve dostlarının çıkarlarını tercihe şayan bulduğu ve kendisini, ne kadar muazzam olursa olsun, yine de bencilce sayılabilecek hedeflere adanmış bir kişisel ahlaki egemenlik alanının bulunduğu ısrar ederiz. Kişisel davranışla ilgili herhangi bir adalet anlayışı, kişinin diğerlerine karşı nasıl davranması gerektiğine dair herhangi bir teori, bu kişisel egemenlik sahasını sınırlayacak, fakat çoğumuz için kabul edilebilir olan hiçbir teori onu tümünden bertaraf edemeyecektir.

Devlet görevlilerinin görevleri dahilinde böyle bir alanda hareket etmelerine izin vermeyiz. Topluluklarındaki bütün üyelere eşit muamele etmeleri gerektiğini ve sıradan bireylerin kendi tercihleriyle belirlenen alanın, onlar söz konusu olduğunda, yolsuzluk anlamına geldiğini söyleriz. Resmi görevlilerin bu özel sorumluluğunu, bireysel sorumluluk hakkındaki gündelik kanaatlerimizi onların durumuna uygulamak suretiyle ihdas edemeyiz. Bazı devlet görevlileri muazzam bir güce sahiptir. Bazı özel şahıslar da buna sahiptir; ama biz, vatandaşın gücü ve etkisi çoğaldıkça, onun kişisel özgürlük alanının daralması gerektiğine inanmayız. (Siyasi pozisyonları işgal eden devlet görevlilerinin sorumluluğu hakkındaki makalesinde Thomas Nagel bizlere devlerin dahi kişisel hayatları olduğunu hatırlatır.)¹² Yetkileri pek çok özel şahıstan nispeten daha hafif ve özü itibarıyla az olan resmi görevlilere bile en sıkı tarafsızlık standartlarını uygularız; bir resmi görevlinin eşit muamele yükümlülüğünün, gücünün hafiflemesi nispetinde azalacağını düşünmeyiz bile.

Resmi görevlilerin özel bir tarafsızlık sorumluluğuna sahip olmalarının nedeninin, bu görevi böyle bir anlayışla kabul etmiş olmaları olduğunu, dolayısıyla da bu sorumlulukların tümüyle gündelik ahlaktan, yani verilen sözleri tutmaya dair ahlak anlayışından türediğini söyleyen birileri çıkabilir. Fakat bu, çoğumuzun onaylayacağı argüman sıralamasını tersyüz eder: Resmi görevlilerimizin, yönettikleri toplumun bütün üyelerine eşit muamelede bulunması gerektiği anlayışını paylaşıyoruz, çünkü öbür türlü değil de bu türlü davranmaları gerektiğine inanıyoruz. Dolayısıyla, eğer siyasi görevin sorumluluklarını doğrudan kişisel ahlakiliğin gündelik ilkelerinden yola çıkarak inşa etmeye kalkarsak, onları açıklayamayız. Orada bulmamız mümkün olmayan bir düşünceye ihtiyacımız var: Bütün hâlinde topluluğun, üyelerine karşı tarafsızlık yükümlülükleri vardır ve resmi görevliler, bu sorumluluğu yüklenmiş toplumun vekili sıfatıyla eylemde bulunurlar. Burada, tıpkı şirket bahsinde olduğu gibi, grup sorumluluğunu tek tek resmi görevlilerin sorumluluklarından mantıken önce mevcut olduğunu kabul ederek değerlendirmemiz gerekiyor.

Topluluğun işleyen kişileştirilmesine dair bu farklı örnekler, gene bir düşünce sistemi içerisinde paydaşlar olarak birbirlerine uyarlar. Resmi görevlilerimizin, hepimizin üyesi olduğu, dolayısıyla da hepimizin paylaştığı bir sorumluluğa sahip olan topluluk adına eylemde bulunduğunu bir kez kabul ettiğimizde, bu durum, kolektif suçun, adalete aykırı şekilde davrandıklarında hem utanç hem de öfke duymamızı gerektiren hissimizin, karakterini pekiştirir ve onu ayakta tutar. Bütünlüğün, zikrettiğim pratik ilkeleri –yasama bütünlüğü ve yargı bütünlüğü– bu düşünceler sisteminde ikamet eder. Yargıyla ilgili olan ilke özel ilgimize mazhar, zira pragmatizme muhalif bir hukuk anlayışı sağlıyor. Eğer bu ilke ayakta tutulabilirse, pragmatizm de reddedilmek durumunda kalacaktır.

BÜTÜNLÜK

GÜNDEM

Siyasi bütünlüğe ait iki ilkemiz var: Yasakoyuculardan yasaları birbirleriyle ahlaken tutarlı bir bütün yapmaya çalışmalarını talep eden yasama ilkesi ile hukukun bu şekilde mümkün olduğunca tutarlı görülmesi gerektiğini söyleyen yargılama ilkesi. Asıl derdimiz yargılama ilkesi ama hemen ona geçmiyoruz. Bu bölümde şunu iddia ediyorum: Yasama ilkesi siyasi pratiğimizin öyle büyük bir parçasıdır ki, bu pratiğin hiçbir yetkin yorumu onu göz ardı edemez. Bu iddiayı artık aşına olduğumuz iki boyutta ele alacağız. Bütünlüğün, siyasetin ayrık bir ideali olduğu varsayımının siyasetimize uyup uymadığını ve sonra da siyasetimize değer katıp katmadığını soracağız. Eğer yasama bütünlüğü ilkesi her iki boyutta da cazipse, yargı ilkesi için soracağımız soruların yanıtları da ve onun desteklediği hukuk anlayışı da, daha başlangıçta olumlu olacaktır.

BÜTÜNLÜK SİYASETİMİZE UYAR MI?

Bütünlük ve Taviz

Ütopik bir devlette, bütünlüğe, ayrı bir siyasi erdem olarak ihtiyaç duyulmamalıdır. Resmi görevliler her zaman mükemmelen adil ve hakkaniyete uygun olanı yapacakları için tutarlılık da güvence altına alınmış olur. Ne var ki gündelik siyasette bütünlüğü, eğer onu kabul edeceksek, bağımsız bir ideal olarak gör-

meliyiz, zira diğer ideallerle çatışabilir. Bizi, mükemmelen adil ve hakkaniyetli bir toplumda yersiz olacağına inandığımız bir yasama faaliyetini desteklemeye ve insanların öyle bir toplumda sahip olacağına inanmadığımız haklarını tanımaya zorlayabilir. Böyle bir çatışmanın örneğini son bölümde görmüştük. *McLoughlin*'de karar veren bir yargıç, herhangi bir manevi zarar için tazminat ödenmesini adalete aykırı görebilirdi. Ancak bütünlüğü kabul ettiği ve bazı manevi zarar mağdurlarının zaten tazminat almaya hakkı olduğunu bildiği takdirde, yine de Bayan McLoughlin lehine karar vermek için bir nedene sahip olurdu.

İdeallerin birbirleriyle çatışmasına siyasette çokça rastlanır. Bütünlüğü reddetsek ve siyasi faaliyetlerimizi sadece hakkaniyet, adalet ve usule uygunluk üzerine bina etsek bile, ilk iki erdemın zaman zaman bizi farklı yöne çektiğini görürdük. Bazı filozoflar, adalet ile hakkaniyet arasındaki köklü çatışma ihtimalini kabul etmezler, çünkü bu erdemlerden birinin en nihayetinde diğerinden çıkarsandığına inanırlar. Bazıları adaletin hakkaniyetten ayrı bir anlamı olmadığını, rulette olduğu gibi siyasette de hakkaniyete uygun usullerle ortaya çıkan her şeyin aynı zamanda adil olduğunu söyler. Bu, hakkaniyet olarak adalet adı verilen ideanın/düşüncenin en uç hâlidir.¹ Başkaları ise siyasette hakkaniyeti sınamanın tek yolunun sonucu sınamak olduğunu, bağımsız bir adalet testini geçen siyasi kararlar üretmedikçe hiçbir usulün hakkaniyete uygun olamayacağını düşünür. Bu da karşı uçtaki adalet olarak hakkaniyet düşüncesidir.² Çoğu siyaset felsefecisi –ve sanırım çoğu insan– hakkaniyet ile adaletin bir ölçüde birbirlerinden bağımsız olduğu, dolayısıyla da hakkaniyetli kurumların bazen adaletsiz kararlar ürettiği ve hakkaniyete uygun olmayan kurumların da adil kararlar ürettiği şeklindeki orta yolcu görüşü benimser.

Eğer böyleyse, gündelik siyasette de zaman zaman hangi siyasi programı destekleyeceğimize karar verirken iki erdem

arasında tercihte bulunmak durumundayız. Çoğunluk kuralının siyasette işleyen en hakkaniyetli karar verme usulü olduğuna inanabilirdik ama biliyoruz ki çoğunluk bazen, belki de sıklıkla, bireylerin hakları konusunda adaletsiz kararlar verir.³ Düz çoğunluk kuralının daha adaletsiz bir dağıtım yapacağından korktuğumuz için, kullandığı oyun neyin arkasında olduğundan bağımsız bir şekilde, bir ekonomik grubun oylarına daha fazla güç mü atfetmeliyiz?⁴ Çoğunluğun ifade özgürlüğünü veya diğer önemli özgürlükleri sınırlamasını engellemek için, demokratik güç üzerindeki anayasal sınırların varlığını kabul mü etmeliyiz?⁵ Bu zor soruların ortaya çıkmasının nedeni hakkaniyet ile adaletin kimi zaman çatışıyor olmasıdır. Eğer bütünlüğün üçüncü ve bağımsız bir ideal olduğuna, en azından insanlar ilk iki ilkedeki biri hakkında ihtilafa düştüğünde, inanırsak, pekala bazen hakkaniyetin veya adaletin bütünlüğe kurban edilmesi gerektiğini düşünebiliriz.

Dahili Tavizler [Internal Compromises]

Siyasi pratiklerimizin, bütünlüğü, kendi başına bir erdem olarak kabul ettiğini göstermeye çalışacağım. İşe, bunun sizi oldukça şaşırtacağını umut ederek başlıyorum. Düşüncelerimin temelindeki varsayımlarımı söyleyeyim ilk önce. Hepimiz siyasi hakkaniyete dair inanç besleriz: Gruptaki veya topluluktaki her bir kişinin, Parlamento'nun veya Kongre'nin veya eyalet meclisinin verdiği kararlar üzerinde kabaca eşit denetime sahip olması gerekir. Farklı insanların ahlaki meseleler hakkında farklı görüşleri olduğunu da biliriz ve hepsi de bu görüşlerine büyük önem verirler. Hakkaniyetle ilgili kanaatlerimizden şu sonuç çıkıyor gibi: Bu ahlaki sorunlar, sayısal çoğunluğun iradesinin, sanki oybirliği söz konusu imiş gibi dayatılmasıyla çözümlenmemeli, nihai kertede belli bir çoğunluğa ulaştığı ölçüde her bir fikri bütünlüğün temsil edildiği bir tür alışveriş ve karşılıklı tavizlerin

[*compromises*] verildiği bir durum ortaya çıkmalıdır. Bu taviz verme yoluyla varılan uzlaşmayı Süleyman peygamberin yolunu izleyerek elde edebiliriz. Kuzey Dakota insanları, adaletin, otomobil üreticilerinin önlemesi beklenebilecek kusurlu ürünlerden dolayı tazminat ödemesi hususunda ihtilafa mı düşmüşlerdir? O zaman meclisleri bu “kusursuz” sorumluluğu neden otomobil üreticilerine yüklerken çamaşır makinesi üreticilerine yüklemekten kaçınmalılar? Alabama halkı ırka dayalı ayrımcılık hakkında uzlaşmıyor mu? Öyleyse meclisleri neden otobüslerde ayrımcılığı yasaklamalı ama restoranlarda izin vermeli diyemiyoruz? İngilizler kürtağın ahlakiliği konusunda bölünmüş durumda mı? Peki neden Parlamento çift yıllarda doğmuş gebe kadınlar için kürtağı suç sayarken tek yıllarda doğmuş olanlar için serbest bırakmasın ki? Bu Süleymanvari model, topluluğun kamu düzenine, dağıtıcı adalete uygun olarak dağıtılacak bir emtia türü olarak bakar, sanki her bir gruba münasip bir dilim verilmesi gereken bir pasta gibi.

Pek çoğumuz, sanırım, ırka dayalı ayrımcılık veya kürtaja dair benzer olaylara herhangi bir nedene dayanmayan tesadüfi gerekçelerle farklı muamele eden “dama tahtası” yasalardan ürkeriz.⁶ Elbette bazı durumlarda bu tesadüfi, nedensiz ayrımları hepimiz kabul ederiz: Sözelimi bölge tahsisleri. Bazı dükkân veya fabrikaların belli bölgelerde yasaklanırken diğerlerine ise izin verilmesine veya caddelerin bir tarafında belli günlerde park etmenin yasaklanmasına itiraz etmeyiz. Fakat ilkesel meseleler gündeme geldiğinde farklı görüştekiler arasında ayrım yapılmasını reddederiz. Farklı bir model izleriz: Her bir bakış açısının tartışma sürecinde dillendirilmesine izin verilmesi gerekir ama müşterek karar yine de tutarlı bir ilkede uzlaşmayı amaçlamalıdır; bu ilkenin etkisi daha sonra otoritesinin doğal sınırlarına dek genişleyecektir.⁷ İnsanlar adalet hakkında ayrıştığı için bir taviz verilmesi gerekiyorsa, bu dahili değil harici bir taviz olmalıdır;

taviz verilmiş bir adalet şeması değil, hangi adalet şemasının benimseneceği ile ilgili taviz verilmesi söz konusudur.

Kafamız tam da burada karışıyor. Neden her zaman yaptığımız gibi dama tahtası çözümlerine dönmüyoruz ki? İlkesel bir mesele söz konusu olduğunda topluluk farklı yönlerde ayrılmışsa, o çözümleri neden genel bir yasama stratejisi olarak benimsemeyelim? Siyasi olgunluğu veya diğer toplulukların ulaşmayı becerdiği siyaset sanatının daha incelikli bir anlamını yansıtan bu strateji neden hakkaniyete uygun ve makul değil? Bu dama tahtası çözümlerinde bulabileceğimiz münhasır kusurlar neler? Bu kusur (siyasi erkin hakkaniyete uygun dağıtılması olarak anladığımız takdirde) hakkaniyeti sağlayamamak olamaz, çünkü dama tahtası yasaları tanım itibariyle diğer iki alternatiften daha hakkaniyetlidir. İki gruptan her birinin de kürtaj yasasının bir kısmını sayıları nispetinde tercih etmesine izin vermek, pek çok insanın çok önemli gördükleri meseleden etkilendiğini tümünden reddeden ve sezgilerimizin tercih ettiği kazanan-hepsini-alır şemasından, bizim anladığımız şekliyle daha hakkaniyetlidir.

Bu sezgilerimizi adalet temelinde savunabilir miyiz? Adalet, sonuçlarla ilgili bir meseledir: Siyasi bir karar, en iyi adalet teorilerinin hak kabul ettiği bazı kaynak, özgürlük veya fırsatları insanlara tanımadığı takdirde, onu üreten usuller ne kadar hakkaniyetli olursa olsun, adaletsizliğe neden olur. Dama tahtası stratejisine, adaletsizlikleri önleyeceğine daha fazla adaletsizlik örneği yaratacağını söyleyerek karşı çıkabilir miyiz? Buradaki iki meseleyi birbirine karıştırmamak için dikkatli olmamız gerekiyor. Önemli bir meseledeki dama tahtası çözümü elbette ki alternatiflerin birinden daha fazla, diğerinden ise daha az adaletsizlik üretecektir. Toplum, alternatiflerden hangisinin daha az hangisinin daha çok adaletsizlik üreteceği konusunda ihtilafa düştüğü bir durumda, bu önerme üzerinde anlaşmış olabilir. Kürtajın cinayet olduğunu düşünenlerin bir kısmı, kürtajla ilgili dama tahtası yasasının tümünden

yasaklamaktan daha fazla veya tümünden izin vermekten daha az adaletsizliğe neden olacağına inanabilir; kürtağın kadınlara ait bir hak olduğunu savunanlardan bazıları da bu yargılardan aksi yönde düşünüyor olabilir. Dolayısıyla her ikisinin de dama tahtası çözümüne alternatif gördükleri adaletle ilgili bir gerekçesi bulunmaktadır. Sorunumuz şu: Bu ihtilaflar *ortaya çıkmazdan evvel*, onları çözerken dama tahtası stratejisini kullanmamamızı söyleyen, adalete dayanan bir gerekçemiz var mı, yok mu? Hakkaniyete dayanan bir gerekçemiz var, biraz önce gördük. Eğer adalete dayanan bir nedenimiz yoksa, mevcut pratiğimizin henüz sağlamadığımız bir gerekçeye ihtiyacı var demektir.

Dama tahtası stratejisi reddedildiği takdirde hayata geçirilecek olan çözümdense, bazı durumlarda dama tahtası stratejisini tercih edeceğimiz durumdan bile önce bu stratejiyi reddetmek için hepimizin paylaştığı, adalete dayanan bir neden arıyoruz. Dama tahtası çözümünün, hiçbir iyi nedene dayanmaksızın farklı kişilere farklı şekillerde muamele etmesi nedeniyle tanımlı itibariyle gayri-adil olduğunu ve adalet de benzerlere benzer muameleyi gerektirdiği için adaletsizlik olduğunu mu söylemeliyiz? Bu öneri doğru bir ağ içerisinde yer alıyor gibi duruyor, zira eğer dama tahtası çözümlerinin bir kusuru varsa, bu kusur onların alametifarikasında bulunmalı; yani ayrımı hiçbir ilke gerekçelendiremediği hâlde, insanlara farklı farklı davranmalarında. Fakat, tanımladığım gibi bir adalet düzleminde kaldığımız müddetçe buna neden her zaman itiraz edilebileceğini açıklayamayız. Zira gündelik siyaset koşullarında dama tahtası stratejisi, aksi hâllerde ortaya çıkacak adaletsizlik örneklerini engelleyecektir ve adaletin, biz bütün adaletsizlikleri ortadan kaldırmaksızın, bunlardan herhangi birini ortadan kaldırmayı gerektirmediğini söyleyemeyiz.

Varsayalım ki bir tiranın hapsedtiği tutsakların sadece bir kısmını kurtarma imkânına sahibiz. Kimin kurtarılacağına kimin

işkence altında bırakılacağına herhangi bir ilkenin değil sadece şansın karar verdiği bir durumda gerekli olan şey adalet değildir. Alternatifin, karşıtı olduğumuz bir ilkenin genel itibariyle gali-biyeti anlamına geldiği durumda da dama tahtası çözümünü reddetmek aynı şekilde yakışıksızdır. Verilecek dahili tavizle rast-gele seçilecek birkaç kişi adaletsizlikten kurtarılacak, diğerleri acı çekmeye devam edecektir ama bunun alternatifi hiç kimse-nin kurtarılamamasıdır. Bu durumda bazıları şöyle söyleyebilir: Yine de, kaba dama tahtası çözümleri bu nedenle bazı durum-larda makbul olabileceğinden, kullanılmalarını daha en baştan reddetmeliyiz, çünkü uzun vadede daha somut adaletsizliğin, bu çözümler vasıtasıyla bertaraf ettiklerimizden daha fazlasını orta-ya çıkaracağını düşünmek için yeterince nedenimiz vardır. Fakat bu öneri ancak istikrarlı ve özbilince sahip bir fikri çoğunluğun üyeleri açısından mantıklıdır ve eğer böyle bir çoğunluk var ol-saydı özbilinci olan bir azınlık karşıt görüşte olurdu. Dolayısıyla dama tahtası çözümlerini reddetmek için müşterek bir nedeni burada bulmayı umut etmemeliyiz.

Fakat belki de yanlış yöne bakıyoruz. Belki de müşterek ne-denimiz dama tahtası stratejisinin üreteceği veya engelleyeceği adaletsizlik örneklerinin sayısını tahmin etmek değil, hiç kim-senin adaletsizlik olduğuna inandığı bir şeyi ortaya çıkarmaya fiilen katılmaması gerektiği şeklindeki kanaatimizdir. Şöyle söyleyebilirdik: Yasama organı üyelerinin çoğunluğu adaletsiz olduğunu düşündükleri hükümler lehine oy kullanmadıkça hiç-bir dama tahtası yasası çıkarılamaz. Fakat bu itiraz da esas me-selenin kanıtlanmasına ihtiyaç duyuyor. Eğer meclisin bir dama tahtası tavizi için oy kullanan her bir üyesi, bunu bizzat kendisi bir ilkeye sahip olmadığı için değil de haklı olduğunu düşündü-ğü ilkelere mümkün olan en fazla etki gücünü sağlamak adına yapıyor ise, o zaman herhangi biri nasıl sorumsuzca davranmış olabilir? Hiçbir parlamento üyesinin taviz lehine oy vermemesi

gerektiğini kabul etmiş olsaydık bile, bu tavizi neden bir *sonuç* olarak reddettiğimizi açıklamazdı. Zira taviz yasalarını mekanik tarzda üreten bir yasama yapısını kolaylıkla hayal edebiliriz; böyle bir durum yasama organı üyeleri arasında sözgelimi kususuz sorumluluk, ırka dayalı ayrımcılık veya kürtaj hakkındaki farklı fikirlerin işlevi olarak, hiçbir üyeden taviz ambalajındaki bir öneri lehine oy vermesi istenmediği ve üyelerin bu yönde oy vermeleri gerekmediği bir durumda ortaya çıkabilir. Kürtaja izin veren oyların toplam oya nispeti hesaplanarak kürtaj yaptırmasına izin verilecek kadınların oranını daha en baştan belirlemek mümkün olurdu. Eğer hâlâ itiraz ediyorsak, itirazımız hiçbir bireyin kendi bilincine karşıt oy kullanmaması ilkesi üzerine bina edilemez niteliktedir.

Öyleyse dama tahtası stratejisini daha en baştan reddetmek için adalete dayanan bir nedene sahip değiliz ama bu stratejiyi benimsemek için hakkaniyete dayanan nedenlerimiz hâlihazırda mevcut. Ne ki içten içe onu kınıyoruz. Esasında pek çoğumuz, farklı durumlarda değişen ölçülerde, dama tahtası stratejisini genel itibariyle ve en baştan reddetmekle kalmaz, bir ihtimal olarak kullanılabileceği özel durumlarda da reddederiz. Dama tahtası tavizinin alternatif çözümlerden herhangi birini böyle bir durumda tercih ederiz. Kaza söz konusu olduğunda kususuz sorumluluğun ilkesel olarak yanlış olduğunu düşünsem bile, sadece çamaşır makinesi veya otomobil üreticilerinin değil her ikisinin de aynı standarda tabi tutulması gerektiğini düşünebilirim. Dama tahtası çözümünü bu ikisi arasındaki bir orta yol olarak değil, bu ikisinin altındaki üçüncü bir yol olarak görürüm, sanırım pek çok insan da aynı şekilde düşünür. Bazı durumlarda bu kınama güdüsü belli bir dama tahtası çözümünün işlemezliliği veya etkisizliğini yansıtır şekilde açıklanabilir. Fakat tahayyül edebileceklerimizden pek çoğu, tıpkı kürtaj çözümünde olduğu gibi, özellikle etkisiz değildir ve her halükârda içimizdeki güdü

bu tavizlerin sadece işe yarar olmadığını değil, yanlış da olduğunu söyler.

Her dama tahtası çözümünü herkes kınayacak diye bir şey yok. Kürtajin her zaman cinayet olduğuna şiddetle inanan insanlar, sözgelimi, dama tahtası nitelikli kürtaj yasasının ona tümünden izin veren bir yasadan daha iyi olduğunu düşünebilir. Daha az cinayeti üreten tavizin ne kadar tutarsız olduğunu önemsemeksizin, daha az cinayet işlenmiş olmasının daha iyi olduğunu düşünebilirler. Sözgelimi üreticilerin kusursuz sorumluluğu bahsinde, dama tahtası çözümünü diğer alternatifler arasında en aşağıya koyarlarsa, asıl meselenin çok önemli durumlarda geçerli olan nedenlerden dolayı dahili tavizin yine de yanlış olduğuna inanacaklardır. Öyleyse izaha muhtaç bir güdüye sahipler. Üstelik bu güdü, yapacakları başka, daha karmaşık sıralamalarda da işler gibidir. Kürtajin cinayet olduğunu düşündüğünüzü varsayın ve sizin için gebeliğin tecavüz kaynaklı olup olmadığı fark etmiyor olsun. Tecavüz hâli dışındaki kürtajı yasaklayan bir yasanın, kürtajı her bir yüzyıldaki belli bir on yılda doğmuş kadınlar hariç olmak üzere yasaklayan bir yasadan daha iyi olduğunu düşünmez misiniz? En azından bu durumda daha fazla kürtaja izin verileceğini düşünmek için haklı bir nedeniniz yoksa, böyle düşünmez misiniz? Bu yasalardan ilkinin belli bir şekilde düzenlenmiş, kabul edilebilir iki adalet ilkesine hayat verebilecek bir çözüm olarak görürsünüz, bu ilkelere birini reddediyor olsanız bile.⁸ İkinci ilkeyi bu şekilde ele alamazsınız; zira açıkça başkalarını yok sayan bir ilkeyi bazı kişiler için kabul etmiş olmaktadır. Öyleyse pek çoğumuz için özel durumlardaki tercihlerimiz, dama tahtası çözümünün, farklılıkları ilkeyi aşarak çözmek için kullanılan genel strateji olmasını daha kapsayıcı bir şekilde reddedimizdekiyle aynı bilmeceyi ortaya çıkarır. Dahili tavize olan düşmanlığımızı, onları tanımladığımız şekliyle hakkaniyet veya adalet ilkelerine başvurmak suretiyle açıklayamayız.

Astronomlar Neptün'ün varlığını, onu gözlemleyerek keşfetmeden önce hesaplayarak bulmuşlardı. Yörüngesi o ana kadar keşfedilmiş gezegenlerin ötesinde bulunan bir başka gezegen, yörüngeye komşu gezegenlerin hareketini açıklayabiliyordu. Dahili taviz hakkında içimizin söylediği şey, adalet ile hakkaniyetin yanında bir başka siyasi idealin bulunduğunu gösteriyor. Bizim Neptünümüz, bütünlüktür. Dama tahtası yasalara neden karşı çıktığımızın en doğal izahı, bu ideale başvurur: Bu dahili tavizleri benimsemiş olan bir devletin, taviz lehine oy vermiş veya tavizi hayata geçiren tek bir resmi görevli bile, eylemleri kişisel ahlakın gündelik standartlarıyla değerlendirildiğinde yapmaması gereken bir şeyi yapmamış bile olsa, ilkeye bağlı olmayan tarzda hareket ettiğini söyleriz. Devlet bütünlükten yoksundur, çünkü yaptığı şeyin bir kısmını gerekçelendirmek için bir ilkeyi onaylamak zorundayken, diğer kısmını gerekçelendirmek için o ilkeyi inkâr etmek durumundadır. Bu açıklama, bütünlüğü, hepsini kurtaramayacağı için bazı mahpusları kurtarmayı reddeden kişinin yakışsız insicamından ayırır. Rastgele seçilmiş bazılarını kurtarmış olsaydı, diğer eylemlerini gerekçelendirmek için ihtiyacı olan herhangi bir ilkeyi ihlal etmiş olmayacaktı. Fakat devlet, Süleymanvari bir dama tahtası çözümünü kabul ettiğinde tam da böyle hareket etmiş olur; bütünlüğün kınadığı, kişileştirilmiş devletin eylemleri arasındaki ilkesel insicamsızlıktır.

Bütünlük ve Anayasa

Dama tahtası yasalar bütünlük idealinin en dramatik ihlalleridir ve siyasi tarihimiz onlara hiç de yabancı değil. ABD Anayasası daha ilk doğum anında bile bunların berbat emsallerini barındırıyordu: Kölelik sorununda verilen taviz şöyleydi: Eyaletin Kongre'deki temsil oranı hesaplanırken eyaletteki kölelerin beşte üçü nüfusa dahil ediliyor, Kongre'nin, kurucu eyaletlerin köle

ithali yetkisini 1808'e* kadar sınırlaması yasaklanıyordu.⁹ Bütünlük, sadece böyle belli bir duruma has tavizler verilmesiyle yerle bir edilmiş olmaz, bir topluluk kendi içlerinde tutarlı fakat bir araya geldiklerinde adalet, hakkaniyet veya usule uygunluk gibi farklı ilkelerin tutarlı bir şekilde sıralanmış olmasını temsil eder şekilde savunulamadığı durumda da çığnenmiş olur. Bizzat kendi hukuk yapımızın, bütünlüğü bu daha dramatik olan tarzda sürekli ihlal ettiğini biliyoruz. Yargıçlarımızın hayata geçirdiği bütün yasa ve *common-law* kurallarını tek bir tutarlı ilke şeması altında toplayamıyoruz. (Bu gerçeğin bazı sonuçlarını 11. Bölümde tartışacağım.) Fakat yine de bütünlüğü siyasi bir ideal olarak kabul ediyoruz. Bu tarz tavizlerin yanlış olduğu, resmi görevlilerin bireyler olarak tek tek değil, toplumun bütün hâlinde ilkeye bağlı şekilde eylemde bulunması gerektiği, kolektif siyasi ahlakımızın parçasını oluşturur.

ABD'de bu ideal bir ölçüde anayasa hukukunun konusudur, zira On Dördüncü Değişikliğin eşit koruma hükmü şu an için önemli ilkesel meselelerde dahili tavizleri hukuka aykırı kıldığı şeklinde anlaşılır. Yüksek Mahkeme eşit korumanın lafzını, temel hakları bazıları için kabul eden bazıları için ise kabul etmeyen yasaları geçersiz kılmak için kullanır. Anayasa, eyaletlerin bazı hakları –sözgelimi ifade özgürlüğünü– bütün vatandaşlara teşmil etmesini gerektirir, fakat başka, anayasal temele sahip olmayan hakları vatandaşlarına tanıma konusunda serbest bırakır. Ancak eğer bir eyalet anayasal temele sahip olmayan bu haklardan birini vatandaşlarının bir bölümü için kabul ederse, bunu bütün vatandaşları için de yapmalıdır.¹⁰ Yüksek Mahkeme'nin 1973'teki tartışmalı kürtaj kararı, sözgelimi, eyaletlerin son üç ayına girmiş gebeliklerde kürtaji tümünden yasaklamalarına izin vermişti.¹¹ Fakat Mahkeme son üç ayına girmiş gebelerden sa-

* Söz konusu düzenlemeler, 1777 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda bulunan hükümlerdir.

dece tek yıllarda doğmuş olanlar için kürtajın yasaklanmasına izin vermezdi.

Bütünlük ile eşit koruma retoriği arasındaki bu bağlantı apaçık görünmektedir. Bütünlük konusunda ısrar ediyoruz, çünkü dahili tavizlerin çoğunca “kanun önünde eşitlik” ve bazen de “şeklî eşitlik” denen şeyi yok saydığına inanıyoruz. Bu tarz bir eşitliğin önemsiz olduğunu, çünkü zorbalık yönetimine karşı pek az koruma sağladığını söylemek bugünlerde moda oldu. Ne var ki bu hafife alış, şeklî eşitliğin, uzlaşımıcılığın ruhuna uygun şekilde, yasama tarafından ihdas edilmiş kuralların oldukları şekliyle hayata geçirilmesi olduğunu varsayar. Eşit koruma davaları, eşit koruma sadece kurallara değil, bu kuralları gerekçelendirme vasıtasıyla önvarsayan hakkaniyet ve adalet teorilerine sadakati talep ettiği durumda, sadece kuru bir mantıksal insicam kadar bütünlüğü de gerektirdiği anlaşıldığında, şeklî eşitliğin ne kadar önemli olduğunu gösterir.

Bütünlüğün ABD anayasal sistemi içerisindeki boyutları hakkında, önemi bu bölümde daha sonra kanıtlanacak bir başka ders daha bulmak mümkün. Bütünlük, siyasi topluluklar arasında değil, onların içerisinde, dolayısıyla tutarlılık gerekliliğinin kapsamı hakkında sahip olduğumuz herhangi bir fikir bu toplulukların büyüklüğü ve niteliği hakkında varsayımlar da içerir. Amerikan Anayasası federal bir sistem öngörür: Eyaletleri birbirlerinden ayrı siyasi topluluklar olarak tanıır ve ilke itibariyle pek çok meselede onlara egemenlik verir. Öyleyse, haksız fiil hukukunun bazı eyaletlerde diğerlerinden farklı olması ilke itibariyle siyasi bütünlük ilkesinin ihlali anlamına gelmez. Her egemen kendi sesiyle konuşur ve bu ses diğer egemenlerin sesleriyle uyumlu olmayabilir. Fakat federal bir sistemde bütünlük, ulusal ve daha yerel düzeyler arasındaki yetki ayrımına dair daha üst seviyede, anayasal düzeyde kararların verilmesini gerektirir. Yüksek Mahkeme'nin 1973 tarihli kürtaj kararına muhalefet

eden bazı biliminsanları ile siyasetçiler şimdilerde Anayasa'nın kürtaja ilgili kararları eyaletlere bırakması gerektiğini, böylece bunların bir kısmının isteğe bağlı kürtaja izin verebileceğini, başka bir kısmının bütün koşullarda yasaklayabileceğini ve bir kısmının ise bir orta yol tercih edebileceğini iddia ediyorlar.¹² Bu öneri bizatihi bir dama tahtası çözümü değil: Her bir eyaletin kendi kürtaj yasasının ilke itibariyle tutarlı olması gerektiği şeklindeki anayasal yükümlülük varlığını devam ettirecek; öneri, bütün eyaletler adına konuşmaktansa onların bağımsız egemenliklerini tanımış oluyor. Fakat bir bütünlük sorunu hâlâ varlığını koruyor: Kürtaj meselesini, eyaletlere, arzu ettikleri takdirde birbirlerinden farklı sonuca bağlayabilecekleri şekilde bırakmak, Amerikan anayasasının diğer önemli hakların kapsam ve uygulanma sahasını bütün bir millete teşmil eden geri kalan kısmıyla ilke itibariyle tutarlı mıdır?

BÜTÜNLÜK CAZİP MİDİR?

Siyasi hayatımızın bütünlüğü siyasi bir erdem olarak gördüğü iddiama dair, daha başka bir argüman ortaya koymayacağım. Mesele, yorumun diğer boyutlarına geçebilmemizi sağlayacak ölçüde netleşmiş durumda. Siyasetimizi bu tarzda iyi yorumladığımız söylenebilir mi? Siyasi kültürümüz, bu erdemi kabul eder şekilde görüldüğü takdirde daha mı cazip olur? 5. Bölümde bütünlüğe karşı geliştirilen açık bir itirazı betimlemiştim. Bütünlüğü reddeden kaygılı bir pragmatist, ideal olanı tanımlamak için kullandığımız derin, iş üstündeki kişileştirmeye saldırıyordu. Dahili bir taviz veren devletin hatalı olduğunu, çünkü "o"nun "kendini" ilkelerinden taviz verdiğini söylüyoruz. Pragmatist ise devletin, taviz verebileceği ilkelere sahip olabilecek bir varlık olmadığında ısrar ediyordu. Ne devlet ne de hükümet bir şahıstı; bunlar insanların bir araya gelmesinden ibaretti; bu birbirlerinden ayrı olan insanların herhangi biri kendi ilkeleriyle uyumsuz

şekilde eylemde bulunmadıkça, onları temsil eden devletin bunu yaptığını söylemenin ne anlamı olabilirdi ki!

Bu argümanı öne süren pragmatist, siyasi sorumluluğu gündelik, siyasi olmayan ahlak ilkelerinin dışında inşa etmeye çalışmaktadır. Tartışmasına, 5. Bölümdeki hisse senedi sahiplerinin kusurlu otomobiller nedeniyle sorumlu tutulmalarına dair ilk argümanımızın sahip olduğu tarzda devam eder. Gündelik hayatta bir kişinin bir başkasına verdiği zarar nedeniyle sorumlu olmasına dair gündelik ahlak ilkelerini uygular. Meclis üyelerinin her birinin işgal eder gördükleri pozisyon çerçevesinde kendi adalet ve hakkaniyet görüşünün gerekleri uyarınca adaletsizlik ve hakkaniyete aykırılık örneklerinin toplam sayısını azaltabilmek adına ne yapabileceğini sorar. Eğer pragmatistin bu tartışmasını takip edersek –eğer işe devlet görevlisinin kişisel sorumluluğu ile başlarsak– onun ulaştığı sonuca ulaşırız, çünkü bir dama tahtası çözümünün neden yanlış olduğuna, belli bir devlet görevlisinin verilen tavizi neden daha düzenli bir adaletsizlikten daha adaletsiz bir sonuç olarak görmesi gerektiğine dair uygun bir izahattan yoksunuzdur. Diğer yandan, eğer dahili taviz yasalarını ayırık tek bir ahlaki öznenin eylemi olarak görmekte ısrar edersek, onu bir ilkeye sahip olmamakla kınarız ve o zaman hiçbir devlet görevlisinin devletin ilkeye dayanmayan eylemlerine katkıda bulunmaması gerektiğini iddia etmek için bir nedenimiz olur. Yasama bütünlüğü ilkesini savunmak için, dolayısıyla, toplumun bizzat kendisini ahlaki bir özne olarak gören genel argüman tarzını da savunmamız gerekiyor.

Argümanımızı, metafizikten değil, siyasi erdemden çıkar-samamız gerekiyor —bir ölçüye kadar bunların farklı olduğu düşünülür. Devlet veya toplum ayırık bir varlık olduğu için, bütünlük, siyasetin ona has bir erdemidir, dememeliyiz. Söylememiz gereken, toplumu bu şekilde ele alan toplumsal ve entelektüel pratikler korunması gerektiği için toplumun ayırık bir

ahlaki özne olarak görülmesi gerektiği. Artık apaçık ve derin bir zorlukla karşı karşıyayız. Siyasi hayatta toplumsal ve siyasi kurumlar hakkında belli bir şekilde tartışmaya alışıarak yetiştik; bu kurumlara adalet veya hakkaniyet temelinde eleştiri yönelttik veya onları bu temelde savunduk. Fakat bütünlüğü bu olağan şekilde savunmayı ummamalıyız, çünkü biliyoruz ki bütünlük, hakkaniyetin veya adaletin söyledikleriyle zaman zaman çelişir. Eğer siyasi bütünlüğün kendi başına ayrı bir ideal olduğunu iddia ediyorsak siyasi tartışmanın kapsamını genişletmeliyiz. Fakat nasıl yapacağız bunu? Tek olasılık olmasa da, şöyle bir öneri var. Fransız Devrimi retoriği bizim henüz dikkate almadığımız siyasi bir ideali benimsemişti. Bütünlük savunumuzu, komşuluğun veya kardeşliğin¹³ yahut daha moda tabirle topluluk çevresinde aramalıyız.

Bütünlüğü siyasi bir erdem olarak kabul eden siyasi bir toplumun, böylece, cebri güç tekeli varsayma ve kullanma yönündeki kendi ahlaki otoritesini düzenleme şekli itibariyle kendine has bir topluluk formu hâline geldiğini iddia edeceğim. Bu, bütünlük lehine olan yegâne argüman olmadığı gibi onu benimsemiş olmanın, vatandaşların değer verebileceği tek sonucu da değildir. Bütünlük; sözcüğü, tarafgirliğe, yolsuzluğa veya devletin farklı biçimlerde gösterdiği yozlaşmaya karşı da bir koruma sağlar. Otomobil ve çamaşır makinesi üreticilerinin birbirlerinden farklı ve çelişik sorumluluk ilkelerine tabi olduğu bir sistemde kayırmacılığa ve kindarlığa daha çok yer bulunur. Bütünlük aynı zamanda daha önce gördüğümüz şekilde de hukukun etkililiğine katkıda bulunur. Eğer insanlar sadece geçmişteki siyasi kararlarla ihdas edilen açık kurullarla değil, bu kararların varsaydığı ilkelerden çıkan diğer standartlarla da yönetileceklerse, insanlar bu ilkelerin yeni koşullarda neyi gerektirdiğini anlama ve keşfetmede derinleştikçe, benimsenmiş kamusal standartlar her bir uzlaşmazlık ihtimali için ayrıntılı bir

yasama eylemine veya mahkeme kararına gerek olmaksızın organik şekilde genişleyip daralabilir. Şüphesiz, insanlar dahil oldukları topluluğun açık kurallarının ve diğer standartlarının esasında hangi ilkeleri varsaydığı hususunda ihtilafa düştüklerinde, ki kaçınılmaz olarak bazen ihtilafa düşeceklerdir, bu süreç daha az etkili şekilde çalışır. Fakat bütünlüğü kabul eden bir topluluk, hiçbir şeye sahip olmamaktansa, her zaman tümüyle etkili olmasa bile organik değişim için bir araca sahip olmuştur.

Bütünlüğün bu sonuçları, pratik sonuçlardır. Diğerleri ise ahlaki ve yansıtmacı [*expressive*] sonuçlardır. Son bölümdeki üstünkörü yaptığımız bütünlük tartışmasının başında, grup sorumluluğu lehindeki güdülerimizde biriken pek çok siyasi tutumun, bir anlamda yöneticilerimizin verdiği siyasi kararların sahibi olduğumuzu veya en azından kendimizi bu şekilde düşünmek için yeterince nedenimiz olduğunu varsaydığını görmüştük. Kant ve Rousseau özgürlük anlayışlarını bu kendisi için yasa koyma ideali üzerine bina etmişlerdi.¹⁴ Ne var ki bu idealin bütünlüğe ihtiyacı var, çünkü vatandaş ne kendisini ilke itibariyle insicamsız olan yasalar bütünüünün yazarı gibi görebilir ne de bu bütünü Rousseaucu bir genel iradenin desteklediğini kabul edebilir.

Kendi kendini yönetme idealinin, bütünlüğün desteklediği özel bir yönü daha var ve bunu görmüş olmamız bizi meşruyet ile siyasi yükümlülüğe dair asıl tartışmamıza götürecektir. Bütünlük, vatandaşların, topluluklarının kamusal standartlarını geliştirmede oynayabilecekleri rolü genişletir ve derinleştirir, çünkü aralarındaki ilişkileri bu standartlarca gelişigüzel değil tiplerine göre yönetilir şekilde görmelerini gerektirir. Eğer insanlar şekli yasamayı, kamunun adalete ilişkin daha temel bir anlayışına tutunmayı temel almaksızın sadece somut sorunlara yönelik müzakere edilmiş sonuçlar meselesi olarak anarlarsa, diğer vatandaşlarla karşı karşıya gelmelerinin iki türü arasında keskin bir ayrım yapacaklardır: Geçmişteki bazı siyasi kararla-

rın kapsamına giren vatandaşlar ile girmeyen vatandaşlar. Buna karşın bütünlük her bir vatandaşın kendine yönelmiş açık siyasi kararların ahlaki boyutunu paylaşan ve genişleten talepleri kabul etmesi gerektiğini ve başkalarından bu tarz taleplerde bulunabileceğini söyler. Dolayısıyla bütünlük, vatandaşların ahlaki ve siyasi hayatlarını iç içe geçirir: Aralarında bir uyumsuzluk çıktığında komşusuna nasıl davranması gerektiğine karar vererek, iyi vatandaşın, kendisinin de komşusunun da vatandaşlık erdemi nedeniyle bağlı olduğu müşterek adalet şemasını yorumlamasını ister.¹⁵

Bütünlük, siyasi ve özel durumların her birini, her ikisinin de faydasına olacak şekilde bir diğerinin ruhuyla doldurur. Bu devamlılığın pratik değeri olduğu kadar yansıtma [*expressive*] değeri de vardır, çünkü pratik bir avantaj olarak hemen yukarıda değindiğim organik değişim tarzını kolaylaştırır. Fakat vatandaşlar topluluğun açık siyasi kararlarında esasında hangi adalet şemasının mündemiç olduğu hususunda ihtilafa düştüklerinde, pratik değer tüketilmiş olsa bile yansıtma değer henüz tüketilmiş olmaz. Zira yansıtma değer, insanlar iyi niyetle bir başkasına siyasal bütünlükle yönetilen bir topluluktaki müşterek üyeliğe uygun şekilde muamele etmeye ve belli durumlarda bütünlüğün tam olarak neyi gerektirdiği hususunda ihtilafa düştüklerinde dahi birbirlerini bu teşebbüste bulunuyor görmeye çalıştıklarında benimsenmiş olur. Siyasal yükümlülük öyleyse, siyaset felsefecilerinin genellikle temsil ettiği gibi sadece topluluğun somut siyasi kararlarına bire bir uyma meselesi değildir. Daha protestan bir fikir hâline gelir: Her bir vatandaşın nihayetinde kendisi için olmak üzere topluluğun şeması olarak teşhis edeceği bir ilke şemasına sadakat.

MEŞRUIYET BULMACASI

Artık bütünlük ile hukukun ahlaki otoritesi arasındaki daha doğrudan bağlantıya dönüyoruz ve bu, incelememizi kitabın asıl argümanına yöneltecek. Hukuk anlayışının –anlayışlar arasındaki tartışmanın en işe yarar olduğu düzlüğün– hukuku resmi cebirin gerekçelendirilmesine bağladığını söylemiştim. Bir hukuk anlayışı, hukuk olmanın devletin cebir gücünün uygulanmasının genel gerekçesini nasıl sağladığını izah etmek durumundadır. Bu gerekçe, yarışan argümanların bilhassa güçlü olduğu özel durumlar haricinde geçerli olacaktır. Her bir anlayışın örgütlenme merkezi, bu gerekçelendirilmiş güç için sunduğu izahıdır. Dolayısıyla her bir anlayış aynı eşik sorunla karşı karşıya kalır. Cebre dair genel gerekçelendirme de dahil olmak üzere gündelik siyasette *herhangi bir şey* böyle bir izahı nasıl sağlayabilir? Siyasetin, yönetenin yönetilenin üzerinde olduğunu varsaydığı türden bir yetkilendirilmiş gücü bir kişiye verebilen nedir? Bir çoğunluğun belli bir rejimi seçmiş olması, sözgelimi, neden bu rejime, rejim aleyhine oy kullananlar üzerinde meşru güç sahibi olma yetkisi vermektedir?

Bu, cebir gücünün meşruiyetine dair klasik sorumuz. Bu sorun, başka bir klasik soruna, yani siyasi yükümlülük sorununa yüklenir. Vatandaşlar, sırf hukuk nedeniyle hakiki ahlaki yükümlülüklerle sahipler midir? Yasama organının bazı gereklilikler ihdas etmesi, vatandaşlara itaat etmek için pratik bir neden sunmanın yanında ahlaki bir neden de verir mi? Böyle bir ahlaki neden çıkarılan yasayı onaylamayan veya ilke itibarıyla yanlış olduğunu düşünen vatandaşlar için de geçerli midir? Eğer vatandaşların bu nitelikte ahlaki yükümlülüğü yoksa, o zaman devletin cebir kullanma ehliyeti ciddi ölçüde, belki de tümüyle, boşluğa düşer. Bu iki mesele –yani vatandaşlarına karşı güç kullanmasının gerekçelendirilmiş olması anlamında devletin ahlaken meşru olup olması ile devletin kararlarının vatandaşlara hakiki yükümlülükler

yükleyip yüklediği– birbirleriyle özdeş değildir. Hiçbir devlet, vatandaşın bütün yükümlülükleri için cebir uygulamamalıdır. Fakat yükümlülük cebir için yeterli koşul olmasa da, zorunlu koşul olmaya yakındır. Bir devletin bazı özel durumlarda itaat etme yükümlülüğü olmayanlara cebir uygulamak için yeterli dayanağı olabilir. Fakat hukuku katı bir şekilde ayakta tutma şeklindeki hiçbir genel siyasa, hukuk genel itibariyle hakiki yükümlülükler kaynağı değilse, gerekçelendirilemez.

Devlet, anayasal yapısı ve uygulamaları itibariyle vatandaşların, kendilerine ödevler yükleme iddiasındaki siyasi kararlara itaat etme yönünde genel bir yükümlülüğe sahip olduğu durumda meşrudur. Meşruiyete dair bir argüman, sadece bu genel duruma ilişkin nedenler sağlamaya ihtiyaç duyar. Bu anlamda meşru olan yönetimin, dolayısıyla, vatandaşlarına istediğini yapma yönünde ahlaki bir otoriteye sahip olduğunu veya vatandaşların, yönetimin verdiği her karara itaat yükümlülüğüne sahip olduğunu göstermesine gerek yoktur. Bütünlüğü siyasi bir ideal kabul eden devletin, meşruiyet açısından, bütünlüğü kabul etmeyene nispetle daha iyi bir durumda olduğunu savunacağım. Eğer dediğim gibiyse, aramakta olduğumuz türden, siyasi pratiklerimizi neden böyle bir ilke üzerinde temellenmiş hâlde görmemizin daha iyi olacağına dair güçlü bir neden de sağlamış olur. Özellikle de bütünlüğü temel alan bir hukuk anlayışı için güçlü bir argüman sağlar, zira herhangi bir hukuk anlayışı, neden hukukun meşru cebri otorite olduğunu izah etmelidir. Bütünlüğe dair iddialarımız böylece cazip bir hukuk anlayışı bulma şeklindeki asli projemize bağlanmış olur.

Zımnî Rıza

Filozoflar, modern demokrasilerin meşruiyetine dair farklı türden argümanlar ortaya koydular. Argümanlardan biri toplum

sözleşmesi düşüncesini kullanır ancak bunu, yine aynı düşünceyi adaletin niteliğini veya içeriğini ihdas etmek için kullanan argümanlarla karıştırmamalıyız. Sözgelimi John Rawls, ütopyik siyaset teorisi koşullarında en iyi adalet anlayışını seçmek için bir aygıt olarak muhayyel bir toplum sözleşmesi önerir. Kendine has belirsizlik koşulları altında herkesin kendi çıkarı açısından belli adalet ilkelerini seçeceğini iddia eder ve dolayısıyla bu ilkelerin de bizim için doğru ilkeler olduğunu söyler.¹⁶ Bu öneri hakkında her ne düşünersek düşünelim, Rawls'un adalet ilkelerinin hüküm sürmekten çok uzak olduğu gündelik siyaset koşullarında onun mevcut meşruiyet sorunumuzla doğrudan bağlantısı yoktur. Elbette eğer her bir vatandaş, hâlihazırdaki topluluğunun fiilen karar aldığı tarzdaki siyasal kararları kabul etmeyi ve o kararlara uymayı içeren gerçek, tarihte var olmuş bir anlaşmanın tarafı olsa idi her şey çok daha farklı olurdu. Anlaşmanın tarihte gerçekten yapılmış olması, gündelik siyasette bile cebir için iyi bir *prima facie** neden oluştururdu. Bu yüzden bazı siyaset felsefecileri bu türden bir toplum sözleşmesine, rıza gösterme yaşına geldiğimizde yabancı diyarlara göç etmemek suretiyle zımnen katıldığımızı söylemeye meyletti. Fakat bunu kimse ciddi ciddi uzun boylu iddia edemez. Rıza, özgürce ve sadece yabancı bir bayrak altında yaşam inşa etmeyi reddetmekten daha hakiki bir alternatif tercih imkânına sahip olarak verilmedikçe, bu argümanın gerektirdiği şekliyle insanlar üzerinde bağlayıcı olamaz. Böyle bir rızanın hakiki bir rıza olduğunu kabul etsek bile, argüman, meşruiyete dair bir argüman olarak da başarısızdır, çünkü bir egemenden ayrılanın yapacağı tek şey başka bir egemene katılmaktır; hiçbir egemene tabi olmama şansı yoktur.

* (Lat.) İlk bakışta.—çn

Adil Olma Ödevi

Rawls, tahayyül ettiği orijinal pozisyondaki insanların mutlaka adaletin gereklerini karşılayan kurumları desteklemek şeklindeki doğal ödevi benimseyeceklerini ve bu ödevi, en azından nadiren ortaya çıkan adaletsizlikler hakkaniyete uygun şekilde ulaşılan kararlarda kaldıkça, mükemmelen adil olmayan kurumları da desteklemeye teşmil edeceklerini iddia eder.¹⁷ Rawls'un genel metodunu reddedenler dahi adil veya adile yakın kurumları destekleme ödevini kabul edebilirler. Ne var ki bu ödev meşruiyete dair iyi bir açıklama sunmaz, çünkü siyasi yükümlülüğü, yükümlülüğün ait olduğu topluluğa yeterince sıkıca bağlamaz; Britanyalıların neden Britanya'nın kurumlarını desteklemek şeklinde özel bir ödevi olduğunu göstermez. Britanyalıların, Britanya kurumlarını desteklemek için, onların da adil olduğu pekala düşünülebilecek başka milletlerin kurumlarına destek çıkmaktan daha fazla fırsatları vardır. Fakat bu pratik argüman söz konusu ödevin hususiliğini kavramış olmaz. Meşruiyetin nasıl ortaya çıktığını ve vatandaşlığı nasıl tanımladığını gösteremez. Bu itiraz, kavramsal olarak evrenselci olan adaletten uzaklaşırken, farklı topluluklara yönelttiği farklı taleplerle zaten daha kişisel olan meşruiyetin kaynağı, bütünlüğe doğru yaklaşır.

*Fair Play**

Meşruiyetin en meşhur savunusu, *fair play*'den çıkarılan argümandır.¹⁸ Eğer kişi, mevcut siyasi bir örgütten menfaat elde ediyor ise o zaman bu örgütün külfetlerine katlanma yükümlülüğüne de sahiptir. Bu yükümlülük, söz konusu menfaatleri istemiş olsun olmasın veya etkin bir şekilde bu külfetlere karşı çıksın çıkmasın, onun siyasi kararlarını kabul etme yükümlülüğünü de içerir. Bu argüman, rıza-

* Kavram, Türkçede aynı şekilde yaygın olarak kullanıldığı için bu hâliyle bıraktık.—çn

dan kaynaklanan argümanın kuruntuları ile doğal adalet ödevinden kaynaklanan argümanın evrenselliğinden ve diğer kusurlarından kurtulmakta ve meşruiyetin en iyi şekilde bütünlüğe dayandırılabilceği iddiama güçlü bir rakip gibi görünmektedir. Fakat sıklıkla gördüğümüz iki karşı argümana karşı güçsüzdür. Evvela, *fair play* argümanı insanların, sırf peşine düşmedikleri ve fırsatları olsa idi reddedecekleri şeyi almış olmalarıyla yükümlülük yüklenebileceklerini varsayar. Bu hiç de makul değildir. Bir filozofun bant kaydı ile oldukça etkileyici ve değerli bir konuşmayı radyodan yayınladığını düşünün. Onu duyan herkes –hatta dinleyenler ve faydalananlar bile– filozofumuza ders karşılığında ücret mi ödemeli?¹⁹

İkincisi, *fair play* argümanı hayati bir açıdan müphemdir. İnsanların siyasi örgütten hangi anlamda faydalandığı varsayılmaktadır? En tabii cevap şu: Kişinin bütün olarak bakıldığında bu örgüt şemsiyesi altındaki durumu –iktisatçıların kullandığı şekliyle “refahı”– örgüt şemsiyesi altında olmadığı durumdan daha iyi olacaksa, kişi o örgütten fayda elde ediyordur. Fakat bu durumda her şey “olmadığı durum”la ifade edilen nirengi noktasına varıp dayanıyor ve bu nirengi noktasını belirlemek istediğimizde bir çıkmaz sokağa varıyoruz. İlke, eğer her bir vatandaşın mevcut siyasi sistem altında, o coğrafyada geliştirilebilecek başka bir sistemin altında olduğundan daha iyi olacağını göstermeyi gerektiriyorsa, çok serttir —ve hiçbir şeyi gerekçelendirmez. Zira ilkenin kapsamayı amaçladığı vatandaşların hepsi için bunu göstermek asla mümkün değildir. Ve eğer sadece tek bir vatandaşın mevcut siyasi sistem altında, herhangi bir sosyal ve siyasi örgütlenme olmaksızın, yani Hobbesçu bir doğa durumunda, olduğundan daha iyi olduğunu göstermeyi gerektiriyorsa, bu durumda da çok zayıftır —yerine getirilmesi çok kolaydır ve dolayısıyla da çok fazla şeyi gerekçelendirir.

Eğer merkezi öneme sahip fayda düşüncesine karşı yukarıda anlattığım “doğal” yorumu reddedersek, bu ikinci itirazı kendi

rotasından çıkarabiliriz. Argümanı farklı şekilde anladığımızı varsayalım: Argüman, siyasi açıdan şöyle veya böyle nötr bir bakışla değerlendirildiğinde, her bir vatandaşın refahının toplumsal veya siyasi bir örgütlenme *vasıtasıyla* artmadığını, her bir vatandaşın bu örgüte *ait olan* faydaları elde ettiğini varsayıyor olsun. Yani, vatandaşın fiilen elde ettiği fayda, örgütün üzerine inşa edildiği adalet ve hakkaniyet standartları uyarınca payına düşendir. Bu şekilde anlaşıldığında *fair play* ilkesi, meşruiyet için en azından zorunlu bir koşul dile getirmiş olur. Eğer topluluk bir kişiye, kendi yargılarına göre bile eşit davranmayı hedeflememişse, vatandaşına yönelik siyasi yükümlülük talebi açısından ölümcül bir taviz vermiş olur. Fakat toplumun kendi standartları uyarınca herhangi birine karşı ayrımcılık yapmamış olması şeklindeki negatif olgunun, neden vatandaşın, toplumun yasalarını kendisi için yükümlülük olarak kabul etmesi gerektiğine dair pozitif bir gerekçe oluşturduğu sorusunun, cevabı hâlâ belirsizdir. Bu arada, eğer ikinci itiraza bu karşılığı verecek olursak, anlattığım ilk itiraz daha da güçlü hâle gelir. Zira artık *fair play* argümanı, talep eden bir argüman olarak anlaşılmalıdır. Buna göre, vatandaşın refahı, peşine düşmediği bir tarzda arttığında vatandaş bir yükümlülük yüklenmiş olmaz, herhangi uygun bir nirengi noktası uyarınca bile refahı artmamış olabilecek tarzda muamele görmekle bir yükümlülük yüklenmiş olur. Zira, topluluğunun kendi standartları uyarınca hakkaniyete riayet eder tarzda muamele görmüş olmakta, kişinin daha fazla maddi avantaj sağlayacağına dair herhangi bir güvence bulunmaz.

TOPLULUĞUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Ahval ve Şerait

İstemediği veya tercih etmediği bir şey kendisine verildi diye kişinin ahlaki yükümlülük altına girmeyeceği doğru bir iddia

mı? Sadece bant kaydındaki filozofların yaptığı gibi, bir faydayı burnumuzun dibine sokan yabancıları dikkate alacaksak, evet, doğru bir iddiadır. Ne var ki çoğunca rol yükümlülükleri denen, fakat benim umumi, ortak veya müşterek diyeceğim yükümlülükler söz konusu olduğunda oldukça farklı kanaatler ortaya çıkıyor. Bu yükümlülüklerle kastettiğim, tıpkı kardeşlikten, arkadaşlıktan veya komşuluktan kaynaklanan sorumluluklarda olduğu gibi, toplumsal pratiğin biyolojik veya sosyal bir gruba mensubiyete atfettiği özel sorumluluklardır. Çoğu insan sırf toplumsal pratiğin tanımladığı gruplara mensubiyetle ortak yükümlülüklerle sahip olduğumuzu düşünür. Onlara göre bu bir rıza veya tercih meselesi değildir ancak grubun diğer üyeleri, ortak yükümlülük sahibi olmayı gruba ait olan faydalara da teşmil etmediği takdirde kişiler bu yükümlülüklerden kurtulur. Ortak sorumluluklara dair bu müşterek varsayımlar, siyasi yükümlülüğün de bunlar arasında sayılabileceğini gösteriyor. Bu durumda artık *fair play*'den türetilen argümana yönelik iki itirazın herhangi bir önemi kalmaz. Ne var ki topyekün bir bakışla filozoflar, sanırım iki nedenden dolayı bu ihtimali göz ardı ederler. İlk neden, çoğunca müşterek yükümlülüklerin grubun her bir üyesinin diğer üyelerin tümüne aşına olduğunu varsayan duygusal bağlara dayandığının düşünülmesi —elbette böyle bir durum geniş siyasi topluluklar açısından söz konusu olamaz. İkinci neden ise geniş, açık bir kimliğe sahip olmayan bir toplulukta, üyelere has müşterek sorumluluk düşüncesinin milliyetçilik, hatta ırkçılık kokuyor olması —ki her ikisi de büyük acıların ve adaletsizliklerin kaynakları olmuştur hep.

Dolayısıyla bildiğimiz ortak yükümlülüklerin karakteri hakkında daha derin düşünmeliyiz ki bu aşikâr itirazların ne ölçüde geçerli olduğunu görebilelim. Ortak yükümlülükler karmaşıktır ve somut vaatler ve diğer kasıtlı eylemler vasıtasıyla yüklendiğimiz kişisel yükümlülüklerin farklı türlerine oranla filozoflarca

çok daha az ele alınmıştır. Fakat ahlak alanının önemli bir parçasını oluştururlar: İnsanların çoğu açısından aileye, sevgililere, arkadaşlara, sendikaya veya iş arkadaşlarına karşı sahip olunan sorumluluklar bütün yükümlülükler arasında en önemli olanlardır. Toplumsal pratik tarihi, ait olduğumuz müşterek grupları ve onlara yakıştırdığı yükümlülükleri tanımlar. Ailenin, komşuluğun veya iş arkadaşlığının ne olduğunu tarif eder ve bu grupların herhangi bir üyesinin veya bu sınıflardan birini taşıyan kişinin diğerlerine karşı hangi borçlara sahip olduğunu belirler. Toplumsal pratik grup yükümlülüklerini bir ritüelin gereklilikleri şeklinde değil, uzlaşımların açık içerimleri yoluyla değil, yorum tutumuyla ortaya çıkarılan çok daha karmaşık şekilde tanımlar. Bu grupları tarif etmek ve bu yükümlülükleri iddia veya reddetmek için kullandığımız kavramlar yorum kavramlarıdır; insanlar arkadaşlığın gerçekten ne olduğu veya çocukların anne-babaları yaşlandığında onlara karşı nasıl bir borcu olduğu hakkında yorumcu tarzda anlamlı bir tartışma yürütebilirler. Arkadaşların tipik olarak birbirlerine nasıl davrandığına dair ham veri, arkadaşlığın getirdiği yükümlülükler hakkındaki argüman için, benim muhayyel topluluğumda nezaket hakkındaki ham verinin öne sürülen argümanların veya hukuk hakkındaki argümanların bizim için olduğundan daha belirleyici değildir.

Aile, arkadaşlık veya komşuluk gibi tekil bir pratiğin yorumunu değil daha soyut ama yine de daha genel bir ortak yükümlülük pratiğinin yorumunu ortaya koymaya çalıştığımızı düşünelim. Burada böyle bir projeyi uzun uzadıya yürütecek veya böyle bir soyut pratiğin derin ve eksiksiz bir incelemesini sunacak değilim. Fakat hızlı bir bakış bile, pek çok filozofun oldukça çekici bulduğu bir ilkeyi kabul ettiğimiz takdirde bu genel pratiğin herhangi bir açıklamasını sunamayacağımızı gösterir. Söz konusu ilkeye göre hiç kimse, bizzat kendisi seçmedikçe, belli bir kişiye karşı herhangi bir yükümlülük altına giremez. Müşte-

rek yükümlülük ile tercih arasında kabul ettiğimiz bu bağlantı çok daha karmaşıktır ve müşterek grupların birinden diğerine farklılık gösteren bir derece meselesidir. Asıl itibariyle karşılıklı rızaya dayandığını düşündüğümüz arkadaşlık gibi gruplar dahi, kişinin bir gruba katılmasında söz konusu olduğu gibi tek bir kasti sözleşmeye bağlı vaatte bulunma eylemi ile şekillenmez. Bilakis, böyle bir grup hiçbir şekilde açıkça görünmeyen ama bu türden bir vaat içeren tercihler ve olaylar zinciri çerçevesinde gelişir.

Ortak geçmişe sahip olmaya bağlı yükümlülükleri borçlandırdığımız arkadaşlarımız vardır, fakat bunu yükümlülüklerin *varsayıldığı* bir tarih gibi tarif etmek talihsiz bir açıklama olur. Daha ziyade yükümlülükleri kendine çeken bir olaylar ve eylemler tarihi söz konusudur ve biz, hikâye olgunlaştıkça özel bir konuma dahil olduğumuzun bile nadiren farkına varırız. Normalde sadece belli bir durumda bu yükümlülüklere uymak zorunda kaldığımızda veya arkadaşlık nedeniyle yorulduğumuz yahut mahcup olduğumuzda arkadaşlığın getirdiği yükümlülüklerle ilgili bir özbilince sahip oluruz; bu durumda artık onları ihanetle suçlanmadan reddetmemiz mümkün olmaz. Özel sorumluluklar taşıyan diğer grup formları –sözgelimi akademideki meslektaşlık– çok daha az oranda tercih meselesidir: Atanması aleyhine oy kullandığım bir kişi dahi iş arkadaşım olabilir. Ve pek çok insanın akrabalıktan kaynaklanan yükümlülüklerin en güçlüsü addettiği aile bireylerinin birbirlerine olan yükümlülükleri ise, en az tercihe bağlı yükümlülüklerdir.²⁰

Dolayısıyla, grup yükümlülükleri için, eğer bunların hepsini kabul ediyorsak, hemen biraz önce çoğu insanın onlar hakkında ne düşündüğünü anlatırken yaptığım tarzda, farklı bir tarzda açıklama sunmalıyız. Grupları tanımlayan ve bu gruplara mensubiyete özel yükümlülükler atfeden toplumsal pratikler uyarınca, yükümlülüklerimizi yerine getirme ödevimiz vardır, fakat bu

doğal ödev sadece başka bazı koşullar yerine getirildiğinde veya sağlandığında geçerlidir. Bütün bu diğer koşullar arasında karşılıklılık, en öne çıkan koşuldur. Kardeşime karşı, kardeş olduğumuz için, bazı özel sorumluluklarım vardır fakat bunlar, onun da bu sorumlulukları bana karşı kabul ettiği dereceye duyarlıdır; arkadaş, sevgili, komşu, iş arkadaşı veya hemşeri olduğumuzu iddia eden kişilere karşı sorumluluklarım da aynı şekilde karşılıklılığın bulunup bulunmadığına bağlıdır. Fakat bu noktada dikkatli olmalıyız: Eğer gruba ilişkin kavramlar yorumsal ise –yani eğer arkadaşlığın neyi gerektirdiği arkadaşlar arasında açık bir soru olabiliyorsa– o zaman talep ettiğimiz karşılıklılık her birimizin diğeri için, onun açısından arkadaşlığın tam da gerektirdiği şey olmasına bağlı değildir. Öyle olduğu takdirde arkadaşlık sadece arkadaşlık hakkında ayrıntılı ortak bir anlayışa sahip olan kişiler arasında mümkün olabilirdi ve bu durumda da otomatikman gerçekte olduğundan daha akdi veya kasti olurdu. İnsanlar birbirlerinin arkadaş olmasına izin vermeden önce arkadaşlık anlayışlarının uyuşup uyuşmadığını kontrol etmek durumunda kalırdı.²¹

Grup yükümlülükleri için gerekli gördüğümüz karşılıklılık daha soyut olmalı; daha çok, eşlik eden bütünlük ve yorum düşünceleriyle açıklamaya ihtiyaç duyduğumuz bir tür sorumluluğu kabul etme meselesi olmalı. Arkadaşların birbirlerine arkadaş olarak davranma yükümlülüğü vardır ve bunun anlamı, sübjektif bir ifadeyle, her birinin yorum sınavından geçemeyebileceğini, kültürümüzde arkadaşlığın kabul edilebilir bir açıklaması olmadığı itirazına açık olduğunu kabul etmeye hazır olduğu bir arkadaşlık anlayışıyla hareket etmesi gerektiğidir. Arkadaşların, ailenin veya komşuların, bu örgütlenme formlarına atfedilen sorumluluklar hakkında tüm ayrıntılara varıncaya dek anlaşmış olmalarına gerek yoktur. Grup yükümlülükleri birbirlerine karşı genel ve derinlere nüfuz etmiş, bir

kişinin diğeri için hangi türde ve ne ölçüde fedakârlık bekleyebileceğini ihtiva eden özel bir hak ve sorumluluk düşüncesine sahip üyeler arasında varlığını devam ettirebilir. Hakkıyla anlaşılan bir arkadaşlığın, bir arkadaşımın yardıma ihtiyacı olduğu durumda başkalarına verdiğim sözleri çiğneyebileceğimi ve böyle bir şeyi yapmayı sırf arkadaşım benimle aynı düşüncede değil ve bunu benim için yapmayacak diye reddetmemeyi gerektirdiğini düşünüyor olabilirim. Fakat onu arkadaştan sayabilmem ve ona karşı bu yükümlülüğü hissetmem için, onun da benim ona karşı hissettiklerimi kabaca bana karşı hissettiğine, yani başka türden de olsa benim için bazı önemli fedakârlıklarda bulunacağına inanmam gerekir.

Ne var ki bir grubun üyeleri, kişinin bir diğesine karşı borçlu olduğu yükümlülükler hakkında genel itibariyle belli tutumları edinmiş olmalıdır ki bu yükümlülükler hakiki kardeşlik yükümlülükleri sayılabilsin. Evvela, grubun yükümlülüklerini, grup üyelerinin grubun dışındakilere karşı da sahip olduğu genel yükümlülükler olarak değil, bilhassa grup içindekilere yönelik özel yükümlülükler olarak görmelidirler. İkinci olarak, bu sorumlulukların *kişisel* olduğunu kabul etmelidirler: Söz konusu sorumluluklar, grubun bir üyesi ile diğeri üyesi arasındadır, bir tür kolektif anlamdaki, gruba karşı sahip olunan sorumluluklar değildir bunlar. Kardeşim veya iş arkadaşım ailenin veya üniversitenin itibarını koruma sorumluluğu olduğunu, bunu sadece kendi kariyerine yoğunlaşmak suretiyle gerçekleştirebileceğini düşünüyor olabilir ve bu yüzden de ihtiyacım olduğunda bana yardım etmeyi veya isteğim üzerine yanımda olmayı reddedebilir. Bu toplulukların genel çıkarı açısından bütüncül bakışla bakıldığında belki de zamanını gerçekten en iyi şekilde kullanmış oluyordur. Ama sergilediği davranışlar, benim ona karşı kabul etmiş olduğum kardeşlik yükümlülüklerini devam ettirmem için gerekli olan temeli teşkil etmez.

Üçüncüsü, üyeler bu sorumlulukların, her bir üyenin gruptaki diğer üyelerin refahı için kaygı duyduğu genel bir sorumluluktan kaynaklandığını düşünmelidir; ciddi bir mali sorunla karşı karşıya kalmış bir arkadaşına yardım etme yükümlülüğü gibi sadece belli koşullar altında ortaya çıkan somut yükümlülükleri, grup içerisinde farklı tarzlarda aktif olan daha genel bir sorumluluktan çıkarsanmış ve bu sorumluluğu yansıtır şekilde görmelidirler. Kardeşlik birliği olarak algılanan ticari bir ortaklık veya müşterek bir teşebbüs, uzun bir geçmişe sahip, sözleşmeye dayalı bir ilişkiden de farklı olmak durumundadır. Kardeşlik birliğinin kendine ait bir yaşamı vardır: Her bir üye sadece resmi ilişkilerle uzun uzadıya kotarılmış apaçık anlaşmaları hayata geçirmekle ilgilenmez, aynı zamanda müşterek ticari yaşamlarında tezahür eden her bir meseleye, ortağına ortağı olması hasebiyle gösterdiği ilgiyi yansıtır şekilde yaklaşmaktadır. Farklı birlik şekilleri her bir üyenin diğerleri için sahip olduğu düşünülen genel bir ilgiyi baştan varsayar. Bu ilginin düzeyi de farklıdır –ortağıma, onun refahı oğlumun refahı kadar önemliymiş gibi davranmama gerek yoktur–, kapsamı da: Birlikteki “kardeşim”e gösterdiğim ilgi paylaştığımız ekonomik ve üretime ilişkin yaşamı kapsar ama bu ilgi, biyolojik kardeşime gösterdiğim ilgide olduğu gibi sosyal hayattaki başarısına uzanmaz. (Elbette birlikteki arkadaşım aynı zamanda dostum olabilir ve bu durumda ona karşı sorumluluklarım bir bütün olarak üst üste biner ve karmaşıklaşır.) Fakat müşterek pratik vasıtasıyla inşa edilen yaşam biçimi veya tarzında ilgi genel olmalıdır ve daha somut sorumlulukların zeminini sunmalıdır.

Dördüncü olarak, üyeler grup pratiklerinin bütün üyelere sadece ilgi değil aynı zamanda eşit ilgi de gösterdiğini varsaymalıdır. Kardeşlik birlikleri bu anlamda kavramsal olarak eşitlikçidir. Bir aile gibi, hatta hiyerarşik olarak bile yapılanmış olabilir fakat yapı ve hiyerarşi, grubun, rollerinin ve ku-

rallarının eşit şekilde herkesin çıkarına olduğu, hiçbir üyenin hayatının bir başkasının hayatından daha önemli olmadığı varsayımını yansıtıyor olmalıdır. Ordular, bu koşul yerine getirildiği takdirde kardeşlik örgütü olabilirler. Fakat bazı üyelerinin diğerlerinden kendiliğinden daha az değerli sayıldığı bazı kast sistemleri kardeşlik örgütü değildir ve müşterek sorumluluklara sahip değildir.

Öyleyse “asgari” topluluk ile “hakiki” topluluk arasında ayırım yapmaya dikkat etmemiz gerekiyor. “Asgari” topluluk, toplumsal pratiğin kardeşlik topluluğunu inşa etmeye müsait addettiği kalıtsal, coğrafi veya diğer tarihsel koşulları sağlayan topluluktur; “hakiki” topluluk ise, grup sorumluluğuna dair pratikleri yukarıda işaret edilen dört koşulu sağlayan asgari topluluktur. Hakiki topluluğun sergilediği sorumluluklar özel ve bireyselleşmiş sorumluluklardır ve kabul edilebilir bir eşit ilgi algısına uyan her tarafa nüfuz etmiş karşılıklı bir ilgiyi ifade eder. Bunlar psikolojik koşullar değildir. Üyeler birbirleriyle bir tür duygusal bağ hissetmedikçe topluluğun bu koşulları karşılması veya koşulları uzun süre devam ettirmesi söz konusu değilse de, koşulların bizzat kendileri bunu talep etmez. Koşulların gerektirdiği ilgi, belli bir sayıdaki fiilen mevcut üyenin psikolojik özelliği değil, grubun sorumlulukları ortaya koyma ve benimseme pratiklerine dair bir yorum özelliğidir ve bu pratikler doğru ilgi düzeyine sahip insanların benimseyeceği pratiklerdir. Öyleyse, siyasi yükümlülükleri birlik yükümlülüklerine benzetmeye karşı duran varsayımına karşıt olarak, birlik oluşturan topluluklar, her bir üyenin diğer üyeleri sevmesi, hatta diğer üyelerin farkında olmaları veya diğerlerinin kim olduğunu bilmeleri zorunlu bir koşul olsa idi olabileceklerinden daha geniş ve daha anonim olabilirler.

Bu dört koşulda yer alan hiçbir şey, kardeşlik yükümlülüklerinin tümüyle gönüllü olması gerekmediğine dair başlangıçtaki

öncülümüzle çelişmez. Eğer koşullar yerine getirilirse, asgari topluluktaki insanlar, istiyor olsunlar veya olmasınlar, hakiki topluluktaki yükümlülüklerle sahip olurlar; ne ki, elbette, üyelerin çoğunluğu bu yükümlülükleri benimseyip değer vermedikçe bu koşullar sağlanmış olmaz. Dolayısıyla hakiki toplulukların aynı zamanda asgari topluluklar da olmasında ısrar etmek daha önemlidir. İnsanlar, sırf diğer üyeler onları öyle görmeye meyilli diye, “asgari düzeyde” bile ait olmadıkları bir topluluğun gayri-iradi “saygıdeğer” üyesi olamazlar. Fiji’deki insanlar şu veya bu nedenle bana Fiji vatandaşı gibi muamelede bulunmaya karar verdiler diye Fiji vatandaşı olamam. Aynı şekilde, uçakta yanımda oturan bir yabancı benim onun arkadaşı olduğuma karar verdi diye onun arkadaşı olmam.

Adaletle Çatışma

Buraya kadar yapılan tartışma için önemli bir çekinceyi dile getirmemiz gerekiyor. Tarif ettiğimiz çeşitli koşulları karşılayan hakiki topluluklar bile adaletsiz veya adaletsizliği teşvik edici olabilir ve dolayısıyla da bir kurumun bütünlüğü ile adilliği arasında daha önce gördüğümüz çatışmayı çeşitli şekillerde üretiyor olabilir. Hakiki müşterek yükümlülükler iki şekilde adaletsiz olabilir. İlkinde, yükümlülükler grubun üyeleri açısından adaletsiz olabilir: Yansıttıkları eşit ilgi algısı, samimi de olsa, kusurlu olabilir. Sözelimi, bir topluluktaki aile örgütlenmesinde kız çocukları ile oğlan çocukları için eşit ilgi, biri üzerinde diğerine nispetle daha esnek bir yönlendirmeyi gerektirir şekilde anlaşılıyor olabilir ve bu sıkı bir gelenek olarak uygulanıyor olabilir.²² İkincisinde ise grubun üyesi olmayan kişilere adaletsizlik yapılıyor olabilir. Toplumsal pratik, birliği ırka veya dine dayanan grup şeklinde tanımlamıştır ve bu grup, üyelerinin, gruba üye olmayanlara toplumsal açıdan, iş verme açısından veya genel olarak ayrımcılık yapmasını şart koşuyor olabilir. Eğer ay-

rımcılık yapan grup daha büyük olan grubun içerisinde büyük veya güçlü olursa ayrımcılığın sonuçları gruba yabancı olanlar açısından ciddi hâle gelir, ki bu durum adaletsizlik oluşturur.²³ Çoğu durumda bu türden bir ayrımcılık grup üyelerinin herkeşe karşı olan soyut adalet ödevleriyle değil, aynı zamanda daha geniş veya farklı birlik niteliği taşıyan topluluklara da mensup olmaları hasebiyle sahip oldukları birlik yükümlülükleri ile de çatışacaktır. Zira benim ırkıma veya dinime mensup olmayan bu kişiler aynı zamanda komşularım, iş arkadaşlarım veya (tartışmayı devam ettirmek adına) benimle aynı vatandaşlığa sahip kişiler ise, ırkıma veya dinime dayalı grubumun talep ettiği sorumluluklara riayet ederken, onlara karşı bu birliklere mensup olmaktan kaynaklanan sorumluluklarım olup olmadığı sorusu ortaya çıkar.

Bu çatışmalar üzerine kafa patlatırken, birlik sorumluluklarının yoruma tabi olduğunu ve adaletin, herhangi bir kişinin, hakkıyla anlaşıldığı şekliyle, gerçekten hangi birlik sorumluluğuna sahip olduğuna karar verirken olağan yorumcu rolünü oynayacağını unutmamalıyız. Eğer toplumsal pratiğin çıplak olguları bir karara varmamızı mümkün kılmıyorsa, ebeveynlerin çocukları üzerinde mutlak bir yönetim yetkisine sahip olmalarının adaletsizlik olduğu yönündeki inancım, aile kurumunun gerçekten bu özelliğe sahip olup olmadığına dair kanaatlerimi etkileyecektir, tıpkı 2. Bölümdeki hayali topluluğumuzdaki vatandaşın toplumsal konumun adilliğiyle ilgili inançlarının nezaketle ilgili inançlarını etkilemesi gibi. Çocuklar üzerindeki yönetim pratiği meselesi hâllolsa ve sorgulanmaz hâle gelse bile yorum tutumu onu hata olarak görebilir, çünkü kurumun geri kalan kısmını gerekçelendirmek için zorunlu olan ilkeler bu pratiği kınamaktadır. Ne var ki yorum tutumunun, her zaman bir birlik kurumunun açıkça adaletsiz olan bir özelliğini ondan ayrı görmeyi haklı kılacağıının garantisi yoktur. Çocuklar üzerindeki adaletsiz bir

yönetim yetkisinin bazı kültürlerin aile pratiklerinin tam da merkezinde bulunduğunu veya savunulması mümkün olmayan bir ayrımcılığın ırka veya dine dayalı bir bağlılığın sergilediği pratiklerin tam da kalbinde yer aldığını teslim etmemiz gerekebilir. Öyleyse, başka bağlamlarda daha önce işaret ettiğimiz başka bir olasılığı görmemiz gerekiyor. En iyi yorum, tümüyle şüpheli olan yorum olabilir: Kuruma dair hiçbir yetkin açıklama, onu tümüyle adaletsiz göstermek suretiyle başarısız olmamalıdır ve böyle olduğu takdirde terk edilmelidir. Bu sonuca ulaşan kişi, bu pratiğin hakiki yükümlülükler yükleyebileceğini de reddeder. Yükleme iddiasında olduğu yükümlülüklerin yarışan bir ahlaki ilkeyle tamamen boşa çıkarıldığını düşünür.

Bu durumda birlik yükümlülüğüne dair açıklamamız artık şu karmaşık yapıya sahip: Toplumsal pratik meseleleri ile eleştirel yorum meselelerini anlatacağımız tarzda bir araya getiriyor. Müşterek yükümlülük sorunu, pratiğin bu tip yükümlülükleri taşıdığını belirlediği gruplar dışında ortaya çıkmaz. Yani, birlik teşkil eden topluluklar öncelikle asgari topluluklar olmalıdır. Fakat toplumsal pratiğin kurduğu her grup, birlik topluluğu değildir: Asgari topluluk, ilan ettiği sorumlulukların hakiki hâle gelmesinden önce hakiki topluluğun dört koşulunu karşılamalıdır. Yoruma bu aşamada ihtiyaç duyulur, çünkü pratiğin hakiki topluluğun koşullarını karşılayıp karşılamadığı meselesi, pratiğin olması gerektiği gibi anlaşılıp anlaşılmadığına dayanmaktadır ve bu, yoruma ilişkin bir sorudur. Yorum kısmen bir adalet meselesi olduğundan, bu aşama apaçık adaletsiz olan sorumlulukların, pratiğin gerektirdiği diğer sorumlulukları gerekçelendirmede ihtiyaç duyulan ilkelerce kınanmaları nedeniyle, esasında pratiğin parçası olmadığını gösterebilir. Fakat buna güvenemeyiz: Mümkün olan en iyi yorum, adaletsiz olan özelliklerin yapının geri kalan kısmıyla telif edilebilir olduğunu gösterebilir. Sonrasında, yüklediği yükümlülükler

ilk bakışta hakiki olsa bile, bu yükümlülükleri boşa çıkaran adaletsizliğin çok ciddi ve köklü olup olmadığı sorusu ortaya çıkar. Böyle bir ihtimal vardır ve ırka dayalı birlik ve ayrımcılık buna uygun örnekler gibi durur. Fakat bazen adaletsizlik bu ölçüde büyük olmaz; o zaman da, pratiğin yarattığı adaletsiz yükümlülükler tümüyle ortadan kaldırılmadığı için ikilemler ortaya çıkar.

Bu karmaşık yapıyı daha önce kullandığım bir örneği genişleterek gösterebilirim. Ebeveynlere oğullarının değil ama kızlarının eşlerini seçme yetkisi veren kültürlerde bir kız çocuğun babasının isteklerine saygı gösterme yükümlülüğü var mıdır? Öncelikle asgari aile kurumunu, burada ele alındığı şekliyle, hakiki topluluğa dönüştüren dört koşulun karşılanıp karşılanmadığını sorarız ve bu da adalet hakkındaki kanaatlerimizin şekilleneceği bir yorum soruları yumağı ortaya çıkarır. Kültür, hakikaten kadınların erkekler kadar önemli olduğunu kabul ediyor mu? Kız çocukları üzerindeki ebeveyn yetkisinin hakikaten kız çocuklarının çıkarına mı olduğunu düşünüyor? Eğer değilse, eğer kız çocuklarına yönelik ayrımcı muamele onların oğlan çocuklarından daha az değerli olduğu şeklindeki daha genel bir varsayımda temelleniyorsa, birlik hakiki bir birlik değildir ve ondan ayrı bir birlik yükümlülüğü çıkmaz. Öte taraftan, eğer kültür cinsler arasındaki eşitliği kabul ediyorsa, kız çocuklarına karşı yapılan ayrımcılık, aile kurumu içerisindeki bir hata olarak görülebilecek ölçüde kurumun geri kalanıyla uyumsuz olabilir ve böylece kurum kabul görse bile bu ayrımcılık gerçek bir gereklilik olmayabilir. Sonuç olarak da bu nedenle çatışma ortadan kalkar.

Fakat kültürün cinslerarası eşitliği kabul ettiğini ama iyi niyetli şekilde, eşit ilginin ebeveynlere, aile hayatının tüm yönlerinde kadınlar için korumacı olmayı gerektirdiğini ve ebeveynlerin kız çocuğunun evliliği üzerindeki bu denetiminin

aile kurumunun geri kalan kısmıyla uyumlu olduğunu düşünelim. Eğer bu kurum başka bir şekilde ciddi ölçüde adaletsiz ise –sözgelimi aile üyelerini ailenin çıkarları için suç işlemeye zorluyor ise– onun devamını önerecek şekilde gerekçelendirilmesinin herhangi bir yolunun olmadığını düşünürüz. Tutumumuz tümüyle şüphecidir ve yine herhangi bir hakiki birlik sorumluluğunun varlığını, dolayısıyla herhangi bir çatışmayı reddederiz. Öte yandan, kurumun gerektirdiği paternalizmin, adaletsiz addetmeye meyilli olduğumuz yegâne özelliği olduğunu varsayalım. İşte şimdi elimizde hakiki bir çatışma var. Aile üyeliğinin doğurduğu sorumluluklar hakiki sorumluluklar olarak ortaya çıkar. Kız çocuğunun ebeveynlerinin evlilik konusundaki tercihinin saygı göstermesi şeklindeki sorumluluğu da hakiki sorumluluktur, fakat özgürlüğe veya bazı başka haklara başvurmak suretiyle geçersiz kılınabilir. Buradaki fark önemli: Babasının rızası hilafına evlenen bir kız evlat, hikâyenin bu versiyonunda, pişman olması gereken bir şey yapmıştır. Babasına bir açıklama, hatta bir özür borçludur ve zaten yapması gerektiği gibi davranarak topluluğun üyesi olmaya devam edebilmek için uğraşmalıdır.

Birlik yükümlülüğünün yapısına, diğer sorumluluk ve haklarla çatışmasının niteliğine ve hangi durumlarda bu çatışmaların ortaya çıkabileceğine kaydeder yer ayırdım. Zira siyasi yükümlülüğün nasıl birlik yükümlülüğü olarak görülebileceğini göstermeyi amaçlıyorum ve bu da ancak birlik yükümlülüklerinin genel yapısı, siyasi yükümlülük ortaya çıkmadan önce karşılanmasını düşündüğümüz koşulları ve diğer türdeki yükümlülüklerle çatıştığında çürütmemiz veya göstermemiz gerektiğine inandığımız hâlleri açıklamamızı mümkün kıldığı takdirde makul olabilir. Burada sonuçlandırdığımız tartışmada, 3. Bölümde, vatandaşların veya yargıçların topluluklarının hukuku ile daha soyut olan adalet arasında bulabilecekleri çatışma türlerine dair

ilk tartışmamız yankılanıyor. Orada, şer coğrafyalarında hukukun ortaya çıkardığı ahlaki ve hukuki sorunları açığa çıkarırken aynı yapıyı ve aynı ayrımları kullanmıştık. Bu yankı hukuka itaat yükümlülüğü de dahil olmak üzere siyasi yükümlülüğün birlik yükümlülüğünün bir formu olduğu şeklindeki mevcut tezimizi destekliyor. Birlik yükümlülüğü ile olan çatışmaya dair incelememiz de daha önce kısaca işaret ettiğim bir itiraza cevap vermek açısından önemli. O itiraz, siyasi yükümlülüğü birlik yükümlülüğü olarak görmenin milliyetçiliğin, milli çıkarlar uğruna savaşı kulak tırmalayan tarzda onaylaması dahil olmak üzere çok da cazip olmayan bazı yönlerini desteklediğinden yakınıyordu. Artık şöyle karşılık verebiliriz bu itiraza: Siyasi pratiklerimizin en iyi yorumu, asgari pratiğin bile açıkça onaylamadığı bu özelliği boşa çıkarır. Militan milliyetçilik ile adalet standartları arasında bir çatışma olursa, çatışma ikincisi lehine çözümlenmelidir. Bu iddialar, ne daha erdemli milli topluluk idealini tehdit eder ne de bunun gerektiği özel sorumluluklara taraf olur, ki bu meseleyi şimdi ele alacağız.

KARDEŞLİK VE SİYASİ TOPLULUK

Nihayet hipotezimizi doğrudan ele alabileceğiz. Hipotez şu: Siyasi meşruiyetin –siyasi topluluğun üyelerine kolektif topluluk kararları aracılığıyla yükümlülük sahibi varlıklar olarak muamelede bulunma hakkının– en iyi savunusu, filozofların bulmayı umut ettikleri gibi, sözleşmelerin, adaletten kaynaklanan ödevlerin veya yabancılar arasında söz konusu olabilecek *fair play* yükümlülüklerinin kurak zemininde değil, kardeşliğin, topluluk olmanın ve bunlara eşlik eden yükümlülüklerin verimli topraklarında bulunabilir. Siyasi birlik, aile ve arkadaşlık ile daha yerel ve yakın ilişkiye dayanan diğer birlik formları gibi, kendi içinde yükümlülüklerle gebedir. Çoğu insanın mensup olacağı siyasi topluluğu bizzat seçmediği, siyasi bir topluluk içinde doğduğu

veya çocukluğunda siyasi bir topluluğa getirildiği iddiasına bir itirazım yok. Bildiğimiz kardeşlik topluluklarını, tamamen tercihle mensup olunanlardan tercih olmaksızın içinde bulunulanlara doğru bir tayfta konumlandırırsak, siyasi topluluklar merkeze yakın bir yerlerde bulunurdu. Siyasi yükümlülükler, ailenin getirdiği yükümlülüklerden daha fazla iradeye bağlıdır, çünkü siyasi topluluklar insanların göç etmesine imkân tanır ve bu tercihin pratikteki değeri her ne kadar çoğunca pek azsa da, bu imkânı reddeden tiranları düşündüğümüzde, tercihin bizzat kendisi önemlidir. Dolayısıyla, siyasi bir topluluk için münasip şekilde tanımlanmış, kardeşlik yükümlülükleri açısından diğer sorunlu koşullar karşılanmış olan asgari siyasi toplulukların üyesi insanlar siyasi yükümlülüklerle sahiptir.

Öyleyse siyasi bir topluluk için bu koşulların hangi açıklamasının münasip olduğunu sormalıyız, fakat bundan önce durup meşruiyet sorununun bu “çözümü” hakkındaki şu yakınmaya bakmamız gerekiyor: “Bu, sorunu çözmiyor, ortada bir sorunun olduğunu tümünden inkâr etmek suretiyle meseleyi savuşturuyor.” Bu yakınmada bir miktar haklılık payı var ama çözümü tahrip etmeye yetecek ölçüde değil. Yeni yaklaşımın meşruiyet sorununun yerini değiştirdiği ve böylece argümanın karakterini değiştirmeyi umduğu doğru. Siyasi meşruiyetin bizzat kendisinin mümkün oluşunu sorgulayanlardan saldırılarını genişletmesini ve, ya birlik yükümlülüklerinin hepsini inkâr etmelerini ya da siyasi yükümlülüğün neden birlik yükümlülüğü olamayacağını göstermelerini istiyor. Meşruiyeti savunanlardan iddialarını yeni, daha geniş bir alanda sınamalarını istiyor. Her iki yöne de meyilli olan siyaset felsefecilerinden, asgari siyasi topluluğun, müşterek yükümlülüklerin filizleneceği hakiki bir topluluk olma iddiasında olabilmesi için, nasıl olması gerektiğini düşünmelerini istiyor.

Asgari topluluğun koşullarını siyasi pratikte bulmakta zorluk çekmeyiz. İnsanlar, bilhassa kolonyal hâllerde veya millet-

ler arasındaki mevcut bölünmeler önemli tarihi, etnik veya dini kimlikleri görmezden geldiğinde siyasi toplulukların sınırları konusunda ihtilafa düşer. Fakat bunlar yorum sorunları olarak ele alınabilir ve her halükârda şu an için asıl ilgimizi yönelttiğimiz ülkelerde ortaya çıkmazlar. Pratik, Büyük Britanya'nın²⁴ ve ABD'nin çok sayıdaki eyaletinin sınırlarını, bunların her biri asgari siyasi topluluklar olabilecekleri ölçüde belirler. Hâlihazırda da işaret ettiğimiz gibi, yaygın siyasi kanaatlerimiz, söz konusu topluluklara bağlı görevlilerin kendi toplulukları içinde ve kendi topluluklarına karşı özel sorumluluklara sahip olduğunu varsayar, ki bunun farkındayız.²⁵ Siyasi topluluklara bağlı temel yükümlülükleri tarif ederken de zorluk yaşamayız. En merkezde duran yükümlülük, siyaset felsefesinin oldukça problematik bulunduğu hukuka sadakat yükümlülüğüdür. Öyleyse asıl meselemiz, teşhis ettiğimiz dört koşul. Bunlar siyasi toplulukta nasıl bir biçim alırlar? Asgari siyasi topluluğun hakiki kardeşlik tarzında birlik olabilmesi için siyaset nasıl olmalıdır?

Topluluğun Üç Modeli

Siyasi topluluğu bir birlik olarak tasavvur edebilmemiz ancak gündelik siyasi tutumlarımız mezkûr dört koşulun ilkinin yerine getirebildiği takdirde mümkündür. Ulusumuzun diğer üyelerine dair özel çıkarlarımızın ve onlara karşı özel yükümlülüklerimizin olduğunu varsayıyoruz. Amerikalılar siyasi taleplerini, isteklerini, hayallerini ve ideallerini, ilk önce diğer Amerikalılara yöneltilir; Britanyalılar ise diğer Britanyalılara vb. Topluluğu, adalet ve hakkaniyeti önceler şekilde ele alıyoruz. Yani, adalet ve hakkaniyet sorunlarının, belli bir siyasi grupta neyin hakkaniyete uygun veya adil olacağına dair sorular olduğunu düşünüyoruz. Bu şekilde siyasi toplulukları birlik özelliği taşıyan hakiki topluluklar olarak görmüş oluyoruz. Vatandaşlıktan kaynaklanan yükümlülükler ve sorumluluklar hakkındaki daha başka hangi

varsayımlar bu tutumu diğer koşulları yerine getirmek suretiyle gerekçelendirebilir? Bu, her ne kadar cevabın verilmesinde kısmi bir rolü varsa da, betimsel sosyolojinin sorunu değildir. Yani, siyasi istikrarı yaratmak ve korumak için hangi tutum, kurum veya geleneklere ihtiyaç duyduğumuza dair ampirik soruyla ilgilenmiyoruz. İlgilendiğimiz, kurmaya çalıştığımız hakiki topluluk varsayımını gerekçelendirmek için siyasi pratiklerimizin karşılıklı ilgi ve sorumluluğa dair hangi niteliği yansıtmaya gerektiği.

Bir topluluğun siyasi pratikleri, siyasi birliğin üç genel modelinden bir tanesini yansıtmayı amaçlamış olabilir. Her bir model, üyelerin topluluk modelinin yansıttığı görüşe sahip olması durumunda, siyasi bir topluluğun üyelerinin bilinçli şekilde birbirlerine karşı takınacağı tutumlarını tarif eder. İlk model, topluluğun üyelerinin birliklerini sadece, tarihte ve coğrafyada, diğer örnekler gibi, *de facto* bir tesadüf gibi görür ve dolayısıyla da birlik niteliği taşıyan hakiki bir birlik değildir. Topluluklarını bu şekilde gören insanların başka insanları sadece kendi amaçları için birer araç olarak görmesi zorunlu değildir. Bir ihtimal şu: Birbirlerinin ahlaki anlayışlarından ve dinlerinden nefret eden milletlere mensup iki yabancıların iki ülke arasındaki bir deniz savaşının ardından çölden ibaret bir adada mahsur kaldığını düşünelim. Onları adada bir araya getiren, mevcut koşullardan başka bir şey değildir. Her ikisi de birbirine muhtaç olabilir ve bu yüzden de birbirlerini öldürmekten kaçınabilirler. Bir tür iş bölümü uygulayabilirler. Her biri, anlaşmaya uymanın menfaatine uygun olduğunu düşündüğü müddetçe iş bölümü anlaşmasına sadık kalabilir, fakat anlaşmaya uymanın menfaatine uygun olmadığı noktadan sonra veya başka bir nedenle anlaşmaya uymaktan vazgeçebilir. Fakat *de facto* birlik için başka ihtimaller de var. İnsanların siyasi topluluklarını *de facto* görmesinin nedeni bencil olmaları değil de bir bütün olarak dünyaya yönelmiş

adalet tutkusuyla dolu olmaları ve toplulukları ile diğerleri arasında herhangi bir fark görmemeleri olabilir. İdari bir makamı işgal eden ve bu görüşe sahip olan bir siyasetçi, seçmenlerini, kendilerine yardım edebileceği bir konumda olduğu insanlar olarak görecektir, çünkü onlara yardım edebilmek için –makamından kaynaklanan– özel araçlara sahiptir, fakat ne yazık ki bunlar diğer gruplara yardım etmede kullanılamayacaktır. Kendi topluluğuna karşı özel sorumlulukları olmadığını ve dolayısıyla da ilke itibariyle daha önemli olmadıklarını düşünecektir. Sonuç olarak da, genelin adaletini kendi seçmenlerinin çıkarlarını tali konuma getirmek suretiyle geliştirebildiği durumda, böyle yapmanın doğru olacağını düşünecektir.

İkinci topluluk modeline “talimname” modeli ismini veriyorum. Siyasi bir topluluğun üyelerinin, bu topluluğa has, belli bir şekilde koyulmuş kurallara itaat etme yönünde genel bir vaatte bulunduğunu varsayar. Kuralları belirlenmiş bir oyunda rakip olan, kendi çıkarlarının peşinde koşan ama aynı zamanda dürüst insanlar düşünün. Veya sınırlı ve geçici bir ticari teşebbüsün taraflarını ele alın. Kabul veya müzakere ettikleri kurallara sadece strateji icabı değil, bir yükümlülük olarak da uymaktadırlar, fakat bu kuralların içeriğinin, yükümlülüklerini tükettiğini düşünürler, yükümlülükleri kurallara uymaktan ibarettir. Müzakere edilmiş olan kuralların, kendileri de başka yükümlülüklerin kaynağı olan temel ilkelere ayrıca uyma vaadi içerdiğini düşünmezler; buna karşın, bu kuralları, çatışan çıkar veya bakış açıları arasındaki bir uzlaşma olarak görürler. Eğer kurallar, sözleşmede olduğu gibi, özel bir müzakerenin ürünüyse her bir taraf mümkün olan en fazlayı almaya çalışırken, mümkün olan en azdan vazgeçmeye çalışmıştır ve dolayısıyla da taraflardan herhangi birinin vardıkları anlaşmanın açıkça üzerinde uzlaşmamış herhangi bir şeyi kapsadığını iddia etmesi sadece hata değil aynı zamanda hakkaniyete de aykırı olacaktır.

4. Bölümde gördüğümüz uzlaşımçı hukuk anlayışı, topluluğun bu talimname modelinin yoldaşdır. Uzlaşımçılık, her biri kendi adalet ve hakkaniyet anlayışını müzakere ve uzlaşma çerçevesindeki doğru bir ilişkiyle ilerletmeyi isteyen, sadece, uygun şekilde ulaşılan bir uzlaşma sonrasındaki kurallara, bunlar yeni bir uzlaşma ile değiştirilinceye kadar riayet edilmesi gerektiği şeklinde üstün bir ilkeye tabi olan insanlar için çok uygundur. Talimname topluluk modeli ile eşleştirilmiş bir uzlaşımçı felsefe dama tahtası yasalarımızın dahili tavizlerini kabul edecek, tıpkı riayet edilmesi gereken başka bir pazarlık gibi müzakere yoluyla ulaşılmış uzlaşmalar olarak görecektir. İlk iki topluluk modeli –koşulların getirdiği topluluk ile kurallar meselesi olarak topluluk– bütünlük ideali olan, dama tahtası tavizlerine karşı çıkmak için sahip olduğumuz yegâne temeli, yani topluluğun, hukukun bir kısmını gerekçelendirmede gerekli olan ilkelere hukukun diğer kısımlarında da riayet etmesi gerekliliğini reddetmekte hemfikirdir.

Üçüncü topluluk modeli, ilke modelidir. Siyasi topluluğun ortak bir anlayış gerektirdiği hususunda talimname modeli ile uzlaşır fakat anlayışın ne olduğu konusunda daha cömert ve şümüllü bir görüşe sahiptir. İnsanların hakiki bir siyasi topluluğun üyesi olabilmesi ancak kaderlerinin şu güçlü şekilde birbirine bağlanması ile mümkündür: Sadece siyasi uzlaşmanın resmi görüşmelerle ortaya çıkarılmış kurallarıyla değil, ortak ilkelerle de yönetildiklerini kabul etmiş olmalıdırlar. Siyaset, bu tarzdaki insanlar için farklı bir niteliği haizdir. Siyaset onlar için topluluğun hangi sistemi benimsemesi gerektiği hakkındaki tartışmanın yapılacağı sahnedir. Bu tartışmada topluluğun adalet, hakkaniyet ve usule uygunlukla ilgili hangi görüşü seçeceği konuşulacaktır. Diğer modeller için uygun olan hikâyeden farklıdır. Orada her bir kişi, geniş bir iktidar alanında, kendi kanaatlerinin bayrağını mümkün olduğunca daha çok

dalgalandırmak için uğraşmaktadır. İlke toplumunun üyeleri siyasi hak ve yükümlülükleri, siyasi kurumların ulaştığı belirli kararlar vasıtasıyla tüketilmiş hak ve yükümlülükler olarak görmez. Onların hak ve yükümlülükleri, daha genel olarak, bu kararların varsaydığı ve benimsediği ilkeler şemasına dayanır. Dolayısıyla her bir üye, resmi olarak belirlenmiş ve ilan edilmiş olmasalar bile, bu şemadan kaynaklanan yükümlülükleri olduğunu, diğer üyelerin de bu şemadan kaynaklanan hakları olduğunu kabul etmiştir. Üyeler, bu ilave hak ve yükümlülüklerin, söz konusu şemayı bütün içtenliğiyle onaylamış olması koşuluna bağlı olduğunu da varsaymazlar; söz konusu yükümlülükler, topluluklarının tarihsel bir olgu olarak bu şemayı kabul etmiş olmalarından doğar, ki bu durumda yükümlülükler topluluğa hastır. Kişinin tercih etme şansı olsaydı bu yükümlülükleri seçeceği gibi bir varsayım söz konusu değildir. Kısaca, her bir üye siyasi bütünlüğü ayrı bir siyasi ideal olarak kabul eder ve siyasi ahlak konusunda normalde ihtilafa düşeceği kişiler arasında bile bu idealin genel kabul görmüş olmasını siyasi topluluğun kurucu bir unsuru olarak görür.

Artık bulunduğumuz aşama hayati bir soruyla karşılaşmak için hazır (veya hazırlanmış) durumda. Bu topluluk modellerinin her biri siyasi bir topluluğun üyelerinin birbirlerine karşı genel tutumlarını tarif ediyor. Peki, bu tutumlardan birini veya diğerini yansıtan siyasi pratikler daha önce işaret ettiğimiz birlik niteliği taşıyan hakiki topluluğun koşullarını yerine getirmiş midir? Koşulların getirdiği *de facto* model üzerinde pek fazla durmamıza gerek yok. Zira model, ilk koşulu bile yerine getirmez: Başkasına gösterilecek ilgiye dair herhangi bir özel tutum vasıtasıyla asgari siyasi topluluğa kattığı herhangi bir şey yoktur. Topluluktaki insanların, kendi bencil çıkarları haricinde, diğerlerine yönelik herhangi bir ilgisinin olmadığını söyler. Böyle bir topluluk, sadece, kendi anladıkları şekliyle adalet ve hakkaniyet

erdemlerini güvence altına almak üzere hareket eden fedakâr insanlar arasında ortaya çıktığında dahi, bu insanların kendi topluluklarındaki üyeler açısından adalet ve hakkaniyete dair özel bir ilgileri bulunmaz. (Esasında, sadece niteliği itibariyle evrensel olan soyut adaletle ilgi gösterdiklerinden, özel ilgi göstermek için sahip oldukları bir zemin de bulunmaz.)

Talimname topluluk modeli daha ümit verici görünüyor. Zira üyeleri birbirlerine karşı, kendi görüşü çerçevesindeki adaletin yerine getirilmesi şeklindeki herkesin sahip olduğu genel ilginin ötesinde, her bir kişinin, mevcut siyasi düzenlemeler uyarınca alınan siyasi kararlardan tam olarak faydalanması gerektiğini ifade eden özel bir ilgiye sahiptir. Bu ilgi, ikinci koşulu yerine getirmek için gerekli olan tekilleşmiş niteliğe sahiptir: Her bir kişiden ayrı ayrı diğer tüm kişilere yönelik şekilde işler. Fakat model üçüncü koşulu karşılamaz, çünkü gösterdiği ilgi yaygınlaşmış sayılmak için çok sığlaşmış ve zayıflamıştır, esasında hakiki bir ilgi bile sayılmaz. Talimname topluluğunda insanlar siyasette neredeyse koşulların getirdiği toplulukta olduğu kadar bencilce davranma serbestisine sahiptir. Her bir üye mevcut siyasi mekanizmayı kendi çıkar veya ideallerini gerçekleştirmek için kullanabilir. Bu mekanizma bir kez bir hukuk kuralı veya yargı kararı formunda somut bir karar üretti mi, üyelerin bu kararın ondan faydalanması muhtemel herkes için hayata geçirilmesini güvence altına almayı özel bir yükümlülük olarak göreceği doğrudur. Ancak bu vaat onu hakiki bir ilgiyi yansıtır şekilde görmek için fazlasıyla şeklidir, ortaya çıkaracağı durumlardan çok kopuktur ve bu yüzden de kardeşlik ifadesi olduğu çok da inandırıcı değildir. Siyasi sürece çok geç katılır; kişilerin, hayati önemi haiz yasama aşamasında, onların hesabına her bir mümkün avantaj güvence altına alındıktan sonra kardeşleri olarak görmesi beklenen diğer üyeler için herhangi bir sorumluluk hissine veya ilgiye sahip olmadan eylemde bulunmasına izin ve-

rir. *Fair play*'den bildiğimiz bu argüman biçimi –‘faydalandığın ve onlara uygun oynaman gereken kurallar bunlardır’ argümanı– bilhassa talimname topluluğu için uygundur, zira, daha önce de söylediğim gibi, siyaseti bir tür oyun olarak görür. Fakat argümanın, başlangıçtan beri gördüğümüz itirazlara karşı en kırılgan olan biçimi de budur.

İlke modeli, en azından ahlaken çoğulcu bir toplumda herhangi bir modelin yapabileceği ölçüde bütün koşullarımızı karşılar. Vatandaşlıktan kaynaklanan sorumlulukları, her bir vatandaş için özel kılar: Her bir vatandaş, kendi topluluğunun mevcut siyasi düzenlenişine mündemiç hakkaniyet ve adalet ilkelerine riayet eder. Bu ilkeler, başka topluluklardaki ilkelerden farklı olabilir ve kişi ütopyacı bir bakışla bunların en iyi ilkeler olmadığını düşünüyor olabilir. Bu, söz konusu sorumlulukları tümüyle kişisel hâle getirir: Hiç kimse dışarıda bırakılmamalıdır, ister daha iyi ister daha kötü olacak olsun hepimiz siyasette hep birlikte olacağız, tıpkı savaş alanındaki yaralıların terk edilmemesi gerektiği gibi, kapsamlı bir adalet için yürütülen bu mukaddes savaş için kurban edilecek tek bir kişi bile yoktur. Yansıttığı ilgi, talimname modelinin sahte ilgisi gibi değildir, hakikidir ve her tarafa nüfuz etmiştir. Siyasetin başlamasıyla birlikte gündeme gelir, yasamadan hüküm vermeye ve icra ve infaza kadar varlığını devam ettirir. Kuralların ne olması gerektiği ve nasıl uygulanması gerektiği tartışılırken, her bir kişinin her durumda icra ettiği siyasi eylemler fedakârlığı buyuran derin ve istikrarlı bir bağlılığı yansıtır. Fedakârlıkta bulunacak olanlar sadece sistem içerisinde kaybeden durumunda olanlar değildir; bütünlük ilkesinin yasakladığı, iktidarı desteklemekten veya dama tahtası çözümlerinden kaynaklanan menfaatlerle güçlü hâle gelenler de fedakârlıkta bulunacaktır. Bunun ardında yatan gerekçe, dördüncü koşulun gerektirdiği tarzda eşitliğe doğru yönelir: Bütünlük buyruğu her bir kişinin bir başkası kadar değerli olduğunu,

herkesin, ne anlama geldiğine dair tutarlı bir anlayış uyarınca eşit ilgi çerçevesinde muamele görmesi gerektiğini varsayar. İlkeye dayanan birlik kendiliğinden adil bir toplum olmaz; eşit ilgi anlayışı kusurlu olabilir veya birlik niteliği taşıyan hakiki bir toplulukta olabileceğini gördüğümüz şekilde kendi vatandaşlarının veya başka devletlerin vatandaşlarının haklarını ihlal ediyor olabilir. Fakat ilke modeli hakiki topluluk koşullarını, benimseyecekleri adalet ve hakkaniyetin nasıl olacağı konusunda uzlaşmazlığa düşen insanlar için mümkün olan herhangi bir başka topluluk modelinden daha iyi karşılar.

Öyleyse artık, elimizden geldiğince siyasi yaşamımızda etkili olan hem yasama hem de hüküm verme ilkelerini görmeye çalıştığımız bütünlüğe bakabiliriz. İlke topluluğu bütünlüğü kabul eder. Dama tahtası yasalarını ve bu idealin daha az dramatik olan ihlallerini, derinlikli örgütlenmesinin birlik karakterinin ihlali olarak görür ve kınar. Dahili taviz veren yasalar herhangi bir tekil tutarlı ilke şemasından kaynaklanır şekilde görülemez; bilakis, talimname topluluğunun telif edilmesi mümkün olmayan amacına, yani iktidarla aynı çizgide olanlara taviz verilmesine hizmet ederler. Geniş ve farklılıkları barındıran bir siyasi topluluğu, asgari bir topluluk değil de hakiki bir topluluk yapmak için gerekli olan vaadi onaylamaktan ziyade bu vaatle çelişirler. Vaat şudur: Hukuk, her yönüyle ilkeye bağlanarak seçilecek, değiştirilecek, geliştirilecek ve yorumlanacaktır. Bu vaade sadık olan ilke topluluğu, birlik niteliği taşıyan hakiki topluluğun otorite sahibi olduğunu iddia edebilir ve dolayısıyla kardeşlik adına ahlaki meşruiyet iddiasında da –yani kolektif kararların çıplak güç meselesi değil bir yükümlülük konusu olduğu iddiasında da– bulunabilir. Hakiki birlik yükümlülükleri dahi kimi zaman adaletin talepleri ile çatışabileceğinden, bu iddialar çürütülebilir ve kimi zaman bu iddialar adaletin taleplerine teslim edilmelidir. Fakat içerisindeki resmi görevlilerin bu vaadi reddettiği başka

bir topluluk modeli, daha en baştan kardeşlik ideali altındaki meşruiyet iddiasından yoksun kalacaktır.

Bu tartışmada kullanılan topluluk modelleri çeşitli açılardan bir ideali temsil eder. Kendi siyasi toplumlarımızdaki insanların büyük kısmının bilinçli olarak bu modellerin tutumlarını kabul ettiğini varsayamayız. Bu modelleri, siyasi pratiklerimizi hangi tutumları yansıtır şekilde yorumlamamız gerektiğine karar verebilmemiz için inşa ettim –ki esasında bu başka bir mesele– ve bu inşa varılacak şu sonucu mümkün kılar: Eğer pratiklerimizin ilke modeline uygun olduğunu görebilsek, kurumlarımızın meşruiyetini ve bir kardeşlik meselesi olarak varsaydıkları siyasi yükümlülükleri savunabiliriz, böylece kurumlarımızın bu yönde gelişmesi için uğraşmak durumunda kalırız. Tekrar söylememiz gerekiyor: Bu argüman bir ulus devletin, hatta daha küçük bir siyasi topluluğun vatandaşlarının birbirlerine karşı sevgi olarak isimlendirilebilecek herhangi bir his içerisinde ne olduğunu, ne de olması gerektiğini söyler. Bazı ideal topluluk teorileri bu ihtimale yaslanır: Her bir vatandaşın diğer vatandaşları çok yoğun duygularla kucakladığı ve sanki birbirlerine âşık olmuş, çok yakın arkadaşmış veya kendilerini ailelerine adanmış aile üyeleri imişler gibi, kişiliklerinde kaynaşmanın olduğu bir durumu arzularlar.²⁶ Pek tabii ki herhangi bir siyasi topluluğun siyasetini bu düzeyde bir karşılıklı ilgiyi yansıtır şekilde yorumlamamız mümkün değil, üstelik bu ideal cazip de değil. Bu idealin tasavvur ettiği şekliyle kişiliğin ve özerkliğin genel olarak teslim edilmesi, insanlara, başkalarıyla birlikte kendilerine yol gösterilmesinden önce kendi hayatlarını yönlendirebilmek için pek az imkân bırakır; kişiliğin bu şekilde teslim edilmiş olması, idealin değer verdiği duyguları tahrir edecektir. Zengin hayatlara sahibiz çünkü içinde yetiştiğimiz topluluklar farklı düzeylere ve niteliklere sahip birer komplekstirler. Eğer âşık olduğumuz kişilere, arkadaşlarımıza veya iş arkadaşlarımıza karşı, mensubu olduğumuz topluluğun üyeleri hakkında hissettikle-

rimizden daha fazlasını hissetmiyor olsa idik, bu, evrensel sevgi anlamına değil, sevginin tükenmesi anlamına gelirdi.

Özet

Artık sıra, uzun bir tartışmadan elimizde kalanları bir araya getirmeye geldi. Bu bölümde, bir bütün olarak siyasi pratiklerimizin başarılı bir inşai yorumunun, kimi zaman diğer başka ideallerle taviz vermek suretiyle uzlaşmayı gerektiren bütünlüğü ayrık bir siyasi ideal olarak kabul ettiği iddia edildi. Bu, yoruma ilişkin bir iddia olması hasebiyle, iki boyutta değerlendirilmeli: Anayasal yapımızın ve pratiğimizin niteliklerine uyan ve onları açıklayan bir ideal olarak bütünlük ve yokluğu bir muammaya yol açacak olan pratik. Dolayısıyla, bu pratikleri tümüyle kapsayan kullanışlı bir yorumun geçerliliği, yorumlama girişiminin söz konusu pratikleri daha açık ve sarıh hâlde ifade edebilmesine bağlıdır. Bir topluluğun bütünlüğü siyasi bir erdem olarak görebilmesinin, hem pratik hem de yansıtmacı çeşitli nedenleri olabileceğini görmüştük. Bunlardan birini, üç topluluk modeli inşa ederek ve bunları birbirleriyle karşılaştırarak ifade ettim. Bütünlüğü siyasetin merkezine alan ilke topluluğunun, siyasi meşruiyet için diğer modellere nispetle daha iyi bir savununu sunduğunu iddia ettim. İlke topluluğu, siyasi yükümlülükleri genel birlik yükümlülükleri sınıfındaki yükümlülüklerle benzetir ve onları bu şekilde destekler. Bu savununun böyle bir toplumda mümkün olmasının nedeni şudur: Bütünlüğe genel itibariyle bağlılık gösterilmiş olması, her bir kişinin diğer herkese karşı, başka herhangi bir yerde kabul ettiğimiz müşterek yükümlülük standartlarına uygun müşterek yükümlülükleri temellendirmeye yetecek ölçüde özelleşmiş, kişisel, her yere nüfuz etmiş ve eşitlikçi bir ilgiyi yansıtmaktadır.

Siyasi ahlakın ilk ilkeleri hakkında yapılan bu tartışma da, nispeten daha kısa gördüğümüz diğer tartışmalar da bütünlük

ideali için nihai argüman sunmaz. Bütün üyelerinin kendisini tümüyle adil ve hakkaniyetli gördüğü bir toplulukta, bütünlüğün oynayacağı ayrı bir rolün olmadığını söyleyerek başlamıştım tartışmaya. Burada, soyut ve zamandışı bir siyasi ahlakın değil kendi siyasi kültürümüzün yorumunu savunuyorum; tek söylediğim şu: bütünlük savunusu yorumun ikinci, yani siyasi boyutunda güçlü bir argümandır. Ki bu ikincisi, birinciye dair iddiaları tahkim eder.

DÜZENSİZ SONNOTLAR

İzleyen birkaç bölümde daha dar ve belli bir noktaya daha fazla odaklanmış bir iddiayı inceleyeceğiz: Bütünlük, hukuk pratiklerimizin ve bilhassa da çetin davalarda yargıçlarımızın karar verme tarzının en iyi inşai yorumu için bir anahtardır. Bütünlük olarak hukukun hukuk pratiği için daha önce ele aldığımız iki anlayıştan daha iyi bir yorum sunduğunu savunacağım. Bununla birlikte, bütünlük için yaptığımız genel açıklamaya, temel tartışmada hak ettiği ölçüde işaret edilemeyen bir noktaya parmak basan birkaç husus ilave etmem gerekiyor. Korkarım bunu ancak bazı gözlemlerimi düzene sokulmamış bir liste hâlinde iki genel başlık altında aktararak yapabileceğim.

Yasama ve Hüküm Verme

Siyasi pratiklerimizin bütünlüğü mükemmelen hayata geçirdiği şeklindeki bir iddia, yorumcu tezimin parçasını oluşturmuyor. Meclislerimizin çıkardığı ve hâlen yürürlükte bulunan bütün somut kurallar ile diğer standartların tek ve tutarlı bir ilke şeması altında toplanamayacağını kabul etmişim. Ne var ki, bütünlüğe bağlılığımızın anlamı şu: Bu olgunun, siyasi gücün farklı fikirlere sahip organlar arasında hakkaniyete uygun şekilde bölünmesinin arzu edilen sonucu olduğunu değil, bir kusur olduğunu söyleme-

liyiz ve karşı karşıya kalmaya zorlandığımız ilkesel tutarsızlıklar her ne olursa olsun, bunları bir çözüme ulaştırmak için çalışmalıyız. Bu nispeten daha zayıf olan iddianın dahi daha fazla desteklenmesi, en azından açıklığa kavuşturulması gerekiyor.

İki ilkeyi dile getirmek suretiyle bütünlüğün iki dalını veya formunu birbirinden ayırmıştım: yasamada bütünlük ve hüküm vermede bütünlük. İki yasakoyucularımızı ve hukuk yapan diğer makamları, sahip olduğumuz kamu standartlarını genişletirken ve değiştirirken yapabilecekleri şeyleri kısıtlar. İkincisi ise, yargıçlarımızın kamu standartlarını, mümkün olduğunca, tutarlı bir ilkeler dizisini ifade eder ve yansıtır şekilde görmesini ve bu standartları, apaçık olan standartlar arasındaki ve altındaki örtük standartları bulmak üzere yorumlamalarını gerektirir. Bütünlük bizim açımızdan adalet, hakkaniyet ve usule uygunluğun yanında farklı bir erdemdir, fakat bu, bütünlüğün hemen yukarıda ortaya konulmuş olan iki formundan herhangi birinin diğer erdemlere zorunlu olarak ve her zaman egemen olduğu anlamına gelmez. Yasakoyucu, yasama alanındaki bütünlük ilkesini kendisine rehber edinmelidir ve bu, onun neden sırf hakkaniyeti dikkate alarak dama tahtası yasaları çıkarmaması gerektiğini açıklamış olur. Fakat dama tahtası yasaları bütünlüğün apaçık ve kolayca kaçınılabilir ihlalleridir; buradan, yasakoyucunun hiçbir durumda kesinlikle mevcut durumdan ilkeler açısından daha tutarsız bir yasa çıkarmaması gerektiği sonucu çıkmaz. Varsayalım ki meclis hâlihazırdaki trafik kazalarına ilişkin şemanın, insanların ayıplı ürünler nedeniyle sadece üreticilerin kusurlu olması durumunda tazminat almasına izin veriyor olması nedeniyle adil olmadığına kani oldu, bu yüzden de ayıplı otomobiller için bir kusursuz sorumluluk şeması yürürlüğe koymayı önerdi. Bütünlük, kusursuz sorumluluğun bütün diğer ürünler için de geçerli olmasını gerektirirdi. Fakat bütün ürünler için yetkin, genel bir yasa hazırlamak, başka meselelerle ilgilenmesi gereken meclisin

vaktini büyük oranda işgal edebilirdi. Veya bazı ürünlerin üreticileri güçlü bir lobi oluşturabilir, genel bir yasayı geçirmeyi siyaseten imkânsız kılabilirdi. Bu durumda ciddi bir tercih meselesiyle karşı karşıya kalan meclis, diğer ürünler için çıkarılacak yasaları başka bir gün veya günlere bırakıp ayıplı otomobilden kaynaklanan tazminata ilişkin yasayı tek başına çıkarmada haklı olabilirdi. Bütünlük bu sonucu beğenmeyecektir, fakat adaletin talep ettiği yapılmaya çalışıldığında da sonuçta hiçbir değişiklik olmayacaktır, denge durumunda ise, sonuç az da olsa, hiç yoktan iyidir. Meclis, bu tercihini her olayda tekrarlar hatta karakteristiği hâline getirirse, bütünlüğe olan genel bağlılığından vazgeçmiş ve bu yüzden de tartışmakta olduğumuz meşruiyet argümanından yoksun kalmış olacaktır. Fakat bu, adaleti hiçbir zaman bütünlüğe tercih etmemesi gerektiği anlamına gelmez.

Yargılamadaki bütünlük ilkesi de nihayetinde yargıçların eylemleri üzerinde mutlak belirleyiciliğe sahip değildir. Bu ilke, yargıcın neyi hukuk kabul edileceği söz konusu olduğunda belirleyicidir, yani hukukun dayanakları üzerinde egemendir, çünkü geçmişteki siyasi kararlardan “kaynaklanmak”tan başka bir görüşü benimsemez. Fakat 3. Bölümde gördüğümüz gibi, hukukun dayanakları hakkındaki teoriler hukukun gücü hakkındaki meselelerin ayrıntılarından azadedir. Bütünlüğü kabul etmiş olan yargıç, bütünlüğün tanımladığı hukukun, taraflar açısından, yargıcın karara bağlaması gerektiği hakiki haklar ihdas ettiğine inanır. Davanın taraflarının ilke itibariyle eylemlerinin ve durumlarının, topluluğun onlar eylemde bulduklarında gerektirdiği veya izin verdiği hukuk standartlarının ne olduğuna dair en iyi görüş uyarınca yargılanmasına hakları vardır; bütünlük bu standartların, devlet tek bir sesle konuşuyormuşçasına tutarlı görülmesini talep eder. İnsanlar günün hukuki standartlarından başka standartlara göre yargılandığında en azından *prima facie* ihlalin varlığından söz edilebilen

ve siyasi bir erdem olan usule uygunluğu bu gereklilik her ne kadar destekliorsa da, siyasi ahlakın daha güçlü başka yönleri belli bazı nadir durumlarda daha ağır basabilir. Muhtemelen, bütünlüğe uygun şekilde yorumlandığı takdirde ABD hukuku, İç Savaş'tan önce Kongre'nin kabul etmiş olduğu Firari Köle Yasa'sını içeriyordu.²⁷ Eğer bir yargıç kendi adalet düşüncesi uyarınca bu yasayı, vatandaşların firar eden kölelerin sahiplerine iade edilmesinde yardımcı olmasını gerektirmesi nedeniyle ahlaka çok ciddi ölçüde aykırı bulmuşsa, bir köle sahibinin talebi üzerine yasayı uygulaması gerekip gerekmediğini, yalan söyleyerek bunun hukuka dahil olduğunu söyleyip söylemeyeceğini veya istifa edip etmeyeceğini düşünmek durumunda kalacaktı. Yargılamadaki bütünlük ilkesi, dolayısıyla, devletin cebir gücünün nasıl kullanılması gerektiğine dair son sözü söylemek zorunda değildir. Fakat ilk sözü o söyler ve normalde söylediği şeye ilave edilecek bir şey de yoktur.

Bütünlük ve İnsicam

Bütünlük, insicamın (benzer davalarda benzer kararlar vermenin) sadece daha havalı bir ismi mi? Bunun cevabı, insicamdan veya benzer davalardan neyi anladığımızı bağlıdır. Eğer siyasi bir kurum tartışma konusuna özü itibariyle yakın veya aynı konunun söz konusu durumlarda sadece geçmişteki kararlarını tekrarlamak suretiyle insicamlı oluyorsa, bütünlük hem bundan daha fazlası hem de bundan daha azıdır. Bütünlük topluluğun kamusal standartlarının, mümkün olduğunca, doğru bir şekilde ilişkilendirilmiş tek ve tutarlı bir adalet ve hakkaniyet şemasını yansıtır şekilde oluşturulmasını ve görülmesini gerektirir. Bu ideali benimseyen bir kurum, bu nedenle, kimi zaman bir bütün itibariyle şema için daha temel addedilen ilkelere sadakat uğruna geçmişteki kararların dar çizgisinden uzaklaşacaktır.

Buna dair en açık örnekler hüküm kurmaya ilişkindir; ben de bütünlük lehine kısmi bir galibiyeti ifade eden bir örnek seçtim. İngiliz yargıçları, bir dönem, diğer meslek erbabı özensizliklerinden kaynaklanan zarardan sorumlu olduğu hâlde avukatların böyle bir sorumluluktan azade olduğuna karar vermişti. Dar şekilde anlaşıldığında insicam bu istisnanın devam ettirilmesini gerektiriyordu, fakat bütünlük, avukatların, ilkesel olarak haklı gösterilemediği takdirde –ki pek mümkün değildi bu– böyle bir özel muameleye tabi tutulmasını kınıyordu. Lordlar Kamarası şu an için avukatların sorumluluktan müstesna tutulmasını tırpanlamış durumdadır; bir ölçüde insicamı daraltmak için bütünlüğü tercih etmiştir.²⁸ Ne var ki, istisna tümüyle kaldırılmadığı müddetçe bütünlük hayata geçirilmiş olmayacak.

Bu tespit, şimdiye dek yapılan tartışmanın doğurduğu bir şüpheyi gidermeye yarayabilir. Bütünlük, bilhassa en güçlü rakibi pragmatizmle karşılaştırıldığında, bir hukuk anlayışının temeli olmak için çok muhafazakâr görülmüş olabilir. Hiç kimseye manevi zarardan kaynaklanan tazminat ödenmemesi gerektiğini düşünmesine rağmen bütünlüğe hürmeten Bayan McLoughlin lehine karar veren yargıcımız, yeri geldikçe hukuku adım adım iyileştirmede herhangi bir sorun görmeyen pragmatist kardeşine nispetle ürkek gibi görünüyor. Fakat bütünlük ile dar tutarlılık arasındaki farklılığı anlayabildiğimiz takdirde bu karşıtlık daha da karmaşık hâle gelir. Bütünlük, ilk başta görüldüğünden daha dinamik ve daha radikal bir standarttır, çünkü yargıcı, temel ilkeyle sağlanacak tutarlılığın araştırılmasında, geniş ufuklu ve yaratıcı olmaya teşvik eder. *McLoughlin*'de olduğu gibi bazı davalarda bütünlüğü kendine model alan yargıç esasında pragmatistten çok daha temkinli olmak durumundadır. Fakat başka davalarda, verdiği kararlar daha radikal görünür.

Sözgelimi, Yüksek Mahkeme'nin *Brown*'da verdiği kararı ele alalım. Genel faydacı türden bir zihne sahip pragmatist yargıç,

okullardaki devlet eliyle yürütülen ırka dayalı ayrımcılığın hukuka aykırılığına dayanarak dava açan öğrencilerin lehine vereceği kararın, her şey dikkate alındığında gerçekten de gelecek açısından en iyi karar olup olmadığını kendisine soracaktır. Böyle olduğuna karar verebilirdi, ancak aksi yöndeki güçlü pratik argümanları da dikkate almak zorunda kalırdı. Seçmenlere karşı sorumluluğu olmayan bir mahkemenin yaptığı düzenlemeyle ülkenin büyük bir kesiminin sosyal yapısında meydana gelecek böylesine dramatik bir değişimin, ırklar arasındaki eşitliği ilerletmek ve bir nesildeki herkes için eğitimi daha zor hâle getirmekten ziyade zararlı sonuçlar doğuracak ters bir etkide bulunacağını düşünmek çok mantıklı olabilirdi. Mahkemenin verdiği karara hiçbir zaman tümüyle riayet edilmeyeceğini ve bu durumun Mahkemenin azınlıkları koruma ve gelecekte anayasal hakları hayata geçirme konusundaki gücünü zayıflatacağını da düşünebilirdi.

Bir pragmatist en nihayetinde Mahkemenin fiilen ulaştığı kararın, her şey dikkate alındığında en iyi karar olduğuna kani olsa bile, Yüksek Mahkeme'nin sonraki yıllarda yaptığı gibi bu kararı dramatik şekilde teşmil etmeden önce pekala duraklayabilirdi. Siyah çocuklar, beyazların, beyaz çocukları da siyahların okullarına taşıma aleyhindeki pratik argümanlar çok güçlüydü ve hâlâ da güçlüdür. Zira bazı kuzey şehirlerindeki tehditler ve nefret varlığını devam ettirmektedir. Bir yorum ilkesi olan bütünlük üzerine bina edilmiş hukuk anlayışı maddi anayasal hakların ihdasında bu türden pratik argümana pek az yer bırakır.²⁹ *Brown*'da söz konusu olana benzer durumlarda, davacı, hukuk olduğu düşünülen şeyin önemli bir kısmının hukuku bir bütün olarak gerekçelendirmek için gerekli temel ilkelerle tutarlı olmadığını gösterdiği zaman, bütünlük çok daha fazla talepte bulunmakta ve daha radikal bir nitelik kazanmaktadır.

Bütünlük aynı zamanda insicamdan daha dar da olabilmektedir. Daha önce gördüğümüz bir hususa yeniden bakmak, önem-

senmeye değer. Bütünlük, ilke hakkındadır ve siyasa konusunda herhangi bir insicam biçimini gerektirmez.³⁰ Yasamadaki bütünlük ilkesi, meclisin, insanların ahlaki ve siyasi hakları olarak kabul ettiği şeyi herkes için korumaya çalışmasını, dolayısıyla da kamu standartlarının tutarlı bir adalet ve hakkaniyet şeması yansıtmasını talep eder. Fakat meclis belli gruplar lehine pek çok karar alır. Bunu, en iyi adalet anlayışının bu belirlenmiş grupların söz konusu avantajdan yararlanma hakkı olduğu düşüncesiyle değil, o grubun bu şekilde sağlayacağı menfaatin esasında umumun menfaatine yarayacağını düşündüğü için yapar. Eğer meclis, mesela, buğday üreticisi çiftçilere belli miktarda hasadı garanti altına almak için veya mısır üreticilerine çok fazla mısır hasadı yapılmaması için teşvik yardımında bulunuyorsa, bu söz konusu çiftçilerin herhangi bir teşvik yardımına hakkı olduğunu kabul etmekten kaynaklanmaz. Kör bir insicam biçimi, meclisin bütün çiftçiler veya en azından ürettiği mısırlar kaydadeğer miktarda olan bütün çiftçilere veyahut da ürettiği mısırlar o an için arz fazlası durumuna düşmüş çiftçilere teşvik yardımı vermesini gerektirecektir. Fakat belki de meclisin bu tür siyasaları bu tarzda genelleştirmemesini gerektiren –muhtemelen oldukça farklı türden– güçlü siyasa gerekçeleri bulunmaktadır. Bütünlük, sırf bu gerekçelerin kabulüyle ve teşvik siyasasının daha genel hâle getirilmesinin reddedilmesiyle ihlal edilmiş olmaz.

Bütünlüğün bu siyasa kararlarında dahi güce sahip olduğunu göstermesi hasebiyle, söz konusu ayrımı tehdit eder görünümdeki bir argümanı 8. Bölümde göreceğiz. Orada mutlak/soyut eşitlikçi ilke olarak isimlendireceğim ilkeyi kabul eden, bütün vatandaşlara eşitler olarak muamele etmesi gereken bir yönetim bir eşit ilgi anlayışına ihtiyaç duyar. Bütünlük de yönetimin, siyasa kararları da dahil olmak üzere hiçbir kararda göz ardı etmeyeceği tek bir anlayışta karara varmasını talep eder. Sözgelimi, pek çok siyasetçi, insanlara eşitler olarak muamelede bulunmanın,

her bir kişinin refahını bütüncü bir faydacı hesap çerçevesinde görmek anlamına geldiğini düşünür; bu eşit ilgi anlayışını bazı yasaları gerekçelendirmede kullanan bir kurum, başka yasaları gerekçelendirmek için çelişik bir anlayış kullanamaz —sözgeli mi, eşit ilginin vatandaşlar arasında maddi eşitliği gerektirdiğini söyleyemez. Fakat gündelik siyasette yasakoyucular bu gerekliliklere dair uzun vadeli bir tutum edinmek zorundadır. Her bir kararın, tek tek vatandaşlara en hassas faydacı hesabın atfedeceği menfaati tam olarak vermesini sağlamaya çalıştıkları takdirde hareket edemez hâle gelirler. İşleyen bir siyaset teorisi çok daha esnek olmalıdır: Talep ettiği tek şey, yönetimin, genele dair iyiyi teşvik edecek genel stratejileri izlemesidir. Bu stratejiler, eşit ilginin cari olan anlayışa uygun şekilde gerektirdikleriyle uyumlu olmak üzere kabaca ve istatistiksel olarak tanımlanmış olacaktır. Dolayısıyla faydacı anlayışa bağlı bir yönetim, bir bütün olarak ve uzun vadede ortalama refahı farklı stratejilerden daha iyi geliştiren yasama stratejilerini hedefler; maddi eşitliğe bağlı bir yönetim, oluşturdukları gruplar itibariyle tabakaları ve sınıfları maddi zenginlik açısından daha eşit kılan programları benimseyecektir vs. Bu stratejileri gerçekleştirmeye yönelmiş kararlar, tek tek ele alındıklarında, ilke değil, siyasa meseleleridir; bir birey olarak hak ettikleri şeyi her bir vatandaşa verip vermediklerini değil, umumi hedefe hizmet edip etmediklerini sorarak sınıanmalıdırlar. Bir grup çiftçiye yapılan teşvik ödemesi sınama sonunda gerekçelendirilmiş olabilir. Fakat bunun yanında, farklı bir bütüncül stratejinin parçası olarak farklı bir çiftçi grubuna yapılan ödeme umumi refahı geliştirecek, hatta onun kadar adil olabilecek olabilir.

Bununla birlikte işlerlik özelliğine sahip pek çok siyaset teorisi, bireysel hakları bu siyasa kararlarına nispetle koz olarak görür. Yani bu haklar, her bir davada, devletin her bir kararda riayet etmesi gereken haklardır. Bunlar, her bir vatandaşın oy-

nun seçimlerde diğer vatandaşlarla eşit sayılması gibi, ihlal edilmeleri hâlinde umumi refaha katkı söz konusu olduğu durumda dahi konuşma ve vicdan özgürlüğünün reddedilememesi gibi, büyük önemi haiz siyasi haklardır. Bir başkasının dikkatsizliği nedeniyle maruz kalınan zarar için tazmin edilme hakkında olduğu gibi doğrudan kişisel ahlaktan kaynaklanan haklar da bu türdendir. Bütünlük bu ilke meselelerine gözünü diker: Devlet bu hakların ne olduğu konusunda tek sesle konuşmalı ve bu hakları herhangi bir kişi için herhangi bir anda reddetmemelidir. Bütünlüğün siyasal kararlar üzerindeki etkisi daha da tafsilatlıdır. Söylediğim gibi, devletin, neyin insanlara eşitler olarak muamele etme anlamına geldiğine dair tutarlı bir anlayışı takip etmesini gerektirir, fakat bu esas itibariyle bir genel stratejiler ve kaba istatistikler sınamasına tabidir. Yoksa siyasalardaki dar insicamı gerektirmez: Belli bir programın herkese aynı şekilde uygulanması gerektiğini söylemez.³¹ Buna karşın kimi zaman bütünlüğün haklarla ve ilkeyle olan ilişkisi, belli bir türdeki insicamsızlığı yasaklayabilir. Amerika'da hiçbir meclis, böyle bir ayrımcılık için, kulağa inanılmaz gelse de, güçlü siyasa gerekçeleri olması hâlinde bile, sadece Katolik çiftçilerin teşviklerden faydalanmasına karar veremez.

Siyasa ile ilke arasındaki ayırım ve bütünlük ile ilke arasındaki doğrudan bağlantı yasama dışında da önemlidir. Savcının ceza muhakemesindeki takdirini ve diğer siyasa kararlarını düşünün. İnsicam bu çerçevede şu argümanı ileri sürmek için akla gelebilecektir: Belli bir suç işleyen kişiler bugüne kadar cezalandırılmış ve bundan sonra da cezalandırılacaksa, bütün insanlar aynı muameleye maruz kalmalıdır ve verili bir eşit kusur düzeyi çerçevesinde cezaların tekbiçim olması gerekir. Bütünlük ise daha ayrımcıdır. Eğer bir savcının bir kişiye dava açmama gerekçesi bir siyasaya dayanıyorsa –mesela, kovuşturma çok pahalı olacaksa veya caydırıcılık açısından kaydadeğer bir katkı

sağlamayacaksa– bütünlük, bu siyasa nedenlerinin bulunmadığı veya aksi yönde olduğu bir durumda bir başka kişinin neden kovuşturulmaması gerektiğine dair bir neden sunmaz. Fakat bir olayda, kovuşturmanın aleyhindeki gerekçeler ilke meseleleri ise –mesela ceza kanunu yeterli bir süre vermediyse– bütünlük bu gerekçelerin herkes için kabul edilmesi gerektiğini söyleyecektir. Açıktır ki bütünlük aynı zamanda savcıların, görünüşte bir siyasaya dayansalar bile, ayrımcı kararlarını da kınar. Böyle bir ayrımcılığın, savcılar bilhassa siyahların topluluklarında yaygın olan belli bir suç türü söz konusu olduğunda sadece siyahlara takipte bulunarak kamu harcamalarından tasarruf etmelerinde olduğu gibi, kabul edilmiş olan hakların ihlali anlamına geldiğini söyler.³²

HUKUKTA BÜTÜNLÜK

GENİŞ BİR BAKIŞ

Bu bölümde, 3. Bölümde takdim ettiğim üçüncü hukuk anlayışını inşa edeceğiz. Bütünlük olarak hukuk, hukuki ifadelerin, uzlaşımcılığın iddia ettiği gibi geçmişe yönelik olgusal raporlar olduğunu da, hukuki pragmatizmin iddia ettiği gibi geleceğe yönelik araçsal programlar olduğunu da reddeder. Hukuki iddiaların yorum yargıları olduğunda ısrar ederek geriye yönelik unsurlar ile geleceğe yönelik unsurları birleştirir, günümüz hukuk pratiğini kat kat açılan siyasi bir anlatı olarak görülecek şekilde yorumlar. Dolayısıyla bütünlük olarak hukuk yargıçların hukuku keşif mi yoksa icat mı ettikleri şeklindeki bize hiçbir yardımcı dokunmayan antik sorunu elinin tersiyle iter; dediğine göre, hukuki muhakemeyi sadece, yargıçların hukuku hem keşfettiği hem icat ettiği hem de ne keşfettiği ne de icat ettiği şekilde görürsek anlayabiliriz.

Bütünlük ve Yorum

Yargılamadaki bütünlük ilkesi, yargıçlardan hukuki hak ve ödevleri belirlerken, mümkün olduğu ölçüde, bütün bunlar tutarlı bir adalet ve hakkaniyet anlayışını ifade eder tarzda, tek bir yazar –yani kişileştirilmiş topluluk– tarafından kaleme alındıkları varsayımına dayanmalarını ister. Üçüncü hukuk anlayışımızı, geçmişteki siyasi kararlardan hangi hak ve ödevlerin kaynaklan-

dığına dair üçüncü görüşümüzü, bu isteğin hukukun dayanakları hakkında bir tez olduğunu ifade ederek oluşturmuştuk. Bütünlük olarak hukuka göre, hukuk önermeleri topluluğun hukuk pratiğinin en iyi inşai yorumunu sunan adalet, hakkaniyet ve usule uygunluk ilkelerini içerdikleri veya bunlardan kaynaklandıkları takdirde doğrudurlar. Mesela hukukun Bayan McLoughlin'e maruz kaldığı zarardan dolayı tazminat alma hakkı verip vermediğine karar vermek, topluluğun, onun durumundaki herkesin tazminat alma hakkı olduğu şeklindeki bir ilkeyi kabul ettiğini varsaydığımız takdirde hukuk pratiğinin daha iyi bir ışık altında görünüp görünmediğine karar vermek anlamına gelir.

Öyleyse bütünlük olarak hukuk, uzlaşıcılık veya pragmatizmden çok yorumla ilişkilidir. Söz konusu iki teori kendilerini yorum *olarak* sunar. Hukuki pratiklerimizi sahip olabilecekleri en iyi ışık altında gösterme iddiasında olan teorilerdir ve kendi yorum-sonrası sonuçlarında farklı yargılama tarz veya programları tavsiye ederler. Fakat tavsiye ettikleri programlar, yoruma *ilişkin* programlar değildir: Yargıçlardan çetin davalarda hukuk doktrinine dair daha başka, esaslı bir yorum çalışması yapmalarını istemezler. Uzlaşıcılık, geleneksel olarak yasama gücüne sahip olduğu kabul edilmiş kurumların hangi kararları verdiğini keşfetmek üzere yargıçların yargı kararlarını ve meclis tutanaklarını incelemesini ister. Hiç şüphesiz bu süreçte de yorum sorunları baş gösterecektir: Sözgelimi, hukuki uzlaşmalarımızın bir metinden hangi yasaları inşa ettiğine karar verebilmek için o metni yorumlamak zorunludur. Fakat yargıç uzlaşıcılığı rehber edinmişse, herhangi bir davada karar verirken hukuki metni bir bütün olarak yorumlamasına gerek yoktur. Pragmatizm ise yargıçların gelecek açısından en iyi kurallar hakkında araçsal düşünmesini ister. Bu uygulama hukuki materyallerin de ötesindeki bazı şeylerin yorumlanması gerektirebilir: Faydacı bir pragmatistin, sözgelimi, genel refahın en iyi ne şekilde anlaşıl-

labileceği meselesinde endişelenmesi gerekebilir. Fakat yine, pragmatizmi kabul etmiş olan bir yargıcın bir bütün olarak hukuk pratiğinin yorumuyla işi yoktur.

Bütünlük olarak hukuk ise farklıdır: Hukuk pratiğinin şümulü bir yorumunun hem ürünü hem de böyle bir yorumun esin kaynağıdır. Çetin davalarda karar veren yargıçlara tavsiye ettiği program, kimi zaman değil her zaman yorumsaldır; bütünlük olarak hukuk onlardan, kendi kendisini yorumladığı iddiasında olan aynı materyali yorumlamaya devam etmelerini ister. Kendini, tavsiye ettiği ayrıntılı yorumların –başlangıç kısmı– ile devam eden bir şey olarak sunar. Öyleyse şimdi 2. Bölümde başladığımız yoruma dair genel incelemeye dönmemiz gerekiyor. Orada yorumun ne olduğuna ve ne zaman layıkıyla yapılmış olacağına dair sunduğumuz açıklamayı, daha ayrıntılı ve hukukun ne olduğunu söylemek durumunda kalan yargıçların ve diğerlerinin önüne koyulan özel yorum meselesine yönelmiş şekilde devam ettirmeliyiz.

Bütünlük ve Tarih

Bütünlük olarak hukukta tarihin önemli bir yeri vardır; kayda değer bir yer ama sadece belli bir açıdan. Bütünlük, ilke olarak, bir topluluğun hukukunun tarihsel aşamaları göz önüne alınmak suretiyle insicamının sağlanmasını gerektirmez; yargıçların uyguladıkları hukuku geçmiş yüzyılın veya hatta önceki neslin terk edilmiş hukukuyla ilkesel açıdan mütemadi görmeleri gerektiğini söylemez. Topluluğun şimdi uygulamakta olduğu hukuki standartlar alanı içerisinde dikey değil yatay bir ilke insicamını gerekli kılar. Hukukun –geçmişteki siyasi kararlardan kaynaklanan ve bu nedenle cebre ruhsat veren veya cebri gerekli kılan hak ve yükümlülüklerin– sadece bu kararların belirgin dar içeriğini değil aynı zamanda, daha geniş şekilde, onları gerekçelendirmek

için zorunlu olan ilkeler şemasını da içerdiğini ısrarla söyler. Tarih önemlidir, zira bu ilke şeması bu eski kararların mevcudiyeti kadar içeriğini de gerekçelendirmelidir. Tehlike Altındaki Türler Yasası'nı, yürürlükten kaldırılmadıkça veya yürürlükten kaldırılınca dek, hukuk olarak görmemizin gerekçesi büyük oranda onu Kongre'nin va'z etmiş olduğu olgusunu ihtiva eder ve bu olguya büyük önem vermemiz için sunduğumuz gerekçenin bizzat kendisi siyasi geçmişimizdeki diğer olayları ele alma tarzımızı düzenlemektedir.

Öyleyse, bütünlük olarak hukuk bugünden başlar ve geçmişin peşine, ancak günümüz bakışının zorladığı ölçüde ve günümüzün bakışıyla düşer. Günümüz hukuku için bile, onu ilk yaratan siyasetçilerin ideallerini veya pratik amaçlarını hatırlatmayı amaçlamaz. Daha ziyade, bugün için anlatılmayı hak eden kapsayıcı bir hikâye içerisinde onların ne yaptığını (kimi zaman, göreceğimiz gibi, aynı zamanda ne söylediklerini de) gerekçelendirmeyi hedefler. Hikâyenin kompleks bir iddiası vardır: Mevcut pratik, şerefli bir gelecek yaratmak için, ilkelerle düzenlenebilir ve gerekçelendirilebilir. Bütünlük olarak hukuk daha eski "hukuk hukuktur" görüşünün mekanizmasından da, daha yeni tarihli "realizm" in sinizminden de hazzetmez. Her iki görüşün de hukukun keşfedilmesi ve icat edilmesi şeklindeki aynı yanlış dikotomiden köklendiğini düşünür. Bir yargıç belli bir ilkenin hukuka içkin olduğunu söylediğinde, basit bir düşünüşle geçmişteki devlet adamlarının saikleri hakkında bir iddiada, akıllı bir sınığın kolayca çürütebileceği bir iddiada bulunmuş olmaz. Bir yorum önerisinde bulunmuştur. İlke, hukuk pratiğinin kompleks bir parçasına uymuş ve bu parçayı gerekçelendirmiştir; bu pratiğin yapısı çerçevesinde bütünlüğün gerektirdiği ilke insicamını görmenin cazip bir yolunu sunmuştur. Bu şekilde ortaya koyulmuş olan hukuk optimizmi kavramsaldır; hukuka dair iddialar, tam da oldukları iddia türü açısından, yapısı itibariyle

inşaidir. Bu optimizmin kaybolması pekala mümkündür: Hukuk pratiği nihayetinde köklü bir şüpheli yoruma teslim olabilir. Fakat bu kaçınılmaz bir son değil, çünkü bir topluluğun tarihi muazzam değişim ve çatışmalardan müteşekkildir. Yaratıcı bir yorum ahlaken karmaşık, hatta müphem bir zemin üzerinde de inşa edilebilir.

HUKUK ZİNCİRİ

Zincirleme Roman

2. Bölümde yaratıcı yorumun biçimsel yapısını niyet düşüncesinden aldığını söylemiştim. Bunun nedeni, (en azından zorunlu olarak) tarihteki bazı kişilerin amaçlarını keşfetmeyi amaçlamış olması değil, yorumlanmakta olan metne, veriye veya geleneğe amaç atfetmeyi hedeflemesidir. Yaratıcı yorumun bütün örnekleri bu özelliğe sahip olduğundan, dolayısıyla da normatif bir yön yahut bileşen içerdiğinden, yorumun yapıldığı diğer durumlar ile hukukun karşılaştırılmasından çıkarabileceğimiz dersler var. Belli bir konuda hukukun ne olduğuna karar veren yargıcı sadece geleneğin neyi gerektirdiğine karar vermeye çalışan nezaket ülkesi vatandaşlarıyla değil, aynı zamanda, karmaşık bir tiyatro oyununu veya şiirin farklı boyutlarını didik didik eden edebiyat eleştirmeni ile de karşılaştırmak işe yarayacaktır.

Ne var ki yazarlar hem yazar hem de eleştirmendirler. *McLoughlin*'de ve *Brown*'da karar veren yargıç, yorumladığı geleneğe eklemlenir; müstakbel yargıçlar, o yargıcın verdiği kararı da içeren yeni bir gelenekle karşılaşacaklardır. Pek tabii ki edebiyat eleştirisi de, yazarların/eser sahiplerinin çalıştığı sanat geleneklerine katkıda bulunmaktadır; bu katkının niteliği ve önemi eleştiri teorisindeki sorunlar arasında yer alıyor. Fakat yargıçların katkısı daha doğrudandır ve yazar ile yorumcu arasındaki

ayrım, aynı sürecin farklı yönleri olmaktan daha fazlasını ifade ediyor. Dolayısıyla, zincirleme roman diyebileceğimiz yapay bir edebi tür inşa ederek, edebiyat ile hukuk arasında çok daha verimli bir karşılaştırma bile yapmamız mümkün.

Bu durumda bir grup romancının *seriatim* [sırayla] bir romanı yazması söz konusu; sırası gelen her bir yazar, yeni bir roman bölümünü yazmak için kendisine teslim edilmiş önceki bölümleri yorumlamak durumundadır. Yazacağı yeni bölüm, kendisinden bir sonraki romancıya, eski bölümlere eklenerek teslim edilecek ve bu böyle devam edip gidecektir. Her bir yazarın işi, kendi bölümünü, romanı olabileceği en iyi şekilde inşa etmek üzere yazmaktır ve bu görevin karmaşıklığı, bütün olarak hukuk uyarınca çetin davada karar vermenin karmaşıklığı için model teşkil eder. Muhayyel edebi teşebbüsümüz fantastik görünüyor ama anlaşılmaz değil. Gerçekten de bu şekilde yazılan romanlar var, gerçi bunlar asıl olarak eleştiri amacına sahiptir. İngiliz sayfiyelerinde yağmurlu hafta sonlarında oynanan bazı salon oyunları da aynı yapıya sahip... Televizyondaki pembe diziler kimi zaman haftadan haftaya dahi değişebilen farklı senarist ekipleri tarafından yazılmalarına rağmen, aynı karakterler kişilerde ve olay örgüsünde minimum devamlılık izleyerek yıllarca devam eder. Ne var ki bizim örneğimizde romancıların devamlılık konusunda daha ciddi bir sorumluluk üstlenmeleri umulur; olabilecek en iyi tek ve birleşik romanı ortaklaşa yaratmayı amaçlarlar.¹

Her bir romancı, kendisine verilmiş materyalden, kendisinin yapacağı eklemekten ve (kontrol edebileceği ölçüde) kendisinden sonra yazacak romancıların eklemek isteyebileceklerinden yahut ekleyebileceklerinden tek bir roman yaratmaya çalışır. Elindeki malzemeyi en iyi roman yapmalıdır, hem de öyle ki, esasında farklı ellerden çıkmış olduğu hâlde tek bir yazarın eseriymiş gibi okunabilsin. Bu görev, her bir yazarı, yazarken ve okurken kendi açısından genel bir yargıda veya

bir dizi genel yargıda bulunmaya zorlar. Yeni bir roman yazmaya başlamamış olmak, bir romanı devam ettiriyor olmak, ne demektir? Buna karar verebilmek için yazılmakta olan roman hakkında bir görüşe sahip olunmalıdır; romanın karakterleri, olay örgüsü, konusu ve hedefi ile ilgili işleyen bir teoriye tutunulmalıdır. Yazarımız eğer iyi bir eleştirmense, bu meseleler hakkındaki görüşü karmaşıklaşacak ve çok yönlü hâle gelecektir. Çünkü iyi bir roman tek bir perspektiften bakılarak kavranamaz. Yazarımız, tüketici bir temadan ziyade anlam katmanları ve düzeyleri bulmaya çalışacaktır. Biz de yazarımızın benimsediği yorum her ne olursa olsun, artık aşına olduğumuz bir tarzda, yani yorumun sınanması gereken iki boyutunu birbirinden ayırarak ona bir yapı kazandırabiliriz. İlk boyut, daha önce de dile getirdiğimiz gibi, pratiğe uyup uymamayla ilgilidir. Yorumunun tarif ettiği karakter, olay örgüsü, tema ve hedef tezahürleriyle dolu bir romanı yazmaya koyulmuş tek bir yazarın, yazarımıza verilmiş olan metni gerçekten yazmış olabileceğine inanmaması durumunda, ne kadar kompleks olursa olsun, yazarımızın herhangi bir yorumu benimseyebilmesi mümkün olmaz. Yaptığı yorum metnin her zerresine uymalı anlamına gelmiyor bu. Sırf bazı satırlar veya kısımlar eğreti duruyor dedi diye veya hatta yorumun ifade ettiği edebi amaçlarla uyumsuz olduğundan olay örgüsündeki bazı olayların hatalı olduğunu iddia ettiği için yazarımızın yorumunu geçersiz göremeyiz. Fakat yine de yazarımızın yaptığı yorum metnin tamamından kaynaklanmalıdır ve genel bir açıklama gücüne sahip olmalıdır. Bunun yanında metnin yapısal unsurlarından büyük bir kısmını, büyük bir dramatik önemi haiz alt olay örgüsünü veya baskın ve sürekli tekrarlanan bir metaforu açıklamadığı takdirde kusurlu addedilecektir. Bu şekilde kusurlu addedilmemiş bir yorum ortaya koyulamazsa, zincirleme roman yazarı kendisine verilen görevi tam olarak yerine getirmiş

olmayacaktır; tümüyle başarılı olmadığını itiraf ederek, ancak metnin esaslı kısmını kavrayabilen bir yorum ortaya koymak durumunda kalacaktır. Esasında belki de böyle kısmi bir başarıya bile ulaşmak mümkün değildir; muhtemelen tasavvur ettiği her bir yorum, kendisine verilen materyalin çoğu parçasıyla uyumsuz olacaktır. Bu durumda yazarımız teşebbüsünden vazgeçmelidir, çünkü söz konusu metne yönelik sahip olduğu yorum tutumu artık dahili şüphecililiği yansıtmaktadır: Yeni bir romana başlamakla mevcut bir romanı devam ettirmek arasında bir fark kalmamıştır.

Yazarımız, tek bir yorumun metnin esaslı kısmına uymadığını değil de birden fazla yorumun metinle uyumlu olduğunu da bulmuş olabilir. Öyleyse yorumun ikinci boyutu yazarımızı, her şey dikkate alındığında, bu nitelikli okumaların hangisinin elimizdeki işi en iyi hâle getireceğini düşünmeye zorlar. Bu noktada yazarımızın daha çok içeriğe ilişkin, yani romanın ifade edebileceği düşünülen farklı fikirlerin önemi, derinliği, gerçekçiliği veya güzelliği hakkındaki estetik yargıları rol oynamaya başlar. Fakat ilk boyutta baskın olan şekli ve yapısal kaygılar ikinci boyutta da ortaya çıkar çünkü pek az açıklama sunduğu söylenerek iki yorumdan birinin elenemediği bir durumda, yorumlardan biri, metnin daha büyük bir kısmına uyduğu veya üslup ile içeriğin daha ilginç bir şekilde bütünleşmesini sunduğu için metni daha iyi bir ışık altında gösterebiliyor olabilir. Öyleyse bu iki boyut arasındaki ayrım, görüldüğünden çok daha az hayati veya esasa mütealliktir. Söz konusu ayrım, yorumcunun işlettiği teorisine veya üslubuna bir yapı kazandırmamızda bize yardımcı olan kullanışlı, analitik bir araçtan ibarettir. Yazarımız, bir yorumun metne ne zaman çok kötü uyduğuna dair bir anlam oluşturacaktır. Bu durumda yorumun sunduğu içeriğin ne kadar cazip olduğunu düşünmek gereksizdir zira bunun, her şey dikkate alındığında yorumunun rakip yorumlara nispetle romanı

daha iyi hâle getirip getirmediğine karar verirken, uyuma dair yaşayacağı mahcubiyetin önüne geçemeyeceğini bilmektedir. Yazarımızın oluşturduğu bu anlam onun açısından ilk boyutu tanımlamış olur. Fakat sahip olduğu sezgisel anlamı tek bir kesin formüle indirgemesine de gerek yoktur; bir yorumun güç bela mı ayakta kalacağına yoksa zar zor mu başarısızlığa uğrayacağına karar vermesine nadiren ihtiyaç duyar çünkü güç bela ayakta kalan, metnin ne ölçüde iddialı yahut ilginç olacağını iddia etmesinden bağımsız olarak, metne uyduğu aşikâr olan diğer yorumlarla kapsamlı bir karşılaştırmaya tabi tutulduğunda neredeyse kesinlikle başarısız olacaktır.

Artık bu kapsamlı karşılaştırmada birbirine karışmış farklı yargı türlerinin kapsadığı alanı değerlendirebiliriz. Metnin tutarlılığı ve bütünlüğü hakkındaki farklı şekli edebi değerleri yansıtan yargılar, bizzat kendileri farklı edebi amaçlara sahip içeriğe ilişkin estetik yargılar ile iç içe geçmiştir. Ne ki her biri farklı bir genel türe ait olan bu yargı türleri, yapılacak kapsamlı değerlendirmede birbirleriyle karşılaştırabilmemiz için hâlâ birbirlerinden yeterince ayrı duruyorlar ve zincirleme roman yazarının görevini daha bağımsız, yaratıcı bir yazımdan ayıran, bilhassa metne ilişkin yargılar ile içeriğe ilişkin yargılar arasındaki bu karşılaştırma imkânıdır. Zincirleme roman yazarının kendisine verilen metni yorumladığı aşama ile yaptığı yorumun rehberliğinde kendi bölümünü metne ilave ettiği aşama arasında da net bir ayırım yapmak mümkün değildir. Yazmaya başladığında, yazmış olduğu şeyin farklı, muhtemel oldukça farklı bir yorum olduğunu görme ihtimali vardır. Veya ilk baştaki yorumuna uygun bir ton veya temada yazmaya devam etmesinin mümkün olmadığını düşünebilir ve bu onu ilk başta reddettiği diğer yorumları yeniden değerlendirmeye iter. Her halükârda, uygun satırları yeniden gözden geçirmek üzere metne tekrar dönecektir.

*Scrooge**

Zincirleme roman yazarının yargısına dair bu soyut anlatımı bir örnekle açabiliriz. Bir zincirleme roman yazma teşebbüsünde, zincirin alt sıralarındaki bir halka olduğunuzu düşünün. Diyelim ki Dickens *Bir Noel Şarkısı*'nı hiç yazmadı ve size teslim edilen metin, pek çok kişi tarafından yazılmış olsa da, bu kısa romanın ilk parçası olacak. Ana karaktere dair şu iki yorumu dikkate almak durumundasınız: Scrooge doğuştan kötüdür, ıslahı kabil olmayan bir şeytandır, hiçbir zaman kabul etmediği uzlaşım sahtekârlığından ârî insan doğasının kusursuz kötülüğünün tecessüm etmiş hâlidir; veya Scrooge esasında iyidir fakat ileri derecede kapitalistleşmiş toplumun yanlış değerleri ve sapkın talepleri nedeniyle gittikçe yoldan çıkmıştır. Hangi yorumu benimseyeceğiniz, hiç şüphe yok, hikâyeye devam etme tarzınızda muazzam bir değişiklik yaratacaktır. Eğer size teslim edilen metin *Bir Noel Şarkısı*'nın neredeyse tümü ise ve size sadece romanın en sonunu yazmak kalmışsa –yani Scrooge hayallerine çoktan kavuşmuş, yaptıklarından pişman olmuş ve aldığı hıncı sahibine göndermiş ise– artık Scrooge'u ıslahı kabil olmayan bir şer abidesi yapmanız için çok geçtir, zira çoğu yorumcunun da katılacağı gibi, yıkıcı bir yorum olmaksızın metnin bu yorumu sırtlanmayacağını düşünebilirsiniz. Tövbe ettiği düşünülükten sonra bile hiçbir yorumcunun Scrooge'un özü itibariyle kötü olduğunu düşünemeyeceğini iddia etmiyorum. Görünüştaki tövbenin son bir ikiyüzlülük eylemi olduğu da varsayılabilir, gerçi böyle düşünülükünde metindeki pek çok şeyin görüldüğü gibi

* Ebenezer Scrooge, Dickens'ın *Bir Noel Şarkısı*'nın baş kahramanıdır. Scrooge, İngilizcede 'cimri' anlamına geliyor. Scrooge gerçekten de cimridir. Bunun yanında başka insanların acılarına ve mutluluklarına karşı duyarsızdır. Sadece para kazanmayı dert edinmiş ama duyarsızlığı ve cimriliği onu yalnızlaştırmıştır. Eski ortağının hayaletiyle başlayan hortlak ziyaretleri sonunda Scrooge, kendini ve çevresini dışarıdan gözleme imkânı bulur ve nihayetinde iyi bir insan olur. —çn

olmadığının da hesabını vermek gerekecektir. Bu kötü bir yorum olacaktır, hiç kimse iyi olduğunu düşünmediğinden değil, buraya kadar sunduğumuz ölçütler çerçevesinde, gerçekten kötü olduğundan.²

Fakat bir de *Bir Noel Şarkısı*'nın sadece ilk birkaç bölümünün elinizde olduğunu düşünün. Elinizdeki yere kadar olan metindeki hiçbir şeyin dikkate aldığınız iki yorumu da kesin surette boşa çıkarmadığını görürsünüz; belki yorumlardan biri, olay örgüsünde diğer yorumun başıboş bıraktığı bazı küçük olayları daha iyi açıklıyor olacaktır ancak her iki yorum da bir bütün olarak bu kısaltılmış metnin tamamına nüfuz etmiş gibi görülebilecektir. Yukarıda işaret edilen çizgilerden herhangi birine paralel bir roman yazmaya koyulmuş kabiliyetli bir romancı, size verilen sayfalardaki şeyleri pekala yazmış olabilirdi. Şimdi bu durumda başka bir karar daha vermek durumundasınız. Size verilen görev, metni olabileceğinin en iyisi yapmaktır ve siz de bu yüzden eseri daha önemli veya daha iyi kılacağına inandığınız yorumu tercih edersiniz. Bu karar (kesinlikle değilse bile) muhtemelen gerçek hayatta Scrooge'a benzeyen insanların doğuştan mı kötü oldukları yoksa kapitalizm yüzünden mi yoldan çıktıkları hakkındaki düşüncenize dayanacaktır. Fakat dayandığı başka şeyler de vardır, çünkü estetik kanaatleriniz bir romanın sadece bu yönünü genel bir başarıyla ilişkilendirmek kadar basit değildir. Bir yorumun sadece olay örgüsünü değil, betimi ve ortamı da bir bütün kıldığını düşünelim; toplumcu yorum, sözgelimi, Scrooge'un yazıhanesinin bireyci tefrişat ve bölümlenmesi ile Bob Cratchit'in evinin komüniteryen biçimsizliği arasındaki keskin farklılığa bir açıklama getirir. Artık –devam etmekte olan romanı hangi okumanın daha iyi bir roman yapacağı hakkındaki– estetik yargınız çok daha kompleks hâle gelmiştir zira bir romandaki farklı değer boyutlarını teşhis etmeli ve bunlar arasında bir mübadele sağlamalıdır. Romanın ilk gü-

nahı temel alan yorumunun insan doğasına dair çok daha doğru bir tasviri yansıttığına ama aynı zamanda toplumsal gerçekçi bir yorumun da roman için çok daha derin ve çok daha ilginç bir yapı sağladığına inandığınızı düşünelim. Bu durumda kendinize şunu sormalısınız: Hangi yorum bu sanat eserini bir bütün olarak daha iyi kılar? Daha önce –muhtemelen eğitimi aldığınız edebiyat eleştirisi geleneği diğer boyutların veya bu boyutlardan birinin daha önemli olduğunu kabul ettiğinden– bu türden bir soru üzerinde ciddi bir şekilde düşünmemiş olabilirsiniz, ama bundan sonra düşünmemeniz için bir neden yok. Zihninizi bu soruya hazır hâle getirdiğinizde, Scrooge’un karakterinin doğru yorumunun, böyle değerlendirildiğinde romanı bir bütün olarak daha iyi kılan yorum olduğuna siz de inanacaksınız.

Uydurduğumuz bu örnek, önemli olduğu aşikâr olan şu soruyu ortaya atmak için yeterince kompleks: *Bir Noel Şarkısı*’nın size verilen bölümlerini yorumlamanın ve devam ettirmenin en iyi yolu hakkındaki yargınız, serbest bir yargı mıdır yoksa sınırlanmış bir yargı mı? Romanların nasıl olması gerektiği hakkındaki kendi varsayımlarınızı ve tutumlarınızı hayata geçirmekte serbest misiniz? Yoksa değiştirmeyeceğiniz bir metnin esareti altında olduğunuzdan bunları görmezden mi gelmeniz gerekiyor? Cevap yeterince basit: İkisi de değil. Biri tam bir yaratıcı özgürlüğü, diğeri mekanik bir metne bağlı sınırlanmışlığı ifade eden iki tarif de durumunuzu yansıtmıyor. Çünkü her ikisi de bir şekilde diğeri tarafından nitelenmek durumunda. Yaratıcı bir özgürlük hâlini, görevinizi, bir metni yabancı bir dile doğrudan tercüme etmekte olduğu gibi görece mekanik bir işle karşılaştırdığımızda hissedersiniz. Fakat kendinize ait yeni bir romana başlamak gibi, görece az yönlendirilmiş bir işle karşılaştırdığımızda da sınırlılık hâlini hissedersiniz.

Sanatsal serbestinin unsurları ile metnin sınırlayıcılığı arasındaki karşıtlığa işaret etmekle kalmamalı, onun karakterini aynı

zamanda doğru da anlamalıyız. Elimizdeki karşıtlık, yorumun, yorumcunun estetik kanaatlerine dayanan yönleri ile dayanmayan yönleri arasındaki bir karşıtlık *değil*. Söz konusu olan, yorumun tartışma konusu olan ve olmayan yönleri arasındaki karşıtlık da *değil*. Çünkü *Bir Noel Şarkısı*'nı, Scrooge'u ıslahı kabil olmayan bir şeytan kılmak üzere okuma serbestliğinizin son noktası olarak hissettiğiniz sınırlar, yaptığınız yargılarla ve sahip olduğunuz kanaatlerle ilgilidir. Bu yargı ve kanaatler, Scrooge ıslahı kabil olmayan bir şeytan olsa idi roman daha mı iyi olacaktı sorusuna cevap verirken başvurduğunuz kanaat ve tutumlardır, farklı zincirleme roman yazarları ise pekala sizinle aynı yönde düşünmeyebilir. Eğer bu son bahsini ettiğimiz kanaatler “sübjektif” ise (çok istemiyorsam da harici şüpheciliğin dilini kullanmak durumundayım zira bazı okuyucularım bu dilin burada işe yarayacağını düşünebilir) ilk kanaatler de sübjektiftir. Her yorumcunun –hangi okumanın metne daha iyi veya daha kötü uyduğu hakkında ve iki okumadan hangisinin romanı içeriği itibariyle daha iyi kıldığı hakkında– sahip olduğu kanaatlerin en önde gelen ikisi de onun bütün bir inançlar ve tutumlar sistemine içkindir; iki kanaat tipinden birinin bu şemadan bağımsız, diğersinin ise bu şemaya bağlı olması söz konusu *değil*.

Bu gözlemimiz şöyle bir itirazı gündeme getiriyor. “Eğer yorumcu bir yorumun romanı daha cazip kılıp kılmadığına karar verirken en nihayetinde daha çok kendisine ne doğru görünüyorsa ona dayanıyorsa, esasında hakiki bir sınıra tabi filan *değildir*, çünkü kişinin yargısı, herkesin hakkında uzlaşması gereken harici, katı olgular olmaksızın sınırlanmış olamaz.” Bu itiraz esasında bir yanlış anlamadan kaynaklanıyor, çünkü bir miktar dogmatizme yaslanıyor. Bilişsel deneyimimizden bildiğimiz bir şeydir: Bazı inanç ve kanaatlerimiz, başka insanların görüşlerini hangi ölçüye kadar kabul edebileceğimize veya kabul etmemiz gerektiğine, onların görüşlerinin ne ölçüde hayata geçmesine

izin vereceğimize karar verirken kullandığımız ölçütlerdir ve bu ölçüt, sınırlayıcı inanç ve tutumlar ihtilafı meseleler olsa dahi etkilidir. Eğer bir biliminsanı araştırma usulü için bir başkasından daha sıkı standartlar kabul etmişse, normalde inanacağından daha azına inanacak demektir. Eğer bir siyasetçi, başka bir siyasetçinin iyi niyetle reddettiği şey hakkında şüphe sahibi ise, ondan daha çok sınırlanmış demektir. Yeniden söyleyeyim, harici şüphecilğin tercih ettiği dili kullanmanın bir zararı yok. Bu örneklerde sınırlamanın “dahili” veya “sübjektif” olduğunu söyleyebiliriz. Ne var ki sınır fenomenolojik açıdan hakikidir ve burada önemli olan budur. Yorumun, yorumcunun baktığı noktadan neye benzediğini görmeye çalışıyoruz ve bu noktadan bakıldığında yorumcunun hissettiği sınır, sanki üzerinde hiçbir tartışma yokmuşçasına, sanki herkes aynı şeyi onun kadar güçlü şekilde hissediyormuşçasına hakikidir. Bir başkasının “objektif” bakış açısıyla gerçek bir sınırın olmadığına ısrar ettiğini düşünelim. Yani sınırın, *sadece* sübjektif olduğunu söylüyor olsun. Eğer bu ilave iddiayı, harici şüphelinin olağan yakınması gibi görürsek, 2. Bölümde işaret ettiğimiz tarzda anlamsız ve yanıltıcı bir durum ortaya çıkacaktır. Bu yaklaşım, zincirleme roman yazarına, mesela kullanılabilir daha az cazip başka yorumların da bulunduğu bir durumda hangi yorumların metne yeterince uyduğu veya hangi yorumların yetersizlikleri nedeniyle reddedilmesi gerektiği hususunda ulaştığı sonuçlardan şüphe etmek veya onları terk etmek için herhangi bir neden sunmaz.

Biraz hafifletildiği takdirde şüpheli itirazın çok daha ilginç bir tarzda dile getirilmesi de mümkün. Bu hafifletilmiş hâlinde şüpheli itiraz artık hissedilen sınırın kimi zaman yanıltıcı olabileceğini söyler. Ama bunun nedeni harici şüphelinin dogmatik gerekçesi, yani hakiki bir sınırın üzerinde tartışma olmaması gerektiği ve diğer inançlardan ve tutumlardan bağımsız olması gerektiği değildir. Sınırın yanıltıcı olabileceği-

nin gerekçesi, yorumcunun daha fazla maddi nitelikli sanatsal kanaatlerinin oluşturduğu sistem içerisinde, bunları ölçüt olarak kullanmak veya engellemek için kendi bakış açısından bakıldığında bile yeterince ayrışık olmama ihtimalidir.³ Bu, çok olası bir ihtimal ve kendimizin veya diğer insanların yorum niteliği taşıyan argümanlarını eleştirirken bu ihtimale karşı tetikte olmalıyız. *Bir Noel Şarkısı* hakkındaki bütüncül yargınızın nasıl olabileceğini tahayyül ederken estetik fikirlerinizin yapısı hakkında bazı varsayımlarda bulunmuştum. Bütüne ilişkin fikrinizde bir araya getirdiğiniz farklı somut yargı tiplerinin, düşüncelerinizin oluşturduğu sistem içerisinde, diğerlerini sınırlamayı mümkün kılmak için yeterince birbirinden bağımsız olduğunu düşünmüştüm. Scrooge'un tövbesini ikiyüzlülük olarak okumayı, olay örgüsünün, ifade tarzının ve karakter varyasyonunun tutarlılığı ve bütünlüğü hakkındaki "şekli" nedenlerle reddetmiştiniz. Düzgün bir roman (diye düşünmüştünüz) Scrooge'un korku dolu gecesi gibi oldukça dramatik ve sarsıcı bir olayı, ikiyüzlülüğe bağlamaz. Bu şekli kanaatler farklı edebi hedeflerin yarışan değerleri hakkındaki daha maddi fikirlerinizden bağımsızdır: Bir ilk günah romanının daha heyecan verici olduğunu düşünseniz bile, bu şekle bağlı kanaatinizi ilk günah yorumuna daha yatkın bir kanaate dönüştürmez. Bir de zihni yaşamınız hakkındaki bu varsayımlarımda çok da haklı olmadığımı düşünelim. Tartışma devam ederken şekle bağlı kanaatlerinizin esasında içerikle daha fazla ilgili olan kanaatlerinize sıkı sıkıya bağlı olduklarını ve bu kanaatler tarafından yönlendirildiklerini keşfetmiş olalım. Bir metni içeriği temel alan tarzda okumayı tercih ettiğinizde, şekle bağlı kanaatleriniz kendiliğinden bu okumanın metnin düzgün bir okuması olduğunu onaylamaya uyarlanacaktır. Çok da iyi niyetli olmadığınız bir durumda elbette sadece böyle oluyormuş gibi davranıyor da olabilirsiniz. Ama bu uyarlanma pekala bilinçsizce

de gerçekleşebilir. Bu durumda, esasında, burada söz konusu olduğu anlamıyla, sınırlanmış olmadığınız hâlde sınırlandırılmadığınızı düşünüyorsunuzdur. Yorumcunun kanaatlerinin gerçekten de bir başka kanaatini sınırlayıp sınırlamadığı, eğer yaptığı hakikaten yorumsa sınırlaması gerektiğinden, bir bütün olarak bunlarla ilgili fikirlerinin karmaşıklığına ve yapısına dayanır.

Zincirleme roman örneğimiz, size teslim edilen metnin mucizevi şekilde tek bir yazar tarafından yazılmış bir metnin bütünlüğüne sahip olduğu şeklindeki hiç de gerçekçi olmayan varsayım eliyle büyük ölçüde tahrip edilmiş durumda. Zincirin sizden önceki halkaları olan yazarlar sorumluluklarını ciddiye almış olsalar bile, size verilen metin, tarihçesinin izlerini taşıyacaktır ve siz de kendi yorum üslubunuzu bu duruma uygun kılmak durumunda kalacaksınız. Metnin tümüne nüfuz etmiş, size teslim edilen materyalin önemli addettiği her şeye uyan bir yorum bulamayacaksınız belki de. Bu durumda sanatsal açıdan metinde en temel gördüğünüz şeye uyan en büyük kısma uya- cak bir yorum inşa etmek için (tıpkı bitmez tükenmez bir pembe dizinin senaryo ekibine katılan özenli bir yazarın yaptığı gibi) baktığınız alanı daraltmanız gerektir. Biraz daha esnetilmiş bu testten sonra birden fazla yorum yaşama imkânı bulacaktır. Bunlar arasında bir seçim yapmak için, şekli olduklarını düşündüğümüz kanaatleriniz de dahil olmak üzere kendi estetik kanaatlerinizin oluşturduğu zemine dönmeniz gerekir. Esnetilmiş testten sonra bile muhtemelen hiçbir yorum ayakta kalmaya devam edemeyecektir. Daha önce işaret ettiğim şüpheli olasılık bu: İmkansız olması nedeniyle üstlendiğiniz görevi reddedecek, projeyi terk edeceksiniz. Fakat bu şüpheli sonuca ulaşacağınızı en baştan bilemezsiniz. Zincirleme roman hayali daha sonraki tartışmada çeşitli şekillerde çok daha kullanışlı olacak ama öğrettiği en önemli şey bu. Hiçbir yorumun en iyi yorum olamayacağını söyleyen, kulağa bilgece bir sözmüş gibi gelen argüman,

yorumla ilgili diğerk iddialara nasıl sahip olunuyor ve bu iddialar nasıl savunuluyorsa, öyle edinilmeli ve öyle savunulmalıdır.

Yanultıcı İtiraz

Öyleyse, zincirleme roman yazarının vermesi gereken pek çok zor karar bulunmaktadır ve farklı yazarların bu kararları farklı şekillerde vermesi beklenmektedir. Fakat bu kararlar arasında, kendisine teslim edilmiş olan hâlen-yazılmaya-devam-edilen-romandan uzaklaşmasının gerekip gerekmediğı ve eğer uzaklaşacaksa ne ölçüde uzaklaşacağı kararı yer almaz. Yazımızın vermesi gereken zor kararları, bu tek bir kararla özetlemek de mümkün değildir. Zira elindeki metinden sürecin-içerisindeki-bir-roman inşa edene kadar uzaklaşabileceğı veya tutunabileceğı herhangi bir şey yoktur ve burada gözden geçirdiğimiz farklı kararların hepsi, tam da bunu yapmak için alınması gereken kararlardır. *Bir Noel Şarkısı*'nın ilk bölümlerinin toplumsal gerçekçi yorumunun her şey göz önüne alındığında şimdiye kadarki mümkün en iyi roman olduğunda karar kıldığınızı ve dolayısıyla da romanı, bir ilk günah incelemesi olmaktan ziyade kapitalizmin hükümleraltındaki eşit oranda alçaltıcı efendi-köle ilişkisinin keşfi şeklinde devam ettirdiğini düşünelim. Şimdi de birinin sizi daha çok sevdiğiniz farklı bir romanı ortaya çıkarmak üzere "gerçek" bir roman yazmakla suçladığını varsayalım. Eğer bu ithamda bulunan kişi "gerçek" romanın, sizin izlediğiniz türden bir yorum sürecinden daha başka bir tarzda keşfedebileceğini kastediyorsa, sadece zincirleme roman teşebbüsünü değil, edebiyatın ve edebiyat eleştirisinin mahiyetini de yanlış anlamış demektir. Elbette sizin dayandığınız bu belirli yorumla ilişkili ve estetik kanaatlere katılmadığını da kastediyor olabilir. Bu durumda siz, metni görmezden gelmede serbest olduğunuzu düşünmenize rağmen, onun metne riayet etmeniz gerektiğini düşünmesine katılmıyor

değilsinizdir. Çok daha farklı bir konuda anlaşıyor olursunuz: Metne riayet etmenin ne anlama geldiği konusunda anlaşmazlığa düşmüş durumdasınız.

HUKUK: MANEVİ ZARARLAR MESELESİ

Bütünlük olarak hukuk, *McLouglin* gibi bir *common law* davasında* karar verecek yargıçtan, kendisini *common law* zincirindeki bir yazar gibi düşünmesini ister. Yargıç, diğer yargıçların görmekte olduğu davanın bire bir aynısı olmasa da benzer davalarda karar verdiklerini bilmektedir; onların kararlarını, gelişmekte olan hikâyeyi nasıl mümkün olduğunca en iyi kılabileceğine dair kendi yargısı uyarınca yorumlaması ve devam ettirmesi gereken uzun bir hikâyenin parçası olarak düşünmelidir. (Pek tabii ki onun açısından en iyi hikâye, estetiğin değil siyasi ahlakın bakış açısından en iyi olan anlamına gelir.) Bu yorum yargısının iki ana boyutu arasında yine kaba bir ayırım yapabiliriz. Yargıcın kararı –yorum-sonrası vargıları– mümkün olduğunca daha önceki kararlara hem uyan hem de onları gerekçelendiren bir yorumdan çıkarsanmalıdır. Fakat hukukta, edebiyatta da olduğu gibi, uyma ile gerekçelendirme arasındaki etkileşim karmaşıktır. Nasıl zincirleme romanda yorum her bir yorumcu için farklı edebi ve sanatsal tutum türleri arasındaki hassas bir denge meselesi ise, hukukta da farklı türden siyasi kanaatler arasında hassas bir denge söz konusudur; hukukta, edebiyatta da olduğu gibi bunlar birbirleriyle yeterince bağlantılı olmalı ama yorumun bir standart tipi açısından başarısız olmasına karşın başka bir standart tipi açısından başarılı olmasını sağlayan bütüncül bir yargıya izin verecek ölçüde de birbirlerinden ayrışık olmalıdırlar. Hukuki yorumun bu kompleks yapısını

* *Common-law* davası, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda mahkemelerin yarattığı hukukun uygulandığını anlatır. Anglo-Amerikan hukukunda sadece özel hukukta değil, ceza hukukunda da kimi zaman mahkeme kararlarıyla yaratılan hukuk geçerlidir. —çn

gözler önüne sermeye çalışacağım ve bunun için bütünlük olarak hukuku kabul eden, insanüstü entelektüel güç ve sabra sahip hayali bir yargıç kullanacağım.

Yargıcımıza Herkül ismini verelim.⁴ Bu ve izleyen bölümlerde farklı nitelikteki davalarda karar verirken dile getirmek zorunda olduğu yargı tiplerini ve çözmek durumunda kaldığı gerilimleri görmek suretiyle Herkül'ün meslek hayatında neler yaptığına bakacağız. Fakat en başta bir uyarıda bulunmam gerekiyor. Herkül'ün, karşılaştığı çeşitli sorulara verdiği cevapların bütünlük olarak hukuku genel bir hukuk anlayışı olmak üzere tanımladığını düşünmememiz gerekiyor. Verdiği cevapların şu an için en iyi cevaplar olduğunu düşünüyorum. Fakat bütünlük olarak hukuk cevaplardan ziyade soruları içeren bir yaklaşımı kapsar ve bütünlük olarak hukuku kabul etmiş diğer hukukçular ve yargıçlar sorulan sorulara Herkül'den farklı cevaplar verebilir. (Daha çok düşünsem, belki ben de farklı cevaplar verebilirim.) Sözgelimi, Herkül'ün, insanların haklarının yargıçların bu hakları hayata geçirmek için geçmişte vermiş oldukları kararlarda sundukları gerekçelere ne ölçüye kadar dayandığı hakkındaki görüşlerine katılmayabilir veya *common law* kararlarında “sorunun çıktığı alana öncelik” adını verdiğim şeye riayet etmesini benimsemiyor olabilirsiniz. Ne var ki, hukuk pratiğinin başarısız inşai yorumları olmalarını düşündüğünüz için bu somut görüşleri reddediyorsanız bütünlük olarak hukuku reddetmiş olmaz, bilakis, bu teşebbüse katılmış olursunuz.

Altı Yorum

Herkül, *McLoughlin*'de karar vermek zorundadır. Her iki taraf da davada emsal kararlara atıfta bulunmuş; her iki taraf da kendi lehlerine verilecek olan kararlar birlikte her şeyin eskiden beri olduğu gibi devam edeceğini, kararın bu emsal kararlarda karar

veren yargıçların başlattığı hikâyeyi ilerleteceğini iddia etmiştir. Herkül bu mesele hakkındaki kendine ait olan görüşü oluşturmak durumunda... Zincirleme roman yazarı, eğer bulabilirse, karakterlere ve temaya dair tutarlı bir görüş bulmak zorundaydı. Öyle ki, bu görüşe sahip farazi tek bir yazar, romanın buraya kadar olan kısmının en azından çoğunluğunu yazmış gibi olmalıydı. Tıpkı onun gibi Herkül de, eğer yapabilirse, manevi zarardan dolayı tazminat almaya dair hukuki haklar hakkında tutarlı bir teori bulmak zorundadır. Bunu öyle bir şekilde yapmalıdır ki, bu teoriyi benimsemiş siyasi konumda bulunan tek bir devlet görevlisi, emsal kararlarda dile getirilen sonuçların büyük bir kısmına ulaşmış olabilir gibi görünmelidir.

Herkül dikkatli bir yargıçtır, bir metoda sahiptir. Daha kararları okumamış bile olsa, emsal kararların en iyi yorumu için muhtemel adaylar belirlemekle işe başlar. Şöyle kısa bir liste hazırladığını düşünelim: (1) Hiç kimse fiziksel zarar dışında tazminat almak için herhangi bir ahlaki hakka sahip değildir. (2) Dikkatsizliğiyle bir kazaya sebep olan kişiye karşı insanların kaza anında maruz kaldıkları manevi zarardan tazminat almalarını öngören ahlaki bir hakları vardır ancak kazadan sonra maruz kalınan manevi zarar için böyle bir hak söz konusu değildir. (3) Kişilerin manevi zarara uğradıkları durumlarda onlara tazminat verilmesini gerektiren bir uygulama, kazaların bütün maliyetlerini ortadan kaldırıyor veya ortadan kaldırmıyorsa bile uzun vadede topluluğu daha zengin kılıyorsa, bu durumdaki insanların tazminat alması gerekir. (4) İnsanlar, dikkatsiz davranışın doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan maddi veya manevi zararlarının tazmin edilmesi yönünde ahlaki bir hakka sahiptir. Davranışın bu zarara yol açmasının beklenmemesi veya öngörülemez olması önemli değildir. (5) Dikkatsiz davranışın sonucu olan maddi veya manevi zararın tazmini yönünde insanların ahlaki bir hakkı vardır fakat bu hak ancak dikkatsiz davranan

kişinin zararı makul şekilde öngörebilmesi durumunda söz konusudur. (6) İnsanların makul şekilde öngörülebilir zararlarından dolayı tazminat alma yönünde ahlaki bir hakları vardır. Ancak böyle bir hakkı tanımanın dikkatsiz davranan insanlara ahlaki kusurlarının ötesinde yoğun ve yıkıcı mali külfet yükleyeceği hâller istisna teşkil eder.

Bunlar, haklar hakkındaki görece somut ifadeler ve hemen aşağıda ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz üzere üçüncü ifadedeki karmaşıklığa izin vererek, birbirleriyle çelişirler. Manevi zarar davalarının tek bir yorumunda bir tanesinden daha fazlası bir araya gelemez. (Herkül'ün çelişen değil yarışan ilkelerden, yani kimi zaman farklı yönler gitseler de bütüncül bir ahlak ve siyaset teorisinde bir arada yaşayabilen ilkelerden bir yorum inşa ettiği daha karmaşık olan durumdan bahsetmeyi daha sonraya bırakıyorum.)⁵ Yine de bu, dikkate alınabilecek, birbirleriyle çelişen yorumlara dair ancak kısmi bir listedir; Herkül bu listeyi başlangıçtaki kısa listesi olarak belirlemiştir, çünkü bu yorumlarda yer alan ilkeler gerçekten hukuk literatüründe tartışılmıştır. Bu ilkelerden hangisinin emsal kararlara dair en iyi yorumu sunduğuna dair inancı, çok açıktır ki, büyük bir fark yaratacaktır ve bu yüzden de yorum-sonrası yargısının gücünü belirler. (1) veya (2) üzerinde karar kılırsa Bay O'Brian lehine karar vermelidir, eğer (4)'ü benimserse Bayan McLouglin lehinde. Diğerlerinin her biri üzerlerinde daha fazla düşünülme gerektiriyor ama yine her birinin önerdiği muhakeme çizgisi farklı... (3) iktisadi bir hesaplamayı gerektiriyor. Sorumluluğu kaza anına şahit olmayanlara da teşmil etmek kazaların maliyetini azaltacak mı? Yoksa kaza anına şahit olarak manevi zarara uğrayanlarla kaza anından sonra manevi zarara uğrayanlar arasında yapılacak ayırımın en iyi etkiyi doğuracak ayırım olduğunu düşünmek için iyi gerekçelerimiz mi var? (5), oldukça farklı bir şeyden bahsederek zararın öngörülebilmesi hakkında bir yargıda bulunulmasını is-

tiyor ve (6) ise eğer kaza an ve yerinden uzaktaki bazı zararlar da dahil edilecekse hem öngörülebilirlik hem de kümülatif mali sorumluluk riski hakkındaki bir yargıyı zorunlu kılıyor.

Herkül kısa listesindeki yorumları sınamaya, tek bir siyasi konumdaki devlet görevlisinin, bu görevli, yorumu oluşturan ilkeleri bilinçli ve tutarlı bir şekilde hayata geçiriyor olsa idi, emsal davalardaki hükümleri verebilir miydi sorusunu sorarak başlar. Bu durumda (1) numaralı yorumu daha ilk baştan bir kenara koyacaktır. Zira insanların manevi zararlar için tazminat almaya hakkı olmadığını düşünen biri, böyle bir tazminata hükmeden *McLoughlin*'de atıf yapılan geçmişteki kararların sonuçlarına da ulaşmayacaktır. Herkül (2) numaralı yorumu da elinden bırakacaktır, fakat farklı bir nedenle. (1) numaralı yorumun aksine (2), geçmişteki kararlara uyar; (2) numaralı yorumu bir standart olarak gören kişi bu kararları da pekala verebilir, çünkü bu kararların hepsi kaza anına şahit olmaktan kaynaklanan manevi zararın tazminine izin verirken kazadan uzakta maruz kalınan manevi zarardan dolayı tazminatı mümkün görmez. Fakat (2), istenilen türde bir yorum olmaktan uzaktır, çünkü bir adalet ilkesini ifade etmez. Yaptığı, keyfi ve genel bir ahlaki veya siyasi düşünceyle ilişkilendirilmemiş bir sınır çizmekten ibarettir.

Peki ya (3)? Geçmişteki kararlara ancak şu şekilde uyabilir: Herkül, yapacağı iktisadi analizle, (3)'ün ifade ettiği iktisat teorisini kabul eden ve topluluğun kazalardan kaynaklanan maliyetlerini düşürmeyi isteyen kişinin sadece bu kararları verebileceği sonucuna ulaşmış olabilir. Fakat çok açık ki (3) numaralı yorum herhangi bir adalet veya hakkaniyet ilkesi dile getirmez. Bir önceki bölümün sonlarına doğru ilkeler ile siyasalar arasında yaptığımız ayrımı hatırlayın. (3) numaralı yorum, baştan sona bütün maliyetlerin azaltılmasının arzu edilen bir şey olduğunu söyler. Peki neden? İki muhtemel izahı var: İlki, tazminat verilmesini öngören bir kural tazminat verilmemesini öngören bir

kuralın topluluk için üreteceğinden daha fazla zenginlik üretecek ise, insanların tazminat almaya hakkı olduğunda ısrar eder. Bu, en azından bir ilke formu taşıyor, zira herkesin sahip olması düşünülen genel bir hakkı tarif ediyor. Herkül'den (3) numaralı yorumu bu tarzda düşünmesini istemeyeceğim, çünkü onu 8. Bölümde etraflıca inceleyeceğiz. İkinci izah ise oldukça farklı. Kimi zaman, hatta her zaman bütünü zenginliğini bu şekilde artırmanın toplumun genel çıkarına uygun olduğunu söyler ama insanların, toplumsal zenginliğin her zaman artırılması yönünde bir hakkı olduğunu varsaymaz. Dolayısıyla bu yorum, devletin belli durumlarda izlemeye karar verebileceği, ya da böyle bir karar vermeyebileceği bir siyasa ortaya koyar. Bu hâliyle de bir adalet ilkesi ifade etmiş olmaz. Dolayısıyla Herkül'ün şu an için peşine düştüğü türden bir yorum değildir.⁶

Bütünlük olarak hukuk yargıçlardan mümkün olduğunca hukukun adalet, hakkaniyet ve usule uygunluk ilkelerinden müteşekkil tutarlı bir küme olarak yapılandırılmış olduğunu varsaymalarını ve bu ilkeleri önlerine gelen yeni olaylarda hayata geçirmelerini ister. Böylece herkes aynı standartlar uyarınca adil ve hakkaniyetli bir durumda olacaktır. Bu hüküm verme tarzı bütünlüğün varsaydığı hedefe, bir ilke topluluğu olma hedefine riayet etmiş olur. Fakat 6. Bölümün sonunda gördüğümüz üzere, bütünlük neyin sapkınlık olduğunu belirtmez, hepimizin her durumda aynı hedeflerle ve aynı siyasa stratejileriyle yönetilmemiz gerektiğini söylemez. Toplumun bir bütün olarak daha zengin kılmak için, bugün tazminat hakkında tek bir kurallar dizisi yaratan meclisin yarın da aynı siyasa hedeflerine hizmet etmeyi vaat etmiş olduğunu iddia etmez. Zira yarın peşine düşülecek başka hedefler olabilir. Bu hedefler illa zenginlik yerine geçmek durumunda değildir, onun yanında yeni hedefler de söz konusu olabilir. Bütünlük bu çeşitliliğe olumsuz bakmaz. Yorumla ilişkin açıklamamız ve doğrudan siyasaya başvurur şekil-

de okuduğumuz (3) numaralı yorumu bu açıklama sonucunda elemiş olmamız bütünlük idealinin zaten taşıdığı bir ayrımcılığı yansıtmaktadır.

Yorum hakkında öğrendiklerimiz üzerinde biraz daha derinlemesine düşündüğümüz takdirde, *McLoughlin* bağlamında aynı sonuca başka bir rotayı izleyerek de ulaşabiliriz. Bir yorum, mümkün olan en iyi ışık altında neyin yorumlandığını göstermeyi amaçlar ve hukukun herhangi bir kısmının yorumu da sadece geçmişteki resmi görevlilerin kararlarının içeriğiyle değil, bu kararların nasıl verildiğiyle de –yani hangi koşullarda hangi görevlilerin kararları verdiğiyle de– ilgilenmelidir. Bir meclisin, trafik kazalarındaki tazminata ilişkin kurallar da dahil olmak üzere, çıkardığı trafikle ilgili kuralları bir ilkeyi göstererek gerekçelendirmesine gerek yoktur. Bu kurallar cebir tehdidiyle hayata geçirilecek hak ve ödevler yaratacaksa bile böyle bir ilkeyle gerekçelendirme ihtiyacı söz konusu değildir. Meclis yeni haklar yaratma kararını, bu hakların, güçlü bir siyasa meselesi olarak, bütün olarak topluluğun umumi menfaatine nasıl katkıda bulunacağını göstermek suretiyle gerekçelendirebilir. 6. Bölümde gördüğümüz üzere bu tarz bir gerekçelendirmenin de bazı sınırları vardır. Umumun menfaati, dikkatsiz araç kullananlar için ölüm cezası verilmesini gerekçelendirmede kullanılamaz. Fakat meclisin, belli durumlarda tazminat alınabilmesini öngören bir yasayı gerekçelendirmek için vatandaşların bu durumlar söz konusu olduğunda maruz kaldıkları zarar için tazminat alabilmele-ri yönünde zaten ahlaki bir hakka sahip olduklarını göstermesine gerek yoktur.

Ne var ki, bütünlük olarak hukuk düşüncesinin varsayımına göre yargıçlar meclis üyelerinden oldukça farklı konumdadır. Bir yargıcın, insanların belli bir şekilde eylemde bulunmama yönünde hukuki bir yükümlülüğünün bulunmadığına inandığı hâlde o şekilde davrandığı için tazminat ödeme sorumluluğu-

nun olduğuna karar verebilme otoritesine sahip olması, ilke toplumunun karakterine uymaz. Öyleyse yargıçlar daha önce kabul edilmemiş sorumluluk kuralları inşa ederken yukarıda belirtildiği şekliyle yasakoyucular kadar serbest değildirler. Yargıçlar *common law* kararlarını siyasa değil, ilke temelinde oluşturmalıdırlar: Tarafların, eylemde buldukları anda veya geçmişte, olayla ilişkili bir zamanda, verdikleri kararlar hayata geçirdikleri “yeni” haklara ve ödevlere neden gerçekten de sahip olduklarına dair bir argüman hazırlamalıdırlar.⁷ Hukuki pragmatist bu iddiayı reddedecektir. Ama Herkül de pragmatizmi reddetmektedir. Bütünlük olarak hukuku benimsemektedir ve dolayısıyla da daha önceki manevi tazminat davalarında yargıçların ne yaptığını, yargıçların reddetmeleri gerektiğini düşündüğü tarzda değil de onları benimsediği şekilde davranırken gösteren bir yorum istemektedir. Buradan, geçmişteki yargıçların, topluluğu daha zengin kılacağı durumda tazminat almaya dair genel bir hukuki hakkı korumak üzere karar verdiklerini varsayarak, Herkül’ün yukarıda tarif ettiğim birinci tarzda okunduğu şekliyle (3) numaralı yorumu reddetmesi gerektiği sonucu çıkmaz. Zira eğer insanların gerçekten böyle bir hakkı varsa, diğer insanların da buna karşılık gelen yükümlülükleri vardır ve yargıçlar kolluğun bu hakkı hayata geçirmesi yönünde karar verdiği takdirde adalete aykırı davranmış olmazlar. Argüman, (3) numaralı yorumu sadece, yorum böyle bir genel ödevi inkâr ettiği ve sadece siyasa temeline dayandığı zaman geçersiz kılmış olur.

Kapsamı Genişletmek

(4), (5) ve (6) numaralı yorumlar bu başlangıç testlerini geçmiş gibi görünüyorlar. Bu yorumlardaki ilkelerin her biri geçmişteki manevi zarar kararlarına en azından ilk bakışta sırf hiçbirini aralarında ayırım yapmayan olgular sundukları için uymaktadırlar.

Artık Herkül'ün, soruşturmasının bir sonraki aşamasını oluşturmak üzere sorması gereken soru bu üç yorumdan herhangi birinin daha genel bir bakışla hukuk pratiğinin büyük kısmıyla uyumsuz olduğu için dışarıda bırakılıp bırakılmayacağıdır. Her bir yorumu, geçmişteki, duygusal zararlar ilgili olanlar dışındaki ama yine konuyla ilgili olabilecek yargı kararları karşısında sınamaya tabi tutmalıdır. Herkül, sözgelimi, geçmişteki kararların dikkatsiz sürücülerin neden olduğu maddi zarar için tazminat ödenmesine, ancak zararın makul şekilde öngörülebilir olması hâlinde izin verdiğini keşfetmiş olsun. Bu durum, Herkül fiziksel ve duygusal zararlar arasında ilki için hükmedilecek tazminatın ikinciye nispetle daha sınırlı olmasını açıklayan, ilkeye bağlanmış bir ayırım bulamadığı müddetçe, ki çok da olası değildir, (4) numaralı yorumu devredışı bırakacaktır.

Öyleyse bütünlük olarak hukuka göre yargıç, kendi topluluğunun siyasi yapısının ve kararlarının oluşturduğu devasa ağı herhangi bir parçasına ait yorumunu, bu yorumun söz konusu ağı bir bütün olarak gerekçelendiren tutarlı bir teorinin parçasını teşkil edip etmeyeceğini sorarak sınamalıdır. Kanlı canlı hiçbir yargıç, içinde bulunduğu toplumun hukukunun tamamının tek bir seferdeki eksiksiz yorumuna yaklaşabilecek herhangi bir şey icra edemez. Bizim de burada insanüstü yeteneklere ve sonsuz zamana sahip Herkülvari bir yargıç tahayyül etmemizin nedeni bu. Fakat gerçek dünyadaki yargıç sınırlı tarzda da olsa Herkül'ü taklit edebilir. Yorumladığı alanın, baktığı davayla yakından ilgili davalardan, aynı genel alandaki veya aynı hukuk alanındaki davalara doğru genişlemesine ve hatta vereceği karar açısından ümit vaat ettiği ölçüde daha da uzağa yayılmasına izin verebilir. Uygulamada bu sınırlı süreç dahi büyük ölçüde bilinçsizce hayata geçecektir: Tecrübeli bir yargıç, önündeki sorunu çevreleyen sahanın bilgisine, küçük bir davalar kümesi hakkındaki hangi yorumun, uyması gereken alan genişletildiği takdirde ayakta kalacağını iç-

güdüsel olarak bilecek ölçüde sahip olacaktır. Fakat kimi zaman yoruma konu olan alan bilhassa genişletilmiş olabilir ve genişletme ihtilafı hâle gelebilir. Avukatlar, ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlara ilişkin hukukun modern hâline dair olanlar da dahil olmak üzere bu nitelikteki onlarca kararı alkışlıyorlar.⁸ Hukukçu biliminsanları ise başka önemli örnekler sunarlar.⁹

Herkül'ün soruşturduğu sahanın mütevazı ölçüde genişlemesiyle şunu gördüğümüzü varsayalım: Davalı olan dikkatsiz sürücü eylemde bulunduğu anda, davacıların maruz kaldığı zarar makul şekilde öngörülemiyorsa, davacılar lehine maddi tazminata hükmedilmesi kabul edilmiyor. Böylece (4) numaralı yorum devre dışı kalır. Fakat bu durum ne (5) ne de (6) numaralı yorumları bir kenara bırakmayı gerektirir. Öyleyse Herkül araştırmayı devam ettirmelidir. Maddi veya manevi zararlardan ziyade verilecek tazminatların çok daha büyük olma potansiyeline sahip ekonomik zararlara ilgili davalara da bakmak durumundadır: Mesela, gayrimenkul eksperleri veya muhasebeciler gibi profesyonel danışmanların kusurlu davranışları sonucunda ortaya çıkan zararlara ilişkin davaları da incelemelidir. (5) numaralı yorum böyle bir sorumluluğun, toplamda ne kadar yıkıcı olursa olsun, miktar itibarıyla sınırsız olabileceğini söylerken (6) numaralı yorum, bir sınır getirilmediği takdirde ürkütücü yekunlara ulaşılabileceğinden, sorumluluğun sınırlı olmasını gerektirir. Eğer bir yorum bu türden davalarla sürekli çelişiyor ve Herkül'ün daha sonradan araştırabileceği başka bir doktrin alanından herhangi bir destek görmüyorsa, bunun yanında diğer yorum da yorumlanacak alanın genişletilmesi sonucunda onaylanmış ise, Herkül artık ilkinin yetersiz olduğunu söyleyecektir; ikinci yorum ise ayakta kalmaya devam edecektir. Fakat Herkül'ün bu şekilde araştırmaya devam ederken karışık bir örüntü keşfettiğini düşünelim. Geçmişteki kararlar genişletilmiş sorumluluğu sadece bazı meslek mensupları için kabul etmiş olsun ve bu karışık örüntü, Herkül'ün hayali yeteneklerini

kullanarak alakadar olduğunu düşündüğü diğer doktrin sahalarında da mevcut bulunsun.

Herkül'ün keşfettiği çelişki, her ne kadar hakiki ise de, hukuk pratiğini bütünüyle şüpheli bir yoruma tabi tutmayı haklı kılacak ölçüde derin veya pratiğin her yanına nüfuz etmiş değildir. Zira yekün itibariyle sınırsız tazminatlar meselesi her ne kadar önemli ise de, buradaki çelişki daha geniş bir sistemin bütünlüğünü tahrip edecek kadar esasa ilişkin değildir. Öyleyse Herkül ikinci ana boyuta dönecektir, fakat burada, zincirleme roman örneğinde olduğu gibi, uyma sorunu yine yüzeye çıkar, çünkü bir yorum, bütünlüğe, rakibi olan yorumdan daha az zarar veriyorsa, *pro tanto** daha tatmin edici olur. Dolayısıyla Herkül (5) numaralı yorumun, genişletilmiş hukuki sahaya (6) numaralı yorumdan daha iyi uyup uymadığını değerlendirecektir. Fakat bu, mekanik bir karardan ibaret değildir; her bir yorumda "hata" olarak kabul edilmesi gereken geçmiş kararları tek tek saymakla yetinilemez. Zira bu sayılar sadece mahkemelere gelmiş ve hükmün verilmesinden önce çözüme kavuşturulamamış olan durumları yansıtır. Her bir yoruma karşılık gelen kararları hesaplarken sadece sayılara bakmamalıdır. Bir ilkeyi yansıtan kararların diğer ilkeyi yansıtan kararlardan daha önemli, daha esasa müteallik veya daha geniş kapsamlı olup olmadığına da bakmalıdır. Diyelim ki (6) numaralı yorum geçmişteki yargı kararlarından sadece belli bir meslek erbabının –sözgelimi avukatların– kusurlu davranışına ilişkin iddialarla ilgili olanlarına uyuyor ve (5) numaralı yorum ise hem diğer meslek erbabının kusurlu davranışlarıyla ilgili olan davalara hem de ekonomik zararın diğer türleriyle ilgili davalara uyuyor. Bu durumda (5) numaralı yorum, avukatlara ilişkin davaların sayısı şu veya bu nedenle çok daha fazla olsa bile, bütüne bakıldığında hukuki geçmişe daha iyi uymaktadır. Bununla birlikte böyle bir sonuca

* (Lat.) O ölçüde. —çn

ulaşmak için, inceleme alanı daha da genişletildiğinde argümanın ağırlığının yön değiştirmiyor olması gerekir, ki böyle bir durumun gerçekleşmesi her zaman ihtimal dahilindedir.

Şimdi de başka bir ihtimali gözden geçirelim: Çok sayıdaki, farklı türden olaylara ilişkin davalarda sorumluluk (5) numaralı yorumun izin verdiğiinden daha sınırlı bir yekuna karşılık gelecek şekilde karara bağlanmış olsa da, bu kararların esasını oluşturan gerekçelerde (6) numaralı yorumun ifade ettiği ilkeye hiçbir atıf yapılmamış, yargı retoriğinin resmi görünümünde bu ilke hiçbir zaman benimsenmemiş olsun. Başka yargıçlar bu sınırı reddeder ve belli bir çizgide sıralanmış olan bazı davaların en iyi yorumunun hiçbir zaman açıkça benimsenmemiş ancak yine de verilmiş olan kararların parlak bir izahını öneren bir ilkede yatabileceğini kabul ederler. Bu ilke, söz konusu kararları şimdiye kadar en iyi aydınlatan ışıktır.¹⁰ Herkül şimdi özel bir siyasi ahlak sorunu ile karşı karşıyadır. Herkül'e göre, bir topluluğun siyasi tarihi, yargıçların kararlarında ortaya koydukları gerekçeler vasıtasıyla kendilerinden sonra gelecek, bütünlük ilkesini rehber edinmiş yargıçların izleyeceği yolu kamunun görebileceği şekilde açıklığa kavuşturduğunu gösterdiği ve toplum içerisinde yaygın olan ahlaki kanaatleri hem seslendiren hem de bu ahlaka karar veren yargıçların varlığını gösterdiği ölçüde iyi bir tarihtir. Yargı kararlarının esasını oluşturan gerekçeleri resmi olarak ilan eden içtihat dergilerinin bizzat kendileri, özellikle de yakın tarihli olanları, kişileştirilmiş olan topluluğun, bütünlük kapsamında dikkate alınması gereken eylemleridir.¹¹ Bunlar, Herkül'ün, –sabık yargıçların ve diğer görevlilerin ifade etmekle yetinmeyip aynı zamanda uyguladıklarından pek de farklı olmayan– bir yorumu tercih etme gerekçeleri arasındadır. Fakat bu gerekçeleri, söz konusu iki yorumun görelî ahlaki değer hakkındaki daha içeriğe ilişkin siyasi kanaatleri karşısında konumlandırılmalıdır. Eğer (6) numaralı yorumun bu bakış açısıyla daha üs-

tün konumda olduğuna inanırsa, daha usuli değerlerden feragat etme rağmına bu yorumu seçerek hukuki geçmişe ait kayıtları bütün itibariyle daha iyi kılacağını düşünecektir.

Şimdi ise çok daha düzensiz ve uyumsuz bir hukuk geçmişi bulunduğunu düşünelim. Herkül yekun itibariyle sınırsız bir sorumluluğun belli meslekler için uygulandığını ve kabaca aynı sayıdaki mesleğe ise uygulanmadığını, bu ayrımı açıklayacak herhangi bir ilkenin olmadığını, yargı retoriğinin de kararlar kadar bölünmüş olduğunu ve bu bölünmüşlüğün ekonomik zararlarla ilgili diğer türdeki davalar açısından da geçerli olduğunu görmüş olsun. Herkül'ün araştırma sahasını genişletmesi ve nihayetinde resmin değişmesi mümkündür elbette. Ancak şimdilik böyle bir genişletme teşebbüsünde bulunmayacağını, mevcut durumu tatmin edici bulunduğunu düşünelim. Bu durumda artık uyma sorununun ikinci boyutu üzerinde düşünürken bile işe yarar bir rolü olmadığına karar verecektir. Şimdi, bu boyutun daha açıkça içeriğe ilişkin olan yönlerini vurgulama zamanıdır: Hukuki geçmişi hangi yorumun maddi siyasi ahlak perspektifinden en iyi kılacağına karar vermelidir. İki hikâyeyi bir araya getirecek ve birbirleriyle karşılaştıracaktır. İlk hikâyenin varsayımı şudur: Kişileştirilmiş olan toplum kusurlu davranış sonucunda ortaya çıkan zarardan kaynaklanan ahlaki sorumluluğun ölçütü olarak öngörülebilirlik ilkesini benimsemekte ve uygulamakta; her ne kadar sıklıkla bu ilkeden sapsa ve öngörülebilirliğin kabul edemeyeceği kararlara ulaşsa da, verilmiş olan pek çok kararda bu ilkeyi hayata geçirme niyeti barındırmaktadır. İkinci hikâyenin varsayımı ise şu: Topluluğun sorumlulukla ilgili kabul ettiği ve uyguladığı öngörülebilirlik, bu ilkeden sıklıkla sapılıyorsa da bir tür nihai azami sınır ile daraltılmıştır. Her şeyi dikkate aldığımız ve siyasi ahlakın durduğu noktadan baktığımızda topluluğu en iyi aydınlatan ışığı sağlayan hangi hikâyedir?

Herkül'ün cevabı siyasi ahlakın daha önce gördüğümüz iki kurucu değeri olan adalet ve hakkaniyet hakkındaki kanaatlerine dayanacaktır.¹² Yani, sadece bu ilkelerden hangisinin soyut adalet meselesi olarak üstün olduğu hakkındaki inançlarına değil, kendi vatandaşlarının sahip olduğu ahlaki kanaatlere sahip üyeleri olan bir toplulukta, bir siyasi hakkaniyet meselesi olarak, hangi ilkenin izlenmesi gerektiği hakkındaki inançlarına da dayanacaktır. Bazı durumlarda iki yargı türü –adalete ilişkin yargı ile hakkaniyete ilişkin yargı– kol kola gider. Eğer Herkül ile kamuoyunun çoğu aynı şeyi, insanların başkalarının dikkatsizlikleri nedeniyle zarara uğramaları durumunda her halükârda, böyle sert bir gerekliliğin sonuçları her ne olursa olsun, tümüyle tazmin edilme hakkına sahip olduğunu düşünüyorsa, Herkül de gündemdeki iki yorumdan (5) numaralı olanının açıkça daha iyi olduğunu düşünecektir. Ancak kimi zaman bu iki yargı farklı yönlere gider. Böyle bir durumda Herkül, (6) numaralı yorumun soyut adalet zemininde daha iyi olduğunu düşünmüştür ancak bunun halkın kaydedeğer kısmınca paylaşılmayan radikal bir görüş olduğunu ve zamanın siyasi ve ahlaki retoriğinin bu görüşe bigâne kaldığını bilmektedir. Böyle olunca Herkül, devletin Herkül'ün doğru olduğunu düşündüğü görüşte ısrarcı olduğu ama bunun bir bütün olarak halkın taleplerine karşı olduğu hikâyenin, her şey dikkate alındığında daha kötü bir hikâye olduğu sonucuna varabilecektir. Bu tip durumlarda hakkaniyeti adalete tercih edecek ve bu tercih Herkül'ün siyasi kanaatlerinin, yani hem hakkaniyete hem de adalete bağlı bir devletin bu iki tür olay arasında nasıl karar vermesi gerektiğine dair kanaatlerinin oluşturduğu sıralamanın en üst düzeyini yansıtacaktır.

Yargıçlar, her bir vatandaşın görüşünün, devletin, merkezi kolluk gücü aracılığıyla hangi adalet ilkelerini hayata geçireceği hususunda oynaması gereken ideal role dair farklı hakkaniyet

düşüncelerine sahiptirler. Bu siyasi idealler arasındaki çatışmaların en iyi çözümünün ne olduğuna dair en üst sıralamadaki görüşleri farklıdır. Hiçbir yargıç hakkaniyetin kendiliğinden adalete veya adaletin kendiliğinden hakkaniyete tercih edilmesi gerektiği basit bir teoriye tutunmaz. Pek çok yargıç topluluktaki görüşler ile soyut adaletin talepleri arasındaki dengenin farklı türden olaylarda farklı şekillerde sağlanması gerektiğini düşünecektir. Belki de gündelik ticaret veya *McLoughlin* gibi özel hukuk davalarında popüler ahlakın desteklediği yorum, bir soyut adalet meselesi olarak çok da aşağı seviyede olmadığı düşünüldüğünden, popüler ahlakın desteklemediği yoruma üstün sayılacaktır. Fakat pek çok yargıç popüler ahlakın yorum açısından sahip olduğu gücün *Brown* gibi anayasal sorunları ilgilendiren davalarda çok daha az olduğunu kabul edecektir. Çünkü Anayasa'nın hedeflerinden biri de bireylerin, çoğunluğun doğru olduğunu düşündüğü şeylerden korunmasıdır.¹³

Alanlara Verilen Öncelik

Herkül'ün yaptığı işin henüz açıkça su yüzüne çıkmamış bir özelliğine dikkat çekmem gerekiyor. Yorumun geçmişteki uygulamalara uymasına ilişkin yargıları, bakmakta olduğu davadan başlayarak gittikçe büyüyen iç içe geçmiş daireler boyunca genişledi. İşe, başlangıçtaki listesinde yer alan hangi yorumların geçmişte manevi zararlarla ilgili davalarda verilen kararlara uyduğunu sorarak başladı. Sonra hangilerinin genel itibarıyla kişilerin kazalarda maruz kaldığı zararlarla ilgili kararlara uyduğunu sordu. Bir sonraki aşamada hangi yorumların ekonomik çıkarların etkilenmesi durumunda verilen kararlara uyduğunu araştırdı. Böyle sormaya ve araştırmaya devam ederken, ilk baştaki *McLoughlin* meselesinden gittikçe uzaklaştı. Bu yöntem, hukuk "dalları" veya "alanları" diyebileceğimiz şeylere bir öncelik tanıtır. Eğer Herkül bu iki ilkenin de baktığı kazalardan kaynakla-

nan zarara ilişkin davalarla açıkça çelişmediğini görürse, incelemesini, sözgelimi, sözleşmelerle ilgili davalara doğru geliştirir ve bu ilkelerden hangisinin sözleşmelerle ilgili kararlara, eğer uyuyorsa, daha iyi uyduğunu görmeye çalışır. Fakat eğer Herkül'e göre bir ilke kazalarla ilgili hukuka hiç uymuyorsa –onu onaylama potansiyeli olan neredeyse her bir karar onunla çelişiyorsa– bu, hukukun bu kısmına ait kabul edilebilir bir yorum olması açısından onun kati surette aleyhinedir, hukukun diğer alanlarıyla göz alıcı bir uyum gösteriyorsa bile, kabul edilebilir olmayacaktır. Ne var ki alan itibariyle öncelik tanıma doktrinine mutlak bir doktrinmiş gibi de davranmayacaktır; hemen biraz sonra göreceğimiz gibi, bazı şartlar altında bu doktrini de görmezden gelmeye hazır olacaktır.

Hukukun kompartmanlara ayrılmış olması hukuk pratiğinin göze çarpan önemli bir özelliğidir. Hukuk okulları verdikleri dersleri, kütüphaneler ellerindeki kitapları, manevi zararları ekonomik veya maddi zararlardan, kasıtlı haksız fiilleri kasıtsız olanlardan, haksız fiili suçtan, sözleşmeler hukukunu *common law*'un diğer alanlarından, özel hukuku kamu hukukundan, anayasa hukukunu kamu hukukunun diğer dallarından ayıracak şekilde düzenlerler. Hukuki ve yargısal tartışmalar bu geleneksel bölümlenmelere riayet eder. Yargı kararlarının esasını oluşturan gerekçeler normalde görülmekte olan davayı hukukun belli bir dalına yerleştirerek işe başlar ve sadece bu dalla ilgili olan emsal kararlar ile yasaları dikkate alır. Çoğu vakit ilk başta yapılan bu sınıflandırma hem ihtilafıdır hem de hayatidir.

Hukukun bölümlere ayrılmış olması, farklı nedenlerle de olsa, uzlaşımçılığa da pragmatizme de uyar. Hukuk dalları geneleğe dayanıyor ki bu uzlaşımçılığı destekler nitelikte. Pragmatistin soylu yalanlar söylerken kullanabileceği bir strateji de sağlıyorlar. Bu sayede pragmatist şöyle diyebilir mesela: Sunduğum yeni doktrinin geçmişteki kararlarla ilke itibariyle

tutarlı olmasına gerek yok, çünkü bu geçmişteki kararlar, onları tam da dosdoğru anlayacak olursak, esasında hukukun başka bir alanına aittirler. Bütünlük olarak hukuk, hukuk dallarına ilişkin çok daha kompleks bir tutum sahibidir. Genel itibariyle olumsuz bir yaklaşımı vardır, çünkü yargıdaki bütünlük ilkesi yargıçların hukuku mümkün olduğunca bir bütün olarak tutarlı kılmalarını ister ve bunu yapmanın en iyi yolu hukukun bazı dallarını ilke itibariyle bazı başka dallarla daha insicamlı kılabilmek için akademik sınırları görmezden gelmek ve bu alanları tümüyle yeniden şekillendirmektir.¹⁴ Fakat bütünlük olarak hukuk yorumuna ilişkindir ve bölümlere ayrılmış olmak hukuk pratiğinin hiçbir yetkin yorumunun göz ardı edemeyeceği bir özelliğidir.

Herkül, bu yarışan itkilere, hukukun bölümlere ayrılmış olmasının inşai bir yorumunun peşine düşerek karşılık verir. Hukuku dallara ayırma pratiğinin, bu pratiği en iyi ışık altında gösterecek bir izahını bulmaya çalışır. Hukukun dalları arasındaki sınırlar çoğunca popüler kanıyla örtüşür; pek çok insan kasten zarar vermenin dikkatsizlikle zarar vermekten daha çok kınanmaya layık olduğunu düşünür. Yani devletin, bir kişinin işlediği suç nedeniyle suçlu olduğunu ilan etmek için ihtiyaç duyduğu gerekçe, neden olduğu zarardan kaynaklanan tazminatı ödemeye zorlamaktan oldukça farklı bir türdedir; taahhütler ve diğer açık anlaşma türleri ile rıza, devletin cebri icraya başvurusu için farklı türden sebeplere sahiptir vb. Hukuku bu türden bir kanıya uymak üzere dallara ayırmak öngörülebilirliği kuvvetlendirir ve devlet görevlilerinin hukukun geniş alanlarından beslenen beklenmedik yeniden yorumlarına karşı koruma sağlar. Böylece de bütünlük olarak hukuk hedefini daha derinden desteklemiş olur. Eğer hukukun bölümlere ayrılmış olması çoğu insan açısından anlam ifade ediyorsa, bütünlüğün tercih ettiği muteriz tavrı teşvik etmiş olur, çünkü hem sıradan insanların hem de baskı

altındaki yargıçların doğal ve sezgilerimizle bilir görüldüğümüz pratik sınırlar dahilinde yorumlamalarına izin verir.

Herkül, hukukun bölümlere ayrılmış olmasına dair bu açıklamayı kabul eder ve alan itibariyle öncelik tanıma doktrinini ona göre yeniden şekillendirir. Hukukun geleneksel dalları arasındaki sınırların kusur veya sorumluluk tiplerini birbirinden ayıran yaygın kabul görmüş ahlaki ilkelerin izini takip ettiği ve her bir hukuk dalının bu ahlaki ilkeleri yansıttığı durumlarda Herkül, elindeki doktrine en büyük gücü verir. Ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ayrım bu ölçütü karşılar. Herkül'ün, çoğu insanın düşündüğünün aksine, tazminat ödemeye mahkûm edilmenin para cezası ödemeye mahkûm edilmek ölçüsünde kötü olduğunu düşündüğünü varsayalım. Bu yüzden de ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ayrım ilke itibariyle anlamsız olacaktır. Ne var ki yine de alana tanınan önceliğe riayet etmek durumundadır. Ceza hukuku ile medeni hukukun aynı hukuk dallarıymış gibi görünmesi gerektiğini iddia etmeyecektir; sanığın suçunun sübutu için makul şüphenin ötesinde olma standardının değil gerçekleşmesinin mümkün olması standardının uygulanması gerektiğini, zira gerçekleşmesinin mümkün olması standardının bu birleştirilmiş hukuk dalına, başka bir hukuk dalına da uyduğu gibi uyacağını söylemeyecektir.

Fakat hukuk dalları arasındaki geleneksel sınırlar popüler ahlak değiştiği ve hukuk dallarının içeriği artık halkın düşüncesini yansıtmadığı için mekanik ve keyfi hâle geldiğinden kullanılan ölçüt karşılanmadığında, Herkül hukuk alanlarına tanınan önceliğe riayet etmeye hiç de hazır değildir.¹⁵ Hukukun bölümleri kimi zaman, bilhassa hukuk dallarının merkezinde yer alan kurallar farklı dönemlerde geliştiğinde, nedensizce belirginleşir ve böylece halkın düşüncesinden yalıtılır. Bir topluluğun hukuk geleneğinin onlarca yıl boyunca, gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların korunmasına ilişkin hukuku, ihmalkârlıktan

kaynaklanan zararlara ilişkin hukuktan ayrı tuttuğunu düşünelim. Gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların korunmasına ilişkin hayati davalarda yargıçlar ekonomik bir ölçüt getirmeyi reddetmiş olsunlar. Desinler ki, bir faaliyetin gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlali anlamına gelmesi ve dolayısıyla da durdurulması için, faaliyet, mülkün “doğal” yahut geleneksel kullanımını yansıtmıyor olmalıdır, bu yüzden de geleneksel olarak tarım yapılan bir mülke fabrika kuran kişi, fabrika ekonomik açıdan daha verimli bir kullanıma karşılık geliyor olsa da, komşularının gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan haklarını ihlal etmiş olacaktır. Fakat bu sefer de mahkemelerin yakın zamanda verdikleri kararlarda ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlar için ortaya çıkan maliyetlere merkezi önem atfetmeye başladıklarını düşünelim. Şöyle diyor olsunlar: Başkalarına zarar verme ihtimali olan durumlarda dikkatli davranmamak ve önlem almamak kusur nedeniyle sorumluluk doğurur, önlem almanın “makul” olduğu durumlarda zarar, önlemin alınmaması sonucu ortaya çıkmışsa önlem almayan kişi sorumludur, önlem almanın ekonomik maliyeti önlem almanın makul olup olmadığına karar verilirken dikkate alınmalıdır.

Gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların korunmasına ilişkin hukuk ile ihmalkârlıktan kaynaklanan zararların giderilmesine ilişkin hukuk arasındaki ayrım, daha önce Herkül’ün ölçütünü karşılamışsa bile, artık karşılamayacaktır. Eğer gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlalinde kasıt unsuru bulunduğunu, ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlarda ise bu unsurun bulunmadığını düşünecek olursak, iki kurum arasında yapılacak ayrımın bir anlamı olabilir; bu durumda yaptığımız ayrım bir kişiye bilerek zarar vermenin bilmeden zarar vermekten daha kötü olduğu yönündeki popüler ilkeyi takip etmiş olacaktır. Fakat ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlara ilişkin hukuktaki hemen yukarıda tarif ettiğim gelişmeler bu yeni ayrım

anlayışıyla tutarlıdır, çünkü kazalara karşı önlem almamış olmak gerekli kılındığı anlamıyla zorunlu olarak kasıt unsurundan mahrum değildir. Öyleyse Herkül bu iki hukuk alanı arasındaki geleneksel sınırı görmezden gelmeye hazır olma durumundadır. Arazinin “doğal kullanımı” ölçütünün akıllıca olmadığını, ekonomik maliyet ölçütünün ise çok daha adil olduğunu düşündüyse, ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlar ile gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakları konu alan emsal kararların tek bir hukuk alanı olarak görülmesi gerektiğini, ekonomik maliyet ölçütünün bu birleşmiş hukuk alanına dair daha üstün bir yorum olduğunu da düşünecektir. O güne kadar meydana gelmiş başka hukuki olaylar da Herkül’ün argümanını formüle etmesini kolaylaştıracaktır. Yakın zamanda ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlara dair verilmiş kararları üretmiş olan entelektüel iklim, daha önceki kararların yaslandığı, insanları rahatsız eden yeni teşebbüslerin hukuka aykırı eylem teşkil ettiği varsayımını çoktan aşındırmaya başlamış olacaktır. Belki de meclis, mesela, “doğal kullanım” teorisinin yanlış olduğu addedilen yönde karar verdiği veya verebileceği, gayrimenkul kullanımında verilen rahatsızlıkların, havaalanlarının yarattığı gürültü gibi yeni türleri için söz konusu sorumluluğu yeniden düzenleyen yasalar çıkaracaktır. Veya belki de yargıçlar havaalanlarıyla ilgili davalarda gelişmekte olan teknoloji karşısında makul karşılanacak kararlara ulaşabilmek için “doğal kullanım”ın tarihsel anlamını zorlayarak karar vereceklerdir. Herkül bu değişimlere, gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlaline ilişkin hukuk ile ihmalkârlıktan kaynaklanan zararların giderilmesine ilişkin hukuku birleştirdiği, yoruma dayanan argümanını desteklediklerini göstermek için atıf yapacaktır. Meslektaşlarını ikna ettiği takdirde, gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlaline ilişkin hukuk ile ihmalkârlıktan kaynaklanan zararların giderilmesine ilişkin hukuk artık iki ayrı hukuk dalı olmayacak-

tır. Yeni bir hukuk alanının bu müşterek kiracılarına tek ve kısa bir isim verilecek, hukuk okullarında bu isimle yeni dersler açılacak, bu isim altında yeni hukuk kitapları yazılacaktır. Esasında Anglo-Amerikan hukukunda bu süreç daha belirsiz de olsa bir şekilde işliyor: Özel hukuk, sözleşmeler ile haksız fiiller arasındaki çok köklü bir geleneğe dayanan, zamanında çok daha sert olan sınırları gittikçe belirsizleştirir tarzda gittikçe daha birleşik hâle geliyor.

ARA ÖZET

Önümüzdeki üç bölümde Herkül'ün işleyen bir teori hâlindeki bütünlük olarak hukuk teorisini inşa etmeye devam edeceğiz. Bunu yaparken yargılamanın üç farklı alanında; *common law* davalarında, yasaların düzenlediği alanlarla ilgili davalarda ve anayasal boyuta sahip davalarda ortaya çıkan sorunları ayrıntılarıyla inceleyeceğiz. Fakat önce bir envanter çıkaralım, gerçi bu bir miktar tekrara düşmek anlamına gelecek ama elimizde ne var ne yok görelim. Sonra da argümanımıza şimdiye kadar yöneltmiş itirazları gözden geçirelim. Yoruma dayalı bütünlük idealini benimsemiş yargıçlar, çetin davalarda karar verirken insanların hakları ve yükümlülükleri hakkındaki tutarlı bir ilkelere kümesi içerisinde topluluklarının siyasi yapısının ve hukuk doktrininin en iyi inşai yorumunu bulmaya çaba gösterirler. Bu kompleks yapıyı ve kompleks hukuk geçmişini olabileceğinin en iyisi yapmaya çalışırlar. İşlemekte olan herhangi bir teorinin farklı boyut veya yönlerini birbirinden ayırmak analitik açıdan verimli olacaktır. Uymaya ve gerekçelendirmeye dair kanaatler de sürece dahil olacaktır. Uymaya ilişkin kanaatler, hukukun bir parçasına ait yorumun kabul edilebilir olabilmek için karşılanması gereken kaba bir eşiği temsil eder. İşlemekte olan kabul edilebilir bir teori, hukukumuzun, meclisin yasa çıkarma yetkisini veya üstünlüğünü açıkça inkâr eden yahut zenginlerin mal-

varlıklarını yoksullarla paylaşmasını gerektiren genel bir özel hukuk ilkesinin var olduğunu iddia eden bir yorumunu devredışı bırakacaktır. Bu eşik, bazı yargıçların böyle bir eşiğin yokluğu durumunda tercih edebileceği yorumları eleyecektir. Böylece hukuk tarihinin somut olguları herhangi bir yargıcın adalet hakkındaki kişisel kanaatlerinin kararlarında oynayabileceği rolü sınırlayacaktır. Farklı yargıçlar eşiği farklı şekillerde kurarlar. Fakat bütünlük olarak hukuku kabul etmiş kişi, kapsamlı yorum yargılarında bulunurken topluluğunun fiili siyasi tarihinin zaman zaman kendi diğer siyasi kanaatlerini de gemleyebileceğini kabul etmiş olmalıdır. Eğer kabul etmemişse –eğer kurduğu uyma eşiği tümüyle yargıcın adalet hakkındaki kanaatlerinden türetiliyor ve bu kanaatlere kolayca uyarlanabiliyorsa, öyle ki, bu kanaatler uygun bir yorumu kendiliğinden sunuyorsa– yargıcın hukuk pratiğini yorumlarken iyi niyetle davrandığını söylemek mümkün değildir. Bir zincirleme roman yazarımız vardı, uymaya ilişkin yargıları kendiliklerinden sahip olduğu içeriğe ilişkin edebi fikirlerine uyarlanıveriyordu. İşte yargıcımız da, bu yazar gibi, ya kötü niyetle hareket etmektedir yahut da kendini kandırmaktadır.

Yargıcın eşik ölçütü bir yasanın veya davalar zincirinin iki veya daha fazla yorumu arasında herhangi bir ayırım yapamadığında, çetin dava ortaya çıkar. Şimdi yargıç siyasi ahlakın durduğu yerden bakarak hangi yorumun topluluğun kurumlarının yapısını ve kararlarını –bütünüyle kamu standartlarını– daha iyi bir ışık altında gösterdiğini sormak suretiyle bu uygun yorumlar arasından seçim yapmak durumundadır. Artık yargıcın ahlaki ve siyasi kanaatleri doğrudan işin içine girmiştir. Fakat dile getirmesi gereken siyasi yargının bizzat kendisi de komplekstir ve kimi zaman yargıcın siyasi ahlakının bir parçasını diğer parçasının karşısında konumlandırır: Yargıcın vereceği karar sadece adalet ve hakkaniyet hakkındaki kendi görüşlerini değil bu

ideallerin yarışır hâlde oldukları durumlarda nasıl birbirleriyle telif edilmeleri gerektiği hakkındaki üst düzey kanaatlerini de yansıtacaktır. Uyma ile ilgili sorunlar yorumun bu aşamasında da ortaya çıkar, çünkü bir yorum eşik ölçütüne rağmen ayakta kaldığı durumda dahi, siyasi erdemlerin genel dengesi çerçevesinde daha önce gördüğümüz şekillerde ortaya çıkan herhangi bir terslik bu yorumun aleyhine işleyecektir. Farklı yargıçlar bu meselelerin her biri hakkında ihtilafa düşecekler, topluluklarının hukukunun tam da anlaşılması gerektiği şekliyle gerçekten ne olduğu konusunda farklı görüşlere sahip olacaklardır.

Her yargıç, aldığı eğitim ile mesleğini icra ederken edindiği tecrübe çerçevesinde, kararlarını verirken kendisine dayanacağı oldukça bireyselleştirilmiş, uygulamaya dökülen bir hukuk anlayışı geliştirir. Bunu muhtemelen üzerinde hiç düşünmeksizin gerçekleştirir. Böyle olunca da verdiği kararlar analizin değil hislerin ve içgüdülerin konusu hâline gelir. Durum böyle bile olsa, eleştirmenler olarak bu teoriye bir yapı atfedebiliriz. Bunun için, işlemekte olan teorinin uymaya ilişkin uyguladığı kuralları, mesela geçmiş dönemlerin retorik ve popüler fikirleri ile insicamlı olmanın görece önemine ilişkin kurallarını, adalet ve hakkaniyet hakkındaki daha içeriğe ilişkin fikirlerini veya eğilimlerini didik didik ederiz. Yargıçların çoğu topluluklarındaki diğer insanlara benziyor olacağından adalet ve hakkaniyete ilişkin görüşler çoğunca birbirleriyle rekabet etmeyecektir. Fakat daha ayrıksı veya radikal siyasi görüşleri bulunan yargıçlar bu iki idealin özellikle bazı davalarda rekabet hâlinde olduklarını söyleyerek bu çatışmanın hangi tarzdaki çözümünün topluluğun hukuki geçmişini en iyi ışık altında gösterilebileceğine karar vermek durumunda kalacaklardır. Yargıçların uygulamaya dökükleri hukuk anlayışları, bu ilave kararlar için zorunlu olduğu görülen üst düzey ilkeleri de içerir. Sözelimi, bir yargıç siyasi kararların esas itibarıyla çoğunluğun görüşüne uygun olması ge-

rektiğini düşünmesine veya varsaymasına rağmen yine de bu gerekliliğin ciddi anayasal haklar söz konusu olduğunda esneyebileceğine hatta tümünden ortadan kalkabileceğine inanıyor olabilir.

Şimdi ise, zincirleme roman inşası sırasındaki iki genel gözlemimizi hatırlamamız gerekiyor, zira buraya da çok güzel uyuyorlar. İlk gözlemimize göre, yargıcın uygulamaya döktüğü yaklaşımının farklı yönleri veya boyutları, yani uymaya ve içeriğe ilişkin boyutlar ile içeriğe ilişkin farklı yönler, son kertede tümüyle yargıcın siyasi yargısına duyarlı şekilde ortaya çıkar. Yargıcın uymaya ilişkin kanaatleri, ister eşik ölçütünü hayata geçirirken ister içerikle rekabet eder hâlde çözümlenmeyle birlikte daha sonradan ortaya çıksınlar, mekanik değil, siyasi kanaatlerdir. Yargıcın bütünlüğe olan bağlılık taahhüdünü yansıtır: Yargıç, uymaya ilişkin uyguladığı eşik ölçütünün altında kalan bir yorumun topluluğunun hukuk geçmişini islahı mümkün olmayacak ölçüde kötü bir ışık altında gösterdiğini, çünkü bu yorumu ortaya koymuş olmanın, topluluğun bizzat kendi ilkelerine tipik bir şekilde hürmetsizlik gösterdiğini söylemek anlamına geldiğini düşünür. Yorum eşliğini geçiyorsa, eğer bu yorumun ifade ettiği ilkeler bilhassa cazip ise, uymaya ilişkin arta kalan unsurlar bütüne dair yargısı dahilinde telafi edilebilir niteliktedir, çünkü ancak bundan sonra topluluğunun bu ilkelere riayette gösterdiği nadir gevşeklikler ile onlara genel itibariyle uyma erdemini karşılaştırabilecektir. Uygulamaya dökülmüş her teoride, uyma ölçütünün içeriğe getirdiği sınır, demek ki, her şey dikkate alındığında hangi yorumun siyasi geçmişi olabileceğinin en iyisi kıldığına dair bütüne ilişkin yargıda bir siyasi kanaat tipinin bir başka kanaat tipi üzerine getirdiği sınırdır. İkinci gözleme göre ise, bu sınırın tarzı, zincirleme romanda teşhis ettiğimiz tarzın aynısıdır. Ne harici, apaçık aşikâr bir olgunun ne de kişilerarası bir konsensüsün dayattığı bir sınır vardır. Söz konusu olan daha ziyade bir ilke

sistemi içerisindeki farklı türdeki ilkelerin oluşturduğu yapısal bir sınırdır. Fakat sınır yine de hakikidir.

Yargıçlar, ölümlü olduklarından, neredeyse içgüdüleriyle uygulamaya döktükleri teorilerini bu kadar uzun boylu dile getirmeleri ne mümkün ne de böyle bir şeye gerek var. Teorilerini bu kadar dallandırıp budaklandırmalarına da gerek yok. Dolayısıyla her olayda bu ölçüde fazladan düşünmeleri şart değil. Yargıç, eşik ölçütünü uygulamaya yönelik geçmişte izlediği genel ilke ve kuralları şarta bağlı ilke ve kurallar görmeli, karşılaştığı durum gerektirdiği takdirde daha incelikli ve daha geniş bir analiz lehine olmak üzere bu ilke ve kuralları bir kenara koymaya hazır olmalıdır. İşte tam da bu anlar, bir yargıç için özel zorluklar yaratan anlardır. Yargıcın yepyeni siyasi yargılarda bulunmasını gerektirir ki bunu yapmak hiç de kolay değildir. Yargıcın bu tip durumlar için her zaman elinin altında siyasi ahlaka dair kanaatler bulunduracağını düşünmek çok anlamsız olurdu. Ancak hakikaten zorlu olan davalar, yargıcı, hukuk anlayışını ve siyasi ahlakını birbirlerini destekler tarzda geliştirmeye mecbur kılar. Fakat yine de her yargıcın ilke itibarıyla yeni ve zorlayıcı sorunlarla karşılaşması mümkündür ve bütünlük olarak hukukun ondan talep ettiği şey de budur, yani hukuk anlayışını ve siyasi ahlakını birbirlerini destekler tarzda geliştirmesidir. Oldukça tartışılmış bir davalar zinciri hakkında bir yorumu, en nihayetinde diğer bir yoruma, muhtemelen ciddi bir düşünmenin ve değişen kanaatlerin sonucunda tercih etmekle uygulamaya döktüğü hukuk anlayışını belli bir yönde geliştirmekte olduğunu kabul etmelidir. Bu doğrultunun doğru yön olduğunu düşünmelidir ama sırf bu yönde gitmek bakmakta olduğu dava için cazip bir karar önerdiği için o an dönülecek bir yön olduğundan değil. Yargıç, siyasi ilke meselesi olarak doğru olduğuna inandığı için bu yönde ilerlemelidir. Bu yolculukta kendi kendini aldatma da dahil olmak üzere aldatmaya müsait çok imkân var. Fakat pek

çok durumda yargıçlar, bir meseleyi, o meseleyi tarif eden bir disipline teslim etmiş olduklarını görme imkânına sahiptirler. Ama aynı zamanda başka bir yargıcın böyle yapmadığını da görebilmektedirler.

BAZI BİLİNDİK İTİRAZLAR

Ama Herkül Siyaset Yapıyor

Herkül artık *McLoughlin*'deki işini bitirdi. Ona göre her şey dikkate alındığında manevi zararlarla ilgili davaların en iyi yorumu (5) numaralı yorum: Hukuk, dikkatsiz sürücünün doğrudan neden olduğu ve basiretli bir sürücünün makul şekilde öngörebileceği zararların tamamının tazmin edilmesine izin vermektedir. Fakat şu hakikati de teslim eder: Bu karara ulaşırken, bu ilkenin, uymaya ilişkin doğru olduklarını kabul ettiği ölçütler çerçevesinde kabul edilebilir olan başka ilkelerden daha iyi –daha hakkaniyetli ve daha adil– olduğu şeklindeki kendi görüşüne dayanmıştır. Bu görüşünün ihtilafli olduğunun da farkındadır: Yargıç meslektaşlarının hepsi aynı görüşte değildir, bir kısmı başka bir yorumun, mesela, (6) numaralı yorumun daha üstün olduğunu düşünmektedir. Herkül'ün argümanlarına ne gibi itirazlar gelebilir? Listenin ilk sırasına, Herkül'ün manevi zararlara ilişkin mevcut hukuku göz ardı ettiği, olması gereken hukuk hakkındaki kendi görüşlerini mevcut hukukun yerine koyduğu ithamını yerleştirmeyi öneriyorum.

Bu itirazı nasıl anlamalıyız? Birbirinden oldukça farklı iki şekilde görmemiz mümkün. Herkül'ün, tercih ettiği yorumu gerekçelendirmek için adalete ve hakkaniyete başvurmaya çalışmasının hata olduğunu, çünkü yorumun doğru bir uyma eşiği testini bile geçemediğini kastetmiş olabilirim. Herkül'ün referans gösterdiği davaları incelemeyi, ortaya koyduğu argümanın yanlış olduğunu varsaymamız mümkün değil. Diğer yandan,

belki de bu sefer uyuklayan Herkül'dü; belki emsal kararlar hakkında yaptığı araştırmayı daha da genişletse sadece tek bir yorumun eşiği geçtiğini görecekti, bu keşif hangi hukukun uygulanacağını belirleyecekti, Herkül'ün, kazalardan dolayı tazminatı zorunlu kılmanın adaletin gereği olduğu şeklindeki düşünceleri işe hiç karışmayacaktı. Ne var ki en sert uyma eşiği testinin dahi sadece tek bir yorumun ayakta kalmasına izin vereceğini kabul etmek pek mümkün değil. Dolayısıyla, bu şekilde anladığımız takdirde itiraz, Herkül'ün hüküm verme yöntemlerine ilişkin genel bir itiraz olmaktan çıkar, bakmakta olduğu davada kendi yöntemlerini yanlış uyguladığı şeklindeki bir yakınmadan ibaret kalır.

Öyleyse itirazın daha ilgi çekici ikinci okunuşuna bakalım: Bu okuyuş, yargıcın hiçbir zaman, hakkaniyet veya adalet hakkındaki kişisel fikirlerine, Herkül'ün bu örnekte yaptığı tarzda dayanmaması gerektiğini iddia eder. Bir eleştirmenin şöyle söylediğini düşünelim: "Bir davalar zincirinin doğru yorumu ancak ahlaken nötr araçlarla keşfedilebilir, çünkü doğru yorum dediğimiz şey, bu davalardaki kararları veren yargıçların hangi ilkeleri ihdas etmek istediğini keşfetmekten ibarettir, bu ise tarihi olgularla ilgili bir meseledir." Herkül, eleştirmenimizin dayandığı hükmün, yani yorumların geçmişteki yargıçların niyetleriyle uyuşması gerektiği iddiasının siyasi bir gerekçeye ihtiyaç duyduğunu söyleyecektir. Bu itiraz, daha önce ele aldığımız bir görüşün oldukça uç bir formunu temsil ediyor. O görüşe göre, bir yorumun daha iyi olduğunu gösteren şey, geçmişteki yargıçların söylediklerine ve yaptıklarına uyması idi. Hatta daha zayıf bir iddia tarif ettiğim özel siyasi ahlak argümanlarına dayandığında bile durum değişmiyordu. Eleştirmenimiz ise bu özel nedenleri sadece güçlü değil aynı zamanda buyurgan addeder; öylesine kudretlidirler ki, yargıçlar kendi standartlarını karşılamayan bir yorumu dikkate alırken bile daima bu özel nedenler yüzünden

hataya düşerler; söz konusu yorumun geçmişteki kararları nasıl birbirine bağladığı, izah ettiği, gerekçelendirdiği ise önemli değildir.

Öyleyse Herkül'ün eleştirmeni, eğer argümanının herhangi bir güce sahip olduğu düşünülecekse, hiç de siyaseten nötr yorum kaynaklı kanaatlere dayanmamaktadır. O da işin içine siyasi ahlakla ilgili zaten sahip olduğu kanaatlerini karıştırmaktadır. Uyguladığı yorum tarzını destekleyen siyasi değerlerin, adalete dair yarışan buyrukların hepsini elemek kadar temel bir öneme sahip olduğunu düşünmektedir. Makul bir görüş olabilir belki ama ihtilafsız olmaktan çok uzak ve hiçbir surette nötr değil. Eleştirmenimiz ilk başta kendisinin Herkül'den farklı olduğu noktanın, hukukun ne olduğuna karar verirken siyasi ahlakın değerlendirmeye alınıp alınmayacağı hakkındaki düşünceleri olduğunu söylemişti. Halbuki ayrıldıkları nokta hangi ahlak ilkelerinin güçlü olduğu, dolayısıyla da bu konuda hangi ahlak ilkelerinin sonucu belirlediğidir. Öyleyse incelemekte olduğumuz itirazlardan ilki, yani Herkül'ün kendi siyasi kanaatlerini geçmişe ait hukukun siyaseten nötr doğru yorumunun yerine koyduğu iddiası, bir kafa karışıklığı manzumesinden ibarettir.

Herkül Sahtekârın Tekidir

İkinci itiraz biraz daha incelikli... Şimdiki eleştirmenimiz şöyle söylüyor: “Manevi zararlar ilgili davaların tek bir doğru yorumunun olabileceğini düşünmek çok saçma. Yaptığımız inceleme sonrasında bu davalara ilişkin iki yorum bulunduğunu keşfetmişimize göre, bunlardan birini ‘nötr’ olduğu için uyduğunu söyleyerek tercih edemeyiz, yargılamadaki bütünlük ilkesi de hiçbir yargı bu yorumlardan birini seçmek durumunda bırakamaz. Herkül'ün seçimini siyasi gerekçelerle yaptığı çok açık; yaptığı tercih sadece kendi siyasi ahlakını yansıtır. Bu tip durumlarda

yasa yapmaktan başka çaresi de yoktur. Ne var ki, kendi siyasi tercihini kullanarak *hukukun* ne olduğunu keşfettiğini iddia etmesi nedeniyle sahtekârdır. Zira tek yaptığı, hukukun ne olması gerektiğini söylemektir.”

Pek çok okuyucumuz itirazı güçlü bulabilir. Biz de onun gücünü kırarken, iddia ettiğinden daha fazlasına sahipmiş gibi görünmemesine dikkat etmeliyiz. İtiraz, uzlaşımıcılığın iddiasını yeniden inşa etme derdinde değil, yani ortada uygulanacak bir uzlaşım bulunmuyor ise yargıcın doğru yasama standartlarına uymak şartıyla hukuku geliştirmede serbest olduğunu iddia etmiyor; stratejik kaygılardan başka bir şeye tabi olmaksızın hukuku geliştirme serbestisini savunan pragmatizmle de ilgisi yok. Yargıçların, uyma testini geçen yorumlar arasından tercihte bulunması gerektiğini söylüyor. Söylediği tek farklı şey, testi geçen birden fazla yorumun bulunduğu bir durumda bunlardan birinin en iyi yorum olduğunun iddia edilemeyeceğidir. İfade ettiğim şekliyle bu itiraz, bütünlük olarak hukukun genel ideali dahilinde; esasında bütünlük olarak hukukun yozlaşmasını engellemeye çalışıyor.

Peki itiraz güçlü mü? Herkül’ün kendi yargısını hukukun yargısı olarak sunması neden aldatıcı veya hatta şaşırtıcı olsun? Yine iki farklı cevap vermek mümkün, yani itirazı detaylandırıp açmak için iki farklı yolumuz var. Eğer bu iki cevabı birbirinden ayırmaz ve her ikisini de detaylandırmazsak, yöneltilen itirazın hakkını vermiş olamayız. İlk olarak şöyle detaylandıralım itirazı: “Herkül’ün itirazı sahtekârlıktır, çünkü (5) numaralı yorumun mu yoksa (6) numaralı yorumun mu daha hakkaniyetli veya daha adil olduğu sorusuna verebileceği doğru bir cevabının olduğunu söylemektedir; hâlbuki siyasi ahlak sübjektif olduğundan bu soruya verilebilecek tek bir doğru cevap yoktur, sadece verilebilecek cevaplar vardır.” Bu esasında 2. Bölümde uzun uzadıya tartıştığım ahlaki şüpheliğin yönelttiği itirazdır. Bu itirazdan

şüphencilik hakkında daha fazla konuşarak kurtulmam mümkün değil. Ben de ahlaki şüphencililiğin bir şubesi teşkil eden yeni bir eleştiriyi kullanarak ondan kurtulmaya çalışacağım. İtirazın ikinci şekli, şüphencililiğe dayanmaz: “Ahlak objektif bir şey olsa bile, hatta ihdas ettiği öngörülebilirlik ilkesinin daha hakkaniyetli ve daha adil olduğu iddiası doğru olsa bile, Herkül’ün yaptığı sahtekârlıktır, çünkü hukukun ne olduğunu keşfetmiş gibi yapmaktadır fakat sadece hukukun ne olması gerektiğini keşfetmiştir.” Burada asıl ele alacağım itiraz şekli işte bu.

Peşine düştüğümüz hukuk anlayışı, hukukun dayanakları hakkında, yani hukuk hakkındaki iddiaların hangi koşullar altında doğru veya güçlü kabul edilmesi gerektiğiyle ilgili bir açıklama sunmalı. Bu açıklama bize hukukun zor kullanma ruhsatını neden verdiğini de gösterecek. Bütünlük olarak hukuk, bu arayışa dair şunu söyler: Hukukun dayanaklarını bütünlük düşüncesinde, geçmişteki hukuki kararların en iyi inşai yorumunda bulabiliriz ve bu şekilde hukuk da Herkül’ün benimseydiği tarzda, adalete duyarlı hâle gelir. Bu durumda Herkül’ün Bayan McLouglin’in davasında, kendi anladığı şekliyle hukukun onun lehine olduğunu söylemekten başka *yapabileceği* hiçbir şey yoktur. Eleştirmenimizin söylediğini yapacak olursa, yani davayı kazanmasını sağlayacak hukuki bir hakkı olmadığını ama hayata geçirilmesini önerdiği ahlaki bir hak nedeniyle davayı kazanması gerektiğini söylerse, mesele hakkındaki görüşünü *yanlış ifade etmiş* olur. Bazı durumlarda bu söylediği iyi bir açıklama sayılabilir; mesela hukuku hayata geçirilemez ölçüde gayri-ahlaki bulunduğu. Fakat burada öyle bir durum yok. Eleştirmenimiz Herkül’le pek çok konuda ihtilaf hâlinde olabilir. Uzlaşıcılık, pragmatizm veya başka bir hukuk anlayışı lehine bütünlük olarak hukuku reddediyor olabilir. Veya bütünlük olarak hukuku kabul ediyordur da, uymaya ilişkin zorunlu ölçütler hakkında farklı düşünceleri, hakkaniyet ile adalet hak-

kında, bunlar arasındaki ilişki hakkında farklı kanaatleri olduğu için Herkül'ün sonuçlarından farklı sonuçlara ulaşmıştır. Fakat Herkül'ün "hukuk" kelimesini kullanışını sahtekârlık (veya gramer açısından hatalı) görebilmesi için semantik iğnenin zehrine maruz kalmış olması, hukuk hakkındaki iddiaların her ehil hukukçu açısından geçerli olan bir olgusalılık ölçütünden doğrudan çıkarsanmadıkça kullanılmalarının mümkün olmadığını varsayıyor olması gerekir.

Ne var ki mevcut itirazın, bir yönüyle, geri kalan kısmı için sunduğum argümanlardan etkilenmediğini düşünmek de mümkündür. Herkül'ün Bayan McLoughlin ile ilgili ulaştığı sonuçlara katılıyor olsak bile, bu sonuçların her halükârda ayrı bir siyasi ideal niteliğindeki bütünlük olarak hukuktan kaynaklandığını söylemek, aşırı bir iddia olacaktır. Şunu söylemek daha doğru olmaz mı? Herkül'ün akıl yürütmesi çerçevesinde bütünlük, uyma eşiği testini kaybeden bütün yorumları reddettiği noktaya kadar işlemiştir, testi geçenler arasında seçim yapılırken bütünlüğün sahip olduğu herhangi bir rol yoktur. Bu durumda bu anlayışın esasında iki anlayıştan müteşekkil olduğunu, bütünlük olarak hukukun, bütünlük gündemden düştüğünde doğal hukuk teorisinin bir versiyonuyla desteklendiğini söylememiz gerekmez mi? Çok ciddi bir itiraz değil bu; sadece itirazın daha fazla uğraşmadığı sonuçları dile getirmenin farklı bir yolunu öneriyor bizlere. Ne var ki onu hatırlatan gözlem, hiç de incelikli değildir. Karar bir kez Herkül'ün uymaya dair kanaatlerinin konusu olmaktan çıktı, onun adalet veya hakkaniyet hissine dayanır hâle geldi diye bütünlük düşüncesinin Herkül'ün kararı ile alakalı olmadığını düşünmek hata olur.

Herkül kararını, bir bütün olarak siyasi ahlakın durduğu noktadan baktığında en iyisi olduğuna inandığı yorumu seçerek değil de başka bir şekilde verdiği takdirde kardeşliğin içine yerleştirdiğimiz bütünlük ruhu zedelenecektir. Bütünlüğü siyasi bir

ideal olarak kabul ediyoruz, çünkü siyasi topluluğumuzu bir ilke topluluğu olarak görmek istiyoruz; bir ilke topluluğunun vatandaşları da sanki tek istedikleri tekbiçimlilikmiş gibi sadece ortak ilkeleri hedeflemezler, siyasetin bulabileceği en iyi ortak ilkelere ulaşmak isterler. Bütünlük adaletten ve hakkaniyetten ayırır ama bir şekilde de onlarla bağlıdır: Hem hakkaniyeti hem de adaleti isteyen insanların olmadığı bir yerde bütünlüğün hiçbir anlamı yoktur. Öyleyse Herkül'ün en son işlem olarak bütün itibariyle daha güçlü, yani doğru bir ilişkilendirme ile daha hakkaniyetli ve daha adil olduğuna inandığı yorumu seçmiş olması daha en baştan bütünlüğe bağlılık taahhüdünde bulunmasından kaynaklanır. Bu seçimi, bütünlüğün izin verdiği ve gerektirdiği an ve şekilde yapmıştır, dolayısıyla da bu noktada ideali bir kenara bıraktığını söylemek kesinlikle yanlıştır.

Herkül Kibirlidir ve Her Halükârda Bir Mitten İbaretir

Çok önemli olmasalar da yine de haberdar olunması gereken iki itirazı kısaca ele alacağım. Herkül'ün kullandığı yöntemleri tarif ederken onun kendisi için cevap vermesi gereken soruları ve yine kendisi için dile getirmesi gereken yargıları anlattım. Bu tarifi sübjektif tarzda yaptığımı söyleyenler çıkabilir. Zira başka yargıçlar bu sorulara farklı cevaplar verebilir, siz de Herkül'e değil onlara katılabilirsiniz. Bu söylenenlerden ne Herkül'ün ne herhangi başka bir yargıcın ne de herhangi bir eleştirmenin hukukun ne olduğu sorusuna vereceği cevabın "gerçekten" doğru olamayacağı anlamı çıkıp çıkmayacağına kısaca bakacağız. Fakat Herkül'ün görüşü, bu felsefi soruya vereceğimiz cevaptan bağımsız şekilde yine de ihtilafli olacaktır ve yeni eleştirmenimiz tam da bu ihtilafli olma durumu nedeniyle bizi kısıktırak yakalayacak, harici veya dahili şüpheliğe de bulaşmamış olacaktır. "Herkül'ün yargısının dayandığı yorum gerektiren soruların doğru cevapları olsun olmasın, yargıç kendi görüşünün daha iyi

olduğunu kendisiyle hemfikir olmayanlara karşı *ispat* etme imkânına sahip değilse, o yargıcın (veya bir heyetteki yargıçların salt çoğunluğunun) kararının nihai karar olduğunu kabul etmek hakkaniyete aykırıdır.”

Buna cevap verebilmek için bütünlük olarak hukuka dair daha genel mahiyetteki açıklamamıza dönmemiz gerekiyor. Resmi görevlilerin bizlere, bir ilke birliğinde birbirimize bağlıymışızcasına muamelede bulunmasını isteriz. Bunu istememizin nedeni, söz konusu görevliler arasındaki kanaatlerin, uyumun ya da yorumun işlev kazandığı esasa dair ilkelerin özdeşliğine bağlı olması değildir. Yargıçların, topluluğun siyasi düzeninin en iyi yorumu hakkında, en azından yorumun ayrıntıları hakkında ihtilafa düşmesi hâlinde bile bu isteğimizin nedenleri varlığını sürdürür. Çünkü her yargıç, ortada bir ihtilaf söz konusu olmasına rağmen, genellikle çok daha basit bir görev olan yeni yasa yapmaya yönelmektense bizzat kendi görüşüne ulaşmaya çalışmak suretiyle birliğimizin ilke sahibi olma niteliğini tasdik etmekte ve daha da kuvvetlendirmektedir. Gerçi böyle olmasaydı bile, hâlihazırdaki itiraz sadece bütünlük olarak hukuka yönelmiş bir itiraz sayılmazdı, çünkü pragmatizm ile uzlaşıcılığa da tümüyle uygulanabilirdi. Nitekim bu itiraz, pragmatizmi neredeyse her davada temyiz mahkemesinin önüne getirecek ölçüde sert addedecektir. Yargıçların, geçmişle tutarlı olma gerekliliği ile sınırlanmaksızın istikbalin en iyi hâli hakkındaki kendi görüşlerini hayata geçirmeleri, bütünlük olarak hukukun gerektirdiği daha kompleks ama daha az ihtilafli olmayan yargılardan nasıl daha hakkaniyetli olabilir ki?

Daha küçük bir itiraz daha çıkıyor ortaya. Eleştirmenimiz bu sefer farklı bir köşeden... Şöyle diyor: “Herkül bir mittir. Hiçbir gerçek yargıç onun güçlerine sahip olamaz. Bu yüzden onu model alınacak birisi gibi göstermek saçmadır. Gerçek yar-

gıçlar çetin davalarda karar verirken daha ziyade içgüdülerine kulak verirler. Birbirleriyle kesişen siyasi ve ahlaki ilkelerin çok düzeyli kaynağı önünde rakip yorumlar inşa etmez ve bunları sınamaya tabi tutmazlar. Olgulardaki ve doktrindeki yapıyı tek bir bakışta görebilecek bir mesleki hüner kazanmışlardır; hukukçu gibi düşünmek denen şey de işte budur. Eğer gerçek yargıçlar Herkül'ü taklit etmeye kalkar, her davada genel bir hukuk teorisini bir bütün olarak uygulamaya çalışırlarsa, dosyalar üst üste yığılır, hareket bile edemez hâle gelirler.” Ne var ki bu eleştiri yaptığımız uygulamayı yanlış anlıyor. Herkül'ün bizim açımızdan kullanışlı olmasının nedeni zaten tam da herhangi bir gerçek yargıcın zorunlu olduğundan veya mevcut iş yükünün baskısıyla yapabileceğinden çok daha derin düşünmesi ve ne yaptığının farkında olması idi. Hiç şüphe yok ki gerçek yargıçlar pek çok davada pek de yöntem izlemeksizin karar veriyorlar. Fakat Herkül bize onların yargılarının saklı kalmış yapısını göstererek bu yapıyı araştırmaya ve eleştiriye açıyor. Ayrıca eleştirmenimizin, Herkül'ün herhangi bir gerçek yargıçtan daha fazla güce sahip olduğunu söylerken kastetmiş olabileceği iki farklı hususu da birbirinden ayırmaya dikkat etmeliyiz. Birinci husus şu olabilir: Herkül öyle hızlı çalışabiliyor (ve o kadar çok boş zamanı var) ki, diğer yargıçların gücünün yetmeyeceği sayıda patikayı, düşünceyi dolaşabiliyor. İkinci husus ise şöyle: Herkül incelediği alanın kapsamını genişletirken sadece bir-iki aşikâr dava zincirine değil, oradaki bütün dava zincirlerine bakabiliyor. Diğer yargıçlardan daha fazla şeyi hedefleyebiliyor olmasının anlamı bu: Diğer yargıçlar kısmi bir teoriyle yetinmek zorunda kalırken Herkül bütüncül bir teoriyi hedefleyebiliyor. Ne ki Herkül'ün diğer yargıçların göremediği şeyleri görmesine yarayacak gizemli güçleri yok. Uymaya ve siyasi ahlaka dair yargıları, diğer yargıçların da sahip olduğu aynı malzemedan yapılma ve aynı niteliklere

sahip. Eğer o yargıçlar bütün meslek hayatlarını tek bir karara hasretmiş olsalardı ne yapacak idiyeler, Herkül de onu yapıyor; yargıçların ihtiyacı olan şey Herkül'ünkinden farklı bir hukuk anlayışı değil, onun hiçbir zaman geliştirmek zorunda kalmadığı mesleki zanaatkârlık ve etkililik hüneleridir.

Artık eleştirmenimiz kemer sıkma politikasına başvuruyor: "Herkül her halükârda basit davalar için çok fazla teoriye sahip. İyi yargıçlar, anlamı açık bir yasanın düz anlamının veya sürekli uygulanan ve emsal kararlarda kendisinden hiç şüphe duyulmamış katmanlı bir kuralın hukuk olduğunu doğrudan bilirler ve bütün mesele de burada biter. Hakkında şüphe duyulmayan bu hakikatleri her defasında yorum testlerine tabi tutmak sadece zaman israfı değil aynı zamanda abesle iştilal etmek anlamına da gelir. Dolayısıyla dallı budaklı, üzerindeki ağırlıklardan yıkılacakmış gibi duran bütünlük olarak hukuk düşüncesi sadece çetin davalar için geçerlidir. Basit davalarda yargıçların eylemlerinin daha iyi bir yorumu için daha çok uzlaşımçılık gibi bir şeye bakmak gerekir." Ne var ki, eleştirmenimizin varsaydığına aksine basit davalar ile çetin davalar arasındaki ayırım ne bariz bir ayırımdır ne de öyle çok önemlidir. Bunu 9. Bölümde daha ayrıntılı ele alacağız. Fakat Herkül'ün şu an için bu açıklamaya ihtiyacı yok. Bütünlük olarak hukuk basit davaları tıpkı çetin davalar gibi açıklar ve gerekçelendirir; aynı zamanda onların neden basit olduğunu da gösterir bize. Kaliforniya'da hız limitinin 55 mil olduğu aşikârdır, çünkü Kaliforniya trafik hukukunun yetkin herhangi bir yorumunun bu sonucu içermesi gerektiği de aşikârdır. Demek ki bütünlük olarak hukuk için basit davalar çetin davaların özel hâlleridir, bu durumda ise eleştirmenimizin yakınması, Herkül'ün de kabul etmekten pek memnun olacağı bir düşüncedir: Cevabını zaten bildiğimiz soruları sormaya ihtiyaç duymayız.

HUKUKTA ŞÜPHECİLİK

Dahili Şüphencilik Eleştirisi

Bütünlük olarak hukuk düşüncesi, çetin davalarda hukuk dahilinde tek bir doğru cevabın olmadığı şeklindeki çok yaygın olan görüşü reddetmiştir ancak bütünlük olarak hukukun, bu reddinin anlaşıldığı ölçüde yanlış anlaşılan başka bir kısmı da yoktur. Herkül'ün reddettiği görüşü temsil eden bir ifade şöyle: “Çetin davalar çetindir zira geçmişteki kararlara uyan farklı ilke dizileri vardır, bu da söz konusu yorumları kabul edilebilir saymak için yeterlidir. Avukatlar ile yargıçlar iki yorumdan hangisinin her şey dikkate alındığında daha hakkaniyete uygun veya daha adil olduğu hususunda ihtilafa düşerler ama her iki taraf da ‘gerçekten’ haklı olamaz, çünkü hakkaniyet ve adalete dair tarafsız bir gözlemcinin söz konusu iki yorum arasında karar verebilmek için kullanabileceği objektif standartlar yoktur. Dolayısıyla bütünlük olarak hukuk *McLoughlin* gibi davalar söz konusu olduğunda esasında ortada gerçekten bir hukukun olmadığı vargısıyla sonuçlanır. Herkül sahtekârdır, çünkü kendi sübjektif fikirleri sanki onunla hemfikir olmayanların fikirlerinden gerçekten daha iyiymiş gibi yapar. Kararını kendi sübjektif tercihlerinden başka dayandırabileceği bir zeminin bulunmadığını söylemesi çok daha dürüstçe olurdu.”

2. Bölümde benim verdiğim isimle harici şüphencilik ile dahili şüphencilik birbirinden ayırmıştık. Harici şüphencilik güçlü bir felsefi görüş gibi görünse bile bütünlük olarak hukuk için yaptığımız açıklamalara veya Herkül'ün bütünlük olarak hukuk doğrultusundaki karar verme metoduna herhangi bir tehdit yöneltmez. Daha önce de söylemiştim: Bütünlüğü, harici şüphencinin durduğu noktadan bakıldığında kusursuz görünecek tarzda anlatmaya baştan beri dikkat ediyorum. Bu hukuk anlayışına göre yargıçların kendilerine hangi soruları yöneltmeleri ve bu sorulara kendi kanaatlerine göre cevap vermeleri gerektiğini an-

lattım. Harici şüphecilik bu soruların bir anlamı olduğunu inkâr etmez; harici şüphelinin de başkalarının cevaplarına tercih edeceği kendine ait cevapları vardır; herhangi bir felsefi muhalifinin de yapabileceği gibi, o da Herkül gibi davranabilir. Sadece sürecin tarif edilmiş şekline itiraz eder. Sürecin “işte orada duran” veya “evrenin dokusuna gömülü” yorum mahsulü veya ahlaki hakikatleri keşfetmeye çalıştığını söylemek, ona göre kötü bir tariftir. Ne var ki bu metaforlar, (5) numaralı yorumun (6) numaralı yorumdan gerçekten daha iyi olduğunu kasteden birinin kullandığı aldatıcı ifadelerden başka bir şey değildir; böyle söyleyen kişi yorumla oluşturduğu görüşünü felsefi bir sınıflandırmaya tabi tutmuş olmaz, sadece bu görüşü açıklığa kavuşturmaya çalışıyordu. Öyleyse Herkül de “objektif” veya “gerçekten” gibi neredeyse fuzuli olan bu kelimeleri, sunduğu yargıyı süslemek için kesinlikle kullanmama konusunda harici şüpheliyle hemfikir olacaktır. Bu kelimeleri kullanmadan aynı anlamı kastedebileceğinden harici şüpheli de *McLoughlin* davasındaki kararın verilmiş tarzına yönelik başka bir eleştiri getirmeyecek, aleyhte yeni bir argüman sunmayacaktır.

Bununla birlikte dahili şüpheliğin projemiz için çok daha güçlü bir eleştiri getirdiğini kabul etmem gerekiyor. Ben de onun önerdiği şeyi geliştirmek ve değerlendirmek için yeni bir eleştiri kullanacağım. Dahili şüpheliğin bürünebileceği biçimler nelerdir? Pek çok ihtimal var. Sözgelimi, (5) ve (6) numaralı yorumların her ikisinin de uymaya ilişkin eşik testini geçebileceğine katılıyor olmakla birlikte hiçbirinin diğerine siyasi ahlak bakımından üstün olmadığını, çünkü ikisinin de ahlaken esaslı şekilde yanlış veya yersiz olduğunu düşünüyor olabilir. Fakat bu argüman hiç de kabul edilebilir değildir. Eleştirmenimiz belki de ihmalî eylemden kaynaklanan zararlardaki sorumluluğu toptan reddediyor, hiç kimsenin kasıtlı olmadıkça hukuka aykırı eylemde bulunamayacağına inanıyor. Ne var ki bu, (5) ve (6)

numaralı yorumlara odaklanmış şüpheciliği haklı kılmaz; (6) numaralı yorumun (5) numaralıya üstün olduğunu söyler, ancak bu da kendi içinde şüphelidir. Belki de eleştirmenimizin tümünden yersiz bir soruyu düşündüğünü hayal etmeliyiz: İnsanlar ihmalî eylemleri nedeniyle verdikleri zararı tazmin etmekle yükümlü müdürler? Yanlış türden bir soru bu, tıpkı şapkayı çıkarmak için nezaketen hangi elimizi kullanmamız gerektiğini sormak gibi. Ne var ki Herkül'ün hangi kararı vermesi gerektiği hakkındaki şüpheciliği haklı çıkarmıyor. Eğer ahlakın kusurlu eylemden kaynaklanan zararlara dair söyleyeceği bir şey yoksa, devletin de tazminat ödenmesi için cebir kullanarak duruma müdahale etmesinin hiçbir gerekçesi yoktur. Bu muhakeme yine (6) numaralı yorumun lehine işler, en azından (5) numaralı yoruma tercih edilebilir olduğunu söylemiş olur, çünkü (6) numaralı yorum devletin nadiren de olsa kendisini ilgilendirmeyen meselelere burnunu sokmasına izin verir.

Öyleyse şüpheci eleştirmenimiz bu türden bir argümanla bizi ikna edemeyecek gibi duruyor. Gerçi dahili şüphecilik lehine yaptığı tartışmayı farklı bir şekilde de ifade edebilir, hukuk pratiğinin en derinlerindeki çelişkinin tutarlı bir yoruma sahip olabilmesinin hepten imkânsız olduğunu göstermeye çalışabilirdi. Ama hukukun ilkece mükemmelen insicamlı olabilmekten çok uzak olduğunu Herkül de bilmektedir. Sahip olduğu üstünlük vasıtasıyla meclis, başka yasalarla ilke itibarıyla çelişik yasaları yürürlüğe koymakta, *common law*'un bölümlere ayrılmış olmasına yorum sırasında en ilgili alanlara öncelik tanınması da eklince, burada bile insicamsızlık ortaya çıkmaktadır. Fakat Herkül'e göre, hukukun dalları arasındaki çelişkiler görevini yerine getirmesini engelleyecek ölçüde her yere nüfuz etmiş ve teşhis edilemez nitelikte değildir. Uygulamak durumunda olduğu her hukuk dalı için makul ölçüde kabul edilebilir bir ilkeler kümesi bulmanın mümkün olduğuna, bu ilkeler kümesinin söz konusu

hukuk dalının uygun bir yorumu sayılmaya yetecek derecede o dala uyabileceğine inanır. Artık eleştirmenimiz bu varsayımın karşısına çıkacaktır. Sözelimi, eleştirmenimiz, trafik kazalarına ilişkin hukukun baştan sona çelişkiyle dolu olduğunu ve yapacağımız herhangi bir yorumun trafik hukukunun ancak tesadüfi ve sınırlı bir parçasına uyacağını söylemektedir.

Bu çok daha güçlü bir şüpheci eleştiri, çünkü bütünlüğün mümkün oluşunun temellerine saldırıyor. Bu da bizi, incelemeyi daha önce ertelemiş olduğum uyma gerekliliğinin bir yönüne ait olan meseleyi, ilkelerin rekabet etmesi ile çelişmesi arasındaki hayati ayrımı ele almaya zorluyor. Herkül yaptığı araştırmada, hemen yukarıda değindiğimiz en kötü varyasyonda olduğu gibi, (5) ve (6) numaralı yorumların her ikisinin de ilgili emsal kararların ciddi bir kısmına uyduğunu ama ikisinin de emsal kararların kahir ekseriyetine uymadığını görmüş olsun. Bunun üzerine araştırma alanını genişletsin ve trafik kazalarına ilişkin hukukun söz konusu çelişkiyi istisna hâline getirecek ve sınırlayacak daha genel bir yorumun peşine düşsün. Meseleye şöyle bir açıklama getirsin: “Bütün hâlinde değerlendirildiğinde hukukumuz, kazalardan kaynaklanan zararlara dair iki ilkeyi benimsemiş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kolektif sempatidir. Bu ilkeye göre devlet, insanların hayatlarının kazalar nedeniyle altüst olmasını engellemeye çalışır, kaza kişinin kendi kusuru ile meydana gelmiş olsa bile. İlkenin en görünür olduğu yerler; gıda güvenliği düzenlemeleri gibi güvenlik tanzim programları, iş kazası tazminatlarına ilişkin yasalar ve özel sigorta sektörünün yeterince karşılamadığı, malvarlığına ve kişilere yönelik riskler için hazırlanan devlet destekli sigorta programlarıdır. Diğer ilke ise zararı ortaya çıkaran olaydaki özel aktörlerin kazanın maliyetini nasıl paylaşacağı ile ilgilidir. İlkeye göre, kazadan kaynaklanan kayıp, hiçbir kabahati olmayan mağdura değil, kusurlu kişiye yüklenmelidir. İlkeyi en açık hâliyle gördüğümüz yer, kusurlu

eylemden kaynaklanan zararlara ilişkin *common law* kaynaklı hukuktur, elbette yasama organının yaptığı değişiklikler ve takviyeler de söz konusu alana dahildir.

“Bunlar birbirlerinden bağımsız ilkelerdir. Onları birbirleriyle çelişir şekilde görmek, ilkenin mantığını ciddi ölçüde yanlış anlamak anlamına gelir. Her ikisinin de aynı ilke olarak benimsenmesinde herhangi bir tutarsızlık yoktur; bilakis, bunlardan birini tümünden dışarıda bırakan her ahlaki görüş kusurlu olacaktır. Fakat bazı durumlarda bu ilkeler çatışacaktır, o zaman da tutarlılık gereği bu ikisi arasında bir öncelik, ağırlık veya uyum şeması ortaya koymak gerekecektir. Bu, keyfi, nedensiz bir şema olamaz. Siyasi ahlakın daha derindeki düzeylerinde bu ilkelerin hangi kaynaklara sahip olduğunu yansıtmalıdır. Bir kişinin kusurlu eylemiyle bir kazanın ortaya çıkmasına neden olduğunu, kaza sonucunda gerçekleşen zarardan tümüyle sorumlu tutulması durumunda failimizin hayatının altüst olacağını düşünelim. Böyle bir olayda söz konusu iki ilke çatışacaktır. Zira ilk ilke, devletin onu yıkıcı bir kayıptan korumasını gerektirir. Eğer neden olduğu zarardan tümüyle sorumlu tutulacak olursa, kusurlu davranmış bile olsa, olay artık kazadan daha fazla bir şeydir. Sözgelimi, endüstriyel iş kazalarında, kazanın mağdurun kusuruyla meydana gelmesi hâlinde durum budur. Buna karşın ikinci ilke olaya karışan kişilerden zararı yüklenecek olanın, kusurlu davranan kişi olmasını ister. İlkeye göre, devlet, mağdurların tazmin edilebilmesi için faili tazminat ödemeye mahkûm etmeli, zorlamalıdır. İki ilkeyi münasip şekilde şöyle uzlaştırabiliriz: Devlet, davalıların bazı mağdurların zararını tümüyle tazmin etmesini zorunlu kılar, bazı mağdurların zararını ise davalı belli bir oranda karşılar, geri kalan bütün zararlar da devlet hazinesinden karşılanır. Fakat devletin bu zararları karşılamasını öngören bir yasanın veya olaya uygulanabilecek bir *common law* örfünün bulunmadığı durumlarda, söz konusu uzlaştırma yorumla ulaşı-

lacak bir olanak olmaktan çıkar. Bu tip durumlarda hangi ilkenin kullanılacağına karar verirken, hukuk geçmişiyle sınırlanmış durumdayım. Eğer ilk ilke öne çıkacak olursa, davalı hakkında verilecek kararı belirleyecek olan şey, üzerine bütün sorumluluk yüklenmiş olan davalının kaybının, üzerine bütün sorumluluk yüklenmemiş herhangi bir potansiyel davalının kaybından çok daha fazla olacağı gerçeğidir. İkinci ilke öne çıkarsa, davalı hakkında verilecek olan karar, toplamdaki potansiyel kaybının miktarına değil, kusurunun varlığı veya yokluğu ile oranına göre belirlenecektir.

“Şunu da teslim etmek gerekiyor –dikkat edin hâlâ en kötü durum hakkında konuşuyoruz–: Devlet şu ana kadar bu tip davalarda tek bir sesle konuşmuş değil. Bazı yargı kararları ikinci ilkenin ilk ilkeye üstünlük sağlamasına neden olan kararlar verdi, (5) numaralı yorumun önerdiği çözüm de buydu. Bazı kararlar ise (6) numaralı yorumun dediği tarzda ilk ilkeyi üstün tuttu. Yorumla geliştirdiğim konumum ise şöyle: Uymaya ilişkin sınırlar beni, hukuk pratiğimize dair yapacağım herhangi bir genel yorum içerisinde daha soyut ilkeler olan sempati ve sorumluluğu yerleştirebileceğim bir yer bulmaya zorladı. Bu ilkelere herhangi birini reddeden yorumlar kabul edilebilir olmayacaktı; birinden dahi vazgeçsem bütünlük sağlanamayacaktı. Ne var ki sınırsız bir sorumluluğun yıkıcı sonuçlarının olduğu trafik kazalarında bu ilkeler arasındaki rekabetin bir şekilde çözümlenmesi gerekiyordu. Hukuk uygulamamız bugüne kadar böyle bir tercihte bulunmamıştı ama analizim sonunda bir yorum-sonrası [*postinterpretive*] yargı olarak böyle bir tercih mutlaka yapılmalıydı. Bütünlük bunu istiyor, çünkü hikâyeyi bir bütün olarak, her şey dikkate alındığında iki ilkenin de belli bir yer sahibi olduğu tarzda devam ettirmemi talep ediyor. Bunu en iyi şekilde yapma yolunun, en azından sorumluluk sigortalarının kişilerin durumlarına duyarlı koşullara sahip olduğu trafik kazalarında

ikinci ilkeyi birinci ilkeye üstün tutmak olduğunu düşünüyorum. Tercihim bu yönde, çünkü her iki ilkenin de ardında yatan gerekçeler cazip iseler de, ikinci ilkenin hâlihazırdaki koşullarda daha güçlü olduğuna inanıyorum. Bunun sonucu olarak da geçmişte verilmiş kararların bir kısmının yanlış olduğunu ilan etmek, yargı yetkim izin verdiği takdirde bu kuralları geçersiz kılmak durumundayım. Ne var ki bir bütün olarak hukuk pratiğinin perspektifinden bakacak olursak hatalı olduklarını söylediğim kararların sayısı çok fazla olmadığı gibi, esasa ilişkin büyük önemi de haiz değiller, zira onları göz ardı etmiş olmam beni, biraz önce tarif ettiğim daha genel olan yoruma ilişkin somut bir temelden mahrum bırakmıyor.”

Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Dahili şüpheci, bu eleştiriyi kabul etmek zorunda olmasa da ona bir cevap geliştirmek durumundadır. Herkül, belirlediği iki soyut ilkenin, zaman zaman çatışmalar dahi, hukuk pratiğimize dair aynı genel yorumda rahatlıkla işlemeye devam edebileceklerini varsaymıştı. Şüpheci buna da karşı çıkabilir ve şöyle söyleyebilirdi: Bu ilkeler daha derinlere inildiğinde Herkül’ün zannettiğinden daha fazla çatışma hâlinde dirler, insan eylemine veya sorumluluğuna dair telifi kabil olmayan iki farklı görüşten kaynaklanıp gelmektedirler, dolayısıyla da tutarlı bir devlet şeması içerisinde bir arada bulunmaları mümkün değildir. Bu görüşe göre söz konusu ilkeler arasındaki çatışma bir anlığına karşılaştığımız pratik bir sorun değil, daha derin bir doktrinel şizofreninin belirtisidir. Bazı hukuk hocaları, ki asıl olarak Amerikalı değiller, şu sıralar topluluklarının hukuk pratikleri hakkında köklü bir eleştiri sunmaya girişmiş gibiler.¹⁶ Herkül’ün bir sistem göstermeyi umut ettiği yerde, sadece felsefi bir çelişki görüyorlar.

“Eleştirel hukuk çalışmaları” ismiyle anılan hareket bugüne dek asıl itibariyle üyelik yoluyla tanımlandı: Hareketin gediklileri konferanslarda bir araya gelirler, konferansların amacı ise hareketin ne olduğuna karar vermektir.¹⁷ Hukuk eğitimi hakkında takındıkları öyle ciddi bir ortak tutum yok; Amerikan hukukbiliminin on yıllardır bu kadar gürültü çıkarmadan söylediği bir şeyi hukuk öğrencilerine hatırlatmak, onların gözünde hukuku “büyübozumuna uğratmak” derdindeler. Söyledikleri, ama Amerikan hukukbiliminin de uzun süredir daha sessiz şekilde söylediği, şey şu: Yargı kararlarının verilmesinde siyasi kanaatler önemli bir rol oynar; hukukun belli bir andaki biçimi, bir hata eseri olarak hukukun “mantığı” denen ideolojiyi ve gücü yansıtır. Hukuk öğrencilerinin diğer disiplinlere, özellikle de Fransız dilbilimine ve Hegelci metafiziğe karşı daha duyarlı olmasını sağlamaya da çalışıyorlar. Siyasi tutumları onları Amerikan siyaset yelpazesinde sol cenaha yerleştiriyor (hepsi de hukuk okullarındaki siyasetin farklı yönlerinde bilhassa aktifler), yazdıklarının pek çoğu da hukuk teorisinde kendilerince muhafazakâr olan gelişmelere muhalefet ediyor. Asıl karşı çıktıkları şey ise, 8. Bölümde inceleyeceğimiz, kimi zaman iktisadi hukuk yaklaşımı olarak isimlendirilen, Amerikan hukuk öğretimindeki yakın zamanlı bir diğer önemli akademik harekettir.

Kendisini kasten solda konumlandırışını ve diğer disiplinleri bilhassa öne çıkarmayı tercih edişini bir kenara koyarsak, eleştirel hukuk çalışmaları bütün bu söylediklerinde daha eski bir hareket olan Amerikan hukuki realizmine benzer. Bu modası geçmiş hareketi yeniden yeşertmeye yönelik anakronik bir teşebbüsten daha fazla bir şey olup olmadığını söylemek için henüz çok erken. Tıpkı realizm gibi, retoriğinin büyük kısmı harici şüphecilikten devşirme: Hareketin üyeleri; “objektivizm”, “doğal hukuk metafiziği”, evrende “orada bir yerde” bulunan değer düşüncesi gibi kestirme ithamlara pek düşkünler. Buna karşın,

en iyi ve en iddialı olduğu bir noktada, hukuki realizmin kısıtlılıklarından uzaklaşır ve biraz yukarıda anlattığım dahili şüpheciliğin tehditkar formuna bürünür. Hukuk kültürümüzün, bir ilkenin tekbiçimli ve tutarlı şekilde gerekçelendirilişine tabi olmaktan çok uzak olduğunu, ancak verimsiz bir çelişki ölçümü vasıtasıyla anlaşılabilceğini iddia eder. Herkül'ün, trafik kazalarındaki bireysel kayıplara ilişkin birbirlerinden bağımsız, ama kimi zaman çatışan ilkelere dair son açıklamasını, tıpkı dahili şüphecin de yapabileceğini söylediğim gibi, kabul etmez. Eleştirel hukuk çalışmalarının anlattığı hikâyeye çok daha farklıdır: Hukukun içerisinde çatışma hâlinde bulunan iki ideoloji vardır. Bunlardan biri, muhtemelen, özgecilik [*altruism*] ve karşılıklı ilgi şeklindeki cemaatçi itkilerden kaynaklanırken diğeri de egoizm, kendi kendine yetme [*self-sufficiency*] ve peşin hükümlü ahlakçılık gibi esasında kendi arasında çelişik düşüncelerden beslenmektedir.

Maalesef eleştirel hukuk çalışmaları literatürünün büyük kısmı bu iddiaları savunmaktansa, sanki kendiliklerinden aşikârlarmış gibi, onları dillendirmekle yetinir. Bu, şüpheci bir görüş ihdas etmek için gerekli olan argüman türünü ciddi ölçüde yanlış anlamış olmayı yansıtır olabilir: Böyle bir argümanın tarihsel olmaması, daha ziyade yorumla inşa edilmiş olması gerekir. Eleştirel hukuk tarihçileri, hukuku tarif ederken jenetik, yani hukukun köklerini araştıran bir yöntem kullanırlar. Hukuk doktrininin farklı parçalarının izini sürer ve daha ilk başta hukukun içerisine yerleşmiş, ona şekil vermiş yahut onu korumuş çıkarları ve ideolojileri bulup çıkarırlar. Hedeflerinde diğerk hukuk tarihçileri vardır. Bu hukuk tarihçileri, hukukun tarihi gelişimini açıklarken onu belli bir işleve sahip genel bir tasarımın iç içe geçmiş katmanlarını ortaya çıkararak nedensel teoriler sunarlar. Eleştirel hukuk tarihçileri bu nedensel açıklamalara karşı daha gevşek bir yapıya sahip olan yaklaşımlarını savunurken çok da güçlük çekmezler. Savundukları yaklaşım, ihtimale ve tesadüfe

daha açıktır.¹⁸ Çıkardıkları iş Herkül'ün de işine yarar esasında. Ama Herkül kendisini riske atarak bu söylenenleri görmezden gelir, çünkü şunu aklından hiç çıkarmaz: Hukukun ürettiği şekliyle ortaya çıkmış olan hiçbir şey hukukta tutarlı bir yorum ararken başarılı olacağını garanti etmez. Fakat tarih yüzünden başarısız olacağı da muhakkak değildir, zira bütünlük olarak hukukun felsefi temellerine uygun, yorumu gerektirir bir çaba içerisinde. Doktrine bir düzen atfetmeye çalışmaktadır, onun hangi düzen içerisinde yaratıldığını keşfetme derdinde değildir. Bütünlük için sunabileceği bir ilkeler kümesi peşindedir. Öneceği şema hukuk zincirindeki farklı bağlantıları artık tek bir ağzdan konuşan bir devlet görüntüsüne dönüştürecektir, üstelik bu görüntü geçmişteki liderlerin sesinden oldukça farklı olsa da. Herkül'ün hangi durumlarda nasıl başarısız olabileceğini göstermeye çalıştık. Gerçekten de başarısız olabilir. Ancak en dikkatli ve duyarlı bir tarih çalışmasının öğretebilecekleri ile bu başarısızlık arasında bir ilişki yoktur.

Eleştirel hukuk çalışmaları literatüründen gelen daha felsefi, ikinci bir tazyik daha var. Ne var ki bu tazyik, felsefi niteliğine rağmen konuyla daha ilgili, çünkü iddialarını yorumla ilişkilendirerek anlamak daha kolaydır. Bu eleştiri sadece farklı ideolojilerin hukukun farklı parçalarını ürettiğini göstermeye çalışmıyor. Bu farklı parçalara ilişkin günümüzdeki yetkin her gerekçelendirme teşebbüsünün zorunlu olarak esasa müteallik ilke çelişkilerine sahne olacağını da söylüyor. Ona göre, Herkül bu yüzden bir bütün hâlindeki hukuk imparatorluğuna tutarlı bir yapı atfetmeyi başaramayacaktır. Yorumla inşa edilmiş bu şüpheli iddia güçlü ve konuyla bağlantılı olmasına karşın, işe tam da Herkül'ün başladığı yerden başlıyor. Bu iddiada bulunabilmek için daha az şüpheli bir yorumun aranmış ve bulunamamış olduğunu da iddia etmiş olması lazım. Daha pürüzsüz ve daha cazip bir açıklama kadar daha pürüzlü ve daha çelişik bir

açıklamanın da hukuk pratiğine uyduğunu göstermekten daha basit veya daha anlamsız bir şey yok. Dahili şüpheli pürüzlü ve çelişik açıklamanın yegâne mümkün olan açıklama olduğunu göstermek durumundadır.

Liberalizm ve Çelişki

Bu tutkulu negatif iddiaya karşı kestirme bir yol var mı? Eleştirel hukuk çalışmaları böyle bir yolu liberal siyaset teorisinin felsefi bir kusur olarak düşündükleri noktasında bulmuş gibi görünüyorlar. Argüman iki adımdan müteşekkildir. İlk adımda Batı demokrasilerindeki anayasal yapının ve ana doktrinel çizgilerin sadece ve sadece kişiliğe ve topluluğa dair kökten liberal bir görüşün geliştirilmesiyle gerekçelendirilebileceği söyleniyor. Argüman, bu yapıda öne çıkan yargı ile yasama arasındaki ayrımın, liberal bir özgürlük anlayışını yansıttığında ısrarcıdır; özel hukukun, haksız fiil hukukunun ve mülkiyet hukukunun bu özelliklerine dikkat çekip, sözgelimi, bireysel sorumluluğa dair liberal idealleri hayata geçirdiklerini vurguluyor. İkinci adımda ise şunu iddia ediyor: Metafizik ve etik düşünceleri birleştiren felsefi bir sistem olarak liberalizm kendi içinde önemli ölçüde çelişiktir, liberalizmin bu çelişkileri hukukumuzun her türlü yorumunun kaotik ve çelişik olmasına neden olur, Herkül'ün projesinin kaderi budur. Bu, heyecan verici bir argümandır. Liberalizme yatkın olanlar ilk adımdan etkileneceklerdir. Ne var ki ikinci adımdaki liberalizmin tutarlılığıyla ilgili argümanlar pek parlak değil, hatta sahiplerini mahcup edecek ölçüde hatalıdır. Liberalizmin ne olduğuna dair yanlış bir açıklamayla başlayıp bitiyorlar. Liberal addettikleri filozofların makul hiçbir bir okuması bu açıklamayı desteklemiyor.¹⁹

Üstelik söz konusu argümanların tümünden göz ardı ettiği bir şey var: İlkelerin rekabeti ile ilkelerin çelişmesi arasında bir ay-

rım yapmış ve bu ayrımın dahili şüpheci bir argüman için hayati olduğunu söylemiştik. Eleştirel hukuk çalışmalarının daha ayrıntılı ve doktrinel uygulamalarında da aynı sorunu görmek mümkün. Bunların bir kısmı doğrudan bütünlük olarak hukukun eleştirisine yönelmiş görünüyor. Tam da bu bölümde kullandığımız örneğin dahil olduğu hukuk alanıyla ilgili olması hasebiyle söz konusu doktrinel uygulamaların yakın tarihli bir numunesini iktibas ederek biraz tafsilatlı şekilde dipnotta tartışacağım.²⁰ Eleştirel hukuk çalışmalarının bu tip kusurlarından temizlenmesi gerekiyor, zira dahili şüphencilik tarzında anlaşıldığında sahip olduğu genel şüpheci tutkuları önemlidir. Önerdiği eleştirel uygulamadan, başarılarından ve başarısızlıklarından öğreneceğimiz çok şey var. Tabii şunu varsaymış oluyorum: Eleştirel hukuk çalışmalarının hedefleri, bütünlük olarak hukukun da hedefleridir; eleştirel hukuk çalışmaları, yargıçların, bütünlüğün de hizmet ettiği kardeşlik değerlerine riayet ederken aynı zamanda hukuku geliştirme yollarının olup olmadığını, varsa bu yolların ne genişlikte olduğunu keşfetmeye çalışır. Bu söylediklerim hareketin en azından bazı üyelerinin gerçekten de hedefleri arasında yer almaktadır.²¹ Başka üyelerin farklı ve aksi istikamette hedefleri olabilir elbette. Hukuku en iyi değil de en kötü ışık altında göstermeye, esasında açık olan yolların kapalı olduğunu anlatmaya, açığa çıkmamış siyasi hedeflere hizmet eder şekilde yeni bir gizleştirilmeye doğru gitmeye çalışıyor olabilirler.

COMMON LAW**İKTİSADİ YORUM**

Geçen bölümde, kaza hukukuna dair tek bir meseleyi etraflıca görebilmek için Herkül'ü kullanmıştık. Bu bölümde biraz istirahat etmesine izin vereceğiz, çünkü daha yapacak çok işi var; biz ise trafik kazalarına ilişkin hukuku bir bütün hâlinde daha soyut ve daha akademik tarzda inceleyeceğiz. Bu incelememiz sırasında Herkül'ün üzerinde karar kıldığı “makul öngörülebilirlik” ilkesi için daha derin, daha genel ve felsefi bir gerekçe bulmaya çalışacağız. Kasta dayanmayan zararlara dair yoruma yaslanan önemli bir iddia olan “iktisadi” hukuk teorisi, yakın zamanda ABD'deki hukukçuları heyecanlandırdı, keza Britanya'da da ilgi çekti. Bu teori, trafik kazaları, gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlali ve diğer kasta dayanmayan zararlar hakkında yargıçlarımızın verdikleri kararlara dair genel bir yorum önerisidir.¹ Bu kararları anlamamanın anahtarı, söz konusu teoriye göre, insanların daima bir bütün olarak toplulukları için en az mali külfet yaratacak şekilde davranmaları gerektiğini söyleyen “iktisat” ilkesidir. Otomobilime bir emniyet cihazı taktırdığım takdirde size verebileceğim bir zararı engelleyebileceğimi düşünelim. Eğer cihazı taktırmaz ve size zarar verirsem, bu ilke uyarınca kaybınızı tazmin etmek zorunda kalırım. Tabii bu arada emniyet cihazının bana, kazanın “iskontolu” maliyetinden daha aza mâl olması gerekiyor. “İskontolu” maliyeti bulmak için, kazanın maliyetinden, cihazın olmadığı durumda dahi zararın ger-

çekleşmeme ihtimali düşülür. Fakat cihazı taktırmanın maliyeti kazanın iskontolu maliyetinden daha yüksekse, cihaz olmadan verdiğim zararı tazmin etmeme gerek yoktur.²

Topluluğun Sahip Olduğu Zenginlik ve Coase Teoremi

İktisadi teori trafik kazalarına ilişkin davaların en iyi yorumunun iktisadi ilke ile oluşturulması gerektiğini söyler. Öyleyse bu ilkeyi incelerken ilkenin egemen olduğunu kabul eden devlet adamının, trafik kazalarının maliyetlerini kimlerin yükleneceği ile ilgili hangi kararları vermesi gerektiğini sormamız gerekiyor. Kararı verecek olan kişi topluluğa hangi kararların en az külfet getireceğini belirleyebilmek için öncelikle topluluğun zenginliğinin ne anlama geldiğini söylemek zorundadır. İktisadi teorinin önerdiği tanım bu amaca özgülüştür (ve pek çok açıdan sağduyuya aykırıdır): Bir topluluğun zenginliği bütün malların ve hizmetlerin değeridir, bir şeyin değeri ise herhangi bir kişinin o şey için ödemek istediği ve ödeyebileceği azami para miktarı veya para karşılığıdır. Eğer bir şeyin pazar fiyatı varsa, o şeyin değeri pazar fiyatı olarak kabul edilir; o şeyin sunulabileceği bir pazar yok ise, böyle bir pazar olsa idi insanların o şey için ödemek isteyecekleri ve ödeyebilecekleri miktar, o şeyin değeridir. Buradan çıkan sonuca göre pazarda yapılan işlemler topluluğun zenginliğini artırır. Aynı zamanda şu sonuç da çıkıyor buradan: Pazarda işlem yapılmasının mümkün olmaması durumunda, insanlar, müzakere imkânı olsa ve kullanılsa idi sahip olacakları haklar ve yükümlülükler varmış gibi davranarak pazarı “simüle ettikleri” takdirde zenginlik yine artacaktır.³

İktisadi ilkeyi ve topluluğun zenginliğine dair bu tanımı kabul etmiş bir devlet adamının trafik kazalarından kaynaklanan sorumluluğu düzenlemek üzere hangi hukuk kurallarını tasarlayacağını sorabiliriz artık. Belli bir kaza türünün mahkemeleri

meşgul etmeye başladığını düşünelim. Bir çiftliğe bitişik hattaki demiryolunda tren hızla gitmektedir. Raylardan sıçrayan kıvılcımlar demiryolunun kenarındaki ürünleri tutuşturarak yanmalarına neden olur. Ortaya çıkan zararı çiftçi mi yüklenmelidir? Yoksa demiryolu şirketi çiftçiye tazminat mı ödemelidir? Topluluğun toplam zenginliği hususunda kaygıları olan basiretli bir yasakoyucu nasıl bir kural koymalıdır? İktisadi olguların şöyle olduğunu düşünelim (buna Birinci Durum diyoruz): Eğer şirket trenin hızını kıvılcım sıçratmayacak şekilde azaltırsa kârından 1000\$ kaybedecektir. Eğer tren şirket için daha kârlı olan hızla gidecek olursa, çiftçi, kendisine 1100\$ kâr kazandıracak mahsulünü kaybedecektir. Bu koşullar altında bir bütün olarak topluluk tren yavaşladığı takdirde (topluluğun zenginliğine dair tanımdaki öngörüye göre) daha zengin olmaktadır. Şimdi ise iktisadi olguların tersine döndüğünü varsayalım (İkinci Durum). Bu durumda tren yavaşladığı takdirde şirket 1100\$ tutarında kâr kaybına uğramakta, hızlı gittiğinde ise çiftçi sadece 1000\$ tutarında zarar etmektedir. Artık topluluk, trenin hızlı gitmesi ve ürünlerin yanması durumunda daha zengindir. Öyle görünüyor ki, topluluğun zenginliğini artırmak isteyen kişi, iki durum için iki farklı kural koymak durumundadır. Birinci Durumda zarardan demiryolu şirketini sorumlu tutacak, dolayısıyla da tren hızını düşürecek, İkinci Durumda ise zararı çiftçiye yükleyecek, tren de yavaşlamayacaktır.

Fakat iktisadi olgular hakkındaki başka bir varsayım daha var ki, bu koşullar söz konusu olduğunda oldukça şaşırtıcı bir biçimde yasakoyucu her iki durumda da hangi kuralı seçerse seçsin fark etmiyor.⁴ Bu varsayım (iktisatçıların diliyle) demiryolu şirketi ile çiftçi arasındaki işlem maliyetinin sıfır olması, yani yasakoyucu hangi kuralı koymuş olursa olsun, tarafların özel bir anlaşmayla kuralın sonucunu değiştirmelerinin her iki tarafa da herhangi bir mali yük getirmemesidir. Eğer işlem maliyeti sı-

fır, demiryolu şirketi de İkinci Durumda ortaya çıkan zarardan sorumlu ise, tren aynı hızla gitmeye devam edecek, sanki hiç sorumlu tutulmamış gibi topluluk için zenginlik üretmeye devam edecektir. Hızını düşürmeyecektir, çünkü demiryolu şirketi çiftçiye demiryolunun kenarında ürün yetiştirmemesi (veya bir kayıp ortaya çıktığı takdirde mahkemeye başvurmaması) karşılığında 1000\$ dolar ile 1100\$ arasındaki bir miktarı vermeyi teklif edecektir. Çiftçi ise bu aralıktaki bir teklifi kabul edecektir. El sıkışmalarının nedeni, anlaşmış olmanın her iki tarafın da çıkarına olmasıdır: Tren yavaşlamış olsa idi demiryolu şirketi 1100\$ kaybedecekti; anlaşma sonucunda önerdiği miktar ile bu kaybı arasındaki kısmı kaybetmekten kurtuldu. Tren yavaşladığı takdirde çiftçi yetiştirdiği ürünler için 1000\$ kazanacaktı; o da 1000\$'ın üzerinde bir miktar almayı kabul etmekle, aradaki farkı cebine atmış oldu. Birinci Durumda da aynı şekilde eğer yasakoyucu demiryolu şirketini sorumlu tutmayıp zararı çiftçiye yüklemiş ise, çiftçi demiryolu kenarında ürün yetiştirmeyi bırakmayacak, aksi yönde alınacak kararın sağlayacağı ölçüde zenginlik üretmeye devam edecektir. Zira artık çiftçi demiryolu şirketine treni yavaşlatması karşılığında 1000\$ dolar ile 1100\$ arasındaki bir miktarı vermeyi önerecek, şirket de bu teklifi kabul edecektir, çünkü treni yavaşlatması nedeniyle kaybedeceği 1000\$ ile kendisine teklif edilen miktar arasındaki farkı kasasına koyacaktır.

Öyleyse, sıfır-işlem-maliyeti varsayımı altında yasakoyucunun hangi kuralı tercih ettiğinin topluluğun tamamının zenginliği açısından bir önemi kalmıyor. Yasakoyucunun seçtiği kural pek tabii ki demiryolu şirketi ile çiftçi arasında kaydadeğer bir farklılık yaratıyor. Eğer her iki durumda da demiryolu şirketini sorumlu tutarsa, aksi yöndeki tercihe nazaran şirket yoksullaşacak çiftçi ise zenginleşecektir. Fakat topluluğun zenginliğini ölçüt kullanan test açısından bunun herhangi bir önemi yoktur.

Uygulanan test topluluğun toptan zenginliği ile ilgilidir, yekunu artırmak veya düşürmek için özel bir neden olmadıkça bir gruptan başka bir gruba nakledilen zenginlikten etkilenmez. Mamafih, işlem maliyetinin sıfır olması durumunda hangi kuralın tercih edildiğinin topluluğun refahına etki etmiyor olmasının pratikteki anlamını merak ediyorsunuz, çünkü işlem maliyeti hiçbir zaman sıfır değildir. Diyelim ki çiftçimiz istirahate çekildiğinde hukuk kitapları okuyor ve bir avukat tutma ihtiyacı hissetmiyor; 1050\$ mı yoksa 1075\$ mı önermesi gerektiğine kafa yormak yerine tohum kataloglarına bakabilirdi, dolayısıyla bu kataloglara bakmak yerine hukukla meşgul olmak zorunda kalması da bir maliyettir. İşlem maliyetlerinin gerçekten yüksek olması, topluluğun zenginliğini artıracak pazarlıkların yapılmasına engel olur. Meclisin, İkinci Durumdaki gibi koşullarda demiryolu şirketlerinin çiftçilere tazminat ödemesini kabul ettiğini düşünelim. Çiftçinin demiryolu kenarında ürün yetiştirmemesini öngörecek bir anlaşmanın müzakere edilerek kabul edilmesi, iki tarafa toplamda 100\$'dan fazla mali yük getiriyor olsun. Artık böyle bir anlaşmanın yapılmayacağını düşünebiliriz, çünkü işlem maliyetleri en azından taraflardan birinin elde etmeyi umduğu kazancı silip süpürecektir. Sonuç olarak da tren hızını düşürecek, topluluk da bir bütün olarak değerlendirildiğinde daha yoksul olacaktır.

Fakat yine de iktisadi yoruma göre işlem maliyetlerinin sıfır olduğunu tahayyül etme ameliyesi mühimdir, zira bu maliyetlerin oynadığı hayati rolü işaret eder ve iktisadi ilkeyi kabul eden bir yasakoyucunun nasıl karar vermesi gerektiğine dair şu pratik tavsiyede bulunur: Yasakoyucu iki kural arasında seçim yapmalıdır; ya trenleri sıçrattıkları kıvılcımlarla yaktıkları bütün ürünlerden sorumlu tutan sade bir kural koymalı yahut da böyle bir sorumluluğu tümünden reddeden yine sade bir kural çıkarmalıdır. Değişik demiryolu şirketleri ile çiftçilerin maliyet iş-

lemleri sıfır olduğu takdirde yapacakları anlaşmalar vasıtasıyla düzenleyecekleri iktisadi faaliyetin tümünü yansıtan örüntüyle (yavaşlayan trenler veya yetiştirilmeyen ürünlerle) hangi kural daha çok örtüşüyorsa o kuralı tercih etmelidir. İktisadi gerçeklerin bütüncül tahminlerine karşıt olduğu somut ve özel durumlarda, pazarlık görüşmelerini kolaylaştırmak için muhtemel işlem maliyetlerini de dikkate almak durumundadır.⁵ Sözelimi, eğer İkinci Durumdaki gibi olguların bulunduğu bir durumda anlaşma yapmak üzere müzakerelerde bulunma maliyetinin demiryolu şirketi için, Birinci Durumdaki gibi olguların bulunduğu bir durumda çiftçi için söz konusu olacak maliyetten daha ucuz olacağını düşünüyorsa, zararı çiftçilere yüklemektense demiryolu şirketleri için genel bir sorumluluk öngörmesi gerekir. Yasakoyucu böylece, eğer mümkün olsa idi gerçek bir müzakerenin vereceği sonucu tahmin etmeye çalışarak toplumsal zenginliği maksimize eder.

ÇETREFİL DURUMLAR

Makul İnsan

Yasakoyucunun her zaman bu nitelikte genel sade kurallar arasında tercihte bulunmasına gerek yoktur. Daha incelikli bir iktisadi analiz, belli olaylardaki iktisadi olguların dengesine daha duyarlı, daha karmaşık bir kuralın toplum için daha fazla zenginlik üreteceğini gösterebilir. Volkan Ekspresi'nin çıkabileceği en yüksek hızda işletildiği takdirde güzergahı üzerinde demiryolunun kenarında yetiştirilen ürünlere 1100\$ tutarında zarar vereceğini düşünelim; eğer hiçbir kıvılcım çıkarmayacağı hızda giderse de demiryolu şirketi 1000\$ kaybediyor olsun. Fakat eğer ortalama bir hızla, (mesela) saatte 70 mil hızla giderse demiryolu şirketinin kaybı 500\$ olurken, daha az kıvılcım saçıldığı için zarar vereceği ürün bedeli de 400\$ olsun. Topluluğun zenginliği

bu durumda önceki iki durumdan daha fazla olacak, dolayısıyla zenginlik testi nedeniyle yasakoyucunun demiryolu şirketlerini sadece trenler saatte 70 mil hızı aştıkları takdirde sorumlu tutan bir kural çıkarması daha iyi olacaktır. Fakat bu sefer de hangi hız sınırının daha iyi olduğuna karar verilmesi meselesi var. Üstelik yasakoyucu Volkan Ekspresi'nin takip ettiği rotadaki en uygun hızın seçilmesi için gerekli olan bütün olguların bilgisine sahip bile olsa, belirlenen bu hız sınırı, çok farklı bir güzergaha sahip olan Uçan Thor treni için son derece yanlış olabilir.

Yeterince zamana sahip Herkülvari bir yasakoyucu belki de her bir tren için ayrı bir hız sınırı belirleyebilirdi. Ne var ki bu şekilde hazırladığı bütün kuralların son kullanım tarihi kısa sürede dolacaktır. Zira en uygun hız bir yandan teknolojiye bağlıdır; yolcu ve yük taşımacılığının muazzam karmaşıklıkta iktisadına ilişkin teknoloji ise değişir. En uygun hız, sürekli dalgalanmakta olan verilerin yanında, demiryollarının yanında yetiştirilen ürünlerin fiyatına da bağlıdır. Üstelik sıçrattıkları kıvılcımlarla demiryollarının kenarındaki ürünleri tahrip eden trenler, hâlihazırda ele aldığımız çatışma türünün sadece tek bir numunesini teşkil ediyor. Esasında hukuka uygun faaliyette bulunan bir kişinin kastı olmadan bir başkasına zarar verdiği sayısız olay türü bulunur. Mesela komşusu cebir kitabına gömülmüşken evinde rock müzik çalan bir müzisyen düşünün veya insanların yürüdüğü sokaklarda *Maseratisini* kökleyen bir şair... Yahut da kendi arazisinde temel kazarken ta uzaklardaki bir fabrikaya giden elektrik iletim hattını kesen bir müteahhit... Kasıtlı olmayan bu farklı türdeki zararları düzenleyen hukukun bir bütün olarak topluluğun zenginliğini artırmasını isteyen bir devlet adamı şu türde bir genel kurala ihtiyaç duyar: Her kim kastı olmaksızın bir başkasının şahsına veya malına zarar verirse, eylemi, mevcut koşullar çerçevesinde makul olmadığı takdirde zarardan sorumludur; eylemden kaçınmanın eylem sahibine olan marjinal ma-

liyetinin, eylemin yaratabileceğı zararın maliyetinden daha az olması durumunda, eylemin makul olmadığı kabul edilir.

Bu genel ve soyut kural demiryolu şirketi konumundaki kişileri, mesela, işlettikleri her bir trenin hangi hızda gideceğine karar verirken toplumsal maliyet dengesini hesaplamaya zorlar. Aynı şekilde, teknoloji ile arz ve talebin farklı unsurlarının değişmesiyle birlikte bu dengeyi zaman zaman yeniden hesaplamak durumunda kalırlar. Fakat bu kuralda gizli bir tehlike yaşıyor. Yasakoyucumuz insanların bir faaliyetin bütün iktisadi sonuçlarını hesaplamak için çok fazla zaman veya para harcamasını istemez, çünkü böyle bir durumun bizzat kendisi toplumsal zenginliğı azaltacaktır. Bu yüzden de, görelî maliyet hesabının, hesaplama işlemine “makul” zaman ve mesai harcayan “makul” bir insanın bileceğı olguları veya sahip olduğu fikirleri yansıtmamasını şart koşar. Tekrarlayacak olursak, makuliyet testi, insanlar o koşullarda söz konusu miktarda zaman ve mesai harcayacak olurlarsa topluluğun bir bütün olarak daha zengin olup olmayacağına dair bir testtir. Topluluğun zenginliğı, insanların her durumda her bir tekil eylemlerinin bütün iktisadi sonuçlarını incelemeye mecbur tutulmasıyla değil, hayatın olağan akışı içerisinde ve mevcut ulaşılabilir veriler temelinde faaliyette bulunmalarının teşvik edilmesiyle maksimize edilir.

Öyleyse verimli bir “makuliyet” testi, zarara neden olan eylemi savuşturmanın onlar için yaratacağı maliyeti çok aşmış bir zarara neden olmuş bile olsalar, bazı kişileri sorumluluktan kurtaracaktır. Bir demiryolu şirketinin elindeki mevcut verilere dayanarak bir hesap yaptığını, treni yavaşlatmanın maliyetinin trenin tahrip etme ihtimali olan buğday ve diğer tahılların değerinden daha fazla olduğu sonucuna ulaştığını varsayalım. Fakat bir çiftçi de Rönesans tablolarından müteşekkil özel koleksiyonunu demiryolunun kenarında, büyük bir saman yığının altında depoluyor olsun ve koleksiyon samanlarla birlikte trenin saçtığı

kıvılcımlar nedeniyle yansın. Bu gerçek ortaya çıktığında, tren yavaş gitmiş olsa idi olay topluluk açısından daha az maliyetli olurdu sonucuna ulaşırız. Fakat şirket böyle bir zarardan sorumlu tutulmuş olsaydı, beklenmedik kazaların bilinmeyen ve normalde tarlalarda bulunmayan değerli mallara verebileceği zararın miktarı hakkında istatiki hesaplamalar yapmak durumunda kalacaktı. Bu ise, böyle bir zararın çiftçi üzerinde bırakıldığı bir durumda, her bir çiftçinin değerli ve olağandışı mallarını başka bir yerde saklamasının veya daha yüksek miktarda sigorta poliçesi yaptırmasının görece maliyetine dair yapacağı araştırmanın toplam maliyetinden çok daha pahalı ve çok daha az uygun olacaktı.⁶

Karşı Tarafın Kusuru

Şimdi başka bir ihtimale bakalım. Belki de olay anındaki hızları makul olmasa bile, etrafa saçtıkları kıvılcımlar nedeniyle verdikleri zararın sadece bir kısmını demiryolu şirketinin sorumluluğu kapsamına aldığımız takdirde toplumsal zenginliği artırıyoruzdur. Varsayalım ki bir tren saatte 150 mil hızla yol alıyor ve bu hız hiç de makul değil, çünkü bu hızla sürmekle elde edilen marjinal kârdan daha fazla değere sahip ürünü tehlikeye atıyor. Bu sırada kıvılcımlar gerçekten de ürünlerin yanmasına neden oluyor, ama sonradan ortaya çıkıyor ki, ürünlerin tutuşmasının nedeni, çiftçinin o alana döktüğü yanıcı bir maddeymiş. Yasakoyucumuz bu türden olaylar için üç farklı kuralı değerlendirmeye alacaktır. İlk olarak şöyle diyebilir: Trenin bu hızda gitmesinin makul olmadığı kesindir, şirket bu faaliyetinden dolayı ortaya çıkan zararın tamamından sorumlu tutulmalıdır, çiftçi dikkatsiz davranmasaydı söz konusu zarar ortaya çıkmayacak idiye bile sorumlu olan şirkettir. İkinci ihtimal şu: Çiftçinin dikkatsizliği veya özensizliği nedensellik zincirinin önemli bir parçasını oluşturduğundan, çiftçi bütün sorumluluğu yüklenmelidir, çünkü bu

hususunu temsil etmek üzere geliştirilen ifade ile “kendi kusuruyla zarara neden olan/katkıda bulunan”dır [*contributorily negligent*]. Nihayet yasakoyucu şunu da dikkate alacaktır: Her iki taraf da, yani demiryolu şirketi de çiftçi de makul olmayan eylemde bulduklarından şirket çiftçinin zararını kısmen tazmin etmelidir. Böyle bir durumda yasakoyucu, kimi zaman “kusurun dağıtılması” [*comparative negligence*] dediğimiz doktrini seçebilir.* Buna göre, belli bir durumda tarafların hangi eylemleriyle makul davranmadıkları, hangi ölçüde zarara katkıda buldukları veya her ikisinin birleşimi dikkate alınmak suretiyle sorumluluk makul davranmayan bütün taraflar arasında dağıtılacaktır. Birden fazla tarafın makul davranmadığı bir durumda seçilecek hangi kuralın topluluğun zenginliğine en fazla katkıyı yapacağına karar vermek, iktisadın ilginç ve karmaşık bir sorunu olarak çıkar karşımıza.

Uyma Sorunu

İktisadi teorinin taraftarları benim sunduğum argümanın şimdi söylemeye başladığı şeyi (oldukça ayrıntılı ve incelikli şekilde, zikretmekten sarfınazar ettiğim kısıt ve zorlukları da işaret ederek) göstermeye çalışırlar. Şöyle anlatalım: Yukarıda tarif ettiğim çeşitli kural ve aygıtlar (yani sadece topluluğun toplam zenginliğini maksimize etmeyi dert edinmiş bir yasakoyucunun trafik kazalarına ilişkin hukuku tasarlarırken dikkate alacağı ku-

* Amerikan hukukunda kişinin dikkatsizlik veya özensizliğinden –kastı olmaksızın– neden olduğu zarara ilişkin hukuk ‘*negligence law*’ başlığıyla ele alınır (haksız fiil hukukunun –*law of torts*– altbaşlığı olarak). *Common law*’daki tarihsel gelişim içerisinde, zarara maruz kalanın, zarara katkısı olduğu takdirde, tazminat alamayacağına karar verilir olmuştur. Bu doktrin, zarara maruz kalanın en küçük kusurunu dahi tazminat ödenmemesinin gerekçesi sayıyordu. Ortaya çıkan adaletsiz sonuç *comparative negligence* doktrini ile ortadan kaldırılarak zarar veren kişinin kusuru oranında sorumlu tutulması sağlanmıştır.—*çn*

ral ve aygıtlar) genel itibariyle Anglo-Amerikan yargıçlarının ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlara ilişkin modern hukukun oluşum döneminde inşa ettiği ve tartıştığı kurallardır. Söz konusu kurallar pek çok yargı bölgesinde trafik kazalarına ilişkin hukukun temel doktrinleri olmaya devam ediyor. Eğer kendisini iktisadi ilkeye adanmış bir yasakoyucu; “makul insan” kuralı ile yakın nedensellik, öngörülebilirlik, karşı tarafın kusuru, kusurun dağıtılması ve kusurun kapsamı hakkındaki kurallar gibi hukuk pratiğimizin bilindik standartlarını ihdas edecekse, bu durumda iktisadi yorum önemli bir testi geçmiş demektir. Uymaya ilişkin makul eşik ölçütünü karşılamış durumdadır. Kurallar en azından ayrıntıları itibariyle bir yargı çevresinden diğerine [yani eyaletten eyalete—çn] değişebildiğinden neredeyse hiç kimse tam uyum iddiasında bulunamaz. Önemli hukukçuların pek çoğu esasa ilişkin tam bir uyum iddiasında bulunmuş, ancak bu iddia hararetli tartışmalara neden olmuştu. İktisadi yorumu eleştirenler, meseleye dikkatle baktığımızda mahkemelerin kusurlu eylemden kaynaklanan zararlara ve diğer meselelere dair geliştirdiği kuralların topluluğun zenginliğini maksimize etmediğini söylerler. İddialarına göre, kendisini topluluğun zenginliğini maksimize etmeye adanmış bir yasakoyucu, mahkemelerin kurallarından farklı kurallar koyardı.⁷ Bu argüman, iktisadi teoriyi ve en azından formel iktisadi analizde ustalık görüntüsünü hukuk dergilerinin sayfalarına ve hatta bazı yargı kararlarına taşıdı.⁸

Projemizi devam ettirmek adına, iktisadi yorumun, trafik kazalarına ilişkin hukuka, bu konuda yapılmış başarılı bir yorum olmasına yetecek ölçüde uyduğunu düşünelim. Bu, geçmişteki yargıçların gerçekten de zenginliğin maksimize edilmesini düşündükleri anlamına gelmez. Mesela, karşı tarafın kusuruna ilişkin kuralın toplumun zenginliğini maksimize edip etmediğini görebilmek için, ancak pek az yargıcın anlayabileceği zor matematiksel analizlere ihtiyaç vardır. Fakat geçmişteki yargıçların

fiilen ortaya koydukları işe dair yapılan yorumun uygun sayılabilmesi için, yorumun, onların tutum veya fikirleriyle, yaptıkları işi nasıl gördükleriyle uyumlu olmasına gerek yoktur. Yedinci Bölümde görmüştük, bazı hukukçular bir yorumun uygun olduğunun kabul edilebilmesi için, yorumun hem bugünün mevcut kararlarıyla hem de geçmişin yargı retorikleriyle ve kararlarda dile getirilen düşüncelerle insicam içerisinde olması gerektiğini düşünüyordu. Ne var ki bir yorumun hukuk pratiğine uyup uymadığına karar verirken, bu unsurlardan birinin diğerine ağır basabilecek bir uyumu kabul etmek daha makul duruyor. Öyleyse iktisadi yorumu sırf kararlarını yorumlamayı önerdiği yargıçları şaşkına çevirecek diye reddetmemiz mümkün değil.

ADALET SORUNU

Akademik Teori, Uygulamaya Yönelik Teori

Başarılı bir yorum, yorumladığı hukuk pratiğine hem uymalı hem de onu gerekçelendirmelidir. Yukarıda anlattığımız yargı kararları bazı kişileri, zarara uğramış başka kişileri tazmin etmeye zorlar, çünkü bunların hukuka uygun eylemleri birbirleriyle çatışmıştır. Kararlar olayların meydana gelmesinden sonra verildiğinden, gerekçelendirilebilmeleri için, zararı yüklenen kişilerin farklı bir şekilde davranmış olması gerektiği veya neden oldukları zarar için daha önceden sorumluluğu kabul etmiş olmaları gerektiği makul bir şekilde varsayılabilir olmalıdır. Öyleyse, kararlar sadece toplum üyelerinin sahip olabileceği, başkalarına zarar vermemekle veya eylemlerinin mali sorumluluğunu üstlenmekle ilgili genel bir ahlaki sorumluluk şemasının uygulanması ile gerekçelendirilebilir. Peki, sorumluluğu pazar simülasyonu testine döndürecek kabul edilebilir bir sorumluluk şeması, insanların nasıl davranması gerektiğine dair kabul edilebilir bir açıklama bulmamız mümkün mü?

Bir ayırım daha yapmamız gerekiyor: Bu ayırımın, ahlak teorisinin akademik olarak ele alınışı ile uygulamaya yönelik ele alınışı arasında olduğunu söyleyebiliriz. Trafik kazalarında uygulanacak kişisel bir sorumluluk şeması üzerinde soyut bir ahlak teorisini kendisine rehber edinerek karar kılan bir kişiyi düşünelim. Ahlak felsefecisi bir akademisyen, her olgusal nüansı dikkate alma imkânına sahip olsa idi, bu soyut ahlak teorisinin akla gelebilecek her durumda neyi gerektirdiğini ayrıntılarıyla ortaya koyabilirdi. Ancak kişisel bir sorumluluk şeması oluşturan kişi bütün bu ayrıntıları kapsayan somut kurallar belirlemeye çalışmayacaktır. Eğer böyle yapacak olsalardı, anlayacakları ve nüfuz edecekleri haddinden fazla kural düşünmek zorunda kalırlardı. Birleştirebilecekleri iki seçenekleri var. “Mevcut koşullar altında makul olan” gibi kelimeler kullanarak somut durumlarda daha özel bir hesaplama yapmayı gerekli kılabilir veya kendi içlerinde açık, anlaşılır ama kaba kurallar koyarak daha incelik gerektiren durumlardan sarfınazar edebilirler. Biz, pazar simülasyonu yapan hukuk kurallarını gerektirecek akademik bir belirlemeden ziyade uygulamaya dönük bir ahlak teorisinin peşindeyiz. Ne var ki, böyle bir teori araştırmaya başladığımızda, teorinin bir ahlak teorisi *olarak* güçlü olup olmadığını görebilmek için, onu akademik tarzda işlemek durumundayız. Çünkü artık ilgilendiğimiz şey, teoriyi siyasette ve gündelik hayatta kullanılabilir kılmak için hangi pratik uyarlamaların yapılması gerektiği değil, henüz bu aşamaya geçmeden teoriyi kabul edip etmeyeceğimiz şeklindeki çok farklı nitelikteki başka bir sorudur. Bu akademik tarzda işlendiği şekliyle teoriyi bize ahlaki açıdan yanlış geldiği için kabul edemiyorsak, uygulamaya yönelik işlenişi farklı olacak diyerek teoriyi kurtarmamız mümkün değildir. Zira bir ahlak teorisinin hakiki mahiyet ve niteliğini ortaya çıkaran, akademik işleniştir. Pazar simülasyonu kurallarının, ahlaki zemin-

deki, en basit olduğundan en doğal da olan savunusunu ele alırken bu ayrımın önemini de göreceğiz.

Zenginliğı Maksimize Etme Yükümlülüğümüz Var mı?

Bu savunu iki adımlı bir argüman: (1) İnsanlar, yaptıkları her işte bir bütün olarak topluluğun zenginliğini artırma şeklinde bir yükümlülüğe sahiptir; diğer yandan bunun karşılığında başkalarının da bu şekilde davranması onların hakkıdır. (2) Topluluğun iyiliğı, daha önce verdiğim tanım çerçevesinde onun bir bütün olarak zenginliğinde yatar; bu anlamıyla daha zengin hâldeki topluluk, daima daha iyi bir topluluktur. Daha zengin bir toplumun zorunlu olarak daha iyi bir toplum olacağı iddiasının akademik tarzda ele alınışından öğrendiğimiz kadarıyla argümanın ikinci adımı saçmadır.⁹ Yoksul, hasta birinin ilaca ihtiyacı olduğunu, bunun için de çok sevdiği, yegâne haz kaynağı olan bir kitabını ihtiyacı olan ilaç tutarına karşılık gelen 5\$'a satmak istediğini düşünelim. Komşusu ise, gerektiğı takdirde kitap için 10\$ vermeye hazırdır. Zira kitabın yazarının çok tanınan (ve zengin) torunudur, üstelik eğer kitabı imzalarsa, bir başkasına 11\$'a satma imkânına sahiptir. Toplumun zenginliğine dair iktisadi tanıma göre eğer polis kitabı gidip yoksul hastanın elinden alır ve zengin komşusuna verirse, yoksul adamın elinde ne kitap ne de ilaç olacak ama topluluk daha zengin hâle gelecektir. Toplum daha zengin hâle geldi, çünkü kitap zengin adamın ellerinde 11\$ değerinde iken yoksulun nezdinde sadece 5\$ değerinde. Toplumun toplamdaki zenginliğı kitap yoksul adamın elinden alındığında, iki tarafın bir anlaşmaya varmasıyla kazanılacak olandan dahi daha fazla artmış oluyor, çünkü kitabın cebir kullanılarak el değiştirmesi, taraflar arasındaki görüşmelerin işlem maliyetinden kâr etmemizi sağlıyor.

Bu çözüm, insanların her zaman toplumu daha zengin kılabacak her ne ise onu yapmaları şeklinde yükümlülükleri bulun-

duğu tezine ilişkin uygulamaya yönelik değerlendirmenin bir parçasını teşkil edemeyecektir. Bu yükümlülüğü yansıtan hukuk kuralları yaratmayı düşünen bir devlet adamı, böyle durumlarda bile malların bu şekilde zor kullanılması suretiyle el değiştirmesine izin veren herhangi bir kural çıkarmaktan imtina edecektir. Yoksul adamın kitabı 5\$'a satmaya, zengin komşunun ise kitabı 10\$'a almaya hazır olduğunu varsaymıştır. Ne var ki insanların mallara ne kadar değer biçtiğini bulmanın en iyi yolu, onları fiilen alım satım işlemi yapmaya zorlamaktır. Aksi takdirde, yapacaklarını söyledikleri şeyi gerçekten yapıp yapmayacaklarını sınamak için kullanabileceğimiz herhangi bir aracımız yok. Hiç şüphesiz, komşuların kitabın gerçek fiyatı hakkında hararetli bir tartışma yapmasına izin vermek, toplum açısından, pazarlığın kaybettireceği zamanı israf etmeden kitabı yoksulun elinden alıvermekten çok daha maliyetli olacaktır. Fakat zenginliğin olağan devir yoluyla arttığından emin olabilmek için, insanların pazarlık yapmasında ısrar etmek suretiyle uzun vadede daha fazla doğruluk derecesine ulaşıyoruz. Öyleyse, insanların daima toplumun zenginliğini artırma yükümlülüğüne sahip olduğunu düşünen bir devlet adamı, müzakerenin mümkün olduğu durumlarda malların zor kullanılarak el değiştirmesini kabul etmeyecektir. Ne var ki zenginliği maksimize etme yükümlülüğü aleyhindeki basit argümanımız olduğu gibi yerinde duruyor, çünkü argüman söz konusu yükümlülüğün uygulamada dehşet verici sonuçlar üreteceğini değil, önerdiği şeyin, uygulanabilir olduğu durumda, ilke itibariyle kökten yanlış olduğunu göstermeye çalışıyordu. Zengin adamın yoksul adamın isteyeceğinden daha fazla ödeyeceğinden *muhakkak surette* emin olsaydık bile, sırf kitabı yoksuldan alarak zengine vermekle zenginliği artırmış olmayacaktık, zira bu şekilde gerçekleşen el değiştirme sonrasında her halükârda daha adil olan durumu veya her halükârda daha iyi olan toplumu düşünmüş olmayacaktır.

Demek ki, toplumsal zenginliği artırmak kendi içinde toplumu daha iyi hâle getirmiyor.

FAYDACI ÖDEV

Faydacı Bir Argüman

Kişisel sorumluluğa dair zenginliğin maksimize edildiği pazarın simülasyonu yaklaşımını gerekçelendirecek iyi bir ahlaki argüman varsa eğer, hiç şüphe yok bizim biraz önce reddettiğimiz basit argümandan çok daha komplike olmalıdır. O zaman biz de böyle bir argümanı çok sayıda taraftara sahip bir ahlak teorisi olan faydacılıkta bulup bulamayacağımıza bakalım. Faydacılık siyasi kararların bir bütün olarak toplumdaki ortalama mutluluğu (başka bir kavramlaştırmayla ortalama refahı) artırmayı hedeflemesi gerektiğine inanır. Araştırdığımız faydacı argüman ilk altını çizdiğim hususu benimsiyor, yani trafik kazaları ile kasıt unsuru barındırmayan diğer zararlar hakkındaki hukuki kararlara dair yapılacak başarılı herhangi bir yorumun bireysel eylem ve risk sorumluluğuyla ilgili bir teoriyle işe başlaması gerektiğini söylüyor.¹⁰ Bu argüman üç adımdan müteşekkil: (1) Herkes, kendi mülkünün kullanımıyla ilgili olanlar da dahil olmak üzere aldığı her kararda, başka insanların çıkarlarının kendi çıkarı kadar önemliymiş ve bu insanlar kendisine ailesi ve arkadaşları kadar yakınmış gibi eylemde bulunmak şeklinde genel bir ödevle yükümlüdür. (2) İnsanlar, bir bütün olarak toplumun ortalama mutluluğunu artıran kararlar aldıklarında bu şekilde davranır, bazı insanların mutluluğundaki azalmayı bazı başka insanların mutluluğundaki artışla değiştirirler. (3) İlk iki adımdan kaynaklanan ödevin, yani ortalama mutluluğu maksimize etme ödevinin uygulamaya yönelik en iyi şekilde ele alınışı, kişisel sorumluluğun pazar simülasyonuna tabi kurallar biçimini alır; yani bu kurallar insanların, tıpkı demiryolu şirketleri ile çiftçiler arasın-

da hayal ettiğimiz maliyetsiz müzakerelerde bulunmuş olsalar idi nasıl davranacaklarsa, o şekilde davranmalarını gerektirir. İnsanlar pazarı simüle etmeli, bu şekilde topluluğu daha zengin hâle getirmelidirler, ama daha zengin bir toplumun zorunlu olarak ortalama esas alındığında daha mutlu olacağından değil daha iyi bir mutluluk ortalaması yakalayabilmek için başka bir pratik sorumluluk kuralı bulunamayacağından bu şekilde davranmalıdırlar. Faydacı argüman, insanların toplumun zenginliğini maksimize etmek yönünde nihai veya temel teşkil eden bir ödevde sahip olmadıklarını itiraf eder. Söylediği şey şudur: İnsanların sahip olduğu ödev, mutluluğu maksimize etme ödevidir. Bu ödevin uygulamada en iyi şekilde hayata geçirilebilmesi için insanlar sanki zenginliği maksimize etme ödevleri varmış gibi davranmalıdırlar.

Bu argümanı aşama aşama, ama üçüncü aşamadan başlayarak incelememiz gerekiyor. Bu aşamanın söylediğine göre, eğer vatandaşlar pazarı simüle etmeyi, dolayısıyla da zenginliğin maksimize edilmesini gerektiren kuralları, yani hangi zarar verme risklerini alacaklarına, neden oldukları zararların mali sorumluluğunu ne zaman üstleneceklerine dair kuralları kabul ederek onlara uygun eylemde bulunurlarsa, bu uygulama vatandaşların ortalama mutluluğunu uzun vadede artıracaktır. Bu iddia, tek tek ele alınan belli eylemlerin doğrudan sonuçlarıyla ilgili değildir. Pazar simülasyonu ile alınmış bazı kararlar kendi içlerinde veya bu kararların bizzat kendisi, muhtemelen bütün hâlindeki toplumun mutluluğunu azaltır nitelikte olacaktır. Fakat bu görüşe göre ele aldığımız olaylarda herkes bu kurallara uyacak olursa uzun vadede genel mutluluk artacaktır. Gerçi tarih bu varsayım için kullanışlı bir kanıt sunmuyor bize. Bir topluluğu ortalama itibarıyla daha mutlu yapmanın yolunun, zenginliğin dağıtılmasına ilişkin sınırlar getirilmeden, onu bir bütün olarak daha zengin yapmaktan geçtiğini onaylayan tarihsel bir kanıt yok.

Bu tez yoksullardan ziyade zenginler arasında daha yaygın bir inanç olarak varlığını devam ettirir. Zengin ülkelerde ortalama yaşamın yoksul ülkelere nispetle, en azından bir hayatı neyin iyi yaptığına dair geleneksel görüşler çerçevesinde, daha iyi olduğu şüphe götürmez. Fakat hâlihazırdaki sorumuz çok farklı; zengin ülkelerde ortalama mutluluğun genel itibariyle, vatandaşların kolektif olarak ürettikleri ve sattıkları mallar için ödemeye hazır oldukları ve ödeyebilecekleri toplamın ölçülmesiyle tespit edilmiş daha fazla zenginlik eliyle artırıldığını düşünmek için bir nedenimiz var mı? Veya şöyle soralım: Bu mutluluk, vatandaşlar kişisel sorumluluğa ilişkin başka standartları –bazen başka değerler uğruna göz ardı edilen standartları– kabul ettikleri takdirde daha da fazla artırılamaz mı? Bu iddialar belki de doğru ama doğru olduklarına dair ikna edici kanıtlara sahip değiliz ve ben bu iddiaların önerdiği tarzda düşünmüyorum.

İncelemekte olduğumuz faydacı argümanın hatırına, bu önermelerin doğru olduğunu varsaymak istiyor olabiliriz. Bu durumda bir adım geriye gidip argümanın ikinci adımına bakmalı, insanlara eşit ilgi göstermenin ortalama mutluluğu artıracak şekilde hareket etmek anlamına geldiği iddiasının doğru olup olmadığını sormalıyız. Faydacılığı eleştirenler bu tez hakkında şüphe yaratabilecek, kimi zaman oldukça fantastik sayılabilecek hikâyeler kurguluyorlar. Ülkede çok sayıda ırkçı ve sadist yobaz bulunduğunu, masum siyah insanlara eziyet etmenin toplumun toplam mutluluk düzeyini artıracığını düşünelim. Bu durum yapılan eziyeti haklı çıkarır mı? Faydacı filozoflar, faydacılığın muhtemel sonuçlarına dair bu ürkütücü örneklere karşı standart bir cevabı devreye sokarlar.¹¹ İyi bir ahlaki muhakemenin iki düzeyde gerçekleştiğini söylerler. İddialarına göre, teorik de denilebilecek ilk düzeyde, uzun vadede topluluktaki en yüksek ortalama mutluluğu ortaya çıkarma ihtimali olan ahlak ilke ve kurallarını bulmayı amaçlamamız gerekir. Bu ilke ve kurallar,

davranış düsturlarımız olacaktır. İkinci, yani uygulamalı düzeyde ise seçmiş olduğumuz düsturları somut olaylara uygulamamız gerekir. Belli bir durumda ne yapmamız gerektiğine karar vereceğiz ve bunu yaparken soracağımız soru hangi kararın kendi başına düşünüldüğünde daha fazla mutluluk üretebileceği sorusu değil, ilk düzeyde seçtiğimiz standartların ne yapmamızı gerektirdiği sorusudur. Teorinin ilk düzeyinde işkenceyi ve ırkçı önyargıları kınayan kuralları seçmemiz gerektiği çok açık. Bu, sadizme veya önyargıya yönlendirmenin, sadece önümüzdeki olaylara uygulanan doğrudan faydacı bir hesaplamanın bunu gerektirdiğini düşündüğümüz özel durumlarda bile yanlış olduğuna dair “sezgimizi” izah eder ve gerekçelendirir.

Fakat faydacılığın bu standart savunusu, asıl zor olan sorudan kaçır. Bir kez daha teorinin akademik izahına yöneltilmiş güçlü bir eleştiriyi yanlış anlar. Bu argüman, bir kez daha teorinin akademik izahına yönelik güçlü bir eleştiriyi, pratik izahına yönelmiş hatalı bir iddiayla –sıradan insanlar arasında devlet adamları ve filozoflar yetiştirmeyi teşvik eden ahlaki sezgilerle– karıştırır. İktisadi, sosyal ve psikolojik iklimde meydana gelecek değişiklikleri tahayyül etmek hiç de zor değil; bu değişiklikler aşına olduğumuz kurumlarımızı bir faydacının toplumda yeşertmek isteyeceği en iyi hâle getirmiyor. Sadist yobazların sayısı çok artmış olabilir, şiddetten duydukları haz çok fazla olabilirdi ve şiddetten aldıkları haz öylesine kökü kazınamaz olabilirdi ki daha birinci düzeyde bile –uzun vadede hangi kuralların mutluluğu artıracığını düşünürken– genel kurallarımız istisnalar yaratmak ve sadece siyah vatandaşlara yönelik işkenceye izin vermek zorunda kalabilirdi. Çok şükür ki böyle bir durumun ortaya çıkması ihtimal dahilinde değil, demek, hiç de iyi bir cevap değil. Zira tekrarlayalım: Ürkütücü hikâyelerin amacı uygulamaya yönelik –eğer faydacılık bizi baştan çıkaracak olursa günün birinde kendimizi işkenceyi savunurken bulabiliriz sanki– uya-

rılarda bulunmak değil, teorinin akademik işlenişindeki kusurları, hipotetik biçimde de olsa gücünü koruyan ahlaki kanaatlere dikkat çekerek ifşa etmektir. Gerçekleşmesi neredeyse olanaksız durumlarda dahi siyahlara işkence yapmanın adaletsizlik olduğuna inanıyorsak, bu uygulamanın insanlara eşitler olarak muamele etmediğini düşünüyorsak, artık faydacı argümanın ikinci adımını reddedeceğiz demektir.

İki Strateji

Bir kez daha, faydacı argümanın hatırına, ikinci adımın da güçlü olduğunu, insanlara eşit muamelede bulunmanın ortalama mutluluğu maksimize etme anlamına gelmediğini kabul edelim. Öyleyse ilk adıma geri gitmemiz gerekiyor. Artık sorduğumuz soru: Son iki adımın doğruluğunu kabul etmiş olsak bile, fiilen müzakere yapmanın bir şekilde mümkün olmadığı bir durumda herkesin pazar simülasyonu yaparak eylemde bulunma şeklinde bir ahlaki yükümlülüğe sahip olduğunu varsaymak mantıklı mıdır? Zenginliğin maksimize edilmesi ile eşitlik arasındaki sezgisel bağlantıya işaret etmenin tam zamanı, zira soruda dile getirilen düşüncüyü makul kılabilir. İhmalî eylemden kaynaklanan zararlar ile gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlaline ilişkin hukuki doktrinler, ahlaki bir bağlantıyı hatırlatır. Kazaların ortaya çıkması muhtemel ise, insanların başkalarının çıkarını, kendi çıkarlarını gözettikleri şekil ve ölçüde gözetmeleri gerektiğini düşünmek, kabul edilebilir bir iddia gibi duruyor. Bu kanaati iki şekilde izah etmeye çalışabiliriz. İlk olarak insanların eşitlikçi bir sorumluluğa sahip olduğunu, daima, yaptıkları her işte, başkalarının çıkarlarını kendilerinin veya aile ve arkadaşlarının çıkarları kadar önemli addetmeleri gerektiğini varsayabiliriz. Bu durumda, trafik kazalarına ilişkin hukukun hayata geçireceği eşitlikçi sorumluluk, her yere nüfuz etmiş bir ahlaki sorumluluğun özel bir hâlden başka bir şey olmayacaktır.

Diğer izah şeklinde ise, insanların genel itibariyle böyle külfetli bir sorumluluğu bulunmasa da, biraz sonra açıklayacağımız bir sebepten ötürü, ihmalkârlık nedeniyle ortaya çıkan bir zarar veya gayrimenkul malikliğinden kaynaklanan hakların ihlali söz konusu olduğunda böyle bir sorumluluğa sahip olduklarını söyleyebiliriz.

Halihazırdaki faydacı argüman, göreceğimiz üzere, bu stratejilerden ilkinin benimser. Her zaman, yaptığımız her işte, başkalarının çıkarlarını kendi çıkarlarımızla eşit önemde görmemiz gerektiğini varsayar. Uygulamada bunun ne anlama geldiğine dair ihtilafli bir açıklama sunar ancak şu an için kendi tartışmamızı devam ettirmek uğruna argümanın ikinci ve üçüncü adımlarının doğruluğunu teslim ederek açıklamayı kabul ediyoruz. Artık argümanın her birimizin başkalarına her zaman eşit ilgi göstermemiz gerektiği yönünde, her yere nüfuz etmiş bir ahlaki sorumluluğa sahip olduğumuzu söyleyen ilk adımını incelemeye geçebiliriz. Gerçi çoğumuz böyle her yere nüfuz etmiş bir sorumluluğumuz olduğunu kabul etmeyiz. Kendi mallarımızı kullanırken verdiğimiz gündelik kararlarda, kendi çıkarlarımızı ve projelerimizi seçmede normalde hem ahlaken hem de hukuken serbest olduğumuzu düşünür, pek az insana karşı özel bir birliğe mensubiyetten kaynaklanan sorumluluk ve bağlılık hissederiz. Kimi zaman kendimizin ve yakınlık hissettiğimiz kişilerin menfaatleri doğrultusunda *davranmamız* gerektiğini kabul ederiz. Bilhassa da ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlar ile gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlali söz konusu olduğunda kendimizin ve yakın hissettiklerimizin menfaati çerçevesinde davranmamalı, bir yabancıнын maruz kaldığı zararı kendi maruz kaldığımız zararlarla eşit önemde görmeliyizdir. Fakat bu tip durumlarda böyle hissetmemizin nedeni oldukça özeldir. Bu nedeni açıklamak için ikinci stratejiyi kullanacağız.

Üstelik ihmalden kaynaklanan zarar ile gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlali söz konusu olan durumların özel olduğunu, bir şekilde ahlaki sorumluluklarımızı hukuki sorumluluklarımızdan beslenir hâle getirdiğini ve ahlaki sorumluluklarımızı hukuki sorumluluklarımıza duyarlı kıldığını düşünürüz. Bu bölümün ilerleyen kısımlarında trafik kazalarına ve gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlaline ilişkin faydacı olmayan bir argümanı ele alır ve bu argümanın daha üstün olduğunu savunurken, ahlaki sorumluluklarımız ile hukuki sorumluluklarımız arasındaki bu ilişkiyi daha ayrıntılı ve daha uygun bir dille anlatacağım. Fakat biraz daha rahat bir dille anlatacak olursak şöyle diyebiliriz: Hukuk pratiğimiz mülkiyete ilişkin olarak çoğunlukla *prima facie* hukuki haklar adı verilen hakları kabul etmiştir, ki ben bunlara soyut haklar diyeceğim. Benim, sahip olduğum demiryolu üzerinde tren işletmeye dair soyut bir hukuki hakkım, sizin de demiryolunun kenarındaki tarlada ürün yetiştirme şeklindeki soyut hukuki hakkınız vardır. Dairemi istediğim gibi kullanma şeklinde soyut bir hakkım vardır, dolayısıyla da trampet çalabilirim, siz de dairenizi istediğiniz gibi kullanabilirsiniz ve huzur içinde matematik çalışmakta serbestsiniz. Bunlara *prima facie* veya soyut haklar diyoruz, çünkü biliyoruz ki yeri geldiğinde çatışabilirler: Hakkımı kullanıyor olmam sizin hakkınıza tecavüz edebilir veya sınırlandırabilir. Böyle bir durumda hangimizin istediğini yapma yönünde fiili veya somut bir hakkı olduğu sorusu patlak verir. Eşitlikçi sorumluluğun ortaya çıktığına inandığımız durumlar işte bu durumlardır, yani ihmalkârlıktan kaynaklanan zarar ile gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlaline ve kasıt unsuru barındırmayan diğer zararlara ilişkin alandır. Somut haklarımın ne olduğuna karar vermem gerekmektedir. İşlettiğim tren yüksek hızla yol alabilir mi? Şimdi ve burada trampet çalabilir miyim? Bu kara-

rı kendi çıkarlarım kadar sizin çıkarlarınıza da saygı göstererek vermeliyim, ama daima bu şekilde davranmam gerektiğinden değil, soyut haklarımızın yarıştığı bir durumda olmamız nedeniyle sizin çıkarlarınıza da saygı göstermeliyim. Soyut haklar yarışmıyor ise böyle bir sorumluluk yoktur. Hayatımdaki önemli kararların çoğunu, başkalarının hayatlarındansa kendi hayatıma daha fazla önem vermekte serbest olduğum öncülüne bağlılıkla veririm, ne var ki bu elbette diğer insanları tümünden göz ardı etmekte serbest olduğum anlamına gelmiyor.

Sınamakta olduğumuz faydacı argümanı kabul etmiş herhangi biri, gündelik ahlaki tutumlara dair bu oldukça makul ifadeyle bir şekilde yüzleşmek durumunda. Bu ifadeye karşılık olarak söz konusu kişi bu gündelik ahlaki tutumun, savunulması mümkün olmayan bir bencillik sergilemesi nedeniyle yanlış olduğunu söyleyebilir. Hatta ne kadar radikal görünürse görünsün, her zaman, yaptığımız her işte, başkalarının çıkarlarını kendi çıkarlarımızla eşit önemde görüp görmediğimizi sorarak kendi davranışımızı sınımamız gerektiğini ısrarla söylemeye devam edebilir. Fakat bu hiç de kabul edilebilir bir iddia değil, en azından iddianın pratikte getirdiği şeyi pazar simülasyonu teorisine dahil ettiğimizde. Aldığımız neredeyse her kararın farazi bir müzakereye tabi olduğunu düşünmemiz mümkün. Dolayısıyla da başkalarının bir şey yapmamız karşılığı ödeyeceği miktarın, onu yapma ayrıcalığına sahip olmak için ödeyeceğimiz miktardan fazla olup olmadığını dikkate almak, eğer fazla ödemeye hazırlarsa onu yapmaktan kaçınmak durumundayız (elbette fiilen bize ödenmiş bir şey olmayacak). Sözelimi, işini layıkıyla yapmaya çalışan pek çok hukuk profesörünün, hukuk felsefesi alanında yayınlanmış her şeyi okuma sorumluluğu hissettiğini, bu yüzden de keşke hukuk felsefecileri daha az yazsalar dediğini biliyorum. Eğer bu konuda maliyet doğurmayan bir müzakere yapmak mümkün olsa idi, bir bütün olarak akademi

camiasının bana, benim bu kitabı yayınlama hakkına sahip olmak için ödeyeceğim miktardan daha fazlasını ödemeye hazır olduğunu düşünmek makul gibi duruyor. Zira bunun karşılığında para ödemek isteseydim bile, verecekleri teklifi telif ücretlerinden karşılama mümkün olmazdı. Eğer sırf bu yüzden kitabı yayınlamama gibi bir ahlaki yükümlülüğüm olsaydı, hayatım, bu ve daha sayısız pek çok yönüyle gerçekleştirme ayrıcalığına sahip olabilmek için başkalarından daha fazla ödeyebileceğim ve ödemeye hazır olacağım faaliyetlerden ibaret olacaktı. Pazar simülasyonu ödevini kabul etmiş bireylerden müteşekkil bir toplumda kişisel özerklik tümüyle ortadan kaybolur, zira ödev, yani başınızda daima uyanık kalarak sizi gözetlemeye devam eder.

Bu yüzden faydacı pazar simülatörü farklı bir güzergahı takip etmek isteyebilir. Belki de son çare olarak faydacı argümanın iki düzeyi arasında yaptığım ayrıma sarılacaktır. Böylece uzun vadede topyekun mutluluğa en iyi hizmet etme yolunun, her zaman kendi çıkarları ile başkalarının çıkarlarını eşit önemde gö-rerek davranmak gerekliliğinin sıkı kurallarını kabul etmeyerek hâlihazırda yaptıkları gibi daha esnek bir şekilde davranmaları olduğunu göstermeyi umut edebilir. Şimdiye kadar böyle bir argüman üretilmemişti, biz de bir başarı şansının olup olmadığını görmek için birinin onu değerlendirmesini beklemekte durumundayız. Ne var ki herhangi bir değerlendirme teşebbüsü genel değil olaya bağlı nitelikte olmak durumundadır. Zira iki düzeyli argümanın tek göstermek zorunda olduğu şey, esasen sıkı olan koşulların uygulamada gevşetilmesiyle daha fazla fayda üretileceği değildir. Faydanın çoğunun bu koşulun belli bir şekilde gevşetilmesiyle, yani belli bir şekilde davranma yükümlülüğünün sadece ama sadece mülkiyetle ilgili soyut hukuki haklar çatıştığında ortaya çıktığının kabul edilmesiyle üretildiğini de göstermek zorundadır. Bunu göstermek mümkün olabilir belki ama çok zor olduğunu da söylemeliyiz. Üstelik hâlâ varlığını

koruyan bir tehlike var: Böyle bir teşebbüste bulunan kişi esasında makabline şamil bir tartışma yapacak, ahlaki pratiklerimizin bu tip ayrımcılıklar yaptığı gerçeğinden yola çıkarak uzun vadede diğer uygulanabilir sorumluluk şemalarından daha fazla fayda yaratması gerektiği gibi hiç de sağlam olmayan bir sonuca ulaşacaktır.

EŞİTLİKÇİ YORUM

Özel Sorumluluk, Kamusal Sorumluluk

Dolayısıyla farklı bir sorumluluk şeması aramamız gerekiyor. Bu şema da soyut hukuki haklar çatıştığında pazar simülasyonunu gerektirir şekilde davranmayı tavsiye etmeli ama toplumu bir bütün olarak daha mutlu kılmak için gereken her ne ise her zaman o şekilde davranmamız gerektiği şeklindeki kişisel yükümlülüğe dayanmamalıdır. Şu ana kadarki varsayımımıza göre, pazar simülasyonunu gerektiren davranış belli eylemlerden etkilenen kişilerin mali kayıplarını asgariye indirdiği, böylece de bir bütün olarak topluluğun zenginliğini artırdığı için, söz konusu olduğu durumlarda bu davranışa uyulmalıdır. Başka bir ihtimale daha bakmamız lazım: Pazar simülasyonunu gerektiren davranış normalde toplumun zenginliğini artırmaktadır, ama başka bir sebepten dolayı gerekli olduğu düşünülmektedir. Argümanımız bu diğer sebebin genel karakterini zaten ortaya koymuştu. Belli bir eylemden kaçınan, çünkü bu eyleminin kendisine sağlayacağı faydadan daha fazla maliyeti komşusuna yükleyeceğini düşünen kişi komşusunun refahı ile kendi refahını aynı ölçüde eşit görmektedir; bu şekilde davranma ödevinin eşitlikçi bir temele yaslandığını düşünmemiz mümkün.

Hemen yukarıda inşa ettiğim faydacı argüman söz konusu düşünceyi sadece tek bir açıdan kullanıyor. Diyor ki, her birimiz başkalarının çıkarlarını kendi çıkarlarımızla eşit önemde göre-

rek eylemde bulunmalıyız. Bu yükümlülüğü ise başka bir genel yükümlülükten, herkesin toplumu bir bütün olarak daima daha zengin kılma ödevinden çıkarıyor. Bu çıkarımın şüphe götürür nitelikte olduğunu görmüş ama varsayımını genel yükümlülüğü incelemek üzere önce kabul etmiş, daha sonra onu da kabul edilemez bulmuştuk. Peki, söz konusu genel yükümlülüğü reddeder, gündelik ahlaki sezgilerimize daha iyi uyan, yukarıda yaptığım ayırmadaki ikinci stratejiyi benimserseniz, trafik kazalarına ilişkin hukukun eşitlikçi temellerini daha iyi kullanmış olur muyuz? Başkalarının çıkarlarını kendi çıkarlarımızla eşit önemde görme yükümlülüğünün, soyut hukuki hakların çatıştığı durumlar da dahil olmak üzere sadece belli zamanlarda geçerli olduğunu göstermemiz mümkün mü?

Daha önce de söylediğim gibi, pek çoğumuzun inancı şu yöndedir: Yaptığımız her işte topluluğumuzun diğer üyelerine eşit ilgi ve özen çerçevesinde muamele etmek gibi genel bir yükümlülüğe sahip değiliz. Fakat kişileştirilmiş bir topluluk olarak devletimizin böyle bir ödevinin bulunduğu da inanırız. Dolayısıyla bu her yere nüfuz eden kamusal sorumluluk içerisinde biz bireylerin de kimi zaman aynı yükümlülüğe sahip olmasının nedenini bulmayı ümit edebiliriz. Devlet; üretime, paylaşım, mülkiyete ve insanların kendilerine ait mülkü nasıl kullanacağına dair kararlar alır. Bu kararların hepsi birden bir mülkiyet şeması teşkil eder. Devletin sorumluluğu ise, mülkiyet şemasını yarattığı ve hayata geçirdiği kararlarında insanlara eşit davranmaktır. Bu, bireyler olarak kabul ettiğimiz müsamahakâr tutum hakkında bir sorun ortaya çıkarır. Müsamahakâr tutumdan kastım, devletin yarattığı mülkiyet şemasının bize verdiği mülkü kullanırken kendimiz ve yakınlarımız lehine davranmamıza izin veren tutum. Devlet bu müsamahakâr tutumu, onu yasaklayan kurallar ihdas etmek suretiyle ortadan kaldırmamalı mı? Neden? Eşitlikçi sorumluluklarını hayata geçirirken reddettiğimizi söy-

lediğim o talepkar ilkeyi, mülkümüzü, devletin mülkiyet şemasını tasarlarken kendisine rehberlik eden herkese eşit ilgi ilkesini çiğneyerek değil, bu ilkeyi kabullenerek kullanmamız gerektiği ilkesini neden tümüyle kabul etmemelidir?

Bu kamusal yükümlülüğün kapsamı ve niteliği üzerine daha sıkı düşünmemiz gerekiyor. Diyoruz ki, devlet, sahip olduğu soyut sorumluluk uyarınca, her bir vatandaşının kaderini eşit önemde görmelidir.¹² Birbirleriyle rekabet hâlindeki eşitlik anlayış veya teorileri, hangi mülkiyet sisteminin bu standardı sağlayacağı sorusuna verilmiş rakip cevaplardır. Bu eşitlik anlayışlarının birbirlerinden nasıl farklılaştığını görerek işe başlamayalım. Dikkatimizi çağdaş siyasi argümanlarda öne çıkan anlayışlarla sınırlandıracağız.

Eşitlik Anlayışları

Liberteryan eşitlik anlayışlarına göre insanlar, meşru yollarla edindikleri mülk üzerinde “doğal” haklara sahiptir. Bu mülkü ellerinde bulundurmalarını ve kullanmalarını koruma altına alan devlet, insanlara eşit muamelede bulunan devlettir. Diğer yandan, refah temelli anlayışlar mülkiyete dair doğal hakları kabul etmez. Devlet, bireylerin mutluluğu veya refahına yönelik belli hedeflere ulaşmak için malik olunacak eşyaları üretmeli, paylaşmalı ve düzenlemelidir. Biraz önce ele aldığımız biçimiyse faydacılık, refah temelli eşitlik anlayışlarından biridir: Buna göre devlet her bireyin mutluluğunu veya başarısını aynı şekilde ele alır, mümkün olan en yüksek ortalama refahı kabaca sağlayacak kurallar koyarsa, tasarladığı mülkiyet şemasında insanlara eşit muamelede bulunmuş olur. Refahta eşitlik ise aynı sınıfa ait farklı bir teoridir: Devletin mülkiyeti, mümkün olduğunca, her bir vatandaşın refahını kabaca eşit hâle getirecek şekilde tasarlamasını ve paylaşımını gerektirir.

Üçüncü gruptaki teoriler devletin, refah söz dağarının değil, mallar, fırsatlar ve diğer kaynaklar söz dağarının tarif ettiği sonuçları hedeflemesi gerektiğini söyler. Bu teorilerden biri olan maddi eşitlik teorisi, devlete, vatandaşların yaşamları boyunca mümkün olduğunca eşit maddi refaha sahip olması yükümlülüğünü yükler. Kaynaklarda eşitlik diyeceğim bir başka teori ise, her bir vatandaşın istediği şekilde tüketmek veya yatırım olarak değerlendirmek için eşit kaynaklara sahip olması gerektiğini söyler. Kaynaklarda eşitlik, maddi eşitliğin aksine, insanların tüketimle ve yatırım yapmayla ilgili tercihleri değıştikçe kişisel refahlarının da farklılaşması gerektiğini iddia eder. İnsanlar ayrı refah ve kaynaklarla yola çıktıkları takdirde, bir kısmı pazarda gerçekleştirilen işlemler vasıtasıyla diğerlerinden daha zengin veya daha mutlu hâle gelse bile, aralarındaki eşitlik bu işlemler eliyle muhafaza edilmiş olacaktır. Buna karşın kaynaklarda eşitlik, yeteneklerdeki bu farklılığı kaynaklarda farklılık olarak görür, bu yüzden de daha az yeteneğe sahip olanların dezavantajlı konumunu pazarın verdiği ödülün ötesindeki araçlarla gidermeye çalışır.¹³

Şimdi ise eşitliğin bu bilindik anlayışları arasında yeni bir ayırım yapmamız gerekiyor. Bunların bir kısmı insanların mülklerini kullanırken peşinden gittikleri kişisel arzularıyla rekabet ediyor olabilir. Şöyle anlatalım: Devletin bu anlayışların her birine dayanan mümkün olan en iyi mülkiyet şemasını tasarlamayı becerebildiğini, vatandaşları da şemanın kendilerine sağladığı mülkün kullanımında veya mübadelesinde istedikleri şekilde davranmakta serbest bıraktığını, vatandaşların bu çerçevede diğerlerinin çıkarlarını kendilerinininkiyle eşit önemde görme sorumluluğundan azade olduğunu düşünelim. Saydığımız bu anlayışların bazısında, ama hepsinde değil, ortaya çıkacak sonuç şemanın ilk başta sağladığı eşitlik biçimini tahrip etmeye adaydır. Refahta eşitlik ile maddi eşitlik söz konusu olduğunda

bu kaçınılmazdır. Bazı vatandaşlar verdikleri kararlarla ve gerçekleştirdikleri mübadelelerle diğerlerine nispetle daha yüksek bir refaha kavuşacak veya zenginliklerini artıracak, bu durumda da ilk başta ya zenginlikte ya da refahta var olan eşitlik bozulacaktır. Faydacı eşitlik anlayışının da nihayetinde zedelenmesi kaçınılmaz gibi duruyor. Eşsiz hüner ve bilgiye sahip bir devlet öyle bir şema hazırlayabilirdi ki, insanların kendi lehlerine davranmakta serbest olarak fiilen yaptıkları tercihler gerçekten de ortalama faydayı maksimize edebilirdi. Fakat kişilerin tutumları ve haz algıları değiştikçe tercihleri artık aynı sonucu vermeyecek, daha başka yeniden dağıtım araçları veya farklı düzenleyici kurallar eliyle şemada değişiklik yapmak zorunlu hâle gelecek, ancak bu şekilde ilk başta ulaşılmış faydacı sonuçlar yeniden canlandırılabilir. Bu anlamda söz konusu üç teorinin üçü de –refah eşitliği, maddi eşitlik ve faydacılık– özel tercihleri kamusal sorumlulukla rekabet içerisine sokar. Taraftarları ise benim sorduğum soruya yanıt vermekte zorlanır: Devlet neden vatandaşların mevcut zenginlik veya refah paylaşımına zarar verecek özel kararlar almaktan kaçınmalarını şart koşar? Bu sorunu çözebilmeleri için pek de kabul edilebilir gibi durmayan şu ifadenin doğru olduğunu gösterebilmeleri gerekiyor: Taraftarı oldukları eşitlik biçimine, böyle bir ilke olmadığı takdirde, böyle bir ilkenin bulunmasından daha istikrarlı ve güvenli bir şekilde ulaşılabilecektir.¹⁴

Listemizdeki diğer iki anlayış –liberteryenizm ve kaynaklarda eşitlik– şahısların kendi arzularına rakip değildir, bilakis onlarla tam uyum hâindedir. Eğer insanlar mülkiyet hakkına doğal bir hak olarak sahipse, devlet de buna uygun şekilde bu hakları tanıyor ve insanların bu haklarını kullanmalarını koruma altına alıyorsa, artık insanların mülklerini kullanırken aldıkları kararlar devletin ulaştığı şemayı tehdit etmeyecek, bilakis hayata geçirecektir. Bütünüyle ele alındığında, kaynaklarda eşitlik me-

selesinde de aynı şey geçerlidir. Eğer devlet her bir vatandaşın kaynaklardan kendi anlayışlarına göre hayatlarını başarılı kılmak üzere istedikleri gibi yararlanmalarında eşitliği gerçekten güvence altına almayı başarmışsa, bu kişilerin tercihleri devletin yapmış olduğu şeye zarar vermeyecek, onu takviye edecektir. Bu iki teori birbirinden oldukça farklı olsalar da, her ikisi de, aidiyet eşitliğine siyasi manada bağlı bir topluluktaki sorunu ortaya çıkarmak için başvurduğumuz müsamahakâr yaklaşımı mahkûm etmez. Tam aksine, bu yaklaşımın münasip koşullarını ihdas ederken, eşitliği bu koşullar içerisinde olacak şekilde ele alırlar, dolayısıyla da bu koşulları bir kez başarıyla ihdas ettiler mi, insanların söz konusu yaklaşımın izin verdiği şekilde davranmalarını tehdit olarak görmez, bu davranışlar nedeniyle zedelenmezler.

Başlangıç kabilinden bir sonuca ulaşmış bulunuyoruz. Devletin, tasarladığı mülkiyet şeması çerçevesinde insanlara eşitler olarak muamele etmesini gerektiren ama insanların, bu mülkiyet şemasının kendisine sağladığı mülkü kullanırken başka insanlara eşitleri olarak davranmasını şart koşmayan bu bilindik kanaatlerimiz, özel sorumluluk ile kamusal sorumluluk arasında bir ayırım olduğunu varsayarlar. Siyasetteki yükümlülüklerimizin, özel hayatımızda da genel yükümlülükler olarak devam etmediğini söylerler. Sorumluluğa dair bu ayırımı tutarlı kılacak, başka bir alana geçildiğinde egemenin taleplerinin neden azaldığını izah edecek bir kamusal ödev anlayışına ihtiyacımız var. Buna göre, sorumluluğun böyle bir ayırma tabi tutulmasını önemli ve esasa müteallik kabul edebiliriz. Bu ayırmada kamusal sorumluluk, eşitliğe dair rekabetçi değil uyumlu bir anlayışla tanımlanacaktır, çünkü rekabetçi anlayışların söz konusu ayırma getirdikleri izah onun yapay olduğu ve çok da mümkün olmadığı şeklinde iken, uyumlu anlayışlar ayırımın doğal ve sistematik olduğunu söyler.¹⁵

Bu, siyasi ve ahlaki pratiklerimizin kapsamlı bir yorumu için genel önemi haiz bir sonuçtur. Fakat bu bölüm açısından özel bir önemi daha var. Zira ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlar ile gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlali söz konusu olduğunda neden başkalarına eşit ilgi göstermek suretiyle davranmamız gerektiği yönünde yükümlülüğümüz olduğunu izah etmek için ikinci stratejinin kullanılmasını önermiş oluyor. Bu ikinci strateji, başkalarına bütün durumlarda eşit ilgiyle davranma yönünde genel bir yükümlülüğümüz olduğunu kabul etmiyor ve sadece soyut hukuki haklar çatıştığı takdirde böyle bir yükümlülükle yüklendiğimizi izah etmeye çalışıyordu. Mülkiyete ilişkin kamusal ve özel sorumluluk arasındaki ayrım her bir vatandaşın iki farklı olay türünde sahip olduğu sorumluluklar arasında da hayati bir ayrım öngörür: İlk olay türü, kamusal mülkiyet şemasının açıkça ona sağladığı imkânı kullanırken alacağı kararlarla ilgilidir. İkinci olay türü ise bu şemanın kendilerine *hangi* imkânı sağladığına karar vereceklerinde ortaya çıkar. Şemanın hangi imkânı sağladığına karar vermek durumunda kalmanın sebebi, varlığından şüphe duyulamayacak kuralların belirsiz, tamamlanmamış olması veya içerdiği soyut hakların bir şekilde birbirleriyle çatışma hâlinde bulunması olabilir. İlk durumda vatandaş kendisi veya istediği bir başkası lehine kendisine sağlanmış eyleme yetkisi çerçevesinde hareket etmekte özgürdür. Bir ilke topluluğunun üyesidir, mülkiyet şemasının, en son kamusal mutabakat uyarınca güvence altına aldığı şeyler, müsamahakâr tutumun, kişilerin kendi çıkarına yönelik tutumunun temel koşullarını oluşturur. Fakat ikinci durumda vatandaş kendisine böyle bir özgürlük atfedemez. Zira artık sorulması gereken soru, tastamam doğru anlaşıldığı şekilde şemanın bizzat kendisinin ne anlama geldiğine karar verilmesiyle ilgilidir. Bunun için söz konusu koşulların daha somut şekilde nasıl tanımlandığının sorulması gerekmektedir. Bu yorum gerektiren

soruyu her vatandaş kendi başına cevaplayacaktır, bunu yaparken de ihdas edilmiş şemanın ana yapısına dair en iyi yorumu sunduğuna inandığı uyumlu eşitlik anlayışını daha incelikli hâle getirerek uyarlayacak ve uygulayacaktır.

İkinci türden durumlarda göstermesi gereken tutum müsama-hakâr değil eşitlikçi olmak durumundadır. Hukukta karşılaştığımız bazı çetin davalara ilişkin pazar simülasyonu yaklaşımının ihtiyacını duyduğumuz geliştirilmiş bir eşitlikçi gerekçelendirmesinin temeli budur. Gerekçelendirmeyi başlangıç kabilinden ve kabaca ifade etmemize imkân sağlar. Pazar simülasyonu gerektiren kurallar eşitliğe dair en uyumlu anlayışın en uygulamaya dönük değerlendirmesinin en azından bir kısmını sunmaktadır. Öyleyse bu kurallar düzgün bir şekilde sürece dahil edilerek, tıpkı kamusal mülkiyet şemasındaki soyut haklar çatıştığında olduğu gibi, sadece topluluğun şemasının kullanılmasında değer değerlendirilmesinde de vatandaşlara rehberlik etmelidir. Bu iddiaları bölümün geri kalan kısmında daha da açacak ve savunacağım ancak şuna dikkat etmemiz gerekiyor: Bu argüman şu ana kadar olan kısmıyla dahi bütünlük olarak hukukun gündelik hayatımızda, ufukta açılacak bir dava olmadığı ve her bir vatandaş kendi eylemlerinin ve kendisinin yargıcı olduğu durumda bile, hukuk ile ahlak arasındaki karşılıklı etkileşimi nasıl teşvik ettiğinin başka bir örneğini temsil ediyor.

EŞİTLİK VE KARŞILAŞTIRMALI MALİYET

Uygulama

Eşitliğe dair birbirleriyle uyumlu bu iki anlayışın önemli açılardan farklılaştığını söylemiştim. Sözgelimi, kaynaklarda eşitliğin uygulamaya dönük değerlendirilmesi, zenginliğin, sağlığın ve yeteneğin eşitsiz şekilde tevarüs edilmesinin yeniden dağıtım aracılığıyla telafi edilmesini gerektirir. Fakat

liberteryan anlayış yeniden dağıtımı hırsızlık sayarak reddeder. Soyut hukuki hakların çatıştığı bir duruma kişiyi bu anlayışlardan hangisinin taşıdığı, kimin hakkının somut olduğuna, hakka kimin sahip olacağına karar verilirken hangi anlayışın kullanıldığı farklı, hatta bazı durumlarda kaydadeğer ölçüde farklı bir sonuç ortaya çıkarır. Amacım trafik kazalarına ilişkin hukukla eşitlik anlayışı arasındaki bağlantıyı göstermek olduğundan, kaynaklarda eşitliğin liberteryan anlayışa üstün olduğunu iddia etmeyecek, bunu sadece bir varsayım olarak alacağım. Varsayımım şu: Kaynaklarda eşitlik anlayışı, hukuki ve ahlaki pratiklerimize uygunluk bakımından liberteryan anlayıştan daha üstün değildir ve soyut ahlak teorisi içerisinde dahi tercih edilebilir görünmektedir.¹⁶

Kaynaklarda eşitliğe dair biraz önce dile getirdiğim işlenmemiş ifadeyi geliştirecek de değilim; ifadeye daha belirgin bir biçim ve, umarım, daha etkin bir cazibe kazandıracak başka bir yerde bulunan argümanlara dayanıyorum.¹⁷ Bu işlenmemiş, ham açıklamaya sadece pazar simülasyonu gerektiren yargı kararlarına dair eşitlikçi gerekçelendirmeyi inşa etme ameliyemize devam etmek için ihtiyacımız var. Kaynaklarda eşitliği toplumun mülkiyet şemasına dair kapsayıcı, daha iyi bir yorum sunmak üzere kabul etmiş olan kişinin, soyut hukuki hakların yarıştığı çoğu durumda pazar simülasyonu yaptığı tercihlerini üreten özel sorumluluklarına dair bir görüş de benimsemesi gerektiğini göstermeye çalışacağım. Dedüktif bir argüman sunmuyorum. Argümanım, temelde eşitlik düşüncesini kabul eden herkesin kendiliğinden ve kaçınılmaz şekilde dile getirdiğim sonuçlara sürüklendiğini iddia etmiyor. Tek iddiam şu: Temelde eşitlik ilkesini kabul eden kişinin, dikkatimizi yönelttiğimiz davalar için bu anlayışı incelikli hâle getirerek uyarlayan bir dizi tercihte bulunması gerekir. Bu kabul edilebilir tercihler onu daha sonra sıradan davaların pek çoğunda da pazar simülasyonu yapmaya

yöneltecektir. Argümanım, iktisat ilkesinin, iktisadi yorum taraflarının uygun olduğunu düşündüğü her davada kullanılmasını tavsiye etmiyor esasında, çünkü eşitlikçi gerekçelendirme onların iddia ettiği pek çok şeyi onaylamaz, bilakis kınar.

Ana Çizgi

Diyelim ki siz ve ben kabaca eşit zenginliğe sahibiz ve herhangi bir özrümüz, özel ihtiyaçlarımızın ve koşullarımızın bulunduğunu iddia etmemize neden olacak bir engelimiz yok. Bir bakıyoruz ki birbirimizden bağımsız şekilde planladığımız faaliyetler çatışıyor. Her ikimizin planladığı faaliyetler de mülkiyet şemasıyla güvence altına alınmış haklarımızın kullanılmasından ibaret; ben gecenin bir vakti trampetle çalınacak bir parçayı öğrenmek istiyorum, siz ise hemen yan dairede matematik çalışmak istiyorsunuz. Yahut sizin rahatça yürümek istediğiniz yolda hızla arabamı sürmek istiyorum. Veyahut da sahibi olduğum trenlerin sizin ürün yetiştirmek istediğiniz tarlanın yanından geçen demiryolunu kullanarak işlemlerini istiyorum. Benim projelerim sizinkilerle kesişiyor, bu durumda işe koyulmadan önce sizin çıkarlarınızı dikkate almış olmak için kendi planlarımda ne ölçüde oynamam gerektiğine, size verme ihtimalim olan zararın ne kadarı için sorumluluk üstlenmem gerektiğine karar vermek durumundayım. Sezgilerimiz bu meselenin verme ihtimalim olan kararların her birimize yükleyeceği nispi maliyetle en azından kısmen ilgili olduğunu söylüyor. Eğer planlarıma göre hareket etmem bana pek az maliyet yüklerken, planlarımı gerçekleştirmem sizin için çok büyük anlam ifade ediyorsa, geri adım atmam veya devam ettiğim takdirde size tazminat ödemem için ortada iyi bir neden var gibi duruyor.

Sınamakta olduğumuz özel sorumluluk teorisi bu ahlaki kararlarda nispi maliyetin neden gündeme geldiğini izah eder. Bu

teoriye göre her ikisini de kullanamayacağımız birbirleriyle çatışan somut haklar henüz aramızda dağıtılmamış gibi davranmalı, bunları bizzat kendimiz yapabileceğimiz en iyi şekilde, kaynaklarda eşitliğin istediği gibi dağıtmalıyız. Eğer bir tür uzlaşmaya ulaşabilmek için yeterince zaman, imkân ve iyi niyetimiz olsa idi –sözgelimi, trampeti hangi saatlerde çalacağım konusunda anlaşabilse idik– eşitlik korunmuş olurdu. Bu tip durumlarda uzlaşma mümkün değilse, her birimiz hayata geçireceğimiz dağıtımdaki eşitsizliği asgariye indirecek şekilde davranmalıyız, yani, kaybeden, daha az kaybetmiş olmalı. Ne var ki bu karşılaştırmalı zarar ilkesi değerlendirilmeye, ayrıntılarına kavuşturulmaya ihtiyaç duyuyor. Bir fırsatı değerlendirmekle o fırsata elini dokunmamak arasındaki nispi maliyeti nasıl ölçeceğiz? Temel varsayımımız, yani faydacı eşitlik veya başka bir refahçı anlayıştan ziyade kaynaklarda eşitlik şeması takip ediyor olmamız, bazı ölçüm yöntemlerini devredışı bırakacaktır. Karşılaştırmalı maliyeti mutluluk, tatmin veya refahın başka bir boyutunu merkeze alarak ölçemeyiz. Öyleyse bu tip durumlarda kimin kaybedeceğini parasal maliyetleri karşılaştırmak suretiyle ölçmeliyiz. Bunun nedeni paranın değeri olan yegâne şey olması değildir. Bu şekilde ölçmeliyiz, çünkü para, her birimizin verme ihtimali olan kararlarla kimin daha fazla kaynak kaybına maruz kalacağına karar vermek için kullanabileceğimiz en soyut ve dolayısıyla en iyi standarttır.

Bu standardın kullanılması, söz konusu kayıplar açıkça veya doğrudan parasal nitelikte olmadığı zaman sorun çıkarır. Ben trampet siz de matematik çalışmak istediğinizde, muhtemelen ortada tehlikeye girmiş hiçbir kazanç yoktur. Karşılaştırmalı maliyet ilkesinin bana trampetimi çalma hakkı verip vermediğine nasıl karar vermem gerekiyor? Çalıştığım parçayı öğrenmenin bana vereceği hazzın yapacağınız ispatın size vereceği hazzdan daha fazla olup olmayacağını sormamalıyım. Sormam

gereken şey, benim bütüncül planlarımda ortaya çıkacak hasarın sizin bütüncül planlarınızda ortaya çıkacak hasardan daha fazla olup olmayacağıdır. İkimiz de kabaca eşit mali imkânlarla sahip olduğumuza göre, ortaya çıkacak muhtemel hasarı pazar simülasyonu testinin önerdiği şekilde hesaplamak mantıklı gibi duruyor: Eğer para ödemek zorunda kalsaydınız, benim trampet çalmamı engellemek için ödeyeceğiniz paranın benim trampet çalma fırsatına sahip olmak için ödeyeceğim paradan fazla olup olmadığını sormak durumundayız. Kulağa çok duyarsız bir yöntem gibi geliyor, zira sanattan ve ilimden alınan zevki paraya indiriyor. Fakat keşfetmeye çalıştığımız şeyi kabaca ölçebilmek için kesinlikle kabul edilebilir bir yoldur. Çünkü bulmaya çalıştığımız şey, yaşamımızda yapmak istediğimiz şeylerin bütüncül bir şemasında iki faaliyetin her birimiz için taşıdığı nispi önemdir. Bu test, her birimizin kazanacağı ve kaybedeceği haz veya keyfin şu veya bu türde karşılaştırılmasından veya etik açıdan en iyi olan hayatın durduğu noktadan bakıldığında, amacımıza, faaliyetlerimizin sahip olduğu nispi önemin mukayesesinden çok daha iyi hizmet ediyor.

Ne var ki şunu da düşünmemiz gerekiyor: Yapmak istediğim şey sadece sizi değil başka insanları da etkiliyor olabilir. Eğer trenim demiryolunda hızla gider ve etrafa kıvılcım sıçratırsa, bu, insanların genel olarak ekmek için ödeyeceği bedelin artmasına da neden olacaktır; eğer tren daha yavaş gider, ürünler yanmaktan kurtulursa, bu da trenin taşıdığı insanların ve malların nakliye fiyatını artıracaktır. Gerçi bu ticari bir mesele olduğu için, alınan kararlar sonrasında başkaları üzerinde nasıl bir etkinin ortaya çıkacağı, demiryolu şirketim ile çiftliğinizin ne kayıp yaşayacağının karşılaştırılmasında yeterince temsil edilmiş oluyor. Ama trampet çalmak ile matematik çalışmak arasındaki mesele farklıdır. Kararlarımın başkaları üzerindeki etkisi, eğer dikkate alınacaksa, tek tek ortaya koyulmalıdır. Trampet çalma ayrıca-

lığına sahip olmak için ödeyebileceğim para dikkate alınarak yapılan ölçüm uyarınca belki de benim için trampet çalmamın, sessiz kalmamın siz veya başka bir komşu için sahip olduğundan daha önemli olduğu ortaya çıkabilir. Ama aynı zamanda sessiz kalmam, grup hâlindeki komşularım için sahip olduğundan daha az önemli olabilir. Karşılaştırmalı zarar ilkesinde son noktayı koyacak karşılaştırma hangisi olmalı? Bu zor bir soru ve her iki cevap da ilk başta makul görünüyor. Ama ikinci cevap sanki daha iyi gibi... Kaynaklarda eşitliğin sadece ikimiz arasında geçerli olduğunu değil, eylemlerimin etkileyebileceği insanların bulunduğu topluluğun tamamında geçerli olduğunu kabul edeceksek, yapma ihtimalim olan bir şeyin maliyetini, eylemimin genel itibariyle başkaları açısından sahip olduğu önemi dikkate alarak ölçmeliyim; trampet çalmamın başkaları için hakiki maliyeti, onların, hep birlikte beni durdurmak için harcamaya hazır oldukları paradır.

Nitelikler

Kişisel sorumluluğa dair kısmı bir teorinin ana hatlarına artık sahibiz. Geçmişteki siyasi kararların açıkça düzenlemediği şekilde çatışan özel mülkiyete dair tasarrufların söz konusu olduğu her durumda bu teoriyi –en azından bu basit şekliyle– uygulayacak değiliz. Peki, teoriyi uygulamayı ne zaman reddetmemiz gerekiyor? Trampet çalmam ile matematik çalışmalarınızın çatışmasını incelerken, sizinle benim aramdaki mülkiyet dağılımının kaynaklarda eşitlik açısından bakıldığında eşit olduğunu varsaymıştım. Bu, aramızdan birinin diğerinden daha zengin olmadığı anlamını zorunlu olarak doğurmaz (esasinda ben böyle varsaymıştım). Aramızdaki kaynak eşitliğine tamamen uyumlu bazı nedenlerden dolayı benden daha zengin durumda olabilirsiniz. Geçmişte sizden daha fazla para harcamış olabilirim veya seçtiğim meslekte aldığım ücret daha düşük olabilir. Yine de

sizin hakkınızda, aramızdaki kaynaklarda eşitlik varsayımını kabul edilemez kılan bir bilgiye sahip olabilirim: Sözgelimi, biliyorumdur ki, ciddi oranda engellisinizdir ve bunu telafi edecek herhangi bir sosyal yardım almadınız. Bu durumda, somut haklar sorununu hangimizin böyle bir fırsat için daha çok para ödeyeceği sorununa çeviren karşılaştırmalı parasal zarar ilkesi pek uygun olmayabilir, çünkü kaynak eşitliğinin bu tip durumlar için önerdiği dağıtımı mümkün kılmaz.¹⁸ Fakat eylemim, hakkında tam da bu nitelikteki bir bilgiye sahip olabileceğim kişi veya grubu değil de, hakkında bilgi sahibi olamayacağım belirsiz kişi veya kişileri etkilediği noktada, karşılaştırmalı maliyet testinin doğru olduğunu varsayabilirim. Kaynakların eşit dağıtılmadığına inanıyor bile olsam, eylemimin etkileyeceği insanlar açısından eşitsizlikle ilgili herhangi bir şey düşünmek için makul bir nedene sahip değilimdir.

Zimnen de olsa bir başka varsayımım da, belli bir fırsatı değerlendirip değerlendirmeyeceğime dair ya hep ya hiç tarzında aldığım kararı, gerçekçi bir müzakere imkânının yokluğunda, tek başına aldığım, başka olaylarla ilişkisi olmayan bir kararmış gibi görmenin uygun olduğu yönündeydi. Ama bizler gerçekten komşu isek, bu varsayım yanlış olacaktır: Alınacak belli bir kararı, her birimizin verdiği birbirlerine bağlı süregiden bir kararlar dizisi olarak görmem gerekir. Her trampet çaldığım duruma verdiğim önem, sizin sessizliğe verdiğiniz önemden daha az olabilir, bahçede topladığım yaprakları yakmama verdiğim önem sizin dumana maruz kalmamaya verdiğiniz önemden az olabilir vb. Fakat her defasında sizin verdiğiniz öneme saygı gösterecek olursam, denge her geçen gün bozulacaktır. Eğer bu durumlardan birinde yine de bildiğim gibi yapmaya karar verirsem, bu eylemim sizin için daha büyük bir zarar oluşturacağından, ahlaki durumumu içeren muhasebe defterime, bir sonraki olayda alacağım (veya alacağınız) karar aleyhine olmak üzere bir çentik

atılacaktır. Ahlaki duruma ilişkin bir muhasebe defteri, sadece komşular gibi süregiden ve bilinçli bir ilişkiye sahip olduğumuz insanlar arasında mümkündür. Her birimizin genel itibariyle başkalarını ilgilendiren veya tek bir defalığına bir yabancıya dokunan kararlar için bu türden bir defter tutmasının mantıklı veya tahammül edilebilir bir yolu yoktur. Eğer herkes bu tip kararları tek başına alınan, başka kararlardan yalıtılmış kararlar olarak görürse, bunun uzun vadede herkes için kabaca hakkaniyetli sonuçlar doğuracağı hipotezine yaslanmak durumundayız.

Şu sonuca doğru yol alıyoruz: Belli bir somut hakkı kullanmaya başlamamın özel, süregiden bir ilişkimin olmadığı ve hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmadığı başka insanların soyut haklarının icrası ile çatışacağını biliyor isem, karşılaştırmalı parasal zarar ilkesini takip etmem gerekir. Bilgisizliğim ilkenin kullanılmasını zorlaştırabilir. Zira, benim bu imkânı değerlendirmek için ödemeye hazır olduğum miktardan bireysel veya kolektif olarak daha fazlasını ödemeye hazır olup olmadıklarına nasıl karar verebilirim ki? Demiryolu şirketi ve çiftçi meselesinde olduğu gibi ticari işler söz konusu olduğunda pazara ilişkin üstünkörü bilgi sahibi olmak yeterli malumat sağlayabilir. Eğer bir demiryolu şirketi işletiyorsam ve demiryolu güzergahındaki çiftçilerin kolektif olarak kaybettikleri mahsulün pazar fiyatının yekunundan daha fazla zarara maruz kalacağını biliyorsam, bu yekunu böyle bir kayıptan kurtulmak için ödemeye hazır olduklarını da varsayabilirim. Ticari olmayan meseleler söz konusu olduğunda ise, gürültü kirliliği örneklerinde olduğu gibi, vereceğim zarardan kaç insanın rahatsız olacağına ve menfaatinin zedeleneceğine dair genel bilgime dayanarak en nihayetinde eylemimden etkilenen yakın çevredeki “makul” veya “temsili” insan düşüncesine başvurmak zorunda kalabilirim. Fakat çoğu durumda karşılaştırmalı parasal zarar ilkesini işler kılacak türden yeterli genel bilgiye sahibizdir.

Ancak yine de hâlâ bu ilkeyi başka ve çok daha önemli bir şekilde sınırlandırmamız gerekiyor. Zira bazı durumlarda bir kayıp veya zararın öneminin, sadece mağdurun bu kayıptan kurtulmak için, diğerlerinin kayıp veya zarara yol açan eylemi gerçekleştirmek için kolektif şekilde karşılayabileceğinden daha fazla ödeyip ödemeyeceğinin sorularak ölçülmesi hiç de hakkaniyete uygun olmayabilir. Neden böyle olduğunu görebilmek için kaynaklarda eşitliğe dair genel şemaya daha fazla eğilmemiz gerekiyor. Şemanın, eşitliğin pazar işlemleri vasıtasıyla korunduğunu ve muhafaza edildiğini varsaydığını ama bunun bazı sınırlara tabi olduğunu söylemiştim. Bu varsayımın yeteneklerdeki farklılıkları dikkate alarak sınırlandırılması gerektiğini zaten belirtmiş bulunuyorum. Bireysel hakları dikkate alacak şekilde de sınırlandırılması gerekiyor. Kaynaklarda eşitlik uyarınca insanlar temel çıkarlarını koruyan haklara sahiptir. Buna, herkes için eşit ve iktisadi açıdan etkili şartlarla sigorta imkânının bulunması durumunda rasyonel insanların zararlara karşı sigorta yaptıracak olması da dahildir. İnsanların bağımsızlıklarını başka insanların önyargılarına ve hoşnutsuzluklarına karşı güvence altına alan hakları da vardır. Bu önyargı ve hoşnutsuzlukların pazarda yapılan işlemleri etkilemesine izin verilecek olursa, bırakın insanların tercihlerinin hakiki maliyetlerine duyarlı bir dağıtımını gerçekleştirmeye yardımcı olmayı, böyle bir hedefi tümünden ortadan kaldıracaklardır. Bu hakların iki türünü başka bir yerde uzun uzadıya tartışmışım¹⁹, ancak kısa bir anlatımla dahi bu hakların tanınmasının bazı çarpıcı durumlarda neden pazar simülasyonu modelini devreden çıkaracağını gösterebiliriz. Sözgelimi, çocuğumun hayatı gürültü yaratan bir ambulansa bağlı olsun. Ambulansın çıkardığı sesin çok sayıda insanı rahatsız ettiğini ve bu insanların rahatsız olmamak için kolektif olarak ödemeye hazır olduğu paranın sahip olduğum bütün malvarlığından fazla olduğunu

düşünelim. Ya da diyelim ki, siyah bir insanım, komşularım bahçemdeki yaprakları yakmamam için grup hâlinde, benim onları yakmak için ödemeye hazır olduğum miktardan daha fazlasını ödemeye razılar ama bunun tek nedeni benim görünümünden nefret ediyor olmaları. Bunlar elbette karşılaştırmalı parasal zarar testinin somut haklar hakkında hüküm verilmesinde kullanılacak gayri-adil bir yöntem olduğunu gösteren yegâne örnekler değil. Bunları zikretmemin tek nedeni, şu ana kadar ele aldıklarımızın dışında pek çok farklı şekilde sınırlandırmaya muhtaç olduklarını göstermek.

Uygulamaya Dönük Değerlendirme

Eğer bu istisnaların ve sınırların peşine düşecek olursak kişisel sorumluluk teorimiz çok daha kompleks hâle gelecektir. Fakat gördüğümüz hiçbir şey, bu teorinin, yargıçlarımızın geliştirmiş olduğu trafik kazalarına ilişkin hukukun, faydacı argümanın gerekçelendireceği kısımdan daha azını gerekçelendirdiğini söylemez. Kaynaklarda eşitliğin akademik olarak ele alınışı dahi, gördüğümüz üzere, bir fail ile bu failin, eylemlerinin zarar vereceğini veya tehlikeye atacağını bildiği kişi arasındaki zenginliğin mevcut dağıtımının adil olup olmadığına dokunan malumata duyarlı olması gerekiyorsa, uygulamaya dönük değerlendirme, her bir olay temelinde, bu türden bir malumata çok daha az duyarlı olmak durumundadır. Dolayısıyla da uygulamaya dönük değerlendirmenin makuliyet ve karşı tarafın kusuruna dair farklı doktrinler ile haksız fiil hukukunun daha önce gördüğümüz diğer araçlarını kapsama ihtimali daha fazladır. Kişisel sorumluluğa ilişkin kaynak eşitliği modelini hayata geçiren bir yasakoyucunun, zarar verme ihtimali olan kişilerin, kaynaklarda eşitliğin haklı kılacağından daha fazla mı yoksa daha az mı zenginliğe sahip olduğu hakkında fikir yürütmelerini teşvik etmemek için iyi bir nedene sahip olacaktır. Bir bütün olarak adaletin, yeniden dağıtımın etkilerini çok da dert

etmeyen yasama şemalarına bırakılmasıyla daha iyi korunacağını düşünecektir. Bu sonuca ulaşmasını haklı kılan başka nedenleri de olacaktır: Mağdura ödenecek tazminatın, failin nispi zenginliğine bağlı olması gayri-adil görünmektedir; bu durumda ortaya çıkacak tek neden zarara karşı makul çerçevede sigorta yaptırmaktan kaygı duyan kişinin yaşayacağı zorluktur. Öyleyse yasakoyucunun insanların risk ve sorumlulukla ilgili kararlarını “ortalama” insanın zevk ve tercihleri hakkındaki genel malumata dayanarak almalarına izin vermesi, kaynak eşitliğinin kapsamlı şekilde akademik olarak ele alınışının belirli, özel davalar için gerekli kıldığı özel malumatı araştırmalarını şart koşmaması daha yerinde olacaktır. Fakat uygulamaya dönük değerlendirme “objektif” standartlar kullansa bile, karşılaştırmalı parasal zarar ilkesi dikkate alınmadığı takdirde adaletsiz bir sonucun ortaya çıkacağına kanıtlanabileceği özel durumlara karşı da tetikte olmalıdır. Belli türdeki zararlardan –sözgelimi yaşama yönelik veya ırk temelli önyargıdan kaynaklanan zararlardan– kaynaklanan sorumluluğun bu ilkenin doğrudan uygulanmasına tabi olmaması gerektiğinde ısrarcı olacaktır.

ÖZEL ŞAHISLAR VE KAMU KURUMLARI

Öyleyse, trafik kazaları ile ilgili hukukun eşitlikçi gerekçelendirmesini faydacı gerekçelendirmeye tercih etmek için bütün olarak hukukun hedeflerinden çıkarsadığımız geçerli nedenlere sahibiz. Eşitlikçi gerekçelendirme, yorumun içerikle ilgili boyutlarında çok daha başarılıdır. Trafik kazalarına ilişkin hukukun yorumu bir kişisel sorumluluk şemasına sahip olmalı ve gördüğümüz üzere faydacı argüman kabul edilebilir bir şema sunamıyor. Eşitlikçi argüman ise bizlere böyle bir şemayı sunar. Bu şema hem kendi içinde caziptir hem de ilke toplumunun en önemli özelliklerinden biri olmak üzere hukuk, kamu erdemi ve kişisel sorumluluk arasındaki dinamik etkileşimi kabul eder.

Yürüttüğümüz tartışmanın tamamı açısından eşitlikçi argümanın başka bir önemli özelliği ise şudur: Pazar simülasyonunun kapsamını sadece daha önce de gördüğümüz çeşitli şekillerde değil kurumsal olarak da sınırlar. Faydacı argüman, bir kez kabul edildikten sonra hem yasamaya hem de yargılamaya hâkim olması gereken bir ideal verir bizlere. Eğer topluluk daha mutlu olduğunda daha adil oluyorsa, trafik kazalarıyla ve gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlalleriyle ilgili hukuk kuralları farazi pazarları taklit etmek suretiyle topluluğu daha zengin hâle getirdiklerinde genel mutluluğa en yüksek katkıyı sağlıyorlarsa, Parlamento'dan trenlerin, sıçrattıkları kıvılcımların ürünleri tahrip etme tehlikesinin olduğu durumda hangi hızda gideceklerini düzenlemesi istendiğinde veya New York şehri yönetiminden müzik aletlerinin apartmanlarda veya kalabalık mahallelerde ne zaman çalınabileceğine karar vermesi istendiğinde, Parlamento veya şehir yönetimi, eğer işliyor olsalardı pazar işlemlerinin ihdas edebileceği haklara bire bir karşılık gelen hukuki hakları yaratmayı amaçlamalıdır. Eşitlik argümanının ulaştığı sonuç bu değildir. Çünkü yasama organı, özel şahısların aksine, hukukun o âna kadar yaratmış olduğu dağıtım geliştirme yönünde hem yükümlülüklerle hem de imkânlarla sahiptir; özel şahısların sahip olmadığı sorumluluklar yüklenmiştir, özel şahısların elinde olmayan, onların kullanamayacakları araçları ve stratejileri vardır.

Esasında eşitlikçi yoruma dair iddiamız tam da bu ayrımdaya başlıyor. Devletin genel, her yere nüfuz etmiş bir ödevi varken, bireyler olarak özel şahısların böyle bir ödevi olmadığını varsaymıştık. Devlet, yaratmış olduğu mülkiyet kurallarını, onları en iyi anlayış uyarınca insanlara eşitler olarak muamele etme idealine yaklaştırabilmek için sürekli denetlemeli ve değiştirmelidir; eğer zorunluysa bu değişiklik pekala köklü bir değişiklik de olabilir. Zaten yerli yerince olan şemanın yeterliliğini varsa-

yan pazar simülasyonu, bu amaçla kullanılmak için gülünçlük derecesinde döngüsel ve güçsüz olacaktır. Dolayısıyla, sorumlulukta bir ayırım yaparak işe başlayan açıklamamız, ister iktisadi sistemin ana yapılarına isterse daha ayrıntılı düzenlemelerine temas etsin, iktisadi ilkenin, yasama için kullanılacak yegâne test olmasını kabul etmez.

Eşitliğe ve mülkiyete dair bu incelemeyi bir kez daha siyasa ile ilke arasındaki ayırma dönerek sonlandırmamız gerekiyor, çünkü bu ayırım, üzerinde çalışmakta olduğumuz kamusal sorumluluk ile özel sorumluluk karşılığında yeni boyut ilave eder. Asıl argümanımız şöyle söylüyordu: Özel şahıslar, soyut hukuki hakların çatışma hâlinde olduğu durumları, her bir tarafın nihayetinde sahip olduğu somut hukuki haklar hakkında ilke sorunları ortaya çıkaran durumlar şeklinde görmelidir. Fakat buradan meclisin mülkiyeti düzenler ve dağıtırken aldığı her kararı, hatta gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlali ve kusurlu eylemden kaynaklanan zararlar ile ilgili yasalarını, siyasa meselesi değil de ilke meselesi olarak görmesi gerektiği sonucu çıkmaz. Devletin mülkiyet sistemini insanlara, uygun bir anlayış çerçevesinde, eşitler olarak muamele etmek için tasarlaması gerektiğinde ısrar ederiz; hukukun bu dallarının eşitlikçi yorumu için getirdiğimiz argümanın temeli budur. Fakat 6. Bölümde gördüğümüz gibi, devlet bu gerekliliği asıl olarak bir siyasa tarzında kabul etmelidir. Bu siyasa çerçevesinde devlet, her bir tekil yasa veya düzenlemeyi kendi içinde değerlendirip her bir vatandaşa, sahip olmaya yetkili kılındığı şeyi vermesi gerektiğini düşünmemeli, eşit ilgiye herkesi kapsar şekilde ve istatistik temelinde riayet ederek genel kolektif bir hedefi salık vermelidir. Mülkiyete ilişkin yasama sürecinde alınan her karar bireylerin siyasi haklarına da riayet etmelidir elbette. (10. Bölümde bu siyasi hakların, ABD Anayasası'nın en iyi yorumu altında ne ölçüde hukuki haklara

dönüştürülebileceğini de inceleyeceğiz.) Böyle olmadığı takdirde meclisin kolektif genel çıkarı gerçekleştirmek için pek çok farklı ölçüm ve teknik kullanması, bunların her birinin kişiden kişiye değişen farklı bir dağıtımı netice vermesi mümkün olabilir. Bu durumda, vatandaşların sırf kendisine daha fazla fayda sağlayacağı için şu değil de bu programın seçilmesine dair herhangi bir hakları olmaz. Yani yapılacak tercih, bir ilke meselesi değil, siyasa meselesidir.

Bir yasakoyucunun, haklardan ve fırsatlardan özel olarak etkilenecek taraflarca müzakere edilmiş hak ve fırsatların dağıtımı sonucunu verecek siyasa tercihinde bulunmasına genel itibariyle gerek yoktur. Sözgelimi, bir yasakoyucu şöyle düşünebilir: Trenlerin hızı ile yanan ürünler sorununa getirilecek en iyi çözüm, ulusal nakliye ve tarım siyasetlerine, veya hatta ulusal savunmaya, ödemeler dengesine yahut döviz alım satımına duyarlı olmalıdır. Gürültü kirliliği hakkında alacağı kararları, gayrimenkul kullanımı ile şehir planlaması hakkındaki, hatta müziğin veya sanatın desteklenmesi hakkındaki daha genel siyasetlerin bir yönünü teşkil eder şekilde görüyor olabilir. Vereceği kararlar, uygulamadaki koşulların kendileri için eylemde bulunan vatandaşları ya hep ya hiç tarzında kararlar almaya zorlamasındaki gibi ya hep ya hiç niteliği taşıyan kararlar olmak zorunda değildir. Yasama, etkililiği bütüncül bir strateji olmasına bağlı kompleks bir düzenleme şeması geliştirme imkânı sunar. Yasamayla, sözgelimi, nakliye ile tarımsal kullanım ve ihtiyaç arasındaki binlerce varyasyona cevaben, ülkenin farklı kısımlarında farklı hız sınırları koyulabilir veya şehirlerde gürültünün farklı düzenlere tabi olduğu bölgeler oluşturulabilir, yeter ki bu bölgelere ayırma keyfi olmasın ve bireysel hakları ihlal edecek gayrimeşru ayrımcılıkları maskeleyesin.

Ne var ki, meclis kararını verdikten sonra artık insanlar kendileri için öngörülen şeylere hukuki haklar olarak sahip olur-

lar. Bütünlük olarak hukuk uyarınca bu haklar sadece açıkça öngörülen hususları değil, bunların açıkça karara bağlanmamış olaylardaki ilkeye bağlı şekilde genişlemiş hâllerini de kapsar. Bu bölümde, belli durumlarda söz konusu ilkeye bağlı genişlemenin doğru temelini inceledik. Artık tezimi şu şekilde yeniden ifade edebilirim: Özel şahıslar (biraz önce hayal ettiklerimize benzer somut siyasaları hayata geçiren düzenleyici yasalardan kaynaklanan haklarından farklı olarak) mülkiyetle ilgili *common law*'dan kaynaklanan genel soyut hakları arasında bir çatışma ile karşılaşılırsa, bu çatışmaları şemanın tamamının riayet etme derdinde olduğu temel ilkeye, yani insanlara eşitler olarak muamele edilmesi gerektiğini söyleyen ilkeye başvurarak sonuca bağlamalıdır. Bir bütün olarak şemanın hangi eşit ilgi anlayışını yansıttığı takdirde en iyi şekilde yorumlanmış olacağını sormalı ve ilgili durumlar söz konusu olduğunda mümkün olan tercihler arasından bu anlayışa en iyi hizmet eden somut hakların ne ölçüde genişleyeceğini önceden varsaymalıdırlar. Bu yorum sorununun niteliğini ve karmaşıklığını gösterebilmek için kaynak eşitliğinin bu amaca yönelik olarak doğru bir anlayış sunduğunu önerdim ve Amerikan ve İngiliz sistemindeki gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hakların ihlali ile ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlar ile ilgili hukukun ana hatlarının bu varsayıma dayanan yorum sorununun kabul edilebilir bir çözümüyle eşleştiğini iddia ettim. Ne var ki, farklı siyasalara dayanan bazı düzenleyici yasalar çerçevesinde çıkan çatışmalar söz konusu olduğunda bu süreç çok da uygun olmuyor, çünkü insanların böyle bir yasa çerçevesindeki hakları bir eşitlik anlayışına doğrudan başvurmayı yetkilendirmek açısından özel siyasalara haddinden fazla dayanmaktadır. Öyleyse, vatandaşların sorumlulukları farklı sorun kümelerine dayanmaktadır ve bu sorun kümeleri de bir sonraki konumuzu teşkil etmektedir.

. 9 .

YASALAR

YASAKOYUCUNUN NİYETİ

Bir gün, *percina tanasi* davası Herkül'ün mahkemesine gelir. Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın içişleri bakanına, küçük ve ekolojik açıdan çok da ilgi çekici olmayan bir balık türünü kurtarmak için neredeyse tamamlanmış bir federal enerji projesi olan baraj inşaatını durdurma yetkisi verip vermediğine karar vermek durumundadır. Herkül'ün bundan önce vermesi gereken karar, anlamları belirsiz yasaları nasıl okuması, anlamlandırması gerektiğine dairdir. Argümanım biraz karmaşık, o yüzden tartışmanın sonunu en baştan söyleyeyim size: Herkül'ün yasaları okurken kullanacağı yorum teknikleri, *common law* davalarına karar verirken kullandığı, son iki bölümde incelediğimiz tekniklerin aynısıdır. Kongre'yi, zincirleme bir roman yazımında kendisinden önceki bir yazar olarak görecektir. Gerçi bu yazar, kendisinden farklı, kendine has yetkilere ve sorumluluklara da sahiptir. Herkül'ün kendine biçtiği rol, Kongre'nin başlattığı yasal şemayı, en iyi olduğuna inandığı şekilde geliştirmeye devam eden paydaşın yaratıcı nitelikteki rolüdür. Yasanın hangi okumasının –içişleri bakanının neredeyse tamamlanmış projeleri durdurmasına izin veren okumasının veya buna izin vermeyen okumasının– yasayı içeren ve çepeçevre saran siyasi tarihi daha iyi bir ışık altında göstereceğini soracaktır kendisine. Yasanın nasıl okunması gerektiğine dair görüşü kısmen meclis üyelerinin yasanın tartışılması sırasında neler söylediğine dayanır. Fakat

aynı zamanda Şu siyasi sorulara verilecek en iyi cevaplara da dayanır: Kongre, sözgelimi bu tip olaylarda, kamuoyunun görüşüne ne ölçüde saygı göstermelidir? Kamu fonlarındaki çok yüksek harcamalara rağmen küçük, önemsiz türleri korumak siyasa açısından saçma mı olur?¹ Bu soruların cevaplarını verirken Herkül pek tabii ki kendi yargılarına yaslanacaktır. Bunun nedeni, görüşlerinin kendiliğinden doğru olduğuna inanması değildir ama. Kendi yargılarına yaslanacaktır, çünkü bu sorulara düzgün bir şekilde cevap vermeye çalışan birinin en derinlerde bizzat kendisinin neye inandığını hesaba katmadan cevap verme olanağı yoktur.

Bununla birlikte, bütünlük olarak hukuk uyarınca yargıçların yasaları nasıl yorumlaması gerektiğini genel itibariyle anlatmadan önce, bu anlatıma yönelik önemli bir itirazı ele almam gerekiyor. Söz konusu itirazın tetiklediğı argüman önümüzdeki sayfalar boyunca bizi meşgul edecek. “Herkül’ün metodu hukuk pratiğimize sıkıca kök salmış önemli bir ilkeyi göz ardı eder: Yasalar yargıçların onları en iyi kılacağına inandıkları şekilde değil, yasaları fiilen kabul etmiş olan meclis üyelerinin niyetlerine göre anlamlandırılmalıdırlar. Diyelim ki Herkül kendi yorum metodunun istediğı her şeyi dikkate aldıktan sonra, yasa, işçileri bakanına neredeyse tamamlanmış ve çok yüksek maliyetli projeleri durdurma yetkisi verir şekilde okunduğı takdirde onun daha iyi bir yasa olacağına karar verdi. Ama yasayı kabul etmiş olan Kongre üyeleri de pekala işçileri bakanına tam da bu yetkiyi vermeyi kastetmiş olabilirlerdi. Demokratik ilkelerin de desteklediğı hukuk pratiğimiz bu tip durumlarda Herkül’ün kendisine ait farklı bir görüşe değil meclis üyelerinin niyetine riayet ettiğinde ısrar eder.”

Amerikan hukuk pratiğinde bir yasanın amacı söz konusu olduğunda yargıçların sıklıkla Kongre üyelerinin ve diğeri meclis üyelerinin çeşitli beyanlarına, komisyon raporlarına veya resmi tartışmalara atıf yaptığı doğrudur. Yargıçlar bu beyanların hepsi-

nin, yasaya dair “yasama tarihçesini” teşkil ettiğini söylerler; bu tarihçeye riayet etmelidirler. Ne var ki yasama tarihçesine riayet edilmesine dair birbirinden oldukça farklı iki görüş edinebiliriz. İlki, Herkül’ün görüşüdür. Herkül yasama tarihçesini teşkil eden beyanları, yasaya dair yorumunun uyması ve izah etmesi gereken siyasi eylemler olarak görür. Yorumu, aynı zamanda yasa metnine de uymalı ve onu izah etmelidir. Diğer görüş ise, hemen yukarıda tarif ettiğim itirazın varsaydığı görüştür. Ona göre bu beyanların kendi içinde bir önemi yoktur. Söz konusu beyanları, beyan sahibi belirli meclis üyelerinin zihinsel durumlarının kanıtı olarak ele alır. Böylece oylarıyla yasayı yaratan çoğunluğu oluşturmuş meclis üyelerinin zihinsel durumlarını temsil ettikleri varsayılır.

Ben bunu “konuşmacının kastettiği anlam” görüşü olarak adlandıracam, çünkü burada yasama, bir iletişim olayı veya meselesi olarak görülür. Yargıçların yasama tarihçesine, bir yasanın anlamı ilk bakışta açık gelmediği durumlarda, meclis üyelerinin kullandıkları oy vasıtasıyla iletmek istedikleri zihin durumlarını keşfetmek için baktıklarını düşünür. Söylediği kısaca şu: Yasanın doğru yorumu, inşai yorumdan ziyade 2. Bölümde bahsettiğim karşılıklı konuşmayı temel alan yorumdur. Bu teorinin başlıca modeli, çok iyi bildiğimiz gündelik konuşma modelidir. Arkadaşımız bir şeyler söylediğinde kendimize, “Ne demek istedi acaba?” diye sorabilir, bu soruya vereceğimiz cevabın, arkadaşımızın konuşurken sahip olduğu zihin durumunu, söylediği o şeyleri dile getirerek bize neyi iletmek istediğini tarif edeceğimizi düşünebiliriz. Wittgenstein ve daha başka filozoflar, bizi, bu manzaranın kaba bir bakışla yanlış anlaşılmasına dair uyarmışlardı. Bir düşünceye sahip olmak ile bu düşünceyi temsil edecek kelimeleri seçmek birbirlerinden ayrı iki farklı eylem değildirler. İnsanlar kullandıkları kelimelerle istedikleri herhangi bir şeyi kastetme özgürlüğüne de sahip değillerdir. Bu yüzden,

“Ne demek istedi acaba?” sorusu, o kişinin konuşurken zihninde ne olduğundan ibaret değildir. Fakat bu resim, muğlak konuşan birini anlama sorununu nasıl algıladığımızı dair kaba bir tarif sunmak için yeterli. Konuşmacının kastettiği anlam teorisi, muğlak yahut anlamı kapalı yasalar söz konusu olduğunda aynı resmi kullandığımız iddiasında.

Eğer kişi, konuşmacının kastettiği anlam görüşünü benimserse, yasaların nasıl okunması gerektiğine dair teorisinin kendine has bir yapısı olmak durumundadır. Bu teoriye göre yasaları okuyan kişi, yasaları okuduktan sonra ulaştığı sonuçları, yasanın bizzat kendisinin niyeti hakkındaki ifadeler olarak sunacaktır. İçişleri bakanına böyle bir yetkinin verilmesi Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın amacı mıdır ve yasanın böyle bir yetki verilmesi niyeti var mıdır? Fakat yasanın niyetinden bahsederken esasında bu niyeti teorik bir inşa olarak kabul eder. Bir yasanın niyetinin olduğunu söylemek, bazı gerçek insanların somut niyetlerine dair meselenin özünü yansıtır nitelikteki bir ifadedir, çünkü ancak gerçek insanlar, bu anlamlandırma teorisini kullanan kişinin aklında olan türden, karşılıklı konuşmaya dayalı bir niyete sahip olabilirler. Dolayısıyla yasalar hakkındaki bu teori bir dizi soruya cevap vermek durumundadır. Hangi tarihi şahsiyetleri yasakoyucu sayacağız? Onların niyetlerini nasıl bulup çıkaracağız? Bu niyetler, az ya da çok, birbirlerinden farklılaştığında, bir bütünlük oluşturacak, bileşik bir niyet teşkil edecek şekilde nasıl bir araya getirilecekler? Üstelik verilecek cevapların yasanın dile getirildiği, o andan beri sahip olduğu anlamı tümüyle kazandığı tek bir ânı sabitlemesi de gerekiyor.

Herkül'ün görüşü böyle bir yapıyı gerekli kılmaz. Yasanın amacı veya niyeti düşüncesini belirli meclis üyelerinin amaçlarının veya niyetlerinin bir tür bileşimi olarak değil; bütünlüğün, yasanın çıkarılmasını da içeren siyasi olaylara karşı takınılmış yorum tutumunun neticesi olarak görür. Herkül yasanın çıkarıl-

ması sürecinde meclis üyelerinin dile getirdikleri beyanları dikkate alır ama onları kendi içlerinde önemli siyasi olaylar olarak kabul eder, bu olayların arkasındaki zihinsel durumun kanıtını teşkil ettiklerini düşünmez. Dolayısıyla meclis üyelerinin hangi zihinsel durumlarının söz konusu olduğuna, bu zihinsel durumların ne olduğuna veya bu zihinsel durumları yasanın veya bizzat kurumun bizzat kendisinin bir tür üst-zihinsel durumu hâline nasıl getireceği hakkındaki görüşlere ihtiyacı yoktur. Geçmişe yönelik araştırmasının hedefleyeceği bir konuşma anının bulunduğunu da düşünmez. Yorumlamakta olduğu tarih, yasanın yaratılmasından önce başlamıştır ve onun şu anda ilan edeceği anlama karar vermesi gereken âna kadar da sürecektir.

Herkül'ün metotları mevcut yargı pratiği için, konuşmacının kastettiği anlam teorisinden daha iyi bir yorum sağlar. Konuşmacının kastettiği anlam teorisinin kusurlarının giderilebilmesi için aşama aşama Herkül'ün metoduna dönüştürülmesi gerekir. Konuşmacının kastettiği anlam teorisine cevap verebilmek için biraz önce değindiğim üç hayati sorunun cevaplanması gerekiyor. Bunu sadece temelde yatan iletişim modeline inmek suretiyle, niyet ile bir konuşma formu olarak algılanan yasama arasındaki dahili bağlantıları bulup çıkararak yapamayız. Cevaplar, siyasi ahlakın ihtilaflı meseleleri hakkında belli görüşler edinildikten sonra siyaset teorisi içerisinde verilmelidir. Öyleyse, konuşmacının kastettiği anlam teorisi, kendisi için varsaydığı siyaseten nötr olma iddiasında, yargıcın kişisel kanaatlerini yasayı anlamlandırma tarzından ayırma hedefinde başarılı olamaz. Üstelik bu hayati sorulara verilebilecek en makul cevaplar bizi sürekli, genel itibariyle anlaşıldığı şekliyle konuşmacının kastettiği anlam teorisinden başka bir yöne sürükleyecektir. Sürüklendiğimiz bu yeni görüş, en soyut ve genel siyasi kanaatleri, meclis üyelerinin oy kullanırken zihinlerinde yer alan umut, beklenti veya daha ayrıntılı siyasi görüşlerinden değil, onların eylemlerinden

yola çıkararak hayata geçirmeye çalışır. Ne var ki bu farklı görüş, Herkül'ün metodunun çok kötü bir ifadesinden ve güçsüz bir biçiminden ibarettir.

KONUŞMACININ KASTETTİĞİ ANLAM

Hermes

Bu daha geniş iddiaları çok daha ayrıntılı ele almam gerekiyor. Bunu sadece, yasamaya dair konuşmacının kastettiği anlam teorisinin çok taraflı olması nedeniyle yapmak durumunda değilim. Esas neden, teorinin kusurlarını gösterecek tartışma, Herkül'ün metodunu daha doğrudan incelerken ihtiyaç duyacağımız ayrımları da verecek bize. Şimdi yeni bir yargıcımız var: Hermes. Herkül kadar zeki, tıpkı onun gibi sabırlı... O da bütünlük olarak hukuku benimsemiş. Ama aynı zamanda yasamaya dair konuşmacının kastettiği anlam teorisini de kabul ediyor. Yasamanın iletişim olduğunu düşünüyor, bu yüzden de yasaları meclis üyelerinin iletmek istedikleri iradelerini keşfederek uygulaması gerektiğine inanıyor. Bunun için, sözgelimi, Tehlike Altındaki Türler Yasası lehine oy kullanmış meclis üyelerinin oylarını kullanırken ne demeye çalıştıklarını araştırması gerektiğini düşünüyor. Hermes yaptığı her şeyin bilincinde, ne yaptığını biliyor, dolayısıyla konuşmacının kastettiği anlam teorisini hayata geçirmek için yapması gereken tercihlerin her biri hakkında derin derin düşünmek için duraklayacak.

Hermes, bu teoride söz konusu olan bir zorluğun daha en baştan farkındadır. Dostlarımızın, meslektaşlarımızın, hasımlarımızın, hatta sevgililerimizin bile niyetlerini keşfetmek yeterince zor. Öyleyse nasıl olur da geçmişteki bize oldukça yabancı, belki çoğu ölmüş olan kişilerin niyetlerini keşfetmeyi ümit edebilir? Keşfedildiği takdirde işe yarayacak niyetlerin varlığından nasıl emin olabilir? New York'ta vasiyetnamelerle ilgili yasayı

kabul eden meclis üyeleri muhtemelen bir mirasçının murisi öldüreceğini hiç öngörmemişlerdi; muhtemelen pek çok senatör ve kongre üyesi o küçük balık ve neredeyse tamamlanmış barajlarla ilgili ortaya çıkabilecek bir sorunu tasavvur bile etmemişlerdi. Fakat Hermes işe başlarken bu aşikâr zorluklara karşı pratik bir tutum takınır. Yasamanın ardında yatan zihinsel tutumları keşfetmenin, barda bulunduğu insanların zihinsel durumlarını keşfetmekten çok daha sancılı olacağını, kimi zaman uygulamaya yönelik bir kesinliğe değil de spekülâtif olanaklılığa dair yargılarda bulunması gerektiğini ve kimi zaman durumla ilgili şu veya bu yönde bir zihinsel duruma işaret eden işe yarar bir kanıt bulamayacağını, dolayısıyla da önündeki olaya karar vermek için başka bir yol bulması gerektiğini kabul eder. Bu aşikâr zorluk üzerinde daha fazla durmayacağım, çünkü bu Hermes'in karşısındaki sorunların belki de en küçüğüdür.

Yasanın Yazarları Kimlerdir?

Hermes geçmişteki düşüncelere dair kanıtlar aramadan önce, dikkate alacağı düşüncelerin kimlere ait olacağına karar vermedir. Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın ardındaki niyeti tespit ederken kimlerin zihinsel durumuna bakmalı? Yasayı çıkaran Kongre'deki bütün üyelerin zihinsel durumuna mı bakılacak? Buna aleyhte oy kullananlar da dahil olacak mı? Bazı Kongre üyelerinin –sözelimi, yasa tasarısının görüşülmesi esnasında konuşanların veya sıklıkla konuşanların– düşünceleri diğerlerinin düşüncelerinden daha mı önemli olacak? Yasa taslaklarını, tasarılarını hazırlayan idari görevliler ve asistanlar ne olacak peki? Yasayı imzalayarak metnin yasalaşmasını ve yürürlüğe girmesini sağlayan başkan için ne demeli? Niyeti tek bir senatöründen daha fazla kabul edilmeli değil mi? Ya özel şahıslar ne olacak? Zira bir kısmı yasa lehinde veya aleyhinde oy kullanmaları için Kongre üyelerine mektuplar yazmış veya onlara

çeşitli taahhütlerde bulunmuş, hatta belki de tehditler savurmuş olabilirler. Bunlar arasında, kullanacakları oya göre üyelerin kampanyalarına bağış yapacağını veya kampanyaya katkı sunmaktan vazgeçeceğini söyleyenler vardır. Bir de olağan rollerini oynayan bir sürü lobi ve eylemci grup var, onlar ne olacak? Yasama sürecine dair gerçekçi bir bakış bütün bu grupların etkisini sürecin içinde sayacaktır. Peki o zaman, Hermes'in onların niyetlerini, yine onların yaptığı hukuku belirlerken dikkate almak için iyi bir nedeni var mıdır?

Başka bir sorun daha var. Bir yasanın mevcudiyeti sadece onu vazedenden insanların kararına değil, aynı zamanda onu değiştirmeyen veya ilga etmeyen başka insanların kararlarına da bağlıdır. Elbette pek çok yasanın ayakta kalmasına izin veren negatif tutumlar için “karar” kelimesi çok sert kaçmış olabilir ama kimi zaman yasa çok uzun süre yürürlükte kalmışsa, böyle bir kullanım da pekala mümkündür. Yasalar bilinçli ve kolektif bir karardan ziyade görmezden gelmeyle ve ihmalle ayakta kalır. Fakat görmezden gelinmiş olması bile yasanın amacı ile istisnai sonuçları hakkındaki müşterek bir anlayışı yansıtabilir ki bu anlayış, onu ilk başta vazedenden kişilerin anlayışlarından farklı olabilir. Hatta daha çarpıcı durumlar da söz konusu olabilir. Sözcüleri bir yasanın değiştirilmesi veya kaldırılması için kampanyalar düzenlenmiş olabilir. Eğer bu yönde harekete geçilmemişse, yasanın devamına ilişkin karar çok daha canlı ve belirgin hâle gelir. Hermes, yasayı değiştirebilecek veya kaldırabilecek olan, ancak yıllar hatta on yıllar boyunca bu yönde karar almamış çok sayıdaki meclis üyesinin niyetini dikkate alacak mıdır?

Bunlar akademik sorular değil. Konuşmacının kastettiği anlam teorisini uygulamaya geçirmeden önce Hermes bu soruların cevaplarını vermek zorundadır. Sorduğumuz sorulara, niyetleri dikkate alınacak kişilerin bu soruya nasıl cevap vereceğini sorarak cevap bulamaz, çünkü zaten kimlerin niyetinin dikkate alın-

cağını bulmaya çalışıyor. Bu sorularla şu şekilde yüzleşmekten kaçma ihtimali yoktur: Resmi görevlilerin veya vatandaşların oluşturduğu belli grupların yasama sürecinde etkide bulunması gereken tutum, inanç ve hedefleri hakkında bazı görüşleri vardır. Yasakoyucunun niyetinin hesaplanmasında kimlerin niyetinin dikkate alınacağına dair yapacağı tercihlerden müteşekkil bir kümenin, bu tercihler kümesi yargıçlarca genel itibariyle benimsendiği takdirde, bu hesaplama sürecini kendi idealine daha fazla yaklaştıracığını ve diğer bir tercihler kümesinin ise süreci idealinden uzaklaştıracığını görecektir. Konuşmacının kastettiği anlam teorisinin bizzat kendisi kimin niyetinin dikkate alınacağına karar vermediğine göre, ikinci tercihler kümesini birinci kümenin üzerine çıkarması Hermes açısından kabul edilemez olacaktır.²

Öyleyse, Hermes'in, kimlerin düşüncelerinin dikkate alınacağına dair yargıları, biri eski diğeri yeni iki soru hakkındaki görüşlerine duyarlı olmak durumundadır. Eski soru şöyleydi: Esasen temsilciler olan meclis üyeleri sadece kendi vicdanlarına karşı sorumlu oldukları bizzat kendi fikir ve kanaatlerine göre mi hareket etmelidirler? Yeni olan soru ise şöyle: Lobicilik, siyasi destek ve siyasi baskı grupları demokratik sürecin yozlaşması anlamına mı gelmektedir yoksa bu süreci daha etkili ve işler hâle getiren değerli araçlar mıdır? Hermes'in yargıları bunun yanında kendi algıladığı şekliyle hakkaniyetin görelî önemi ile yasanın belirliliğine dair kanaatlerine karşı da duyarlı olmak durumundadır. Hermes, kimin niyetinin dikkate alınacağına dair daha kısıtlayıcı bir açıklamayı tercih etmeye yönelebilirde. Sözgelimi, hâlihazırdaki lobiciler ile yasayı kaldırabilecekleri hâlde bunu yapmamış olan yasanın çıkarılmasından sonraki meclis üyelerini listeden çıkarabilir. Bunu yapmaktaki gerekçesi ise yasama sürecinin kamuoyu baskısını göz ardı etmesi durumunda daha hakkaniyetli olacağına veya yine yasama sürecinin

değişime duyarsız olmasına inanması değil, anlamı müphem bir yasama faaliyetini daha açık hâle getirmeye çalışırken kimlerin niyetinin dikkate alınacağına dair daha geniş bir açıklamanın yasakoyucunun niyeti düşüncesini işe yaramaktan uzaklaştıracak ölçüde muğlak ve biçimsiz kılabilceği olabilir.

Farklı Niyetler Nasıl Birleştirilir?

Diyelim Hermes en sonunda, yasanın kabulü yönünde oy kullanan Kongre üyelerinin niyetlerinin dikkate alınması gerektiğine ve bu niyetlerin hepsinin de eşit sayılmasına karar verdi. Hermes, bu seçilmiş grup içerisinde dahi belirgin hâle gelmiş olan niyetlerin birbirlerinden farklılaştığını görmüş olsun. Mesela bir grup Kongre üyesi işleri bakanına hangi durumda olursa olsunlar bütün projeleri durdurma yetkisi vermeyi kastetmişken, başka bir grup ise böyle bir yetkiyi ancak açıkça akla aykırı olmadıkça vermeyi istemiş olsun. Hatta üçüncü bir grup da bakanlığın bir türün tehdit altında olduğuna dair bir karar vermesinden önce başlamış hiçbir projeyi bu karar gerekçesiyle durdurmayacağını söylüyor olsun. Konuşmacının kastettiği anlam teorisi Hermes'in bu farklı fikirleri tek bir bileşik grup niyeti hâline getirerek birleştirmesini gerektirir. Peki Hermes, mesela “çoğunluğun niyeti” yaklaşımını mı kullanacak? Yani, bu üç gruptan tek başına yasanın geçmesini sağlayacak grubun –tabii eğer böyle bir grup varsa– niyetini mi kurumsal niyet olarak kabul edecek?³ Yoksa diğer ikisinin toplamı, en büyük gruptan daha fazla olsa bile, “çoğulcu” niyet şemasını kullanarak yasamanın niyeti olarak bu üç gruptan en büyük olanını mı kabul edecek? Belki de Hermes “temsili niyet” yaklaşımını kullanacak, hayali bir ortalama veya temsili meclis üyesi varmış gibi yapacak, bu meclis üyesinin fikri gerçek meclis üyelerinin çoğunluğunun fikrine yakın olacak ama hiçbirisiyle de aynı olmayacak. Eğer bu sonuncusunu seçecekse, sormak gerekiyor, bu hayali ortalama

meclis üyesini nasıl inşa edecek? Tekil niyetleri tek bir grup veya kurum niyeti hâlinde bir araya getirecek daha pek çok yol var. Peki Hermes hangisinde karar kılmalı?

Hermes bir kez daha kendi siyasi yargılarına dayanmak durumundadır. Hermes, demokrasi teorisinin güçlü ilkelerinin gereği olarak, meclis üyelerinin çoğunluğu insanların hukuki haklarının hâlihazırdaki durumunda bir değişiklik yapmayı niyet etmedikleri sürece böyle bir değişikliğin ortaya çıkmaması gerektiği yönünde düşünüyor olsun. Bu görüşü onu çoğunlukçu niyet teorisine meylettirecektir. Fakat eğer bunun tam aksini, insanların hukuki haklarının meclis üyelerinin çoğunluğunun uygun addettikleri haklara mümkün olduğunca yakın olması gerektiğini düşünüyorsa, bu sefer de temsili niyet görüşüne, en azından çoğunlukçu niyet görüşünün karşısında bir yerlere kayacaktır. Zira bu durumda, her ne kadar bu niyet, ayrıntılarına girildiğinde hiç kimsenin kastetmediği statükoda kalmaya devam eden çoğunluktan daha az olsa da, insanların temsili niyetin tasavvur ettiği konumda olmalarını tercih edecektir.

Hangi Zihinsel Durum? Umutlar ve Beklentiler

Niyetlerin birleştirilmesi meselesinin şu şekilde hâlloldüğünü varsayalım: Hermes, Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın kabulü yönünde oy kullanmış, çoğunluğu oluşturan üyelerin her birinin aynı görüşte olduğunu bir şekilde öğrenmiş ve böylece bunlardan birinin –haydi biz ona Senatör Smith diyelim– niyetini keşfettiği takdirde herkesin niyetini keşfetmiş olacak. Bunun yanında Smith görüşlerini hiçbir surette resmi yollarla, sözceli mi bir komisyon toplantısında veya yasama görüşmelerinde açığa vurmamış olsun. Fakat Hermes onun görüşlerini keşfedecek başka bir yola sahiptir. Artık Hermes en zor meseleyle karşı karşıyadır. Zira Smith'in zihinsel hayatı karmaşıktır. İnançlarından,

tutumlarından veya diğler zihinsel durumlarından hangisi onun “niyetini” teşkil ediyor? Niyet meselesini 2. Bölümde ele almıştık; bazı bağlamlarda niyetlerin bilinçli zihin durumları ile sınırlı olmadığını söylemiştim. Ne var ki konuşmacının kastettiğı anlam teorisi, niyeti, belirli bir şeyi bildirme niyetine bağlayarak kullandığı oy aracılığıyla konuşmuş olan bir meclis üyesinin gerçekten zihninde ne olabileceğini keşfetmeyi hedefler.

Fakat sıradan bir yasakoyucu –meclis üyesi, milletvekili– sıradan bir konuşmacıyla aynı konumda değildir. Birbirleriyle gündelik tarzda konuşan insanlar kendi kelimelerini seçme imkânına sahiptirler. Kendi kelimelerini seçmek suretiyle de istedikleri etkiyi yaratmayı beklerler. Anlaşılmayı umut ettikleri şekilde anlaşılma beklentisi içerisinde olduklarıdır. Fakat bazı insanlar kendi kelimelerini kullanma imkânından yoksundur: Silah zoruyla konuşmakta olan bir rehine, anlaşılacağını düşündüğünden farklı anlaşılmayı umut etmektedir. Belli bir grup adına yazılmış mektubu imzalayan kişiyi düşünün, o mektubu grup adına yeniden yazamaz. Mektubun yazarı ise taslağını mümkün olduğunca çok imzacıyı etkileyebilmek üzere hazırlamıştır. Meclis üyeleri de çoğunca tam da bu konumdadırlar. Tehlike Altındaki Türler Yasası lehinde oy kullanmış bir Kongre üyesi, kanunda işçileri bakanının başlamış projeleri durdurma yetkisinin olmadığını açıkça beyan eden bir hüküm içermemiş olmasına hayıflanmış olabilir mesela, ama böyle bir hükmün yasada yer almasını sağlamaya yetecek yeterli gücü veya zamanı olmamıştır. Böyle bir durumda yasanın korktuğı gibi yorumlanacağını bekliyor olabilir, ama öyle yorumlanmamasını ümit ediyordur. Dolayısıyla bu üye, belli bir düşünceyi, fikri veya arzuyu iletmeyi tercih etmiş kişiye benzemez. İşgal ettiği konum, konuşmacı ile dinleyici arasında bir yerdedir. İlk önce, önünde duran kâğıttaki kelimelerin hangi düşünceyi ifade edebileceğine karar vermelidir. Arkasından vermesi gereken karar, bu mesajın halka ve resmi

görevlilere gönderilmesini isteyip istemediğine ilişkin olacaktır. Elindeki tek alternatif, mesajın hiç gönderilmemesi yönünde oy kullanmaktır. Sahip olduğu roldeki bu değişim önemlidir zira artık elindeki dokümana, kendisi olarak veya bir başkası olarak değil, gönderilmesini kabul ettiği bir mesajın yazarı olarak bakmaktadır.

Hermes, bir Kongre üyesinin konuyla ilgili niyetinin, birbirlerinden ayrı düşüklerinde, umutlarla mı yoksa beklentilerle mi ilgili bir mesele olduğuna karar vermesi gerektiğini düşünmektedir. Smith, Tehlike Altındaki Türler Yasası tasarısının içişleri bakanına bitmek üzere olan projeleri dahi durdurma yetkisi verdiği söylenerek yanlış şekilde yorumlanabileceğini fark etmiş olsun. Böyle bir şeyin gerçekleşmemesini umut ediyor olsun ama pekala olabileceğini de düşünüyor olsun. (Ne var ki herhangi bir değişiklik önergesi de vermediğini, çünkü diğerlerinin kendisiyle aynı şeyi umut edip etmediğini bilmediğini veya böyle bir önerge verirse başka değişiklikler de yapılabileceğinden korktuğunu yahut da zaman kaybına geçecek ölçüde önemli bir mesele olmadığını düşündüğünü varsayalım.) Tam da bu anda Hermes, bu tip durumlarda Smith'in niyetini belirlerken beklentilerini değil de umutlarını dikkate almak gerektiği düşüncesine meyledebilir. En nihayetinde, diyebilir, yasama meclis üyelerinin çoğunluğunun iradesini yansıtmalıdır, irade ise tahminden ziyade umut etmeyle ilgili bir meseledir. Fakat Kongre üyelerinin umut ettikleri şeylerin çok da prim verilmemesi gereken şeyler olduğunu da bilir Hermes. Smith'in Tehlike Altındaki Türler Yasası lehine kullandığı oyun sebebi, bir sonraki seçimlerde muhafazakâr lobinin muhalefetiyle karşılaşmaktan korkması olabilir. Belki de seçmenlerinin o şekilde oy kullanmasını istediklerini düşündüğü için kabul oyu vermiştir. Eğer nedenler bunlarsa, yasanın mümkün olduğunca dar yorumlanması gerektiğini umut etmiş olmalıdır, çünkü ya yasanın aptalca olduğunu yahut da ar-

kadaşlarının denetimindeki şirketler için kötü haberler taşıdığını düşünüyordur. Hermes bu sefer tam aksi görüşe meyledecek, Smith'in niyetini belirlerken yasanın nasıl anlaşılacağını düşündüğünü, yoruma ilişkin beklentisini dikkate almak gerektiğini söyleyecektir. En nihayetinde eğer kabul oyunu yasanın belli sonuçlar doğuracağı tahminiyle kullanmış, sonra da bu sonuçlara rıza göstermişse, bu sonuçların ortaya çıkmasından pişmanlık duyacaksa bile, bütüncül bir dahili tavizin parçası olarak alternatif olabilecek şeyi dikkate alarak bu durumu tercih etmiş demektir. Öyleyse meclis üyesinin niyetine dair beklentiler üzerine inşa edilmiş bir teori, meclis üyelerinin çoğunluğunun yürürlüğe konduğu şekliyle yasaya rıza göstermesini garanti altına almış gibi görünüyor. Fakat Hermes'in bu beklenti çözümüyle yaşadığı coşkulu hâl pek uzun süreceğe benzemez, zira tıpkı meclis üyesinin umutları gibi beklentileri de bencil hırsları yansıtıyor olabilir. Böyle bir duruma ise kabul edilebilir bir yasakoyucunun niyeti teorisinde yer yoktur, dolayısıyla da tahminler üzerine kurulu beklentilere de böyle bir teoride yer veremeyiz. Smith Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın uygulanacağı ilk davanın muhafazakâr olmayan yargıçların önüne geleceğini, belki haklı belki haksız şekilde, yasanın düşündüğünden dar yorumlanacağını bekliyor olabilir. Her halükârda bu beklentiye dayalı çözüm genel itibariyle kabul edildiği takdirde bir paradoks teşkil edecektir. Eğer yargıçların, kongre üyelerinin çoğunluğunun psikolojik bir olgu olarak yaptıkları tahmin uyarınca yasaları hayata geçireceği kabul edilecek olursa, yargıç, Smith'in kendisinin ne yapacağına yönelik tahmininin ne olduğunu bulmak durumundadır. Yani Smith, yargıcın Smith'in ne yapacağına dair tahmininin ne olduğunu tahmin etmeye çalışacaktır. Bu döngüsel şekilde sonsuza değin devam eder gider. Böylece elimizde olan şey yasaları anlamının bir tekniği değil, oyun teorisi açısından bir bulmacadır. Meclis üyelerinin, yargıçların yasaları nasıl yorum-

layacağına dair işe yarar bir tahmin yapabilmelerinin koşulu, yargıçların, meclis üyelerinin tahminlerinden bağımsız yorum metotları kullandıklarına inanmalarıdır.⁴

Hermes şu an için bazı sorunlar yaşıyor. Yasakoyucunun niyetine riayet etmesi gerektiğini söyleyerek başlamıştı. Bunun için geçmişteki bazı insanların zihinsel durumlarını keşfedecek, birleştirecek ve hayata geçirecekti. Fakat umutlar ile beklentiler birbirlerinden farklılaştığı durumlarda bu zihinsel durumları ne umutlarla ne de beklentilerle özdeşleştirebildi. Hatta (şimdi göreceği gibi) bu ikisi bir araya gelse bile, tek başlarına beklentileri veya umutları reddetmesine neden olan argümanlar, söz konusu örtüşme için de geçerli olacaktır. Mesela Smith yasanın dar yorumlanacağını umut etmiştir, çünkü şirketteki arkadaşları ve destekçileri bu durumdan kazançlı çıkacaktır; aynı zamanda dar yorumlanacağı beklentisi de içindedir, çünkü ilk davalara muhafazakâr olmayan yargıçların bakacağını tahmin etmektedir. Umutların ve beklentilerin bu şekilde örtüşmesi hâlinde bile Smith'in bu düşüncelerinin, niyetinin ne olduğunu belirlediğini söylemek zor. Hermes kısa sürede bu aşikâr dilemmadan yeni bir düşünceye çıkış noktası bulacaktır: Yasaların yorumuna dair konuşmacının kastettiği anlam teorisi, Smith'in niyetlerinin onun kanaatlerinde aranmasını gerektirir, yani onun adalet ve iyi bir siyasanın neyi gerektirdiğine dair inançlarında. Ne var ki bunlar pekala Smith'in umutlarından veya beklentilerinden farklı olabilirler. Hermes bu çizgiyi takip ettiğinde, yasaları anlamlandırmak için şu âna kadar dikkate aldığından çok daha farklı bir metot geliştirecektir.

Farazi Zihin Durumları

Ancak ben yine de Hermes'in henüz bu düşünceyi kabullenmediğini ve hâlâ umutlar ve beklentilerle boğuştuğunu varsaymak

istiyorum. Hermes Şu âna kadar hiç de makul olmayan bir varsayıma dayanarak iş görüyor, Smith'in oy kullanırken belirgin bir umudunun olduğunu veya gerçekten bir tahminde bulunduğunu düşünüyor. Ama bu sırada durumun hiç de böyle olmayabileceğini fark edebilir. Smith tamamlanmamış barajlar hakkında hiçbir şey düşünmemiş de olabilir, tıpkı vasiyetnamelerle ilgili yasalar için kabul oyu veren meclis üyelerinin Elmer gibi bir katili hiç akıllarına getirmemesi gibi. Öyleyse Hermes niyetin ne olduğunu nasıl belirleyecek? Pek çok hukukçu bu tip durumlarda yargıçların şöyle bir *farazi* soru sorması gerektiğini söyler: Eğer Smith bu sorun hakkında düşünmüş olsa idi niyeti ne olurdu? Farazi bir soruya verilebilecek en iyi cevap belki ortada herhangi bir cevabın olmadığıdır. Eğer Smith *percina tanasi* hakkında herhangi bir şey düşünmemişse, 'eğer *percina tanasi* hakkında düşünmüş olsa idi onu kurtarmak isterdi' yargısı ne doğru olabilir ne de yanlış.⁵ Fakat bazen farazi sorulara verilecek güzel cevaplar da vardır. Smith'in, *percina tanasi* türünün tehlike altında olması hakkında düşünmüş olsa idi, balığı kurtarmak isteyebileceğine dair kanıt tasavvur etmemiz pekala mümkündür. Ama aksi yönde de, yani barajın bir an önce bitirilip çalışmaya başlamasını isteyebileceğine dair kanıtlar tasavvur etmek de mümkün. Fakat Hermes, Smith'in niyetinin onun gerçek umutları veya beklentileriyle ilgili olmadığını zaten kabul etmiş olduğuna göre, onların varsayımsal, farazi umutlar veya beklentiler mi olduğu da önemli olmayacaktır. Böyle olunca da Hermes elimizdeki varsayımsal soruyu belki de şöyle yorumlamak isteyecektir: Kanun hakkındaki görüşmeler devam ederken, içişleri bakanının neredeyse tamamlanmış olduğu bir durumda Tennessee Vadisi Yönetimi'nin barajını durdurma yetkisinin olmadığını bilhassa belirten bir değişiklik önergesi verilecek olsa idi, Smith bu değişiklik önergesinin lehinde mi oy verirdi yoksa aleyhinde mi? Ne kötü bir tesadüftür ki, diyecektir Hermes, bu

soru hiç kimsenin aklına gelmemiş, kimse böyle bir değişiklik önergesi vermemişti; ama bu durumda ‘eğer birileri görüşmeler sırasında akıl edip değişiklik önergesi verseydi ne olurdu’ sorusunun peşine düşmek çok mantıklı gibi duruyor.

Fakat Smith şu veya bu nedenle değişiklik önergesinin lehinde veya aleyhinde oy kullanabilirdi. Mesela yasama organının tatile girmesini geciktirmemek istiyor olabilirdi; veya başka meselelerde yardımlarına ihtiyaç duyduğu mali destekçilerini kızdırmamayı tercih edebilir; veyahut da TVY’den bir görevlinin şantajına maruz kalmış olabilirdi. Esasında sorun daha da temeldedir: Kullanacağı oy hiç şüphesiz değişikliğin ne zaman ve hangi koşullar altında sunulduğuna, değişiklik önergesinde hangi ifadelerin tercih edildiğine bağlı olacaktır. Belki metnin yasalaşması sürecinin başlarında böyle bir önerge gelse değişiklik lehine oy kullanacaktı Smith ama sürecin sonlarına doğru gelen değişiklik önergesi için, tasarının bir bütün olarak geçmesini daha fazla geciktirmemek adına ret oyu kullanabilirdi. Değişiklik önergesi başka değişiklik önergeleriyle birlikte bir paket olarak gündeme gelmiş de olabilirdi; Smith ise diğer değişiklik önergelerinde öngörülen değişikliklerin gerçekleşmesini çok istediği için bu konuya ilişkin değişikliğe de, çekincelerine rağmen kabul oyu vermek durumunda kalabilirdi. Öyleyse Hermes’in, soracağı farazi soruyu biraz daha açıklıkla tasarlaması gerekiyor. Hermes bir değişiklik önergesinin verilmemiş olmasını tesadüf olarak nitelemekten daha fazlasını söylemeli; hangi değişiklik önergesinin getirileceğini varsayıyor ise, bunu dile getirmeli. Ne var ki bunun makul bir cevabı yok. Sözgelimi, bu sorunun farkına varılmış olsaydı bile meseleyi açıklığa kavuşturacak bir değişiklik önergesinin nihai oylamadan önce verileceğini söylemek için yeterli nedenimiz olmazdı. Öyleyse Smith’in niyetinin *percina tanasi* hakkındaki belirli bir görüşten ibaret olduğunu ve bunun sadece önerge-

nin ne zaman ve hangi koşullar altında verildiğinden bağımsız şekilde oy kullandığında ortaya çıktığını söylemek mi lazım? Çok sert bir cevap olurdu bu, öyle ki bu testi geçecek hiçbir kanun hükmü bulamazdık. Esasında New Yorklu meclis üyelerinin, murisi öldüren mirasçılarının mirastan mahrum kalmasını öngören bir yasa değişikliği önerisine, öneri hangi koşulda ve ne zaman getirilmiş olursa olsun yine de kabul oyu vereceğini söylemek bile çok iddialı olurdu.

Farazi değişikliğimizin kaleme alınmasıyla ilgili ikinci ihtimal çok daha fazla sorun çıkarmaya aday. Smith'in oylayacağı değişiklik TVY projelerinde içişleri bakanının kontrolünü tümenden devre dışı bırakıyordu. Fakat bu kadar özgülenmiş bir değişiklik önergesinin gündeme gelme ihtimali oldukça düşük. Verilecek bir değişiklik önergesi olsa olsa bir türün tehlike altında olduğunun belirlenmesinden önce izin verilmiş, inşaatına başlanmış veya büyük ölçüde tamamlanmış olan projelerin içişleri bakanlığının yetkisinin haricinde tutulmasını öngörebilirdi. Veya böyle bir değişiklik izin verilmiş (veya belki de inşaatına başlanmış olan) projeler söz konusu olduğunda, içişleri bakanının yetkisini kullanırken "makul" olmasını, yani tehlikede olan tür ile projenin sahip olduğu önemi, inşaatın tamamlanma oranını vb. dikkate almasını gerektirebilirdi. Kabul edildiği takdirde TVY projesinin bakanın yetkisi dışında tutulmasını haklı çıkaracak sayısız değişiklik hayal edebiliriz. Eğer oy vermek durumunda kalsaydı Smith, bunlardan bir kısmına kabul diğer bir kısmına ise ret yönünde oy verebilirdi. Hermes yine belli bir değişikliği seçip Smith'in eğer uygun bir değişiklik önergesi verilseydi TVY lehinde mi aleyhinde mi oy kullanacağına karar verirken onu esas almalı; ama yine söyleyelim, bu tercihin makul bir nedeni olmayacaktır.

KANAATLER

Taze Bir Başlangıç

Şimdi, Hermes'in, ben onu farazi niyetler hakkında düşünmeye zorlamadan önce meylettiği yeni düşünceye dönelim. Hermes, Smith'in umutlarına, beklentilerine veya hiç ortaya çıkmamış durumlarda yapacağı şeylere değil, oy kullanırken yaslandığı siyasi kanaatlere veya bir ilke oyluyor olsa idi sahip olacağı kanaatlere bakacaktı. Smith'in adalet ile hakkaniyet hakkında ve bir bütün olarak toplumu daha iyi kılmada korumaya ilişkin hangi siyasaların daha etkili olacağı hususunda pek çok inanca ve tutuma sahip olduğunu varsayabiliriz. Kâmil bir siyaset, ahlak ve iktisat teorisine sahip olacağını iddia etmiyorum. Adalet, hakkaniyete ve hikmetli bir siyasaya dair kanaatleri biçimsiz ve eksik olabilir, bu kanaatler felsefî yargılar olmaktan ziyade üzerinde düşünülmemiş içgüdü ve sezgilerle oluşmuş olabilir. Fakat bu türden kanaatlere yine sahip demektir ve bu, daha önce tahayyül ettiğimiz diğer saiklere de sahip olmasıyla tümüyle uyumludur. Hatırlayacak olursak bu saikler kendi siyasi veya mali kariyerini ileriye taşıma, partisinin siyasi istikbali veya büyük şirketleri yöneten dostlarının zenginliği idi. Bu tip kanaatlere sahip olması, zaman zaman hatta çoğu zaman kanaatlerine göre değil de saikleri uyarınca hareket etmesiyle de uyumludur.

Hermes'in yeni önerisi, Smith'in Tehlike Altındaki Türler Yasası lehine oy verirken sahip olduğu niyeti, oyunu gereçlendiren kanaatleri içerisinde görür, eğer böyle bir gerekçe varsa tabii. Smith'in esasında *percina tanasi* hakkında hiçbir şey düşünmediğini fark eden Hermes'in artık onun neyi umut etmiş olduğu, hangi beklenti içerisinde olduğu veya eğer bir değişiklik önergesi verilmiş olsaydı hangi oyu kullanacağı hakkında farazi spekülasyonlarda bulunmaya ihtiyacı yoktur. Kesinlikle farazi olmayan şu soruyu sorabilir artık: Smith'in, keşfedebildiğimiz kadarıyla siyasi kanaatlerinden çıkan sonuca göre, içişleri ba-

kanının henüz tamamlanmamış bir barajın durdurulmasına dair yetkisi hakkındaki görüşü nedir? Smith *percina tanasi* hakkında hiçbir şey duymamış olabilir ama buna rağmen elimizdeki sorunla ilgili bazı kanaatleri olsa gerek. Mesela türlerin korunmasının çok önemli bir mesele olduğuna, kurtarılma imkânı varken bir türün yok olmasına neden olmanın bütün bir ulus bakımından utanılması gereken bir şey olduğuna inanıyor olabilir. Eğer böyle ise, Hermes'in, Smith'in ortaya çıkarabildiğimiz kadarıyla kanaatlerinin, barajın değil de balığın korunmasını gerektirdiği sonucuna ulaşması gerekçelendirilmiş demektir. Öyleyse, kanaatler yaklaşımı, yasaların yorumlanmasına ilişkin ders kitaplarında oldukça yaygın şekilde görülen çoğunca gizemli ve her zaman da keyfi olan farazi araçları ortadan kaldırır. Hermes kanaatleri temel alan okumayı daha geniş bir zeminde değerlendirdiği diğer okumalara da tercih edecektir, çünkü kanaatleri temel alan okuma ilke toplumunun amaçlarına daha iyi uymaktadır. Böyle bir toplumun üyeleri meclis üyelerinin ilkeli ve bütünlüğe riayet eder şekilde eylemde bulunmasını beklerler. Bu hedef ise yasama, meclis üyeleri arasında rahatlıkla gözlemleyebildiğimiz kişisel hırsların değil, bir bütün olarak yasama organında baskın olan kanaatlerin ışığı altında ilerletilebilir.

Hermes çeşitli nedenlere dayanarak kanaatleri temel alan okumayı kabul ettiğinde, yasamayı iletişim olarak gösteren ilk resmin oldukça uzağına gitmiş bulunuyor. Smith'in kullandığı oylar artık kanaatlerinin delilini teşkil ediyor ama bu, konuşmacının düşüncelerini ifade etmek için kullandığı ifadelerin cümlelere dökülmesi tarzından farklıdır.

Çatışan Kanaatler ve Baskın Kanaatler

Hermes'in bu yeni görüşü, ne var ki, yeni sorunlara gebe. Smith'in siyasi kanaatleri, her ne kadar kaba ve eksik olsalar

da, inançlara ve tutumlara dair tesadüfî bir alışveriş listesinden ibaret değil. Smith'in neyin hakkaniyetli, adil ve bilgelik dolu, neyin hakkaniyete aykırı, gayri-adil ve aptalca olduğu konusunda, neyin ulusal çıkarı uygun, neyin ulusal çıkarın aleyhinde olduğu hususunda pek çok görüşü vardır. Fakat Smith bunların hiyerarşik bir yapı oluşturduğunu düşünür. Bir kısmı temel veya esasa müteallik iken, diğerleri onlara dayanmaktadır, onları desteklemektedir veya hem dayanmakta hem de desteklemektedir. Smith, Herkülvari bir ahlakçı olmadıkça bu farklı görüşler mükemmel bir tutarlılığa sahip olamayacaklardır. Halihazırdaki meselemize daha da yaklaştırarak söyleyecek olursak, söz konusu görüşler, Hermes'in de yapması gerektiği gibi, bu görüşlerin üzerine bütünlüğün talep ettiği gerekçe niteliği taşıyan tek, tutarlı bir yapı yerleştirmeye çalışan herhangi bir kişiye mükemmelen tutarlı görünmeyeceklerdir. Bu kişi, Smith'in koruma siyasaları hakkındaki görüşlerini, yine Smith'in imar ve inşaat yasalarına ilişkin oyları ve beyanları ile ifade ettiği, devletin ulusal estetik standartlarını dayatmasının ne ölçüde adil ve makul olduğu hakkındaki görüşleri ile derinden çelişir hâlde görecektir. Veya belki de Smith'in koruma siyasaları hakkındaki görüşleri, belediyeler veya vergi siyasası hakkında, yerele ilişkin somut ekonomik çıkarların çoğu mukayese edilebilir bir mali kayba uğramayacak ulusal çoğunluğun tercihlerine feda edilip edilmeyeceği konusunda kullandığı oylarla ve bu konular hakkındaki beyanları ile de çelişir görünecektir. Veyahut da siyasi hakkaniyet hakkındaki, yani kamu çıkarının ne olduğuna dair bir anlayışta karar kılaacağı bir durumda halkın görüşünü takip etmektense devletin yeni bir görüşe ulaşmak için ne ölçüde yetkiye sahip olduğuna dair, Smith'in, devletin sanata yönelik teşvik yardımları hakkında beyan ettiği fikirler ve kullandığı oylarla ortaya çıkan görüşleriyle çelişir hâlde görünecektir.

Hermes, Smith'in görüşlerini umutlar veya beklentiler olarak ele alırken, yahut da *percina tanasi* meselesi sırasında ortaya çıkmış olsaydı nasıl oy kullanacağı hakkında kafa yorarken bu potansiyel çatışmaların veya çelişkilerin hiçbiri onu kaygılandırmamıştı. Yasalaşma sürecinde getirilen bir değişiklik önergesi için Smith'in kullanacağı farazi oyun önemli olduğunu adederken sahip olduğu nedenler, kullandığı diğer oylarla insicamlı olmaması hâlinde tehlikeye düşmüyordu. Fakat Hermes'in bu yeni kanaatler yaklaşımı oldukça farklıdır. Hermes artık yasaların bir ilke toplumunun amaçlarına hizmet etmek üzere anlamlandırılması gerektiğine inanıyor. Yani buna göre yasalar, yasaları çıkaran mecliste hâkim olan tutarlı bir kanaat şemasını yansıtır şekilde anlamlandırılmalı. Hermes, Smith'in görüşlerinin diğer üyeleri temsil ettiğini varsayıyor. Eğer Smith'in, elimizdeki bazı somut görüşlerinin yine ona ait daha genel ve temel siyasi kanaatlerle çeliştiğinden veya onlar tarafından kınandığından şüpheleniyor ise yasanın hangi şekilde anlamlandırılmasının Smith'in kanaatlerinin bir arada, mümkün olduğunca tutarlı, belli bir yapıya sahip bir düşünceler sistemi olmasına hizmet edeceğini sorması gerekecektir.

Bu önemli bir sonuç, zira kısaca göreceğimiz gibi bu sonuç Hermes'i adım adım Herkül'e, Herkül'ün bir yasayı okurken kullandığı yorum metotlarına yaklaştıracaktır. Nitekim Hermes, işe, bu metotları reddederek başlamıştı. Ne var ki bu sonucun önemini takdir edememeye neden olabilecek bir mantık hatasına işaret etmek üzere bir an için durmamız lazım. Kastettiğim hata, Smith'in çok sayıdaki kanaatinin esasında hiçbir zaman birbirleriyle çatışmayacağını düşünme ihtimali. Bu hatanın oldukça kaba bir biçimini, kimsenin düşünmeye meyletmeyeceği bir örneğini anlatarak başlayayım. Varsayalım ki Smith, daha önce de tahayyül ettiğimiz gibi, türlerin korunmasının bütün bir ulusun büyük fedakârlık yapmasını gerektirecek ölçüde ciddi

bir öneme sahip olduğuna inanıyor. *Percina tanasi*'nin farkında ve TVY'ye ait barajın tamamlanması ve açılması gerektiğine de inanıyor. Ne var ki olgularla ilgili hatalı bir kanaya sahip. Sözelimi, barajın açıldıktan sonra balığın yegâne yaşam alanını ortadan kaldıracağını fark edememiş. Böyle bir olgusal hata yaptığını bildiğimiz takdirde, barajın açılması gerektiğine dair somut kanaatinin, çok maliyetli olsa bile türlerin kesinlikle korunması gerektiğine dair daha soyut olan kanaatiyle çeliştiğini söylemenin doğru olduğunu düşünebiliriz. Bu söylediğimize yöneltilebilecek şu saçma itiraza bakalım: “Smith’in fikirleri çatışma içerisinde değil, çünkü sahip olduğu ilk kanaat, türleri fiilen tehdit eden bütün yasaları kınamıyor, sadece türleri tehdit ettiğini *düşündüğü* yasaları kınıyor. Dolayısıyla her ne kadar barajın *percina tanasi*'ye etkisi hususunda hatalı ise de herhangi bir çelişkiyle suçlanması mümkün değildir. Hermes barajın açılmasına izin vermekle, onun kanaatlerinin hayata geçmesini sağlayacak.” Buradaki saçmalık, itirazın, bir kanaatin içeriğine bakış tarzında saklıdır. Smith'in, türleri tehdit ettiğini *düşündüğü* yasaların karşısında olduğunu *bildiğini* söyleyebiliriz; bununla kastettiğimiz, bu eylemlerin, Smith'in, kanaatlerinin kınadığının *farkında olduğu* yegâne eylemler olduğudur. Fakat bu kanaatin bizzat kendisini, kanaatin Smith açısından taşıdığı anlamı yansıtmak üzere, sadece Smith'in türleri tehdit ettiğine inandığı yasaların yanlış olduğu şeklinde ifade etmek doğru olmayacaktır. Kişinin kanaatinden çıkan sonucun, kanaat sahibinin olgular hakkında ne düşündüğüne değil, olguların gerçekte ne olduğuna dayandığını kabul etmedikçe, o kişinin kanaatine dair bir şey söylemiş olamazsınız.

Burada bilgi ile kanaat arasında ortaya çıkan karşıtlık, hayati önemi haizdir. Şu iki argümanı kıyas edelim: (1) Oedipus yol ayrımında karşılaştığı adamı öldürür. Yol ayrımında karşılaştığı adam, babasıdır. Öyleyse Oedipus babasını öldürmüştür. (2) Oe-

dipus yol ayrımında karşılaştığı adamı öldürmekte olduğunu bilmektedir. Yol ayrımında karşılaştığı adam Oedipus'un babasıdır. Öyleyse Oedipus babasını öldürdüğünü bilmektedir. Bunlardan ilk argüman geçerli, ikincisi ise geçerli değil. Zira farklı anlamları, aynı şeye atıf yapıyor bile olsalar, kişinin ne yaptığından ziyade ne düşündüğünü tarif eden önermelerin yerine koyamazsınız. (Filozoflar düşünce veya bilgi bağlamlarını “transparan” değil “opak” olarak nitelendirir.)⁶ Şu argüman da aynı nedenle geçersizdir: Smith türleri tehdit eden projelerin sonlandırılması gerektiğine inandığı, bu proje de türleri tehdit ettiği için, Smith bu projenin sonlandırılması gerektiğine inanmaktadır. Fakat kanaatleri dile getiren beyanlar, bu kanaatlerin sahibi olan kişiler tarafından dile getirildikleri şekliyle, yerine başka şeylerin koyulması açısından transparandırlar. Dolayısıyla da Smith'in barajın yıkılmasını “istediğini” veya onun kanaatlerinden baraj inşaatının durdurulması gerektiği “sonucunun çıktığını” söylemek yanlış ve yanıltıcı olmaz, bilakis doğru olur.

Öyleyse, kanaat dile getiren ifadelerin mantığı hakkındaki bir hataya dayandığı için, saçma olduğunu söylediğim bu itirazı kolaylıkla reddedebiliyoruz. Ama başka bir sahnede, aynı hataya dayanan aynı itirazın farklı bir kurgusuna karşı gardımızı almamız gerekiyor, zira o sahnede bu itiraz biraz daha akla yatkın görünüyor olabilir. Diyelim ki Smith'in daha ılımlı, birbirlerine yakın kanaatleri var. Türlerin korunması gerektiğini düşünüyor ama bu meselenin en önemli mesele olduğuna inanmıyor. Eğer çok önemli olmayan türlerin korunması kamu maliyesi ve diğer kamu hedefleri açısından açıkça “gayri-makul” ise, işleri bakanının bu önemli olmayan türleri koruma yetkisinin olmaması gerektiğini düşünüyor. Aynı zamanda TVY projesine *percina tanasi*'nin kurtarılması için son verilmesi gerektiğini de düşünüyor. Herhangi bir “olgusal” hata yapmadığını varsayıyoruz fakat bu şartlar altında barajın

durdurulmasının gayri-makul olmayacağı şeklindeki yargısı da Hermes'in ona kolaylıkla atfedebileceği diğer fikirleriyle insicam içerisinde olmayabilecektir. Smith, başka bir durumda, türlerin korunması ile bunun kamuya maliyetinin görece önemi hakkındaki oldukça farklı bir yargıyı temel alarak karar verebilecektir. Sözgelimi, çok daha az maliyetli koruma önlemlerinin aleyhinde ve önemli kamu harcamalarındaki kesintilerin lehinde oy kullanabilirdi ve bu oylarının sonucu, baraj projesinin iptal edilmesinin kazandıracığından çok daha az tasarruf ettiriyor olabilirdi. Hermes bu durumda Smith'in *percina tanasi* hakkındaki olaya özgü düşüncesinin genel itibarıyla yine kendisinin kanaatleriyle insicam içerisinde olmadığını düşünecektir. Smith genel kanaatlerini bu belirli olaya uygularken hata etmiştir, bu seferki hatası farklı bir niteliktedir.

Smith'in fikirlerinin çatışma hâlinde olmadığı, durdurmak gayri-makul olmadıkça projelerin durdurulmaması gerektiğine inansa da, TVY barajının inşaatının durdurulmasının gayri-makul olacağını düşünmediği söylenerek yine itiraz edilebilir. Fakat bu, birkaç dakika önce ileri sürülen itirazdan daha geçerli değildir, zira Smith'in soyut kanaatinin içeriğine dair yanlış bir bakışı temsil ediyor. Smith, *kendisinin*, yani Smith'in gayri-makul olduğunu düşündüğü durumlarda işleri bakanının yetkili olmasını savunmuyor –bu çok acayip bir görüş olurdu. Smith işleri bakanının *gerçekten* gayri-makul olan durumlarda karar verme yetkisine sahip olmaması gerektiğini söylüyor. Smith'in kanaatine vereceğimiz başka bir anlam onu kanaat olmaktan çıkarır ve kanaatin, yeni barajın fiili sonuçları hakkında “olgusal” dilden ziyade makuliyet hakkında “yargıda bulunan” bir dil ile ifade edilmiş olmasının bu açıdan hiçbir anlamı kalmayacaktır. Ancak Hermes hâlâ *percina tanasi* hakkındaki bu belirli kanaatin, Smith'in makuliyet hakkındaki daha genel kanaatleriyle insicam içerisinde olup olmadığını sormak durumundadır. Eğer

insicamlı değillerse, Hermes, bu kanaatlerden hangisini hayata geçireceğine karar vermelidir.

Herkül'e Doğru

Eğer Hermes bu sorunu bir yorum meselesi olarak ele alır, Smith'in, türlerin korunması ile diğer hedeflerin görelî önemi hakkındaki, siyasi davranışını bir bütün olarak anlamlı kılacak görüşlerini bulmaya çalışır ise, muhtemelen, *percina tanasi* hakkındaki görüşünün, sahip olduğu daha genel görüşler dizisi çerçevesinde bir hata olduğuna karar verecektir. Böyle olunca da Smith'in kanaatlerine bir bütün olarak daha iyi riayet etmiş olmak için, *percina tanasi* hakkındaki bu olaya özgü düşüncesini göz ardı etmek ve barajın açılmasına izin vermek gerektiğini düşünecektir. Peki, onun kanaatlerine bu somut görüşe uyarak daha iyi riayet edileceği yönündeki aksi yönde bir kararın gerekçesi ne olabilirdi? (Unutmayalım, Smith bu konudaki somut görüşünü hiçbir zaman resmi bir yolla ifade etmemişti; Hermes'in tek bildiği, diğer genel kanaatlerini nasıl ifade ettiyse, bunu da o şekilde ifade ettiği; üstelik yine unutmadan, bu diğer genel kanaatler ile somut görüşü birbirleriyle insicam içerisinde değil.) Şöyle söylenebilir: Yargıçlar ile meclis üyeleri *herhangi bir* mesele hakkında anlaşamamışlarsa, yasamanın üstünlüğü ilkesi, meclis üyelerinin görüşünün belirleyici olması gerektiğini iddia eder. Olayımızda Smith ile Hermes'in üzerinde uzlaşmadığı bir husus bulunmaktadır: Smith'in *percina tanasi* hakkındaki görüşü, onun makul yönetim hakkındaki daha genel görüşleriyle uyumlu mudur, değil midir? Smith bunların uyumsuz olmadığını düşünmektedir. Dolayısıyla eğer Hermes, Smith'in *percina tanasi* hakkındaki görüşünü göz ardı ederse, bu görüşün yerine kendisinde uyumlu başka bir görüşü koyacaktır. Yargıçların yapmaması gereken, tam da budur.

Fakat bu itiraz defalarca işaret ettiğimiz hatayı tekrarlamış olur. Bir yargıç bir yasayı nasıl anlamlandırması gerektiğine dair bir teoriyi geliştirir ve uygularken en nihayetinde kendi kişisel görüşlerine dayanmak zorundadır. Döngüsellğe düşmeden bu anlamlandırma görevini yasama organına tevdi edemez, zira, anlamaya ilişkin teorisinde yasamanın çıkardığı yasaları kullanacak olan kendisidir. Hermes, yürüttüğü tartışmada şu an için ulaştığı noktada, hangi şartlar altında bir meclis üyesinin farklı kanaatlerinin birbirleriyle çatıştığına, çatışıyor iseler bunlardan hangisini seçmek zorunda olduğuna karar vermek durumunda. Bu sorunu, zaten hakkında karar vereceği kanaatlerin sahibi olan yasakoyuculara tevdi edemez. Zira sorun, görüşler arasında çatışma olup olmadığıdır, ne yaptıkları hakkında ne düşündükleri değil. Bu ise bizzat Hermes'in cevaplama gereken bir sorudur. Hermes, Smith'in hangi kanaatlerinin insicamsız olduğuna dair görüşünün bizzat kendisinin de ihtilafı olduğunu, farklı yargıçların bununla ilgili farklı kararlar vereceğini de pekala bilmektedir. Fakat kaçınılmaz bir durum bu. Buraya kadar olan kısımda gördüğümüz diğer meselelerde, mesela kimin yasakoyucu sayılacağı gibi, bu meseleden artık daha fazla kaçmayaacağız. Hermes'in kendi siyasi kanaatleri, farklı sorunları ilgilendiren bu kanaatler, sahip olduğu yegâne kanaatlerdir.

Öyleyse Hermes'in, *percina tanasi* davasında verilecek hangi kararın, Smith'in, bir dizi veya sistem oluşturan kanaatlerine en iyi surette riayet etmiş olacağını görebilmesi için bu kanaatleri daha genel ve yorumlar tarzda –türlerin korunmasından çok uzakmış gibi görünen meselelerle ilgili durumlarda nasıl oy kullandığına ve neler söylediğine bakarak– incelemesinden başka seçeneği bulunmuyor. Bu süreci Smith'in *percina tanasi* hakkındaki görüşüne dair bildiklerini göz ardı ederek sonlandırması da mümkündür. Hermes'in yoruma dayanan bu projesinde ihtiyaç duyduğu kanıtlar, öncelikle Smith'in kullandığı oylar ile

beyanları, meclis üyesi pozisyonu boyunca yasamayla ilgili yaptığı işler veya kişisel yasama tarihçesi, eğer görüşleri değişmiş gibi duruyorsa da, yakın zamandaki yasamayla ilgili faaliyetleridir. Hermes, nasıl bir kanaatler sisteminin, Smith'in meclis üyesi pozisyonunda yapıp ettiklerini bütün olarak en iyi şekilde gerekçelendirdiğini soracaktır. Şimdi, daha önce karşılaştığı bir sorunun, somut meclis üyelerinin "niyetleri"nin meclisin bizzat kendisinin kurumsal niyeti olarak birleştirilmesi sorununun, Hermes'in kararını nasıl etkilediğine bir bakalım.

Bu sorunu, imkân dahilinde olmayan bir varsayımla "çözmüştük". Varsayımımıza göre sorun ortaya çıkmıyordu çünkü yasanın lehine oy veren bütün meclis üyeleri tıpatıp aynı "niyetlerle" oy kullanmıştı. Eğer niyetlerin birleştirilmesiyle ilgili sorunu çözmek için bu varsayımı kullanmaya devam edeceksek, Hermes'in ulaştığı sonuçları dikkate alması için üzerinde bazı değişiklikler yapmamız gerekiyor. Şimdi kabul etmemiz gerek şey, her bir meclis üyesinin *percina tanasi* hakkında aynı somut görüşlere sahip olduğu değil, her birinin siyasi ve ahlaki kanaatlere dair aynı genel sisteme sahip olmasıdır. Bu sistem, yasama faaliyetlerinin tamamına ilişkin alandaki benzer oylarla tezahür etmektedir. Ne var ki yaptığımız bu değişiklik düpedüz saçma. Öyleyse niyetlerin birleştirilmesiyle ilgili sorun hâlâ canlı. Hermes ise bir anlığına duraksadıktan sonra şu yeni cevabı verebilir: Her bir meclis üyesinin siyasi geçmişini ayrı ayrı incelemeli, meclis üyelerinin genel kanaatler sisteminden, bu kanaatler arasındaki çatışmalar teşhis edilip çözümlendikten sonra içişleri bakanının baraj inşaatını durdurma yetkisi hakkında hangi görüşün çıktığı bu şekilde belirlenmelidir. Bu takdirde Hermes farklı görüşleri meclisin görüşü olarak birleştirmek için bir metot seçmek durumundadır. Ne var ki birdenbire fark eder ki, aynı hedefe yönelmiş, daha doğrudan ve daha kullanışlı bir yol öneren, alternatif bir strateji vardır. Bu stratejiye göre, yorumlayıcı

muhayyilesini farklı meclis üyelerinin mecliste ne yaptıklarına değil de meclisin bizzat kendisine odaklayabilir, hangi tutarlı siyasi kanaatler sisteminin *meclisin* bugüne değin yaptığı işleri en iyi şekilde gerekçelendireceğini sorabilir.

Öyle görünüyor ki, Hermes yasakoyucunun niyetine dair konuşmacının kastettiği anlam teorisinin bir tür zihinsel durum versiyonuna kapılmış hâlde iken, meclisin bizzat kendisinin “niyetini” öne çıkarmak metafiziksel bir hata imiş. Yasakoyucunun niyetini birinin zihninde olan şey ve oy kullanmak suretiyle iletişimde bulunmak olarak düşündüğümüz müddetçe, kurumların zihinleri olmadığına göre, belirli insanların zihinsel durumlarını öne çıkarmak durumunda kalırız. O zaman da bu tekil niyetleri kolektif, kurgusal bir grup niyeti olarak nasıl bir araya getireceğimizi düşünmeye başlarız. Fakat Hermes, bir meclis üyesinin dikkate alınması gereken niyetinin, onun bazı umutları, beklentileri veya münferit somut görüşleriyle değil, kül hâlindeki kanaatleriyle ilgili bir mesele olduğuna, bu kanaatlerin inşai bir yorumla düzenleneceğine karar verdiği anda zihinsel durumların peşine düşmekten vazgeçmişti. İnşai yorumu hem kurumların hem de bireylerin geçmişlerine ve pratiklerine yönlendirmek mümkündür. Hermes’in, kanaatleri doğrudan meclisin kendisine yöneltmemek için geçerli bir nedeni yoktur.

Öyleyse Hermes’in karşılaştırmak durumunda olduğu iki strateji var. İlk stratejiyi kullanacak olursa, yasakoyucunun “niyetini” iki adımda inşa edebilecektir, önce tekil meclis üyelerinin her birinin yaptığı şeyi gerekçelendirecek olan kanaatleri keşfetmek için onların geçmişlerini yorumlayacak, arkasından da bu tekil kanaatleri yekpare bir kurumsal kanaat olarak birleştirecektir. İkinci stratejiyi kullandığı takdirde ise tek bir adımda meclisin yapmış olduğu işi gerekçelendirecek kanaatleri keşfedebilmek için bizzat meclisin kendisinin geçmişini yorumlayacaktır. Belirteceğim nedenden dolayı Hermes bunlardan ikincisini seçecektir. Eğer ilk

stratejiyi seçerse, tekil kanaatleri tek bir grup niyeti hâline getirmek için bir formüle ihtiyaç duyacaktır ve bu formül, meclis üyesinin doğrudan konuyla ilgisi olan umutlarını, beklentilerini veya somut fikirlerini değil de onun kanaatlerinin genel yapısını arama nedenlerine riayet etmelidir. Bu arayışın nedenleri, bütünlüğe dair nedenlerdir. Hermes genel kanaatlerin peşindedir, çünkü bir ilke toplumunda yasama, mümkün olduğunca, tutarlı bir ilke şemasını yansıtır şekilde anlaşılmalıdır. Dolayısıyla ilk strateji için ihtiyaç duyduğu formül şudur: Tekil kanaatleri öyle bir şekilde birleştirmelidir ki, bu birleşim, bir bütün olarak yasama organının bir ilke toplumunun hizmetkarı olarak eylemde bulunduğu söylenmesini mümkün kılacak en kabul edilebilir kanaatler kümesini şu veya bu şekilde bize sağlıyor olmalıdır. Fakat bu aynı zamanda, ilk (kabul edilemez ve uygulanamaz) stratejinin, ikinci stratejinin doğrudan ulaştığı aynı sonuca ulaşmadığı sürece başarısız olacağı anlamına da gelir. Oldukça ürkütücü görünen niyetlerin birleştirilmesi sorunu artık sahte sorun hâline geldi; Hermes'in tekil meclis üyelerinin kanaatlerini birleştirmesine gerek yok, çünkü daha baştan kurumun geçmişini yorumluyor, tek tek yasakoyucuların geçmişlerini değil. Hukuk retoriğinde göklere çıkarılan doktrin –yani yasaların mutlaka arkalarındaki niyetlere bakılarak uygulanması gerektiği iddiası– artık asıl rengini göstermeye başladı. Yargıçların yasaları anlamlandırırken bir motto olarak iş gören yegâne ilke, 6. Bölümde ele aldığımız yargılamada bütünlük ilkesidir. Artık Hermes'ten ayrılabiliriz. Hermes'in yeni metodu daha özenli bir incelemeyi hak ediyor ama bunu onunla birlikte yapmayacağız, çünkü Hermes artık Herkül'ün ikizi hâline gelmiştir.

HERKÜL'ÜN METODU

Herkül'ün yasaları okurken kullandığını söylediğim metodu, ilk bakışta bu yasaları yaratan kişilerin gerçekteki görüş ve arzularına pek az önem veriyor gibi duruyor. Dolayısıyla biz de

yasakoyucunun niyetine dair, konuşmacının kastettiği anlam adını verdiğim, daha ortodoks bir versiyonu ele aldık. Fakat bu teori bizi yine Herkül'ün, yasaların bir bütün olarak yasa sürecinin en iyi yorumundan kaynaklanan tarzda okunması gerektiği şeklindeki düşüncesine götürdü. Bunun uygulamada ne anlama geldiğini görmemiz gerekiyor. Uygulamaya dair aklımızda bir şeyler var, zira Herkül'ün *common law* içtihatlarını nasıl yorumladığını biliyoruz. Fakat yasalar, içtihat şeklindeki yargı kararlarından farklıdır, bu yüzden biz de Herkül'ün, önüne geçmişteki yargı kararları koyulduğunda değil, bir yasayı uygulamak durumunda kaldığında neler yaptığını incelemeliyiz. Sözgelimi, acaba Herkül *percina tanasi* davası söz konusu olduğunda ne yapardı?

Herkül'ün *percina tanasi*'deki ihtilafla ilgili önemli olan bütün meselelere dair bizzat kendine ait görüşlere sahip olduğunu varsayıyorum. Genel olarak korumayla ilgili, kamu gücüne dair, *Appalachia* bölgesinin geliştirilmesinin en iyi yolu hakkında, türlerin korunması hususunda –özetle, her şey dikkate alındığında, TVY barajı inşaatının durdurulmasının en iyi karar olup olmayacağı hakkındaki görüşlere sahiptir. Baraj inşaatının durdurulmasını istediğini düşünelim. Ama bunu *percina tanasi*'yi önemseydiğinden veya türlerin korunmasını dert edindiğinden fiilan değil de estetik nedenlerle, barajın tahrip edeceği suyollarını oldukları gibi bırakmayı tercih ettiği için istiyor olsun. (İçişleri bakanını *percina tanasi*'nin tehlike altındaki bir tür olduğunu ilan etmeye zorlayanların bu saike sahip olduklarına şüphe yok.) Bu metot Herkül'ün yasayı okurken, baraj inşaatının durdurulmasının topluma en iyi şekilde hizmet etmek anlamına geldiğinden, içişleri bakanının böyle bir yetkiye sahip olduğunu içerir şekilde anlamlandırılması gerektiğini söylemesine izin verir mi? Böyle bir karar yasayı devlet adamlığının olabilecek en iyi ürünü (en azından Herkül'e göre) kılmaz mı?

Hayır, kılmaz. Zira Herkül yasanın nihayetinde alabileceği en iyi anlamın ne olduğunu bulmaya çalışmıyor. Peşinde olduğu şey, geçmişteki yasamayla ilgili olayların gerekçesinin nasıl en iyi şekilde inşa edilebileceğidir. Toplum tarihine ait bir parçayı –belli şartlar altında belli bir metni yasalaştırmış olan, demokratik yollarla seçilmiş meclisin hikâyesini– bütünü itibariyle en iyi şekilde aydınlatmaya çalışıyor ve bu da açıklamasının hikâyesinin sonunu değil, bütününe haklı çıkarması gerektiği anlamına geliyor. Yani yaptığı yorum sadece adalet ve iyi bir koruma siyaseti hakkındaki kanaatlerine duyarlı olmamalıdır. Gerçi bunların da rol oynayacağı bir bölüm var, ama yaptığı yorum asıl olarak siyasi bütünlük, hakkaniyet ve usule uygunluk idealleri hakkındaki kanaatlerine, bilhassa da bu ideallerin bir demokraside yaşamaya uygulandığı şekline duyarlı olmalıdır.

Metnin İnsicamı

İnsicam ve hakkaniyet, adalet ile hikmeti [*wisdom*] Herkül için çeşitli şekillerde sınırlayacaktır. İnsicam, Herkül'ün, hayata geçirmesi istenen her bir yasa için bir gerekçe inşa etmesini gerektirir. Bu gerekçe yasaya uymalı ve eğer mümkünse yürürlükteki diğer yasalarla da insicamlı olmalıdır.⁷ Bu şu anlama geliyor: Herkül hangi ilke ve siyasaların hangi birleşiminin, bunlar kendi aralarında yarıştığında hangisine öncelik tanınacağı da belli olacak şekilde, yasanın açık lafzının açıkça gerektirdiği şeyin en iyi temelini sağladığını kendisine sormalıdır. Herkül şu an için bir *common law* içtihatları dizisini değil de bir yasayı gerekçelendirmekte olduğundan, 7. Bölümde teşhis ettiğimiz özel sınırlar söz konusu değildir: İlkeler kadar siyasalar için olan gerekçeleri de dikkate alacak ve bazı durumlarda hangi gerekçelendirme formunun daha uygun olacağı bir sorun olarak karşısına çıkabilecektir. (Doğum kontrol ilaçlarını destekleyen bir yasanın gerekçelendirilebilmesi için ya doğum kontrol ilaçları kullanı-

lamadığında kendilerinden yararlanılmadığı için ihlal edilmiş olan haklar varsayılmalıdır –ki bu bir ilke meselesidir– yahut da nüfusun çok hızlı artmasından endişe ediliyor olmalıdır –ki bu da bir siyasa meselesidir. Veyahut da bunların ikisi de söz konusu olmalıdır.) Fakat Herkül’ün sunduğunu tahayyül ettiğimiz siyasa gerekçelendirmesi, yani yasanın amacının tarım arazilerini çirkin ve çevreyi bozan kalkınmadan korumak olduğu iddiası, metinle hiçbir surette uyumlu değildir. Zira bu siyasa hayata geçirmek isteyen bir devlet adamının sadece türlerin varlığını tehdit eden projeleri, bu projelerin hayata geçmeleri durumunda tarım arazilerine ait çevreyi bozması veya bu çevreye katkıda bulunması önemli olmaksızın yasaklamak şeklindeki tesadüfi, hatta irrasyonel bir metodu tercih edeceğini söylemek hiç de akıllıca olmayacaktır.

Öyleyse, Tehlike Altındaki Türler Yasası’na dair tastamam bir gerekçelendirme tehlike altındaki türlerin korunması siyasasına başvurmak durumundadır. Bu siyasa kabul etmeyen veya ona pek az bir önem atfeden bir yorumun, eğer ismini bir kenara bırakacak olursak, yasanın hükümlerini gerekçelendirmeye başlaması bile mümkün olmaz.⁸ Herkül’ün bunu kabul ettiğini ve yine de türlerin korunmasına ilişkin hiçbir makul siyasanın bu somut olayda, neredeyse tamamlanmış olan baraj projesinin durdurulmasını gerektirmediğini düşünelim. Yarışan bir siyasa tarif ederken hiç zorlanmayacaktır: Kamu fonlarının boşa gitmemesi gerektiğini söyleyen bir başka siyasa daha vardır. Fakat hâlâ yanıtlanması gereken bir soru var: Herkül yasa metninin sahip olduğu derinlik çerçevesinde, söz konusu kısıtlamayı yapacağı gerekçelendirmenin bütününe dahil etmek için bu yarışan siyasaya yeterince önem atfedebilecek midir? Bu ise, yasanın geri kalan kısmını gerekçelendirebilmek için türlerin korunması şeklindeki ana siyasaya ne kadar ağırlık vermesi gerektiğine dayanmaktadır. (Siyasa ile ağırlığın birbirlerine dayanıyor olması

Yüksek Mahkeme'nin *percina tanasi* davasındaki argümanının büyük kısmına açıklama getirir.) Eğer metin içişleri bakanının yetkisine başka istisnalar veya kısıtlar getiriyorsa, bu istisnalar ve kısıtlar onun devam eden projeleri durdurma yetkisiyle ilişkili olmasalar bile, bu durum, ana siyasanın öneminin daha düşük düzeyde olduğunu söyleyecek, kamu fonlarının israfı bağlamında dile getirilen yetki kısıtlamasına ilişkin savunmayı kuvvetlendirecektir. Buna karşın, eğer yasa ana siyasanın önemini altını kalın çizgiyle çiziyor, başka önemli siyasaların hatta ilkelerin ana siyasanın hayata geçirilmesi uğruna feda edilebileceğini kabul ediyor ise –sözgelimi, yasanın başka bir kısmı içişleri bakanının korumaya ilişkin kararlarını verirken bunların istihdam üzerindeki etkisini dikkate almak zorunda olmadığını söylüyorsa, bu durum, TVY projesini içişleri bakanının yetkisi haricinde tutabilecek kısıtlayıcı herhangi bir siyasanın, yasanın bütüncül yorumu içinde kendine yer bulamayacağı anlamına gelecektir.

Hakkaniyet

Yeniden bütünlüğün sınırlarına dönmemiz gerekiyor. Ama bir an için hakkaniyete bakacağız. Herkül'ün kendisini türlerin korunmasına adadığını farz edelim: Tek bir türün kaybının bile ölçülmesi mümkün olmayan bir felaket olduğunu düşünüyor olsun. *Percina tanasi*'yi kaybetmektense baraj inşaatını durdurmanın çok daha iyi olacağı kanaatinde, hatta hâlihazırdaki devasa barajların da, eğer balığın kurtulmasına faydası olacaksa, yıkılarak devreden çıkarılmasını tercih ediyor. Varsayalım ki, Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın, türlerin korunmasına dair kendi görüşleriyle hiçbir şekilde çelişmediğine kani olmuş. Ona göre, içişleri bakanının yetkisi korumayı öne çıkaran ilgiyi azaltacak tarzda kısıtlanmış değildir. Ama buradan, Herkül'ün, yasanın en iyi yorumunun, devlete dair hikâyeyi en iyi hikâye kılacak yoru-

mun, *percina tanasi*'yi kurtaracak yorum olduğunu düşündüğü sonucu çıkmaz. Kendisine karşı çok açık sözlü olduğundan, görüşlerinin alışılmamış türden olduğunu biliyor. Neredeyse kimse onunla aynı görüşleri paylaşmıyor. Öyleyse kendisine şunu sormalı: Meclis üyeleri, seçmenleri tam aksini düşünüyor bile olsalar, doğru sonuca ulaşmalı mı?

Seçmenlerin, yapılan işten memnun olmadıkları takdirde herhangi bir meclis üyesini bir sonraki dönemde olduğu yerden alabileceğini çok iyi biliyor. Fakat bu bir argüman değil. Bir hantanın intikam alınması olanağıyla haklı çıkarılması söz konusu olamaz. Herkül, *percina tanasi*'ye ne ölçüde önem verirse versin, [*percine tonosi*'nin] istikbalinin herhangi bir ilke meselesiyle, bazı vatandaşlarla bütün bir topluma ait olduğu düşünülebiyecek haklarla bir ilişkisi yoktur. Bu mesele, hangi hâlin herkes için iyi olacağıyla ilgili bir meseledir: Herkül, bir türün ortadan kalkmasıyla herkesin hayatının bir miktar değer kaybedeceğine inanmaktadır. Fakat bir türün sona ermesine izin vermenin, bazı insanların diğerleri rağmen menfaat elde etmesi anlamına geldiğine inanmaz. Öyleyse türlerin korunması halkın iradesiyle belirlenmesi gereken türden bir anlayıştır. Hatta öyle ki, Burke'cü bir yasama sorumluluğu modelini kabul eden meclis üyeleri dahi, seçmenler tek bir görüşte bir araya geldikleri durumda, onlara kendi kararlarını dayatmamalıdır. Herkül bu görüşe katılacak olursa varacağı sonuç şudur: Gerekçelendirilmemiş bir paternalizme bulaşmış bir Kongre hikâyesi, halkın tercihine, Herkül bu tercihin yanlış olduğunu düşünüyor bile olsa, riayet eden bir hikâyeden daha kötü olacaktır.

Öyleyse bu tip durumlarda Herkül'ün hakkaniyet hakkındaki kanaatleri, yasanın diliyle uyumlu olsalar bile kendi tercihleri ile her şey dikkate alındığında hangi yorumun en iyi yorum olacağına dair yargısı arasına önemli engeller koyar. Zira bu durumdaki yargısı kamuoyunun görüşüne duyarlıdır; aynı zamanda,

çeşitli nedenlerle, tartışmalarda konuşmuş, komisyon raporları hazırlamış vb. pek çok farklı meclis üyesinin somut kanaatlerine de duyarlıdır. Bu ifadeler, toplumun tamamında yer alan kamuoyu görüşüne dair olağan, iyi kanıtlardır. Siyasetçiler çoğunca, en azından kanaatler söz konusu olduğunda, kendilerini seçmiş olan insanları yansıtırlar. Bizim açımızdan daha önemli olmak üzere, seçmenlerinin kanaatlerini değerlendirme ve onları kamusal beyanlarına yansıtmada da oldukça mahirdirler. Eğer Tehlike Altındaki Türler Yasası hakkındaki görüşmeler küçük sayılabilecek türlerin korunmasının görece önemi hakkında yaygın ve çelişik olmayan bir kanaati yansıtmış ise, bu, halkın aynı yöndeki düşüncesine dair güçlü bir kanıt teşkil edecektir.

YASAMA TARİHÇESİ

Söylediğim gibi, Herkül metnin bütünlüğüne riayet ediyor, dolayısıyla da yasayı sadece kendi kanaatlerini onun üzerine giydirerek en iyi kılamayacağını düşünüyor. Siyasi hakkaniyete de riayet ediyor, dolayısıyla da yasamaya dair beyanlarda ortaya çıkmış ve yansımış kamuoyu görüşünü tümünden göz ardı edemiyor. Hakkaniyet argümanı bizi Herkül'ün neden meclis üyelerinin ifade ettiği somut kanaatlere kaydadeğer önem atfettiğine dair açıklamamızdan biraz uzağa götürüyor. Bütünlüğe, Herkül'ün yaptığı bu işe dair farklı, hatta söz konusu ifadeler arasında ayırım yapıyor olsa da, daha güçlü olan bir nedeni görmek için döneceğiz.

Amerikan hukuk pratiği, bir yasanın nasıl okunması gerektiğine karar verirken artık yasakoyucunun amacına dair bazı beyanları bilhassa önemli görüyor. Bu beyanlar, kongredeki süreçte bir yasa tasarısının destekçisi veya tartışmalarda söz hakkı olan senatörlerin veya kongre üyelerinin dile getirdiği düşünceler ile tasarının yasalaşma yolundaki özel kongre komisyonlarının res-

mi raporlarında yer alan beyanları içerir. Amerikan mahkemeleri bu bilhassa imtiyaz tanınmış beyanlara ciddi önem atfederler, Amerika'daki meclis üyeleri de onayladıkları beyanların bunlar arasında olması için büyük çaba harcarlar. 1. Bölümde gördüğümüz gibi, yasama tarihçesi Yüksek Mahkeme'nin *percina tanasi* davasındaki tartışmasında, her ne kadar yargıçlar bu tarihçenin hangi kısmının bilhassa önemli olduğu hususunda uzlaşmamış bile olsalar, hâkim konumdaydı.

Yasama tarihçesinin asıl parçası olarak kabul edilen bazı kongre beyanları neden diğer beyanlardan daha önemlidir? Sadece hakkaniyete bakacak olursak, bunların kamuoyunun görüşüne dair bilhassa iyi kanıtlar olmalarından dolayı daha önemli olduğunu düşünürüz. Tasarının destekçilerinin tasarı hakkındaki tartışmalarda veya komisyon raporlarında dile getirdikleri beyanlar genellikle dikkatle incelenir. Diğer meclis üyeleri bunları sıradan bir özenden daha fazla bir dikkatle dinler veya okurlar. Fakat pek çok yargıcın yasama tarihçesine atfettiği önemi bu şekilde hakkıyla açıklayamayız. Zira tasarının destekçisinin neredeyse tamamen boş bir salona yaptığı konuşma, yasama tarihçesinin çekirdeğini oluştururken bu destekçinin ulusal bir televizyon yayınında dile getirdiği görüşler, halkın yasa hakkında neyi düşünmeye davet edildiğine daha iyi kanıt oluşturuyor olmasına rağmen, yasama tarihçesine hiçbir surette dahil edilmez. Dolayısıyla asıl açıklama başka bir yerlerde bulunuyor. Birazdan açıklayacağım nedenlerle, Herkül, amaca ilişkin dile getirilmiş, yasama tarihçesi pratiğinin ihdas ettiği kanonik forma sahip bu resmi beyanların kişileştirilmiş bir varlık olarak devletin eylemleri şeklinde alınması gerektiğini görecektir. Bunlar bizzat siyasi kararlardır, dolayısıyla da bütünlüğün en büyük talebi, yani devletin ilkeye dayalı bir şekilde eylemde bulunmuş olması, hem bunları hem de yasalarda içerilen daha somut kararları içine alacaktır. Herkül yasama hakkındaki hikâyeyi mümkün

olduğunca en iyi hikâye kılmayı amaçlar. Eğer yaptığı yorum devletin bir yandan bir şey söylerken diğer yandan başka bir şekilde eylemde bulunduğunu gösterecek olursa, hikâye daha kötü bir hâl alacaktır.

Taahhütler ve Amaçlar

Her bir meclis üyesinin yasanın amacı hakkında yaptığı her bir beyanı bizzat devletin kendi eylemi saymak pek tabii ki saçma olur. Devletin tasarımı yasalaştırmakla ne yapmakta olduğunu ve ne yapıyor olması gerektiğini tartışan iki senatör, devlet adına eylemde bulunan kendileri hakkında değil, devletin eylemi hakkında tartışmaktadırlar. Fakat resmi bir komisyon raporu veya tasarı hakkındaki tartışmaları yürütmekten sorumlu olan senatörün karşı çıkılmamış bir ifadesi bundan farklıdır. Bunlar yasama sürecinin fiilen ürettiği, toplumun bu vesileyle vaatte bulunduğu şeyin bir parçası olarak görülebilir.⁹ Amerikan pratiğinin yaptığı gibi eğer pratik bunları özel bir niteliği haiz olmak üzere tasarlamışsa, onları bu şekilde görmek mümkündür. *Percina tanasi* davasında olduğu gibi, pratiğin gücü tartışma konusu olduğu bir anda pratiği anlamak ve hayata geçirmek için Herkül onu yorumlamak durumundadır. Pratiğin, pratiğe uyan ve onu gerekçelendiren bir açıklamasını bulmalıdır. Siyasi ahlak çerçevesinde amaca ve niyete ilişkin bazı beyanları bizzat devletin eylemi sayabilmek için getirebileceğimiz bir izah var mı? Bu soruyu cevaplamak için işe soruya olumsuz yanıt veren en bariz argümanı dile getirerek başlamalıyız. Şöyle diyor argüman: Yasama süreci, arzu edildiği takdirde devletin resmi kararının parçası olacak böyle beyanlarda bulunulabilmesine imkân sağlayan araçlara zaten sahiptir: Söz konusu beyanlar yasa metninin içerisine pekala yerleştirilebilirler. İngiliz hukukçuları, Parlamento'da dile getirilen beyanların yasanın yorumunda rehberlik etmek üzere kullanılmaması gerektiğinde ısrar eden İngiliz pratiği

bağlamında bu argümanı kullanmışlardı. Önemli bir argüman bu, zira sadece farklı nitelikteki Amerikan pratiği karşısında kesin bir görünüm arz etmekle kalmıyor, aynı zamanda Amerikan pratiğinin, sadece yasama tarihçesine özel bir rol verilmesiyle, meclis üyelerinin ateşli tartışmaların yükseldiği anlarda taktik icabı oluşturdukları resmi olmayan görüşleri ile yasanın resmi metninin bizzat kendisi arasında bir konum ihdas edilmesiyle gerekçelendirilebileceğini de gösteriyor.

Böyle ara bir konum belirleyebilmek çok zor değil, zira amacımıza çok güzel uyan, kişisel ahlakta var olan bir ara konum zaten var. İnsanların taahhüt ve diğer vaatleri ile yine bizzat kendilerinin bu taahhüt ve vaatler hakkında sundukları açıklama ve yorumlarını, bu taahhüt ve vaatlerin daha genel inanç ve amaçlarından nasıl kaynaklandığına, bunlara nasıl uyduğuna dair izahlarını birbirinden ayırırız. Her iki grubun da ahlaki önemi haiz olduğunu düşünürüz düşünmesine de, açıklamaları daha bir belirsiz, revizyona ve değişime daha bir açık addederiz. Diyelim yeğenime 100\$ verdim ve bu eylemim için açıklama olmak üzere, silahlı kuvvetler mensubu olarak kariyer yapma tercihini takdir ettiğimi, kariyerinde ona yardımcı olmayı istediğimi söyledim. Ona kariyerinde başka şekillerde de yardımcı olacağım beklentisine girmesi mümkündür. Eğer gün gelir de berbat bir kariyer seçtiğini, bu yüzden de elimden geldiğince, mesela savaştaki silah arkadaşlarımla onu tanıştırmayı reddederek, bu kariyerin karşısında yer alacağımı söylersem, çok şaşıracaktır. Veya bir fabrika kurduğumu, civardaki insanlara, fabrikanın çevrede kirlilik yaratmaması için “makul” her aygıtı kuracağımı taahhüt ettiğimi düşünelim. Daha sonra ise bir televizyon kanalında benimle yapılan mülakat sırasında, mülakatı gerçekleştiren kişinin, kendisinin zikrettiği belirli bir aygıtın makul olup olmadığı hakkındaki düşüncemi sorduğunu, benim de o aygıtın makul olduğu cevabını verdiğimi düşünelim. Fakat daha sonra

bu aygıtı kurmamaya karar vermiş olayım. Elde ettiğim daha kapsamlı bilgiler çerçevesinde ilk baştaki görüşümün aksi yönünde ikna olduğumu, bu aygıtın makul olmadığını, çünkü daha farklı ve daha az maliyetli önlemlerle neredeyse aynı korumanın sağlanacağını dile getireyim. Her bir durumda da açıklama niteliğindeki beyanlarım benim ahlak sicilimin parçasını oluşturur, bu söylediklerim nedeniyle bir sorumluluk yüklenmiş olurum. Zira bu beyanlarda bulunurken başkalarının muhtemelen beyanlarına güvенеceğini biliyordum ve onları beyanlarım güvenmeleri yönünde teşvik etmiş oldum. Daha sonraki görüşlerimi önceden düşünmüş ve daha en baştan onları dile getirmiş olsaydım, ahlaki bakış açısından bakıldığında hikâyem çok daha iyi olurdu muhakkak. Yeğenime ve fabrikayı kurduğum bölgedeki insanlara bir özür borçluyum. Fakat yeğenime açıkça kariyerine onun istediği şekilde yardımcı olacağım sözünü vermiş olsaydım veya ilk başta makul olduğunu düşündüğüm belli bir aygıtın kurulmasını gerçekleştireceğim sözünü civardaki insanlara açıkça verseydim, durum daha farklı olurdu. Artık düşüncelerimi keyfince değiştirmekte o kadar serbest olamazdım.

Söz konusu farkı şu şekilde açıklayabiliriz. Taahhüt asıl itibarıyla icrai niteliktedir ve dolayısıyla da bizzat kendi içinde bir varlığı söz konusudur.¹⁰ Amaçları, inançları veya kanaatleri yansıttığı doğrudur ancak onların dile getirilmesi değildir. Söz veren kişinin sözünde durma yönünde hakiki bir niyeti olmadığı için verilen söz samimi olmayabilir ancak kişinin kendini anlaması açısından söz konusu olduğu tarzda bile yanlış değildir. Diğer yandan niyet beyanı bir icra değil bir anlatımdır. Kendine dair diğer bildirimlerin olabileceği ölçüde samimiysiz veya yanlış olabilir. Eğer niyetin yorumla inşa edilmiş ifadesi taahhülle aynı icrai güce sahipse, bir taahhüdü fiili inançlar ve amaçlar bağlamına yerleştirerek diğer insanların taahhütte bulunan kişiyi değerlendirmelerine ve ne yapacağını tahmin etmelerine yardımcı

olmak için şimdi kullanıldığı gibi kullanılamayacaktır. Beyanın taahhüde dönüştürülmesi, içerisindeki bildirim çekip çıkaracak ve sadece icrai eylemi genişletecektir. Bu ise, bu genişletilmiş taahhüdü hangi genel amaç ve inançların desteklediği şeklinde yeni bir soru ortaya çıkaracaktır. Bu yeni soru cevaplanamaz, zira yapılacak herhangi bir beyan aynı şekilde artık bir karadelik hâline gelmiş olan taahhüde dönüşecektir.

Amaçlar ve İlke

Yasama tarihçesinin siyasi rolünü inşa ederken kişisel ahlakın bu yönünün rehberliğinde yol almaya devam edebiliriz. Bir ilke toplumu, yasamayı, talimname toplumunun gördüğü gibi, yasa metninin dile getirdiğinden daha fazla veya daha derin bir anlam taşımayan müzakere edilmiş tavizler şeklinde görmez. Yasamayı, toplumun zeminini oluşturan siyasi ahlakına bağlılık sözünden kaynaklanan bir şey olarak ele alır. Yasama tarihçesinin, devlet adına oluşturulmuş genel kurumsal amaç ve kanaatlere dair resmi beyanların uygulanması, bu tutumu ifade etmekte ve onaylamaktadır. Bu uygulama bir ilke toplumu olmanın pratik avantajlarını da muhafaza etmeyi sürdürür: Vatandaşları, kamusal şemayı geliştirir ve kendileri için hayata geçirirlerken, bu şemaya dair belli bir açıklamaya güven duymaları yönünde teşvik eder. Fakat bu avantajlar, kişisel ahlakta bulduğumuz, yasadaki açık kararlar ile yasama tarihçesinin açıklayıcı sistemi arasındaki ahlaki mesafeye dayanır. Bu avantajların var olabilmesi için, açıklayıcı sistemi oluşturan çeşitli resmi beyanların icrai bir işleve değil de esas itibarıyla bildirimde bulunan bir işleve sahip şekilde görülmeleri gerekir. Yasama tarihçesinin, çepeçevre kuşattığı yasanın kendi dönemine ait bir yorumunu sunar. Bu yorum daha sonra mahkemeler veya bizzat meclis tarafından değiştirilebilecektir, hatta yapılacak ciddi bir değişiklik, geçmişe dönüp baktığımızda yasama tarihçesini esefle anmamıza neden olabilir.

Bir ilke toplumuna en iyi şekilde hizmet edecek olan şey, böyle kompleks bir yasama yapısıdır, yani icrai yasama eylemleri ile bu eylemlerin yorumla inşa edilmiş açıklamaları arasındaki ayrımı içeren bir yapı. Öyleyse Herkül yasama tarihçesini oluşturan resmi beyanları devletin eylemleri kabul etmek ve onları yasanın bizzat kendisiymiş gibi görmemek için geçerli nedenlere sahiptir. Yasamaya ilişkin hangi hikâyenin bütüncül bakışla en iyi hikâyeye olduğuna karar verirken bunları dikkate almak zorunda ama bunu da düzgün şekilde yapmalı. Yasamanın, diğer her şeyin aynı kaldığı durumda, devlet halkı yanlış yönlendirmediği takdirde en iyi ışık altında görülebileceğini biliyor. Bu nedenle, bilhassa da vatandaşların bu beyanlara güvenerek hayati kararlar almış olma ihtimali varsa, yapacağı yorumun yasamanın amacına dair resmi beyanlara uymasını tercih edecektir. Vasiyetnamelerle ilgili yasayı çepeçevre saran meclis görüşmeleri, vasiyetnamelerin bağlama dayalı olmayan tarzda –insanların vasiyetnamedeki kelimelere vasiyetnamenin kullanılacağı özel bağlamı bilmeksizin yükleyeceği anlamı vererek– anlamlandırılması gerektiğini söyleyen, kendi içinde çelişik olmayan beyanlarla desteklenmiş ise halk da yasayı bu varsayım uyarınca anlayacak ve vasiyetnameler de muhtemelen bu yasa varsayımı temelinde hazırlanacaktır. Öyleyse Herkül bu olguyu, bu yöndeki bir insanın lehindeki, ama kati de olmayan bir argüman olarak görecektir. Fakat göreceğimiz üzere bu, zamanın geçmesiyle gücü azalan bir argümandır.

Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın çevresini sarmış olan yasama tarihçesi çok daha komplekstir. 1. Bölümde bu tarihçeyi incelemiş ve Yüksek Mahkeme yargıçlarının, “yasama tarihçesi yasanın çıkmasının ardından Kongre'nin aldığı çeşitli kararlarla TVY barajının bir tehditle karşılaşmayacağını ortaya koymaya çalıştığı olgusunu içermeli midir?” sorusunun cevabı üzerinde anlaşmazlığa düştüğünü görmüştük. Herkül, Kongre'nin ya-

sanın çıkmasını takip eden bu kararlarını tereddütsüz dikkate alacaktır. Toplumun amaçlara dair şemasının bütünü dikkate alındığında tartışma konusu olan farklı çıkarlardan neyin görece önemli olduğuna dair siyasi kararlar olmaları hasebiyle kamusal geçmişin bir parçasını teşkil ederler. Bu kararların dikkate alınmaması gerektiğini söyleyen aksi görüş, birazdan göreceğimiz zamansal bir sınırlamanın var olduğu varsayımına dayanır. Buna göre yasanın anlamı, yasanın yaratıldığı ilk andaki bir eylemle sabitlenmiştir. Bu durumda Herkül'ün, *percina tanasi* davasıyla ilgili olarak Mahkeme'de içerik açısından hâkim konumda olduğu görülen görüşü paylaşması durumunda nasıl karar vereceğini görmek zor değildir. Balığın baraja feda edilmesi yapılacak en akıllıca iş olacaktır. Yasanın barajı kurtaracak şekilde anlamlandırılması, güçlü bir siyasa açısından bakıldığında daha iyi olacaktır. Bu okumanın aleyhinde metnin bütünlüğünü esas alan herhangi bir neden olmadığı gibi, bu kararın halkın infiale kapılacağını veya rahatsızlık duyacağını gösteren bir şey de olmadığından aleyhte hakkaniyeti esas alan bir neden de yoktur. Dosdoğru anlaşıldığı ve halkın kararının göstergesi olarak alındığı takdirde yasa tasarısının yasama tarihçesindeki hiçbir şey aksi yönde iddiada bulunmamaktadır. Aynı nitelikteki daha sonra verilen kararlar da Herkül'ün bu son okuması için güçlü bir destek sunmaktadır. Herkül karara muhalefet eden yargıçların safına katılır.

ZAMANIN AKIŞI İÇERİSİNDE YASALAR

Konuşmacının kastettiği anlam teorisi, tam da onun için sorun oluşturduğunu söylediğim şu düşünceyle işe başlıyordu: Yasama, basit bir konuşmacı ve dinleyici kitlesi modeli çerçevesinde anlaşılması gereken bir bildirme eylemidir, dolayısıyla da yasaların yorumunda belirleyici olan temel soru, belli bir konuşmacının veya belli bir grubun kurallara bağlanmış bir ifade etme

eyleminde neyi “kastettiği” olmalıdır. Bu düşünceyi gözden geçirmeye başlar başlamaz bir gizem listesi oluşmaya başlamıştı. Konuşmacı kimdir? Ne zaman konuşmuştur? Konuşmacının sahip olduğu anlamı sağlayan hangi zihinsel durumlardır? Bu gizemi besleyen tek bir varsayım vardı: Söz konusu gizemlerin çözümü tarihin belli bir anına yoğunlaşmalıydı, yasanın anlamının sonsuza dek sabitlendiği, yasanın doğduğu âna. Varsayımın şöyle bir sonucu var: Zaman geçtikçe ve yasa artık değişmiş olan koşullara uygulanmak durumunda oldukça, yargıçlar şöyle bir tercihle karşılaşır: Ya ilk yasayı hep sahip olageldiği anlamıyla uygulayacaklardır yahut da onu gizlice değiştirmek suretiyle günümüze taşıyacaklardır. Bu, çok eski yasaların daima sunduğu düşünülen bir dilemmadır: Denir ki, yargıçlar, geçmişin ölü fakat meşru elini tutmakla ilerlemenin gayrimeşru cazibesi arasında bir tercihte bulunmak zorundadırlar.

Herkül'ün metodu, konuşmacının kastettiği anlam teorisinin diğer kısımları gibi bu yönüyle de karşıtlık içerisindedir. Yasanın doğduğu ve sonsuza dek sahip olacağı anlamı kazandığı kanonik bir an varsayımını reddeder. Herkül yasanın metnini değil hayatını, yasalaşmasının öncesinden başlayarak o anın ötesine geçen bütün bir süreci yorumlamaktadır. Bu devam eden hikâye için elinden gelenin en iyisini yapmaya çalışır. Bu yüzden, hikâye geliştikçe yaptığı yorum da değişir. Bazı kişileri yasanın “yapıcıları” olarak teşhis edip sonra da sadece onların umut, beklenti, somut kanaat, beyan veya tepkilerine müracaat etmez. Bütüne ilişkin sorduğu soruyu, yani yasanın hikâyesini nasıl olup da en iyi kılabilirim sorusunu cevaplamak üzere gündeme getirdiği her bir siyasi değerlendirme, beyan veya kanaatleri farklı şekillerde alakadar olabilecek pek çok insanı, grubu ve kurumu bir araya getirir.

Hakkaniyet argümanını düşünün. Bu argüman Herkül'ü yasamaya dair somut kanaatlere önem vermeye zorlamıştı.

Bunları keşfedebildiği ölçüde, onlara katılmıyor bile olsa, bu kanaatleri dikkate almak durumundaydı. Bu argüman Herkül'ün bazı meclis üyelerini çok önemli, hayati kişiler olarak belirlemesini veya belli bir sayıya ulaşmış meclis üyelerinin görüşlerine, kanaatler sanki oy sayar gibi sayılıyormuşçasına sarılmasını gerektirmez. Hakkaniyetin Herkül'e söylediği şudur: Dikkate aldığın yorum uyarınca inşa edilen belirli bir yasanın, halkın görüşünün hâlihazırdaki niteliği ve yaygınlığı da hesaba katıldığında hakkaniyete uygun olup olmayacağına karar verirken alakadar görülebilecek siyasi görüşlerin her bir ifadesine bakmalısın. Durum böyle olunca, önemli bir siyasetçinin televizyondan yaptığı konuşma, bir komisyon raporunun dipnotlarından *daha* önemli olabilir.

Şimdi de zamanın ilerlemesinin hakkaniyet argümanını nasıl etkilediğine bakalım. Konuşmacının kastettiği anlam teorisi yasanın çıktığı zamanda mevcut ve ifade edilmiş olan kanaatlere bakar ve daha sonraki değişiklikleri göz ardı eder. Yasanın doğumundaki anlamın keşfedilmesiyle ilgili olan, sadece “ilk baştaki” niyetlerdir. Değişmiş olan fikre müracaat edilmesi bir anakronizmdir, yargının bizzat kendisinin yaptığı değişiklik için sunduğu saçma bir mazerettir. Herkül ise oldukça farklı bir tutuma sahiptir. Mesela, Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın çıkarıldığı dönemdeki kamuoyunun, Herkül'ün *percina tanasi* davasında karar vereceği zamankinden farklı bir havaya sahip olduğunu düşünelim. Siyasi tarihin en iyi açıklamasını hangi yorumun sağladığını sorarken, siyasi tarih yasanın sadece çıkarılmasını değil, daha sonra kaldırılmamasını veya değiştirilmemesini de içerir. Herkül artık koruma meselesinin henüz doğduğu ilk baştaki kamuoyuna değil, fakat şu âna, işleri bakanının küçük bir türün korunması uğruna yüklü miktarda kamu fonunun boşa gitmesi yönünde karar vermesi yetkisinin olup olmadığına karar vereceğimiz bugüne bakacaktır. Hakkaniyetten kaynakla-

nan argüman, dava Herkül'ün önüne daha önce gelseydi sahip olacağı etkiden çok daha farklı bir etkiye sahip olacaktır.

Metnin bütünlüğüne dair argüman da zamana karşı duyarlı olmalıdır, çünkü Kongre'nin ve diğer mahkemelerin geçen zaman içerisinde vermiş oldukları diğer kararları da dikkate almak durumunda kalacaktır. Kamuoyundaki, ekonomik veya ekolojik koşullardaki değişimler büyük ölçekli ise, bunlarla ilgili siyasi kararlar da çok farklı bir havada verilmiş demektir. Bütün bunları ve yasayı kucaklayan bir yorum yasaya sadece uyması gerekli görülen bir yorumdan farklı olacaktır. Keza yasama tarihçesi argümanı da, farklı bir tarzda olsa da, zamana duyarlı olmalıdır. Bu argüman, hakkaniyet argümanının tersi yönünde işler: Özel kişilere ait kanaatleri göz ardı eder, bu nitelikteki kamusal resmi beyanlara, bizzat toplumun kendi beyanları olarak bakar. Ne var ki bu beyanlar yasanın bir parçası değildirler. Kamusal amaç ve kanaatlere ilişkin bildirimlerden ibarettirler ve dolayısıyla da yeniden değerlendirmeye açıktırlar.

Yasanın üzerinden zaman geçtikçe insanlar bu beyanlara güvenmek için gittikçe daha az nedene sahip olur, çünkü bu yasayla ilgili daha sonra çıkarılan başka yasalara halkın yöneliminin resmi yorumları olmak üzere iliştilenmiş, pek çok farklı yorumla oluşturulmuş açıklamalar söz konusu beyanlara ilavelerde bulunmuş hatta belki de onları değiştirmiştir. Bu daha sonra çıkarılmış olan yasalara ilişkin beyanlar, toplumun resmi görevlilerinin onun hâlihazırdaki ilkesel bağlılıklarını ve siyasa stratejilerinin işleyişini nasıl anladığına dair daha çağdaş bir açıklama sunar.¹¹ Öyleyse Herkül yasamanın ilk baştaki tarihçesine çok ama çok daha az önem atfedecektir. Buradaki metodu yine konuşmacının kastettiği anlam teorisinin karşısındadır, zira teori, sadece yasanın çıkarıldığı dönemdeki beyanlara bakmaktadır. Herkül tarihi yorumlarken, onu hareket hâlinde görür, çünkü mümkün olduğunca en iyi kılmaya çalıştığı hikâye olsa olsa vereceği kararın-

dan başlayarak çok daha ötesine uzanan tam, bütün bir hikâye olabilir. Bu yüzden de konuşmacının kastettiği anlam metafiziğinin önerisine uyarak zamanı geçmiş yasaları onları yeni zamanlara uydurmak için değiştirecek değildir. Eski yasaların o günden beri ne hâle geldiğini görmek isteyecektir.

YASANIN DİLİ NE ZAMAN AÇIKTIR?

Acilen ödemem gereken bir borç var, zira gittikçe büyüyor. Yasanın metninin açık olmadığı bir durumda, yani, yasanın bizzat kendisi kendisini uygulamadığında diyebiliriz belki, Herkül'ün yasayı nasıl anlamlandırması gerektiğini sorup duruyorum. Fakat Herkül yasanın açık olduğuna, yani hangi durumda yapması gereken başka bir şey olmadığına nasıl karar verecek? Veya yasanın açık olmadığına, yani hangi durumda hemen yukarıda ana hatlarını sunduğum kompleks ve siyaseten incelikli olan aygıtı kullanması gerektiğine nasıl karar verecek? Öyle görünüyor ki elimizde gerçekten önemli bir ayrım var. Peki bu ayrıma ait sınır nasıl çizilmeli?

Doğrusu, öyle bir sınır çizmeye hiç gerek yok. Zira dayandığım bu ayrım sadece açıklayıcı bir aygıttan ibaret, Herkül'ün geliştirdiği teorinin nihai hâlinde ona gerek olmayacak. Bir metnin anlamının açık olmadığını, kapalı olduğunu söylemenin farklı yol veya anlamları nelermiş, bir bakalım. Yasa metni müphem bir kelime içerebilir. Bu durumda kelimenin anlamını bağlama bakarak kesin surette tayin edemeyiz. Sözelimi, yasa metni, geceleri maskara kullanmanın suç sayılacağını söylemiş ama bu maskaranın maske anlamında mı yoksa rimelin karşılığı olarak mı kullanıldığını belirtmemiş olabilir. Bunun yanında muğlak bir kelime kullanmış da olabilir ve uygulamada bu muğlaklığa tahammül edilemeyebilir: mesela, yaşlıların gelir vergisinden muaf olduğunu söylemiş olabilir. Yasa metni “makul” veya

“hakkaniyete uygun” gibi soyut bir kelime de kullanmış olabilir. Böyle bir durumda, tartışma konusu olan karar veya eylemin bu soyut kelimenin işaret ettiği standardı karşılayıp karşılamadığı konusunda bir ihtilaf yaşanacağını bekleyebiliriz. Bu saydıklarım, metnin dil açısından kapalı olmasının tipik örnekleri. Yasaların uygulanmasında ortaya çıkan sorunların en önde gelenleri olarak sunduğumuz iki dava da bunlardan herhangi birine uymuyor. Gerek Elmer gerekse *percina tanasi* davalarında yargıçlar gerçekten de yasanın nasıl okunması gerektiği hususunda ihtilafa düşmüş, hukuk öğrencileri ve biliminsanları da bu ihtilafı devam ettirmişti. Ama bu davaları tetikleyen şeyi; metnin kapalılığı, bir kelime veya kalıbın muğlaklığı, müphemliği veya soyutluğu olarak ifade edemeyiz.

Vasiyetnamelerle ilgili yasa, murisi öldüren mirasçının miras hakkına sahip olup olmayacağı hususunda kapalı bir anlama mı sahiptir? Eğer öyle olduğunu düşüneceksek, bunun tek nedeni, murisi öldüren mirasçının miras hakkından yararlanmaması gerektiğini düşünmemiz olabilir. New York’taki vasiyetnameye ilişkin yasalar mavi gözlü insanların mirasçı olabileceğini bilhassa ve açıkça dile getirmez ama yine de hiç kimse yasanın mavi gözlülerin mirasçılığı hususunda kapalı bir anlama sahip olduğunu düşünmez. Peki iş murisi öldüren mirasçıya gelince değişen ne? Belki daha ziyade şunu sormalı: Elmer’in davasında karar verilirken değişen neydi? Konuşmacının kastettiği anlam teorisini takip edecek olsaydık şöyle demek durumunda kalırdık: Elmer’in davasında işler değişti, çünkü yasayı ilk başta kabul etmiş olanların, murisi öldüren mirasçının miras hakkından yararlanmasını kastetmediklerini düşünmek için yeterli nedeni-
miz var. Fakat bu ancak farazi olduğu hâliyle anlamlı olurdu ve sonra da çok sert bir varsayım olduğunu fark ederdik. Eğer Naziler elimizdeki yasayı yapanlardan önce var olmuş olsa idiler, biz de bu yasakoyucuların Nazilerin mirasçı olabilmelerini is-

temediğini düşünebiliyor olsaydık, Naziler mirasçı olamayacak mıydı? Sırf *bizim* yasayı bu meselede kapalı bir anlama sahip olduğunu düşünüyor olmamız nedeniyle murisi öldüren mirasçıların hukukun başka kısımlarında ilkelerle müeyyidelendirilmiş vasiyetnamelere ilişkin genel bir yasanın haricinde tutulması çok sert olacaktır.

Tehlike Altındaki Türler Yasası için de aynı şey geçerli. İçişleri bakanının hukuka uygun şekilde yürümeye başlamış projeleri durdurmaya yetkisinin olup olmadığına dair şüphemizi, bir kelime veya kalıbın müphemliğine, muğlaklığına veya soyutluğuna bağlayamayız. Sözgelimi, yasada barajlardan açıkça bahsedilmiyor olmasına rağmen herhangi biri çıkıp da yasanın barajları kapsamadığını iddia etmeyecektir. Bir kez daha yasanın başlamış olan projeleri kapsayıp kapsamadığının açık olmadığını, zira kapsamı durumunda pek çok insanın hiç de cazip olmayan ve bilimsel açıdan önemsiz türleri kurtarmak uğruna büyük miktarlarda paranın boşa harcanmasını aptalca bulacağını düşünelim. Fakat bu meseleyi yanlış yönde genelleştirmemeye de dikkat etmek gerekiyor: Herkül bir yasanın, bağlamı hesaba katılmadan sahip olduğu anlamın işaret ettiği kararın pek çok insan tarafından yanlış görülmesi durumunda, o yasayı anlamı açık olmayan bir yasa olarak görmezdi. Üstelik bu çok sert bir test olurdu, çünkü pek çok insan Tehlike Altındaki Türler Yasası'nın bizzat kendisini her halükârda yanlış, trajik ölçüde aptalca bulur. Fakat hiç kimse yasanın yürürlükte olup olmadığını, işleri bakanının herhangi bir projeyi herhangi bir koşulda engelleme yetkisi olup olmadığını bu yüzden açık olmadığını söylemez.

“Anlamı açık olmama” nitelemesi, Herkül'ün yasa metinlerini yorumlarken kullandığı metodun *sebebi* değil *sonucudur*. Bir yasanın yarışan iki yorumunun her ikisi için de dikkate alınması gereken argümanlar olduğuna inanmadıkça o yasanın anlamı-

nın açık olmadığını dile getirmeyiz.¹² Bu, herhangi bir kişinin –Tehlike Altındaki Türleri Yasası’nın aptalca olduğunu düşünse bile– neden çıkıp da yasanın içişleri bakanına herhangi bir projeyi durdurma yetkisi verip vermediğinin açık olmadığını iddia etmediğini açıklamaktadır. Yasanın diline, yasa hakkındaki görüşmelere ve komite raporlarına, yasa’yı yürürlüğe sokan başkanlık ve meclis açıklamalarına rağmen yasanın hiçbir şey gerektirmediğini söyleyebilecek, dikkate alınmayı hak eden bir yorum yoktur. Bağlam dikkate alınmadan yapılan yorumun yanlış bir yorum olduğuna zaten karar vermiş olmadıkça hiç kimsenin bir yasanın anlamının açık olmadığını söylemeyeceğini iddia etmiyorum. Yorum gerektiren sorunun kompleks veya tartışmaya açık olduğunu düşünen kişi, bağlam dikkate alınmadan yapılan yorumun en nihayetinde en iyi yorum olduğunu düşünüyor olsa bile, yasanın anlamının açık olmadığını kabul edecektir. Ne var ki, böyle anlaşıldığında, anlamı açık olan ve olmayan yasalar arasındaki ayrımın Herkül’ün yasama teorisine herhangi bir faydası dokunmayacaktır. Bilhassa da bu kısma kadar olan tartışmada onu kullandığım tarzda, yani anahtarı çevirdiğimizde yorumun farklı bir yönde gideceğini söyleyen teorik bir değişim noktasını savunurken kullandığım tarzda sunacağı herhangi bir katkı yoktur.

Belli bir kelime ve kalıpta gerçekten de mefruz bir anlam kapalılığı bulunduğu durumda, Herkül’ün anlamı açık yasalar ile anlamı açık olmayan yasalar arasındaki analiz öncesi veya yön değiştirmeyi sağlayacak bir ayrıma ihtiyacı yoktur. Bir bankadaki toplam mevduatları sınırlandıran bir yasa bizim açımızdan anlamı açık olmayan bir yasa olmayabilir fakat Keynesçi korsan gruplarının oluşturduğu toplulukta anlamı kapalı olabilir. Bir kelimenin muğlaklığı, müphemliği veya soyutluğu nedeniyle bir yasanın Herkül için sorun oluşturması sadece yasanın belli bir şekilde okunması durumunda başka bir şekilde okunmasından

daha iyi bir yasama işlevi ortaya çıkaracağı hususunda en azından bir miktar şüphe varsa söz konusu olabilir. Zira ortada bir şüphe yoksa, yasa açıktır. Ama yasanın açık olmasının sebebi Herkül'ün genel metodunun dışında kelimelerin açık ve açık olmayan kullanımları arasında bir ayrıma sahip olması değil her zaman kullandığı metodun kolayca uygulanmış olmasıdır. Yasa kendisini uygulamaktadır.

Bu tartışmada, elinizdeki kitapta sıkça karşılaştığımız bir başka sorun var ki artık buna kolay-dava sorunu diyebiliriz. Baştan beri hukukçuların bazı hayati hukuk önermelerinin doğru mu yanlış mı olduğu hususunda ihtilafa düştükleri çetin davalarla ilgileniyoruz. Fakat hukuki sorunlar kimi zaman hukukçular, hatta hukukçu olmayanlar için bile çok kolaydır. Connecticut'taki hız sınırının 55 mil olduğu ve İngiltere'de insanların restoranlarda sipariş ettikleri yiyecekler için para ödemeleri gerektiği hususları “izahtan varestedir”. Bu durum en azından çok istisnai durumlar haricinde izahtan varestedir. Böyle olunca da birisi çıkıp bütünlük olarak hukuk uyarınca geliştirdiğimiz yargısal muhakemeye dair kompleks açıklamanın sadece çetin davalar için geçerli olduğunu söyleyebilir. Eleştirisini şöyle devam ettirmesi de mümkün: Kolay davalara bu metodu uygulamak saçma olur –bir kişinin telefon faturasını ödemesi gerekip gerekmediğine karar verirken hiçbir yargıç uyma ve siyasi ahlak sorunlarını dikkate almaya gerek duymaz. Dolayısıyla Herkül'ün, bu kompleks metodu çetin davalara uygulamasının ne zaman uygun olduğunu bilebilmesi için bir de davaların ne zaman çetin olduğuna ilişkin bir teoriye ihtiyacı vardır. Eleştirmenimiz artık ciddi bir sorunun varlığını ilan etme aşamasına gelmiştir: Görülecek olan davanın çetin bir dava mı yoksa kolay bir dava mı kritik çetin bir sorudur ve Herkül'ün çetin davalarla ilgili döngüsel olmayan bir tekniği kullanarak karar vermesi mümkün değildir.¹³

Bu sahte bir sorundur. Herkül'ün çetin davalar ile kolay davalar için ayrı ayrı metotlara ihtiyacı yok. Elindeki metot pe-kala kolay davalarda da kullanılmaktadır fakat davanın ortaya çıkardığı soruların cevapları aşikâr olduğundan, veya en azından aşikârmış gibi görüldüğünden, aynı teorinin işlemekte olduğunun farkına varmayız bile.¹⁴ Bir kişinin öngörülen hız sınırından daha süratli araba sürüp süremeyeceği sorusunun kolay bir soru olduğunu, çünkü hukuk tarihine ait bir kaydın, bu paradigmayı inkâr eden bir izahının hiç de doyurucu olmayacağına dair ilk elden bir varsayıma sahibizdir. Fakat adalete ve hakkaniyete dair kanaatleri bizinkilerden oldukça farklı biri bu soruyu o kadar kolay bulmayabilir; nihayetinde bizim cevabımıza katılacak bile olsa, kendimizden o kadar emin olmamızın bir hata olduğunu ısrarla dile getirecektir. Bu, bir zamanlar kolay olduğu kabul edilen soruların, neden önce zor addedilmeye, ama sonra da karşıt cevaplarla neden kolay sorular olarak görülmeye başlandığını açıklamaktadır.

. 10 .

ANAYASA

**ANAYASA HUKUKU TMYLE BİR HATA
ÜZERİNE Mİ BİNA EDİLDİ?**

Kasvetli bir açıklamayla başladık işe; yargıçların davaları nasıl karara bağlaması gerektiği hakkındaki yaygın bir argümanın durumunu inceledik. ABD’de söz konusu yargıçlar Yüksek Mahkeme yargıçları ve söz konusu davalar da Kongre’nin, herhangi bir eyaletin veya başkanın yapmaya çalıştığı bir Şeyi yapmaya hukuken yetkili olup olmadığını sınavan anayasal meseleler olduğunda argümanımız en sıcak ve en kafa karıştırıcı hâlini alır. Anayasa bu kurumlara ancak sınırlı yetkiler tanımıştır ve her birinin yapamayacağı bazı önemli Şeylerin olduğunu söyler. Senato’nun vergi artırıcı bir yasa tasarısı sunmasına, genelturmay başkanının barış zamanında özel konutlara asker sokmasına izin vermez. Diğer sınırlar soyut olmalarıyla meşhurdur. Beşinci Değişiklik Kongre’nin insanları, “hukukun gerekleri yerine getirilmeden yaşamlarından, özgürlüklerinden ve mülklerinden” yoksun bırakamayacağını söylerken Sekizinci Değişiklik “zalimane ve olağandışı” cezaları hukukdışı ilan eder, örnek verdiğimiz *Brown* davasına hâkim olan On Dördüncü Değişiklik ise hiçbir eyaletin, insanların “hukuk önünde eşit korumaya sahip olması”nı inkâr edemeyeceğini hükme bağlar.

Bunun sonucu, düz bir mantıkla Yüksek Mahkeme’nin söz konusu sınırların aşıldığı her durumda ihlali tespit eden bir karar

vermesi gerekliliği olamaz. Zira Anayasa'yı Kongre'ye, başkana ve devlet görevlilerine hem hukuki hem de ahlaki ödevler yükler şekilde yorumlamak mümkündür ve ahlaki ödevler söz konusu olduğunda takdir söz konusu kişi veya kurumlara aittir. Bu durumda Anayasa'nın Amerikan siyasetinde oldukça farklı ve çok daha zayıf bir rolü olacaktır: Anayasa, farklı kurumlar arasında, sahip oldukları anayasal yetkinin sınırları hakkındaki siyasi argümanların arkaplanı olarak iş görecektir, bu kurumlardan bir tanesinin, yani mahkemelerin, diğer kurumların sınırlarını belirlerken yaslanacakları bir otorite kaynağı olarak değil. 1803'te Yüksek Mahkeme böyle bir zayıf rolü reddetme fırsatı buldu.¹ Başyargıç John Marshall, Mahkeme'nin Anayasa'yı hayata geçirme yetki ve görevinin, metnin bizzat kendisinde yer alan, Anayasa'nın ülkenin en üstün *yasası* olduğu şeklindeki ifadesinden kaynaklandığını söyledi.

Marshall hâlâ devam eden uzun erimli tartışmalarda en önemli soruların cevabını vermemiş olmakla suçlanagelmıştır. Bu ithamı, kitabın başlarında ele aldığımız ve reddettiğimiz, hukuka dair yalın olay resmi çerçevesinde desteklemek çok kolay. Hukuka dair yalın olay bakışı, hukukun ne olduğu sorusu ile mahkemelerin hukuku hayata geçirmesinin gerekip gerekmediği hakkındaki siyasi sorular arasında keskin bir ayırım öngörüyordu. Eğer bu ayırım doyurucu olsa idi, sadece hukukun ne olduğuna dair bir ifade olan Amerikan hukuku Anayasa'yı içerir önermesinden herhangi bir sonuç çıkarmamız mümkün olmazdı elbette. Buna karşın bütünlük olarak hukuk Marshall'ın argümanını destekler. Marshall haklıydı: Kolonyal ve İngiliz kökleriyle birlikte genç devletin hukuki pratiklerinin en makul yorumu, hukukun önemli bir hedefinin de mahkemelerin kararları için standartlar sağlamak olduğu varsayımına dayanıyor olmalıydı. Tarih, bu yorumun içeriğini haklı çıkardı. ABD, anayasal hakları çoğunlukçu kurumların vicdanına terk

edilmiş olsa idi bürüneceği hâlden daha adil bir toplumdur.² Marshall, her olayda genel itibariyle mahkemelerin son kertede de Yüksek Mahkeme'nin bir bütün olarak devlet adına Anayasa'nın ne anlama geldiğine ve kendilerine, hakkıyla anlaşıldığı şekliyle Anayasa tarafından verilmiş yetkileri aşmaları durumunda devletin diğer kurumlarının eylemlerinin geçersiz olduğuna karar verme yetkisi olduğuna kanaat getirmişti. Karar, en azından bu soyut biçimiyle kabul gördü ve kararı izleyen anayasal pratik bu düşünce etrafında yoğunlaştı. Marshall'ın dile getirdiği yetkileri inkâr eden hiçbir yorum bu pratiğe uymuş olmaz. Bugün, zamanında verilmiş olan bu kararın yanlış olduğunu düşünenler bile neredeyse iki yüz yıllık bu pratiğin Marshall'ın görüşünün bir hukuk önermesi olmasını eleştiriden muaf kıldığını teslim edeceklerdir. Artık günümüzde anayasa savaşları bu önermenin çizdiği sınırlar dahilinde devam etmektedir.

Şimdi elimizdeki asıl mesele, Mahkeme'nin yetkisinin ne olduğu değil, bu geniş yetkiyi nasıl kullanacağıdır. Bütün bir Anayasa'yı hayata geçirmeyi üstlenmiş mi oluyor Mahkeme? Buna, yorumlanırken neredeyse tamamen siyasi yargıların devreye girmesini gerektiren hükümler de dahil mi? Mesela, bir eyaletin anayasal yapısındaki ayrıntıların federal Anayasa'nın talep ettiği gibi "cumhuriyetçi bir hükümet şekli" sunup sunmadığına karar vermeli midir, yoksa meseleyi Kongre'nin veya bizzat o eyaletin kendisine mi bırakmalıdır? Mahkeme, hayata geçirme otoritesine sahip olduğu anayasal hükümleri yorumlar ve uygularken hangi stratejiyi takip etmelidir? Mahkeme, Kongre'nin veya bir eyalet meclisinin ölüm cezası gibi herhangi bir cezalandırma biçiminin Sekizinci Değişiklikteki anlam çerçevesinde "zalimane ve olağandışı" olup olmadığı veya eğitimde öngörülen bir tür ırka dayalı ayrımcılık düzenlemesinin On Dördüncü Değişiklikte yer alan "eşit korumayı" sağlayıp sağlamadığı hakkındaki kararına riayet mi etmelidir? Bu kurumların kararlarını, açıkça

yanlış olduklarını düşünmedikçe kabul mü etmeli yoksa farklı bir kararı tercih ettiği takdirde bunları değiştirmeli mi? Her iki durumda da, hangi kararın açıkça yanlış veya her şey dikkate alındığında yanlış olduğuna karar vermek için hangi testi kullanmalıdır?

LİBERALLER VE MUHAFAZAKÂRLAR

Popüler muhayyile, yargıçları, bu gibi sorulara verecekleri düşünülen cevaplara göre sınıflandırır. Bazı yargıçlar “liberal”, bazı yargıçlar ise “muhafazakâr” addedilir. Yekuna bakıldığında, tercih edilen ikinciler gibidir. Ne var ki söz konusu ayrımın dayandığı temelin kaypak olduğu çok iyi bilinmektedir. Bilindik bir yorum da kamuoyunda yürüyen tartışmanın zaten içler acısı hâlde olan niteliğine katkı sağlamıştır. İnsanlar muhafazakâr yargıçların Anayasa’ya itaat ettiklerini, liberal yargıçların ise Anayasa’yı kendi kişisel kanaatleri çerçevesinde değiştirmeyi amaçladıklarını söylerler. Bu anlatımdaki mantık hatasının ne olduğunu biliyoruz. Bu şekilde ifade edildiğinde yapılan değerlendirme hukukun yoruma dayalı niteliğini göz ardı etmiş oluyor. Liberal denen yargıçlar ile muhafazakâr denen yargıçlar, yorum-öncesi bir metin olarak Anayasa’nın hangi kelimelerden müteşekkil olduğu konusunda uzlaşma içerisindedirler. Uzlaşmadıkları şey, yorum-sonrası hukuk meselesi olmak açısından Anayasa’nın ne olduğu, resmi eylemleri sınamada hangi standartları mümkün kıldığıdır. Liberal yargıçlar da muhafazakâr yargıçlar da, Anayasa’nın ne olduğu hakkındaki kendi yorum yargıları uyarınca, Anayasa’yı hukuk olarak hayata geçirmeye çalışırlar. Her iki türdeki yargıç da bir diğerinin hakiki Anayasa’yı tahrif ettiğini düşünür. Dolayısıyla yargıçları ettikleri yemine sadakatlerinin ölçüsüne göre sınıflandırmak ne kullanışlı ne de hakkaniyetlidir.

Muhafazakâr yargıçlar ile liberal yargıçlar arasındaki popü-
ler ayrımın işe yarar bir ayrım olduğu da zaten açık değildir.
Atandıklarında liberal oldukları düşünülen yargıçların daha son-
ra muhafazakâr oldukları söylenmiştir –misal, Felix Frankfurter
bu anlamda ismi en çok zikredilen yargıçtır. Muhafazakâr siyasi
kanaatleri memnun eden karar verdikleri için bu açıdan muhafa-
zakâr sayılan yargıçlar ise başka bir açıdan liberal hatta radikal
görülürler, çünkü bu kararı verebilmek için anayasal içtihatları
göz ardı etmişlerdir.³ Bütünlük olarak hukuk, yorumun farklı bo-
yutları arasında analitik bir ayrım yapmak suretiyle daha yerin-
de bir sınıflandırma şeması sunar. Eğer yargıçları bir tür liberal/
muhafazakâr ölçeğinde sınıflandırmada ısrarcı isek, ayrımımızı
iki boyuttan ayrı şekilde yapmalı, dolayısıyla da iki değil dört
başlık açmalıyız. Yargıcımız ilk boyutta uymaya dair kanaatleri
sıkı olduğu takdirde muhafazakâr addedilecektir. Uymaya dair
kanaatlerin sıkı olmasına şöyle bir örnek verebiliriz: Anayasal
doktrine dair her bir yorumun Anayasa'nın “yapıcılarının” veya
Yüksek Mahkeme'nin geçmişteki yargıçlarının somut kanaatle-
rine uymasını talep ediyor olabilir. Yargıcımız bu ilk boyutta,
uymaya dair görüşleri daha esnek olduğu takdirde liberal ka-
bul edilecektir. Paralel bir ayrım içeriğe ilişkin boyutta da ya-
pılabilir. Yargıcımızın uyma temelinde kullanılabilir yorumlar
arasından seçim yaparken dile getirdiği siyasi kanaatler siyasi
muhafazakârlıkla ilişkilendirilmiş kanaatler olduğu takdirde,
onu muhafazakâr sayabiliriz. Bu durumda yargıcımız, sözgeli-
mi, ödetmeci bir ceza felsefesi veya ekonomik ilişkilerde hür
teşebbüs lehine görüş beyan etmiş olacaktır. Bu boyutta liberal
addedilmek için ise liberallerin genelde sahip olduğu siyasi ka-
naatleri dile getirmiş olması gerekir.

Bu yeni sınıflandırma yargıdaki liberaller ile muhafazakâr-
lar arasındaki basit ayrımdan daha esnek görünüyor. Yine de
bir yargıcın bu dört başlıktan ikisine birden dahil olması pek

kolay değil. Belli açılardan uymaya dair muhafazakâr nitelikte görüşler ile diğer açılardan daha esnek görüşleri bir araya getirmesi mümkün. Sözgelimi, Anayasa'nın idam cezasını yasakladığını söyleyecek şekilde yorumlanamayacağını, zira anayasayı yapanların idam cezasını Amerikan hukukundan çıkardıklarını açıkça düşünmemiş olduklarını düşünüyor olabilir, ancak yine de idam cezasının belli koşullarda anayasaya aykırı olduğuna karar veren geçmişteki aksi yöndeki Mahkeme kararlarını bir argüman olarak kabul etmeyi reddediyor olabilir. Başka bir yargıç ise bu yoruma dayalı öncülleri tersine çevirip zaman açısından kendisinden oldukça uzaktaki Anayasa yapıcıların görüşleriyle ilgilenmezken Yüksek Mahkeme'nin mesele hakkındaki kararlarının birbirlerine bağlanarak oluşturduğu zincirin devamlılığını korumada hassasiyet gösteriyor olabilir. Nihayet bir başka yargıcımız da içeriğe dair geleneksel olarak liberal ve muhafazakâr kabul ettiğimiz görüşleri birleştirebilir. Mesela öyle anlaşılıyor ki, Başyargıç Earl Warren iktisadi adalet hakkındaki eşitlikçi kanaatler ile pornografi hakkındaki muhafazakâr görüşlere aynı anda sahipti.⁴

TARİHSELÇİLİK

*Konuşmacının Kastettiği Anlam Olarak
Anayasa Yapıcının Niyeti*

Öyleyse, liberal yargıçlar ile muhafazakâr yargıçlar arasındaki ayırım yanıltıcı ve anayasa yargısına getirilecek ciddi bir izahta pek de katkıda bulunacak nitelikte değildir. Alanda çalışan akademisyenler yakın zamanda farklı bir ayırım keşfettiler. Bu ayırım yargıçları yorumcu olanlar ve olmayanlar şeklinde iki gruba böldü. Ne var ki bu etiketler de oldukça yanıltıcıdır. Buna göre yargıçların bir kısmı anayasal kararların sadece veya büyük oranda Anayasa metninin bizzat kendisini yorumlamak su-

retiyle verilebileceğine inanırken diğer kısmı ise bu kararların anayasadışı temellere dayanması gerektiğini düşünüyor.⁵ Söz konusu ayırım, bazı yargıçların Anayasa'ya itaat ederken diğerlerinin onu göz ardı ettiğini söyleyen hiç de incelikli olmayan popüler hatanın akademik bir kılığa bürünmesinden ibarettir. Bu yaklaşım, hukukun yoruma dayanan felsefi niteliğini görmezden geliyor. Bahsi geçen gruplardan hangisinde yer almış olursa olsun ne yaptığının farkında olan her yargıç kelimenin en geniş anlamıyla yorumcudur. Anayasal yapı ve pratiğimize en iyi yorumu yakıştırarak, bu yapı ve pratiği her şey dikkate alındıktan sonraki en aydınlatıcı ışık altında görmeye çalışırlar. En iyi yorumun ne olduğu hususunda ihtilafa düştükleri olur elbet ama bunu anayasa yargısının yorum içerip içermeyeceğine dair bir ihtilaf gibi görmek analitik bir hatadır, semantik iğnenin bulaştırdığı bölgesel bir enfeksiyon söz konusudur. Anayasa yargısında izlenecek metot hakkındaki büyük tartışmalar bizzat yorum içerisinde yürütülür, yorumun metot içerisinde bir yerinin olup olmadığını tartışmak söz konusu değildir. Bir yargıç, anayasa yapıcıların niyetlerinin diğer bir yargıcın düşündüğünden daha önemli olduğunu düşünüyorsa, bu, daha da temele ilişkin ama yorumla ilgili bir uzlaşmazlığın sonucudur. İlk yargıç hakkaniyet veya bütünlük için her tür sahih yorumun anayasa yapıcıların zihinsel durumuyla olması gerektirdiğini ileri sürerken, ikincisi aynı kanatte değildir.

Yine de bu akademik ayırımı şu şekilde kolayca düzeltebiliriz. Söz konusu akademisyenlerin yorumcu dedikleri yargıçlara işaret etmek üzere “tarihselci” nitelmesini kullanabiliriz. Burada tarihselcinin, Anayasa'nın kaydadeğer yorumlarını anayasa yapıcıların tarihsel niyetlerini ifade eden ilkelerle sınırlayan bir anayasa yargısı usulü üzerinde karar kıldığını söylemiş oluyoruz. Tarihselci, Anayasa'daki eşit koruma kaydının devletin zorunlu tuttuğu ırka dayalı ayırıcı eğitim kurumlarını hukuka

aykırı kıldığını kabul edebilmek için anayasa yapıcı olduklarını kabul ettiklerinin de aynı düşüncede olduğuna kani olması gerektiğini söyleyecektir. Yahut da, daha zayıf bir şekilde, anayasa yapıcıların söz konusu kaydın ırka dayalı ayrımcı eğitim uygulamasını hukuka aykırı kılmadığını düşünmemiş olmalarını bekleyecektir. Esasında On Dördüncü Değişikliği önermiş olan yasakoyucular ırka dayalı ayrımcılık içeren eğitim uygulamasını hukuka aykırı kıldıklarını düşünmüyorlardı. Değişiklikten önceki medeni haklar yasa tasarısının görüşülmesi ve tartışılması sürecini yöneten senatör, Temsilciler Meclisi'ne "medeni hakların bütün çocukların okula gitmesi gerektiği anlamına gelmediğini" söylemişti.⁶ Aynı Kongre, On Dördüncü Değişiklik Anayasa'ya dahil olduktan sonra da Columbia Bölgesi'ndeki okullarda uygulanan ayrımcılığı devam ettirmişti. Tarihselci açısından bunun sonucu şudur: Anayasa'daki eşit koruma kaydı ayrımcılığı anayasaya aykırı kılmamaktadır.

Tarihselcilik ilk başta, 9. Bölümde incelediğimiz yaygın bir teorinin anayasaya uyarlanmış hâlden ibaretmiş gibi görünüyor. Bu yaygın teoriye göre yasalar onları yapanların niyetlerine uygun şekilde anlamlandırılmalıydı. Eğer bunu, bu teorinin işlenmemiş, konuşmacının kastettiği anlam versiyonu olarak anlayacak olursak, Anayasa'yı tartışmış ve yürürlüğe koymuş olanların zihinsel durumları, metnin soyut dilinin nasıl anlamlandırılacağı hususunda belirleyici hâle gelir. Bu teori, anayasanın her bir hükmü için kanonik bir yaratılma ânı teşhis eder ve bugün için ne kadar tuhaf görünürse görünsün, anayasa yapıcıların düşündükleri şeyin sahip olduğumuz Anayasa'yı ifade ettiğinde ısrar eder. 9. Bölümde yasakoyucunun niyeti teorisinin konuşmacının kastettiği anlam versiyonunu reddetmiştik. Ret nedenlerimiz anayasa bağlamında da geçerli. Yasalar, onların lehine oy veren üyelerin kanaatlerine uygun şekilde anlamlandırılmalıdır şeklindeki farklı ve daha cazip bir versiyonunu da ele

almıştık. Hermes, teorinin bu versiyonunu incelerken her bir yasama organı üyesinin kanaatlerindeki çelişkileri teşhis ve bunları birbirleriyle telif etmesi gerektiğini görmüş, bunun için üyenin söylediği her şeyi bir bütün olarak yorumlaması gerektiğini fark etmişti. Sonrasında ise farklı tekil üyelerin yeniden yapılandırılmış kanaatlerini bir kuruma ait bütünsel bir kanaat şeması hâlinde birleştirmeli, bunun için de uygun bir formül kullanmalıydı. Hermes kısa sürede bir yasa metnini doğrudan yorumlamanın daha iyi olacağını anlamıştı. Metni yorumlarken tek tek verilmiş oyların hangi en iyi yorumunun değil, hangi kanaatler dizisinin onun en iyi gerekçesini sağlayacağını soracaktı, çünkü yasanın inşai yorumunun vereceği aynı sonucu vermedikçe bireysel kanaatleri birleştirmede kullanılacak hiçbir formülün kullanılması uygun olmayacaktı.

Anayasal yorumun anayasa yapıcıların niyetlerine uyması gerektiğinde ısrar eden tarihselci, Hermes'in karşılaştığı aynı sorunlarla karşılaşacaktır ve yeterince dikkatli ise, onun vardığı sonuca ulaşacaktır. İlk olarak şöyle diyecektir: On Dördüncü Değişiklik, değişiklik lehine oy veren kongre üyeleri ile diğer yasama organı üyelerinin kanaatlerine en uygun şekilde anlamlandırılmalıdır. Bundan sonra görecektir ki, bu kişiler ırka dayalı ayrımcılıkla ilgili çok farklı siyasi görüşlere sahiptirler. Baskın çıkan kanaat soyut niteliktedir: Anayasa bütün vatandaşlara eşitler olarak muamele edilmesini şart koşmalıdır. Bu, değişikliğin fiilen “yasaların eşit korumasını” gerektirecek tarzda tarif edildiği kanaattir. Söz konusu kişilerden pek çoğu ırka dayalı ayrımcılığı öngören okulların varlığının bu koşulu ihlal etmediği şeklinde daha somut kanaate de sahiptir fakat tarihselci, onların kanaatlerine bir bütün olarak sadık kalmayı kafasına koymuş bir kişi olarak, bu somut kanaatin gerçekten baskın durumdaki kanaatle uyumlu olup olmadığını, yoksa söz konusu baskın görüşün gerçekten neyi talep ettiğine dair mevcut koşullar dahilinde

anlaşılabilir yanlış bir değerlendirme mi olduğunu sormak durumundadır. Eğer tarihselcinin kendisi de ırka dayalı ayrımcı okulların anayasa yapıcıların daha soyut bir düzeyde kabul ettiği eşitlik anlayışıyla uyumsuz olduğuna inanacak olursa, onların kanaatlerine bir bütün olarak sadakat gösterebilmek için söz konusu ayrımcılığın anayasaya aykırı olduğunu düşünmeyi gerektirdiği sonucuna varacaktır. (Farklı bir görüş de ortaya koyabilir: Koşulların değiştiğini, her ne kadar ırka dayalı ayrımcı okullar on dokuzuncu yüzyılın sonlarında eşitlik anlayışıyla uyumlu idiyse de artık uyumlu olmadığını söyleyebilir. Artık bu durumda da sadakatin ırka dayalı ayrımcı okulların anayasaya aykırı olduğunu söylemeyi gerektirdiğine inanacaktır.) Tıpkı 9. Bölümde yasalarla ilgili durumları ele alırken olduğu gibi burada da anayasa yapıcıların kanaatlerinin birbirleriyle çelişebileceğini inkâr etmek felsefi bir karışıklık olacaktır. Hukukun insanlara birbirlerinin eşitleri olarak muamele etmesi gerektiği ilkesini rehber edinmişlerdir ve bu yöndeki taahhütleri, söz konusu bölümde kullandığım dil çerçevesinde opak değil, transparandır. Anayasa yapıcıların kendilerinin de bunu anlamış olduğunu, Anayasa'nın opak tarzda anlamlandırılması gerektiğine inanmadıklarını düşünmemiz için yeterli nedenimiz var, aksi takdirde onların ihlal ettiğini düşündükleri şeyler dışında hiçbir şey On Dördüncü Değişikliği ihlal edemezdi.⁷ Fakat anayasaların opak tarzda anlamlandırılması gerektiğini düşünmüş bile olsalar, tarihselci, yine de *bu* kanaatin onların daha soyut ve dolayısıyla da zorunlu olarak daha transparan bir kanaat olan Amerika'nın bundan böyle herkese hukuk önünde eşit muamelede bulunması gerektiği kanaati ile uyumlu olup olmadığına karar vermek durumunda kalacaktı.⁸

Demek ki tarihselcinin yorum sorunu çözülmüş değil. Bilakis, anayasa yapıcıların bizzat kendilerinin eşit koruma kaydının ırka dayalı ayrımcılık güden okulları anayasaya aykırı kıldığını düşünmediklerini fark etmiş olmamızla yeni bir soru ortaya

çıkmiş oluyor. Hâlâ anayasa yapıcıların daha soyut kanaatlerini bulup çıkarmak durumundadır, bunu da anayasa yapıcıların insanlara eşit olarak muamele etmeye dair hangi anlayışı ihdas ettiklerini sorarak yapacaktır. Bunu anayasa yapıcıların her birini ayrı ayrı ele alarak yapmaya çalışabilir; her birinin, eğer varsa, konuyla ilgili yazı ve beyanları ile diğer meselelerde kullandıkları oyları inceleyebilir. Fakat yine de İç Savaş sonrası değişikliklerin hepsinin bir araya gelerek oluşturduğu yapıya, ki bu yapı da onların düzen kazandırdığı daha genel anayasal bir sistemin parçasıdır, bütüncül bir şekilde doğrudan bakması ve hangi eşitlik ilkelerinin bu yapıyı gerekçelendirmek için gerekli olduğunu sorması daha iyi olacaktır. Ancak bu ilkeleri teşhis ettikten ve incelikli hâle getirdikten sonra kendi görüşüne göre anayasa yapıcıların ırka dayalı ayrımcı okullar hakkındaki somut fikrinin onların eşitlik hakkındaki daha soyut kanaatleri ile uyumlu olup olmadığına karar verebilecektir. Eğer uyumlu olmadıklarına karar verirse, ettiği sadakat yemini bunları göz ardı etmesini gerektirir. Uyguladığı tarihselcilik altüst olmuştur artık; sadece anayasa yapıcıların belirli bir mesele hakkındaki düşüncelerine dayanıyor olmaktan istikrarlı bir şekilde uzaklaşmaktadır.

Tarih, Hakkaniyet ve Bütünlük

Tarihselci için daha güçlü bir açıklama sunabiliriz belki. Şöyle düşünelim: Tarihselci, konuşmacının kastettiği anlam teorisinin her türlü formunu reddetmiş olsun ve Herkül'ün yasaları anlamlandırmakta kullandığı o çok farklı metodu izlesin. Daha ilk baştaki meclis görüşmelerinde dile getirilen ırka dayalı ayrımcı okullarla ilgili beyanları, kanaatlere veya zihinsel durumlara dair ipuçları olarak değil siyasi olaylar olarak görsün ve anayasaya dair hikâyeyi, Anayasa tam da bu beyanların ifade ettiği şekilde okunduğu takdirde daha iyi kılacak bir siyaset teorisine sahip olsun. Peki hangi siyaset teorisi bu acayip sonucu

gerekçelendirebilir? Yetersizliği aşikâr, kötü siyasi argümanları bulmak çok kolaydır. Tarihselci, anayasa yapıcıların geçmişteki beyanlarının belirleyici olması gerektiğini, çünkü Anayasa'nın nihayetinde bir yasa olduğunu, yasanın içeriğinin ise onu yapanların alenen dile getirilmiş niyetleri ile oluştuğunu söyleyebilir. Bu iddianın ciddi ölçüde kanıt ihtiyacı olduğu açıktır. Tarihselcinin yapması gereken şey, bir yasa olarak Anayasa'nın neden anayasa yapıcıların açıkça düşündükleri şey olarak anlaşılması gerektiğini göstermektir. Öyle olması gerektiğini varsayıp kenara çekilemez. Bu sefer de anayasa yapıcıların beyanlarının belirleyici olduğunu, çünkü onların böyle olmasını kastettiklerini söyleyebilir. Bu ise iki nedenle saçma: Böyle bir üst-niyete dair herhangi bir kanıtımız yok⁹ ve böyle bir kanıtımız olsaydı bile bunu hayata geçirmek için de bir ispata ihtiyaç duyacaktık. (Bir meclis üyesinin kendisine eğer Fransızca yazılı olsa idiler yasaların geçerli olup olmayacağı sorulduğunda "oui" dediğini düşünün.)

Tarihselci, kendi anladığı şekliyle demokrasinin, bir anayasa yapmak üzere halkın oylarıyla seçilmiş olan kişilerin, anayasanın ne anlama geleceğine karar verme yetkisine de sahip olmalarını gerektirdiğini söyleyebilir. Fakat demokrasinin soyut tanımı, yani insanların kendi yöneticilerini seçebiliyor olması, kendiliğinden bu yöneticilerin yasa niteliği taşımayan beyanlarının hangi ölçüde yarattıkları hukuka dahil olacağını göstermez. Tarihselci, demokrasiye yaptığı bu genel nitelikli başvuruya hakkaniyete dair daha somut argümanlar ilave etmelidir. Demokrasinin, insanların yasama üzerinde kabaca eşit etkiye sahip olması gerektiği şeklindeki varsayımının neden Anayasa'nın ne anlama geldiğine dair tarihselcinin metodunu içerdiğini göstermelidir. Tarihselci üzerine düşeni başarıyla yerine getireceğini pek beklememelidir. İlk Anayasa'nın yapıcıları halkın tamamını kesinlikle temsil etmiyordu. Daha önceden var olan, bütün olarak ulusa şamil

bir yasa uyarınca seçilmediler. Kadınlar, köleler ve yoksullar da dahil olmak üzere nüfusun büyük bir kısmı bu anayasa yapıcılarının seçilmesi ve Anayasa'nın kabul edilmesi sürecinin dışında tutulmuşlardı. İç Savaş sonrasındaki değişikliklerin yapıldığı dönemde dahi demokrasi öyle gelişmiş filan da değildi. Bu dönem, yasakoyucuların somut fikirlerinin zamanın kamuoyunun hangi görüşe sahip olduğunu gösterecek iyi bir kanıt olarak kabul edilmesini sağlayacak hakkaniyete dair demokratik tartışma imkânından yoksundu. Bütün bu kusurları bir kenara bıraksak bile, hakkaniyet insanların şu anda neden çok uzun süre önce, genel ahlakın, ekonomik koşulların ve neredeyse her şeyin farklı olduğu bir zamanda seçilmiş devlet adamlarının ayrıntılı siyasi kanaatleri uyarınca yönetilmesi gerektiğini açıklamaz. Hakkaniyet nasıl olur da sırf zamanında ulusun tamamında yönetimde olanlar açısından kabul edilebilir olduğu için, bugün pek çok eyaletin ne düşündüğü dikkate alınmaksızın, Anayasa'nın bazı eyaletlerin ırka dayalı ayrımcılık güden okulları ayakta tutmasına izin verdiğini iddia edebilir?

Bir önceki bölümde yasama organındaki beyanları, en azından bunlar resmi yolla yapıldıklarında, dikkate alma konusunda farklı bir argüman üzerinde daha fazla durmuştuk. Bu, siyasi süreçteki bütünlükten kaynaklanan bir argümandı. Söz konusu beyanların bir toplumun siyasi geçmişinin parçasını oluşturduğunu ve siyasete dair hikâyenin en iyi ışık altında görülebilmesi için yasaların ve (artık ilave edebileceğimiz üzere) anayasaların amaca ve kanaate dair resmi beyanlarla uyumlu şekilde anlamlandırılması gerektiğini söylüyordu. Fakat görmüştük ki bu argüman zamana karşı oldukça duyarlıydı. Argüman hâlihazırdaki bağlamda olduğundan daha zayıf olamazdı, çünkü söz konusu resmi beyanlar sadece farklı siyasi koşullarda yapılmış olmakla kalmıyor, tümüyle farklı bir siyasi hayata hitap ederek ve bu farklı siyasi hayat için dile getiriliyorlar. On Dördüncü Değişik-

lik lehine oy kullanmış olanların fikirlerini ırkçılıkla, ırka dayalı ayrımcılıkla ilgili meselenin neredeyse her gün değiştiği bir dönemde, bir asır sonra ABD'nin kamu ahlakını yansıtır şekilde görmek saçma olurdu. Büyük bir haksızlık da olurdu, zira böyle bir yaklaşım toplumun amaç ve hedefini değiştirebileceğini, yani esasında halkın kendine ait amaçları olduğunu toptan inkâr etmek anlamına gelirdi.

İstikrar

Bu kötü argümanları tarihselciye yamamaktan vazgeçelim ve inşa edebileceğimiz en iyi argüman nedir, ona bakalım. Ben bu argümanın genel bir hukuk anlayışı olarak uzlaşıcılık çerçevesinde ele aldığımız temel argümana çok benzediğini düşünüyorum.¹⁰ “Hukukun topluma en iyi şekilde hizmet ettiği durum, hukukun mümkün olduğunca kesin ve istikrarlı olduğu durumdur. Bu söylenen, bilhassa temellere ilişkin olan anayasa hukuku açısından da geçerlidir. Bu da bize yasaların ve anayasanın yorumunu en azından ilke itibariyle keşfedilebilir olan ve değişken kanaat ve müttefiklerden azade bazı tarihi olaylara bağlamak için genel bir neden sağlar. Tarihi-yazar testi bu koşulu başka herhangi bir alternatiften daha iyi karşılar. Testin daha sert olan versiyonu anayasal bir hükmün tarihi yazarların somut niyetlerinden çıkarsanmamış yorumuna geçit vermez. Bu sert versiyonunda test anayasa hukukuna tektarafli bir hava katar ve böylece mümkün olan en yüksek istikrar ve kestirilebilirlik seviyesine ulaşır. Yasamanın veya idarenin bir kararını hükümsüz kılarken Anayasa'ya başvurulabilmesi için tarihi bir araştırmanın böyle bir sonucun geçmişte de kastedildiğini kanıtlaması lazımdır. Fakat bu tektarafli sınırlamanın çok kısıtlayıcı olduğu düşünülürse, testin daha yumuşak bir versiyonu da işe yarayacak, geçmişteki somut niyetleri tümüyle görmezden gelen yorum tarzından daha fazla istikrar sağlayacaktır. Bu durumda bir yasanın veya kararın

hükümsüz kılınması için anayasa yapıcıların böyle bir sonucu ihtimal dahilinde gördüklerinin tarihi kanıtlarla gösterilebilmesi gerekir.”

İstikrara dair getirdiği bu argümanla tarihselcilik Amerikan anayasa pratiğinin makul bir yorumunu vermiş olur mu? Tarihselciliğin sert versiyonu pratiğe kesinlikle uymaz. Yüksek Mahkeme anayasa yargısına ilişkin tektarafli bir tutum takınmamış, anayasa yapıcıların tasavvur etmediği anayasal hakların varlığını kabul etmiştir. Daha yumuşak olan versiyon ise pratiğe daha iyi uymaktadır, ama sadece daha yumuşak olduğu için. İstikrar argümanı özü itibariyle yeterince güçlü ise pratiğe yeterince uyması ve ayakta kalması mümkündür. Mahkeme, Anayasa’yı uygularken ortaya çıkan sonuçlar muhtemelen on sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllarda anayasayı desteklemiş olanları dehşete düşürdü. *Brown* davası böyle bir örnek teşkil ediyor. İdam cezası, kürtaj ve seçim bölgelerinin yeniden belirlenmesine ilişkin kararlar ise diğer örneklerdir. Fakat belki de sayılarının çok olmaması ve belli mahkemelerle ve dönemlerle sınırlı kalmış olması, tarihselcinin söz konusu kararları hata addetmesine izin vermektedir. İddianın açık bir beceriksizlik ürünü olduğunu, gerçekte neyin yorum değil de getirilen bir yenilik olduğunu maskeleydiğini söyleyerek bu iddiayı kolayca reddedemeyiz. Zira istikrar argümanı ırka dayalı ayrımcı eğitimin, idam cezasının ve kürtaj karşıtı yasanın adilliğine ve hakkaniyete uygunluğuna dair herhangi bir görüşten büyük oranda bağımsızdır. Dolayısıyla da yumuşak tarihselciliği kabul eden bir yargıç diğer siyasi saik ve tutumlarına hayat verme hedefiyle pekala sınırlandırılmış olabilir.

Öyleyse istikrar argümanını bir siyasi ahlak argümanı olarak görmeliyiz. İddiası şudur: Yazılı bir anayasası olan siyasi bir toplum uzun vadede daha iyi, daha hakkaniyetli ve daha adil bir toplum olacaktır. Eğer bu anayasanın doğru yorumunun anayasayı yapanların fikirleriyle çelişebilecek yorumla inşa edilmiş

taze, güncel kararlara değil de, anayasayı yapanların –ne kadar eski tarihli oldukları dert edilmeksizin– somut fikirlerine dayanan yorum olması sağlanır, bu suretle istikrar güvence altına alınırsa daha başarılı bir toplum olurlar. Peki, makul bir şey mi bu? Kimi zaman hukukun kesinliği hukukun içeriğinden daha önemli olur; sözgelimi, trafikle ilgili kurallar için bu böyledir, muhtemelen pazarlığa açık ticari bir belge ile ortaya çıkan hak ve yükümlülükleri tanımlayan kurallar için de. Ama bu söylediğimiz her zaman da geçerli değildir. Bütünlük olarak hukuk, kesinliğin ve kestirilebilirliğin farklı koşullar altındaki farklı marjinal değerlerine karşı duyarlıdır. Bilhassa kesinliğin önemli olduğu durumda, mesela pazarlığa açık, müzakere edilebilir belgeler söz konusu olduğunda, belli bir kuralın geçmişte tanınmış ve uygulanmış olması, onun hukukun bu kısmının en iyi yorumunda sahip olduğu yer açısından güçlü bir argüman sunar. Buna karşın kesinliğin nispeten önemsiz olduğu bir durumda ise yorumcu argümandaki gücü de zayıf olacaktır. Bu meseleyi 4. Bölümde ilk defa dile getirdiğimde, anayasal meselelerle ilgili davalara paradigmlar olarak atıf yapmıştım.

Yani tarihselcinin siyasi argümanı, kesinlik iyi bir yönetim için en az öneme sahip olduğu durumda en büyük önemi bu erdeme vermektedir. Bazı anayasal meseleler söz konusu olduğunda hukukun yerleşik olması, hukukun ne olduğundan daha önemlidir. Mesela, başkanın görev süresinin sabit olması ve Yüksek Mahkeme'nin yeni bir değerlendirme yapmasına açık olmaması, sürenin uzunluğunun tam olarak ne kadar olduğundan daha önemlidir. Kesinlik esasa mütealliktir ve mesele kendi çıkarını düşünen kısa vadeli siyasi oportünizmden yalıtılmalıdır. Eğer anayasa yapıcılar bunu anlamamış, temel teşkilata dair kararlarını tek bir yorumu mümkün kılacak bir dili kullanarak tasarlamamış iseler, yaptıkları anayasa bugünkü hukukun konusunu oluşturacak ölçüde uzun yaşamayacaktı. Ne var ki bütün

anayasal meseleler bu nitelikte değildir. Bazı durumlarda bir uzlaşmanın yapılmış olması önemlidir ama uzlaşmanın varlığı her zaman bu uzlaşmanın ayrıntılarının neler olduğundan daha önemli değildir. Federal bir sistemde yetkilerin ulusal ve yerel birimler arasında mümkün olduğunca kesin ve istikrarlı şekilde dağıtılmış olması hiç şüphesiz çok önemlidir. Fakat hangi siyasi birimin belli bir yetki veya sorumlulukla donatıldığı da bir o kadar önemlidir. Sözgelimi belli bir ticari alanı düzenleme yetkisinin veya kamusal eğitimi finanse etme veya eğitim politikalarını yönlendirme sorumluluğunun hangi birime ait olduğu önemlidir. Bütünlük olarak hukuk Anayasa'nın belli bir sorumluluğu farklı birimler arasında nasıl paylaştığına karar vermek için Anayasa'yı yorumlarken istikrarı dikkate alacak ancak hangi kararın söz konusu pratiğin inşa ettiği bütüncül bir federalizm şeması ile daha uyumlu olup olmayacağına da bakacaktır.

Anayasal meseleler arasında, dengesi hâlâ farklılık arz eden üçüncü bir grup daha bulunuyor. Anayasadaki bazı hükümler kaydadeğer her yorum çerçevesinde bireylerin devlete ve ulusa karşı sahip oldukları hakları tanımaktadır: ifade özgürlüğü, ceza yargılamalarında usule uygunluk, eğitim de dahil olmak üzere kamu kaynaklarının kullanılmasında kişilerin eşit muameleye tabi olması. Tek tek ele alındıklarında bu hakların her birinin yorumlanmasında istikrar pratik açıdan belli bir ölçüde önemlidir. Fakat bunlar ilke meseleleri olduklarından hakların özüne ilişkin değerlendirme, bu türden bir istikrardan daha büyük önem arz eder. Bu tip durumlarda hayata geçirilmesi gereken büyük öneme sahip istikrar, esasında bütünlükte ifadesini bulur: Haklar sistemi mümkün olduğunca tutarlı bir adalet anlayışını yansıtır şekilde yorumlanmalıdır. Tarihselciliğin yumuşak formuyla buna ulaşmak mümkün değil. Bu formuyla tarihselcilik yargıçları her bir hakkı yaratmış olan tarihteki devlet görevlilerinin –keşfedilebildikleri ölçüde– somut görüşlerine bağlıyor,

anayasa yapıcıların herhangi bir görüşü yok veya bu görüşler tarih içerisinde kaybolmuş ise yargıçlardan başka bir yorum metodunu kullanmalarını istiyordu. Bu formülün, ürettiği anayasal şemada tutarsızlık yaratacağı muhakkaktır, zira anayasa yapıcılar farkı dönemlerde adaletin neyi gerektirdiği hususunda farklı somut görüşlere sahip olmuşlardır, bu görüşlere erişilemediği durumlarda ise tarihi olmayan metotlar kullanan yargıçlar anayasa yapıcılardan farklı somut görüşler edinmişlerdir. Sert tarihselcilik, yargıçları tarihteki somut niyetlere çok daha sıkı şekilde bağlar esasında: Bu söz konusu niyetleri Anayasa'yı belirleyen tarzda görmelerini ister. Fakat bu da Anayasa'nın ilkeleri yansıttığını inkâr etmek anlamına gelir, çünkü ilkeleri tarihteki bir resmi şahsiyetin zamanında, tahayyülünde ve menfaatinde durup kalan şeyler olarak görmek mümkün değildir. Anayasa hakları ciddiye alır, tarihselcilik ise onları ciddiye almaz.

PASİFİZM

Bazı Bilindik Kafa Karışıklıkları

Tarihselcilik, pasifizm adı vereceğim farklı ve hatta çok daha etkili bir anayasa pratiği teorisinden ayrı tutulmalıdır. Taraftarları, “aktif” ve “pasif” Anayasa yaklaşımlarını birbirinden ayırıyor. “Pasif” yargıçlar, diyorlar, devletin diğer birimlerinin kararlarına büyük oranda riayet ederler. Onlara göre devlet adamlığı tam da budur. “Aktif” olanlar ise beğenmedikleri kararların anayasaya aykırı olduğunu söylerler, ki bu da esasında bir tirana öykünmektir. Pasif yaklaşım inancını temsil eden ve savunan bir anlatım şöyle bir şey olabilir: “Aktif kardeşlerimizin Kongre'nin, başkanın veya herhangi bir meclisin vermiş olduğu bir kararı geçersiz kılmak üzere başvurdukları anayasal hükümler oldukça genel ve soyut bir dil ile oluşturulmuşlardır. Bunların ne anlama geldiği hususunda herkesin kendine ait farklı bir görüşü olacak-

tır. Bu hükümlerin anlamlarını tarihselcilerin düşündüğü şekilde, anayasa yapıcılarının somut niyetlerine başvurmak suretiyle sabitlemek de mümkün değildir, çünkü onların zamanında sahip oldukları niyetleri keşfetmenin güvenilir araçlarından yoksunuz. Bu koşullar altında demokrasi teorisi, Anayasa açısından ırka dayalı ayrımcı eğitimin hukuka aykırı olup olmadığına, kürtaj serbestisinin korunup korunmadığına veya idam cezasının yasak olup olmadığına halkın bizzat kendisinin karar vermesi gerektiğini söyler. Bunun anlamı, bu meselelerdeki son sözü söyleme imkânının eyalet meclislerine ve federal meclislere verilmesidir. Halk hâlihazırda Yüksek Mahkeme'nin kararlarını sadece pek külfetli ve istisnaen başvurulmuş anayasa değişikliği yoluyla geçersiz kılabilmektedir ve bu her halükârda basit çoğunluktan çok daha fazlasını gerektirir. Meclisin bir sonraki seçimlerde alaşağı edilmesi pekala mümkündür.”¹¹

Ne var ki pasifizme dair bu anlatım farklı meseleleri karman çorman hâle getiriyor. Bizim de bunları birbirlerinden ayırmakla işe başlamamız gerekiyor. İlk bakışta ortada üç farklı soru varmış gibi görünüyor. İlki, vazetmeye dair: Anayasayı kim yapmalı? Bu esas teşkilat yasası hayat boyu görev yapmak üzere atanmış, seçilmemiş yargıçlar tarafından mı yoksa demokratik usule uygun şekilde seçilmiş ve halka karşı bir bütün olarak sorumlu meclis üyelerince mi yapılmalı? İkinci soru yargı yetkiyle ilgili: Amerikan siyaset şeması dahilinde hangi kurum hakkıyla yorumlandığı hâliyle mevcut Anayasa'nın gerçekten neyi gerektirdiğine karar verme yetkisine sahiptir? Üçüncü soru ise hukuki bir soru: Hakkıyla yorumlandığı hâliyle mevcut Anayasa gerçekten neyi gerektirir? Bazı pasifistler ikinci soruya cevap verdiklerini düşünmektedirler, büyük bir kısmı ise sanki birinci soruya cevap veriyorlarmış gibi konuşurlar. Fakat hukuki nitelikteki üçüncü soru, sundukları teorinin pratik bir anlamı olacaksa, yönelmeleri gereken sorudur.

Marbury v. Madison, ikinci, yani yargı yetkisiyle ilgili sorunu çözüme kavuşturdu, en azından öngörülebilir gelecek açısından: Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın eyaletlerin belli koşullar altında kürtaji suç saymasını yasaklayıp yasaklamadığına ister istemez karar vermek durumundadır. Pasifizizm, Mahkeme'nin bu yetkiyi meclisin cevabını bizzat kendi cevabıymış gibi kabul ederek kullanması gerektiğini söyler fakat bu tavsiye ancak hukuki nitelikteki üçüncü soruya verilecek doğru cevaptan kaynaklandığı takdirde anlamlıdır. Eğer bu sorunun doğru cevabı Anayasa'nın eyaletlerin kürtaji suç saymasını yasakladığı şekildeyse, meclisin aksi yöndeki görüşüne riayet etmek Anayasa'yı tam da pasifizmin korkutucu kabul ettiği şekilde *değiştirmek* anlamına gelir. Pasifistler yargının anayasa düzeyinde kural ihdas etmesini kınarlar, demokrasinin, esas teşkilat yasasını halkın bizzat kendisinin yapması anlamına geldiğini söylerler. Fakat bu cazip önermenin bir anlama sahip olması için, yine hukuki nitelikteki üçüncü soruya verilecek belli bir cevabı önceden verili kabul etmesi gerekir. Eğer hakkıyla yorumlandığı hâliyle Anayasa idam cezasını yasaklamıyor ise, bu durumda elbette ki suçluları idam eden eyaletlerin anayasaya aykırı davrandığına karar veren yargıç Anayasa'yı değiştiriyor demektir. Fakat eğer hakkıyla yorumlandığı hâliyle Anayasa idam cezasını yasaklıyor ise, idam cezası öngören eyalet yasalarını iptal etmeyi reddeden yargıç da Anayasa'yı vermiş olduğu kararla değiştiriyor, anayasal ilkeyi hiçe saymak suretiyle yetki gaspında bulunuyor demektir. Bir diğer deyişle hukuki sorudan kaçmak mümkün değildir. Pasifizmi değerlendirirken onun şöyle dediğini görmeliyiz: Hukuki bir mesele olarak Anayasa'nın soyut hükümleri vatandaşlara bu hükümlerin tek tek lafızlarından tartışmasız kaynaklanan somut haklardan başka herhangi bir hak sunmaz. Aksi takdirde yargının yetki gaspına duyduğu bütün öfke, demokrasiye karşı gösterdiği bütün o samimiyet, hukuk pratiği açısından anlamsız

kalacak, tutumu bir oraya bir buraya telaşla yüzen heyecanlı süs balıklarından farksız olacaktır.

Eğer katı uzlaşıcılık Amerikan hukuk pratiğine dair en iyi genel yorum ise anayasal haklara dair bu sert görüş de esasında doğru olacaktır. Sözgelimi, usule uygunluk veya eşit koruma hükümlerinin eyaletlerin kürtaji suç saymasını yasaklayıp yasaklamaması ihtilaflı bir mesele olduğuna ve anayasa hukukçuları arasında bile meselenin nasıl çözüleceğine dair bir konsensüs bulunmadığına göre, uzlaşımçı, hukuki bir mesele olarak Anayasa'nın böyle bir yasa çıkarılmasını yasakladığı iddiasını reddetmek durumundadır. Öyleyse Yüksek Mahkeme'nin yine de kürtaj karşıtı yasaların anayasaya aykırı olduğunu karara bağlamasını isteyen uzlaşımçı esasında ulusun esas teşkilat yasasının hayat boyu görev esasına göre atanmış görevlilerce yapılması gerektiğini, bu kişilerin vereceği kararın sadece nitelikli çoğunluğu gerektiren anayasa değişikliği usulüne tabi olacağını söylemiş olur. Fakat bu, uzlaşımçılığın neden Amerikan hukukunun kötü bir yorumu olduğuna dair 4. Bölümde işaret ettiğimiz argümanlara bir yenisini eklemekten başka bir anlama gelmez. Eğer pasifizim uzlaşımçılığa dayanıyorsa, onu zaten çoktan reddetmiş bulunuyoruz. Bütünlük olarak hukuk uyarınca ise ihtilaflı anayasal meseleler yorum yapılmasını gerektirir, değişiklik değil. Mahkemeler ve meclisler, resmi görevliler ve vatandaşlar bu meselelerle, normalde tek bir yorumun –ifade özgürlüğünün, eşit korumanın veya usule uygunluğun gerçekte neyi gerektirdiğine dair tek bir görüşün– mevcut anayasal pratiğin başka bir yorumdan daha iyi bir gerekçesini sunduğu şeklindeki düzene ilişkin bir varsayım altında karşılaşırlar: Yani, tek bir yorum hukuki nitelikte üçüncü soruya verilen daha iyi bir cevaptır. Pek tabii ki ilk türdeki sorular, yani vazetmeye dair sorular bazı bağlamlarda doğru sorulardır. Belki de ulus hâlihazırda sahip olduğu Anayasa'ya sahip olmamalıdır; belki de ulus anayasal tarihi-

nin o güne kadar en iyi gerekçesini sunan ilkelerle yönetilmeye devam etmemelidir. Fakat Anayasa, bu nitelik itibariyle farklı olan vazetmeye dair meselelerin nasıl karara bağlanacağı hususunda inkâr edilemez ölçüde açıktır. Bunlar anayasanın yorumlanmasıyla değil değiştirilmesiyle ilgili meselelerde, Anayasa da bu değişikliklerin öngördüğü sevimsiz yol dışındaki bir şekilde yapılmaması gerektiği konusunda nettir. Belki de, çoğu Amerikalının şu an için düşündüğünün aksine, günümüzde oluşacak bir çoğunluğun esas teşkilat yasasını, sözgelimi referandumla değiştirme gücüne sahip olması gerekir. Fakat bizim sorunumuz bu da değildir.

Pasifist, hukuki soruya verdiği sert cevabı uzlaşımçılığa başvurmaksızın başka bir şekilde savunabilir mi peki? Bazı pasifistler uzlaşımçılıktansa şüpheciliğe yaslanıyorlar. Diyorlar ki, Anayasa'nın soyut hükümlerinin en iyi yorumu, bütünlük olarak hukuk uyarınca bile, şüpheli yorumdur. Buna göre Anayasa hükümleri, tek tek lafızlarının en dar okunmasıyla elde edilen anlamın ötesinde herhangi bir şeyi ne yasaklarlar ne de böyle bir şeye izin verirler. Eğer bu doğruysa, sözgelimi, Mahkeme'nin kürtajla ilgili vereceği herhangi bir karar, farkında olunmayan anayasal bir değişiklik anlamına gelecektir. Bu durumda da vazetme meselesi gündeme gelir: Belki de Mahkeme'nin Anayasa'nın sessizce nasıl değiştirilmesi gerektiği hakkındaki eyalet meclisi görüşünü kabul etmesi, kendine ait karşıt bir görüşü dayatmasından daha iyi olacaktır, zira bu daha demokratiktir. Peki pasifistin şüpheciliğini desteklemek üzere getirebileceği bir argüman var mıdır?

Pasifistin aklındaki argümana esasında yeterince aşınayız, daha önce de karşılaştık onunla. “Bir kişinin usule uygunluğa veya eşit korumaya dair bir hükmün yorumunun başka bir yorumdan daha iyi olduğunu düşünecek olmasının nedeni adalete veya eşitliğe dair bir teorinin başka bir teoriden daha iyi ol-

duğunu düşünmesidir.”¹² Eğer bu, siyasi ahlak hakkında harici şüpheciliğe başvurmak ise, 2. Bölümde ve tekraren 7. Bölümde incelediğimiz nedenlerle anayasal pratikle bir ilgisi yoktur. Aynı zamanda kendi kendini de çürütmektedir, çünkü *kendisinin* sorduğu bir soruya, yani mesele sadece bir görüş meselesi olduğunda kimlerin görüşlerinin belirleyici olacağıyla ilgili hakkaniyete dair soruya verilecek doğru bir cevabın bulunduğunu varsayar. Eğer pasifistin şüpheciliği genel olarak ahlakla ilgili daha şümüllü bir dahili şüphecilik ise, o zaman da tümüyle dogmatiktir, çünkü dahili ahlaki şüpheciliğin gerektirdiği ahlaki argümanların hiçbirini sunmaz. Üstelik yine kendi kendini çürütmektedir, çünkü kendi ahlaki görüşünü, yani anayasa değişikliklerini mahkemelerin değil de meclislerin yapmasının hakkaniyete daha uygun olduğu şeklindeki görüşünü, yine kendisinin kapsamlı şüpheciliğinden hariç tutmaktadır. Azınlıkların siyasi haklarıyla ilgili bütün soruların doğru cevabı, ortada doğru bir cevap olmadığı ise, kimlerin görüşlerinin bizleri yöneteceği sorusunun doğru bir cevabı olabilir mi peki? Bütün popüleritesine rağmen şüpheciliğe dayanan argüman, tuhaf bir şekilde tel tel dökülmektedir.

Adalet, Hakkaniyet ve Çoğunluk Kuralı

Öyleyse pasifizm ihtilafı anayasal davalar için her zaman verdiği negatif cevaba gidebileceği kestirme bir yola sahip değildir. Çoğunlukçu kararlara karşı bireysel hakları güvence altına alan soyut hükümlerin hepsinin çok ama çok dar bir şekilde yorumlanmalarının doğru olduğunu, bu hükümlerin sadece lafızlarının ihtilafa yol açmayacak şekilde yasaklar koyabileceğini varsayar. Bu varsayımı bütünlük olarak hukukun talep ettiği türden, yorumcu bir argümanla savunur. Peki bu dar anlamlandırma Amerikan anayasa pratiğinin güçlü bir yorumu mudur? Doğrusu, söz konusu yorum, Amerikan anayasa pratiğine tarihselcilikten daha

çok uyar fakat tümüyle de uyduğu söylenemez: Yüksek Mahkeme'nin *Brown* kararı da dahil olmak üzere geçmişte verdiği pek çok karar, pasifist bir izahla gerekçelendirilemez, dolayısıyla da pasifist açısından hatalı kararlar addedilmeleri gerekir. Diğer yandan pek çok hukukçu pasifizmin uymadığı bu kararların bir kısmının zaten hatalı olduğunu düşünmektedir. Sözelimi *Dred Scott* davasında¹³, yargıçlar Missouri Uzlaşısı'nı köle sahiplerinin köleleri üzerinde anayasal korumaya sahip hakları olduğu gerekçesiyle iptal etmişlerdi; *Lochner* davasında¹⁴ ise bir eyaletin aralıksız çalışmak üzere istihdam edilmiş fırıncıların çalışma saatlerine azami sınır getirmesinin özgürlüğü zedeleyeceğini söylemişlerdi. Pasifist inanç anayasa tarihinin neredeyse her bir aşamasında, yargı kararlarında ve bilimsel çalışmalarda yer alan görüşlerde kendisine kaydedeğer oranda destek bulmuştu. Dolayısıyla pasifizmin yorumun ilk boyutunda uyma testi eşliğini geçtiğini pekala düşünebiliriz. Bu durumda daha maddi diğer testlerin nasıl üstesinden gelebileceğine dair daha kompleks sorulara geçebiliriz. Sorumuz şu: Anayasal sınırlamalar çok daha dar olsa, meclisler çoğunluğun istediği neredeyse her şeyi yapabilese, anayasa pratiği bir şekilde daha cazip olur muydu?

Bu soru, yapısını önceki bölümlerde incelediğimiz kompleks bir yargıda bulunmayı gerektiriyor. Mesela eşit koruma veya hukuka uygunluk kayıtlarının hangi yorumunun onları siyasi ahlak çerçevesinde daha iyi kılacağına karar verirken birbirleriyle de yarışabilecek farkı siyasi erdemlerin bulunduğunu kabul etmiştik. Adalet bunlardan biriydi: Eşit koruma kaydının yorumu adaletin gerçekten gerektirdiği şeye ne kadar yaklaşırsa o kadar iyi olacaktır. Fakat hakkaniyet de bir başka erdemdi: Yorum, bir bütün olarak toplumda baskın veya en azından yaygın kanaatleri, toplumda yaygın olmayan veya reddedilmiş kanaatleri ifade ettiğinden daha fazla yansıttığı ölçüde daha iyi olacaktır. Bu yapıyı, pasifistin, Anayasa'daki çoğunlukçuluğa getirilmiş sınırlamaları

çok dar okumak suretiyle Anayasa'ya dair sunduğu genel izahın onu neden daha cazip bir neden kıldığını göstermek için ileri sürebileceği argümanları teşhis etmek için kullanabiliriz.

Çoğunlukçu bir yönetime getirdiği sınırlamalar asgari düzeyde olduğu takdirde Anayasa daha mı adil olacaktır? Öyle olabileceğini düşünmek için iki farklı neden var. Birincisi dolaysız bir neden. Eğer Bentham'a (ve bazı Marksistlere ve komüniteryenlere) hak vererek insanların bireyler olarak haklarının olmadığını söylerseniz, Anayasa'nın, çoğunluğun iradesine en az sınırlamayı getirmesinin daha iyi olacağını düşünebilirsiniz. Ya-hut da en azından muhtemel sınırların çoğunluğun neyi istediğini veya şart koştuğunu denetlemekten ziyade yasama sürecinin demokratik niteliğini korumak üzere tasarlanması gerektiğini söyleyebilirsiniz.¹⁵ Fakat pasifizmin lehindeki bu düz argüman söz konusu adalet anlayışını kabul etmeyen pek çok Amerikalı tarafından ikna edici bulunmayacaktır.

Adalete dayanan ikinci argüman ise, bir adalet meselesi olarak, bireylerin çoğunluğa karşı hak sahibi olduğunu reddetmez. Anayasal sınırlara çok daha karmaşık bir nedenle karşı çıkar: Uzun vadede meclislerin adaletin hangi hakları gerektirdiğine dair daha güçlü bir teori geliştirme olasılığı, mahkemelerin soyut anayasa hükümlerinin muğlak dilini yorumlamaya çalışmasından çok daha fazladır. Ne var ki bu iddianın aleyhinde apaçık bir argüman var. Siyasi çoğunluk tarafından seçilmiş ve yeniden seçilmek durumundaki parlamento üyelerinin çoğunluğun karşısındaki azınlıkların haklarına dair ciddi bir tartışma söz konusu olduğunda çoğunluğun tarafını tutma ihtimali daha fazladır. Eğer çoğunluğun taleplerine ciddi direnç gösterirlerse, çoğunluk da onları direnç göstermeyen yenileriyle değiştirecektir. Dolayısıyla parlamentodaki meclis üyelerinin azınlık haklarıyla ilgili güçlü kararlara ulaşma ihtimali, bu açıdan daha az kırılgan olan görevlilerin böyle kararlara ulaşma ihtimalinden

azdır. Çoğunluğun hışmından azade yargıçların bu haklarla ilgili karar verecek ideal insanlar olduğu anlamına gelmiyor bu. Davaların sonuçlanmasında yargıçların da kendilerine ait ideolojik ve kişisel çıkarları bulunur ve onlar da tiran özellikleri gösterebilir. Fakat onların siyaset teorisyeni olarak eyaletlerdeki meclis üyelerinden veya adalet bakanlarından daha az ehil olduklarını düşünmek için *a priori* bir neden bulunmaz.

Tarih de bize onların öyle olduğunu söylemiyor. Pasifistler, Yüksek Mahkeme'nin şu anda hepimizin üzerinde uzlaştığı gibi bireysel haklara arzu edilir veya adil yasama programlarını engellemek veya budamak için hatalı şekilde başvurduğu *Lochner* gibi davalara atıf yapıyorlar. Ne var ki eğer Mahkeme pasifizme dört elle sarılmış olsaydı belki de bugün pişmanlık duymak için çok daha fazla nedenimiz olacaktı. Mesela güneydeki okullar hâlâ ırka dayalı ayrımcı bir düzene tabi olabilirdi. Eğer şimdi oturup Mahkeme'nin anayasa tarihindeki genel itibarıyla en fazla pişman olunan kararlarını bir araya getireceksek, anayasal adalet ilkelerinin şu an için müdahaleyi gerektirdiğini düşündüğümüz durumlarda Mahkeme'nin müdahale etmeyerek hata ettiği çok daha fazla dava buluruz. Sözgelimi, Amerikalılar eğer siyasi tarihçelerinde *Plessi* veya *Korematsu*¹⁶ gibi davalar olması idi, bugün, geçmişlerinden çok daha fazla gurur duyuyor olacaktı. Bu iki davada da çoğunluğu ifade eden meclislerin kararları ciddi ölçüde adaletsiz, aynı zamanda da, çoğu hukukçunun inandığı gibi, anayasaya aykırıydı. Yüksek Mahkeme'nin adaleti gerçekleştirmek için Anayasa adına müdahalede bulunmamış olmasından dolayı bugün pişmanlık duyuyoruz.

Öyleyse, eğer pasifizm lehine iyi bir siyasi gerekçe bulunacaksa, bunun yeri ikinci argüman çizgisinde, yani siyasi hakkaniyet düşüncesinde olabilir. Fakat hakkaniyete başvuran bir pasifist iki su götürür iddiayı savunmak durumundadır. Öncelikle hakkıyla anlaşıldığı şekliyle hakkaniyetin, yasama yetki-

sine sahip bir bölgedeki seçmenlerin çoğunluğunun bir azınlık grubuna karşı yapabilecekleri şeyler açısından sadece bizzat kendilerinin kabul ettiği veya en azından kendilerine sınırlamanın yöneldiği anda rıza gösterdikleri ilkelerle sınırlanabileceğini savunacaktır. İkinci olarak şunu iddia edecektir: Bu şekilde anlaşılan siyasi hakkaniyet anayasal bağlamda olağanüstü bir öneme sahiptir, adalet ile hakkaniyetin çatıştığı düşünülüyor durumlarda daima hakkaniyet tercih edilmelidir. Bu iki iddiayı bir arada ele alırsak Anayasa'nın genel yapısına pasifizmin, riayet hakkında ulaştığı sonuçların anayasal pratiğe uyduğundan çok daha kötü şekilde uyduklarını görürüz, çünkü Anayasa'nın ceza yargılaması için öngördüğü usul gibi açık ve kesin sınırları açıklayamazlar. Eğer bu iki iddia güçlü olsa idi, çoğunluğun bu sınırlamaları yerinde kabul etmesi durumunda o anayasal sınırlar gereksiz, yanlış kabul ettiği durumda ise hakkaniyete aykırı olacaktı. Bir bütün olarak Anayasa'nın yetkin herhangi bir yorumu, dolayısıyla, pasifistin bu iki iddiasının aksine, bazı anayasal hakların tam da çoğunluğun, adaletin neyi gerektirdiğine dair kendi kanaatlerine uymasını engellemek üzere tasarlandığını kabul etmek zorundadır. Anayasa, pasifistin de kabullenmesi gerektiği şekliyle hakkaniyetin bazı temel haklara boyun eğmesi gerektiğine vurgu yapar. Aşikâr anayasal hakları açıklayamadığı için pasifistin hakkaniyetin niteliği ve önemi hakkındaki görüşü anayasal yorum çerçevesinde bir kez reddedildi mi, artık bütünlüğün bu aşikâr hakları henüz farkına varmadığımız zımni haklara ne ölçüde genişletmeyi gerektirdiğini soran ihtilafli davalar için, söz konusu görüşün belirleyici olmak üzere yeniden ortaya çıkması da mümkün değildir.

Pasifistin bu iki iddiası, içeriği açısından da makul değildir, ideal bir anayasal yapı dahilinde hakkaniyetin ne anlama gelmesi gerektiğine dair kabul edilebilir bir izah sunmaz. Anayasal bağlamda hakkaniyet, anayasal bir hükmün yorumunun,

Amerikan tarih ve kültüründe karşılığı olmayan, ulusun kendisi için kendine yönelik şekilde yürüttüğü değerlendirme ve tartışmanın retoriğinde herhangi bir rolü olmamış adalet ilkelere dayanmasının ağır bir şekilde mahkûm edilmesini gerektirir. Hakkaniyet, ulusun siyasi kültürünün istikrarlı ve soyut özelliklerine riayet talep eder. Bu talebin, belli bir siyasi olayda baskın çıkmış olan o yerel ve zamana has siyasi çoğunluğun görüşleri ile alakası yoktur. Irka dayalı ayrımcı okulların varlığı ulusun büyük kısmında kabul edilmiş eşitlik ilkelerini zedeliyorsa, bazı eyaletlerin ayrımcı okullar açma hakkının reddedilmesi hakkaniyeti ihlal etmez. Eğer ulusun tarihi, ahlaki bağımsızlık düşüncesini genel itibariyle onaylıyor fakat eşcinsellerin bu bağımsızlığını inkâr ediyorsa, her ne kadar bu ayırım ilke düzeyinde makul şekilde gerekçelendirilemezse de, bu düşüncenin tutarlı bir şekilde hayata geçirilmesinde ısrar etmek hakkaniyeti zedelemes.

Şöyle özetleyebiliriz: Pasifizm ilk bakışta atanmış yargıçların kendi iradelerini siyasi çoğunluğa ne ölçüde dayatabileceği hakkında cazip bir teori gibi görünür. Fakat birbirine karıştırıp önümüze koyduğu farklı meseleleri dikkatle birbirinden ayırdığımız takdirde, entelektüel temellerinin gittikçe zayıfladığını görürüz. Esas teşkilat yasası olması hasebiyle hâlihazırdaki Anayasa'nın ne olduğuna dair bir teori olmalı veya buna dair bir teoriyi içermelidir pasifizm. Bunun anlamı da geniş anlamıyla anayasal pratiğin yorumu olması gerektiğidir. Pasifizm bu pratiğe hiç de iyi bir şekilde uymaz. Onu en iyi ışık altında gösterebilmesi için bir adalet meselesi olarak bireylerin siyasi çoğunluklara karşı hakları olmadığını varsaymamız gerekir. Bu ise anayasa kültürümüze yabancıdır. Veyahut da tam da anayasal hak düşüncesinin özüyle alay eder şekilde tarif edilen hakkaniyetin olağanüstü bir anayasal erdem olduğunu varsaymamızı ister. Eğer bu sevimsiz düşünceleri reddediyorsak, pasifizmi de reddetmiş oluruz. Peki

bu ret, karşıt teoriyi, pasifistlerin “aktivizm” dedikleri şeytani teoriyi kabul etmemiz gerektiği anlamına mı geliyor?

Aktivizm hukuki pragmatizmin yıkıcı bir versiyonudur. Aktivist yargıç Anayasa metnini, Anayasa'nın kabul ediliş tarihçesini, Yüksek Mahkeme'nin Anayasa'yı yorumladığı geçmişteki kararlarını ve siyasi kültürümüzün uzun geçmişe sahip geleneklerini görmezden gelir. Bütün bunları göz ardı ederken amacı, adaletin neyi talep ettiğine dair kendi görüşünü devletin diğer organlarına dayatmaktır. Bütünlük olarak hukuk, aktivizmi kınar ve ona göre anayasa yargısının aktivizme açık hiçbir uygulaması yoktur. Bütünlük olarak hukuk, yargıçların Anayasa'yı kararlarıyla değil yorumlamak suretiyle hayata geçirdiklerini ısrarla vurgular. Yani kararları anayasal pratiği göz ardı etmemeli, ona uymalıdır. Yorumla inşa edilmiş bir karar siyasi ahlakla da ilişkilidir, ama bu ilişki birkaç bölümdür incelediğimiz kompleks tarza sahiptir. Fakat sadece adaleti değil pek çok farklı siyasi erdemi de dikkate alır, bunların bir kısmı birbirleriyle kimi zaman çelişir ve birbirlerini dengeler. Bunlardan biri hakkaniyettir: Bütünlük olarak hukuk ulusun siyasi geleneklerine ve kültürüne duyarlıdır, dolayısıyla duyarlı olduğu şey anayasa açısından uyum anlamındaki hakkaniyet düşüncesidir. Pasifizmin alternatifi dizginlerin sadece yargıcın adalet hissinin elinde olduğu kaba bir aktivizm değildir. Alternatif, daha ince bir elekten geçirilmiş, her bir olayı birbirinden ayırabilen, pek çok siyasi erdeme yer veren ama aktivizmden de pasifizmden de kimseyi tiran konumuna sokmayan bir yargıdır.

Şu an itibariyle ABD'deki akademik anayasa teorisinin mevcut durumuna dair kısa incelememizi bitirmiş bulunuyoruz. Amerikan anayasa pratiğinin genel yorumu olmak açısından tarihselcilik ve pasifizm aleyhine iddialarda bulundum. Her bir ulusun bireysel haklar hakkında soyut hükümlerle kaleme alınmış bir anayasası olması gerektiğini veya buna benzer bütün anayasaların, üyeleri

tıpkı Yüksek Mahkeme yargıçları gibi atanan bir mahkeme tarafından yorumlanması gerektiğini söylemedim. Amerikan hukuk pratiğinde bulunanlardan farklı düzenlemelerin yapılması da pekala mümkündür ve ideal bir teorinin bakış açısından bunların bir kısmı çok daha iyi bile olabilir. Yürüttüğümüz daha genel nitelikli olan tartışmanın bu noktasında ideale değil gündelik olana dair teorinin yorum sorularıyla karşı karşıya geldik. Amerikalı yargıçlar ve hukukçular sahip oldukları anayasa pratiğinin yorumuna, başarılı ve bütüncül bir yoruma, farklı boyutlarının ele alındığı bir yoruma ihtiyaç duyuyorlar. Pasifizm ve tarihselcilik uygun bir yorum sunamaz. Başarısızlıklarından öğrenebileceğimiz şeyler var: Anayasanın ne olduğuna karar verirken eklektik, *a priori*, tek yönlü yorum stratejilerinden şüphe duymalıyız. Bu samimi uyarının rehberliğinde taze bir başlangıç yapabilmemiz için sahnemiz yeniden kuruluyor.

HERKÜL OLİMPOS'TA

Alt derece mahkemelerinde verilen kararlardaki sıradışı ve kimi zaman biktırıcı uzunluktaki görüşlerine rağmen Herkül terfi alıyor. Artık o, ABD Yüksek Mahkemesi'nin Yargıç Herkül'ü... Varsayalım ki, 1. Bölümde ilk karşılaştığımız örnek davalarımızın sonuncusu olan *Brown* davası henüz görülüş değil. İşte şimdi, 1953'teki ahval ve şerait altında dava Herkül'ün Mahkemesi'ne geliyor. Davacı olan okul çağındaki çocuklar Kansas'taki devlet okullarında uygulanan ırka dayalı ayrımcı şemanın anayasaya aykırı olduğunu, çünkü eşit hukuki koruma almalarını engellediğini söylüyorlar. Bunu güneydeki eyaletlerin tamamında bu uygulamanın uzun bir tarihi olmasına ve Mahkeme'nin aynı ilkesel meseleleri ortaya çıkaran açıkça aksi yöndeki, 1896'dan beri sarsılmadan ayakta duran *Plessy v. Ferguson* davasındaki kararına¹⁷ rağmen dile getiriyorlar. Bütünlük olarak hukuk tarafımız bu iddialara nasıl bir karşılık verecektir?

Anayasa en nihayetinde bir tür yasadır, Herkül de yasalara ilişkin metoda sahiptir. Yasaların her birini, onların tarihçelerini, her şey dikkate alındığında en iyi olacak şekilde yorumluyor. Bunun için siyasi yargılarda bulunması gerekiyor ama bunlar özel ve kompleks yargılar, aynı meselelere müteallik bir yasa için oy kullanırken dikkate alacağı yargılarla hiçbir surette özdeş değiller. Adalet hakkındaki veya bilgelikle yönlendirilen siyasa hakkındaki kendi kanaatleri sadece yasa metni ile değil fakat hakkaniyete ve bütünlüğe dair çok farklı düşüncelerle de sınırlanmış durumdadır. Bu stratejiyi yeni pozisyonunda da kullanmaya devam edecek ama Anayasa olağandan oldukça farklı bir yasa olduğundan stratejisini anayasal davalara özel olarak uygulamak için ciddi bir çalışma yapması gerekiyor. Yasalar için kullandığı stratejiyi anayasa yargısına dair işleyen bir teori olarak geliştirecek.

Anayasa, sıradan yasalardan çok çarpıcı bir açıdan farklıdır. Anayasa, hukukun diğer kısmının temelidir. Öyleyse Herkül'ün metni bir bütün olarak yorumlaması da, Anayasa'daki soyut hükümleri yorumlaması da temele ilişkin olmalıdır. Toplumdaki siyasi gücün en temel düzenlenişine uymalı ve onu gerekçelendirmelidir, yani siyaset felsefesinin en felsefi katmanlarından çıkarsanan bir gerekçelendirme sunmalıdır. Hukukçular aynı zamanda daima filozof da olagelmışlerdir, zira hukukbilim, hukukçunun, hukukun ne olduğuna dair izahının parçasını oluşturur, söz konusu hukukbilimin sönük veya mekanik olduğu zaman bile böyledir bu. Anayasa teorisinde felsefe, argümanın yüzeyine yakındır, teori iyiye, argümanda da apaçık görünür.

Ne var ki daha önce yaptığım uyarıları tekrarlamamın tam zamanıdır. Herkül amaçlarımıza hizmet ediyorsa, bunun nedeni, üzerinde çalıştığı anayasa hukukunu bütünlük olarak hukuk uyarınca oluşturan ilkesel meselelere yoğunlaşmakta serbest olmasıdır. Zaman ve iş yükü baskısını dert etmesine gerek yok.

Daha ilk baştan hukuku nitelendirirken bile zorunlu olduğunu hissettiğı nitelikleri bulup getirmek için meseleleri birbirinden yeterince ayıran dili ve tartışmayı teşhis etmede sorun yaşamıyor, oysa fani yargıçların bunu bir sorun olarak tecrübe etmeleri kaçınılmazdır. Şunu da eklemeliyiz: Anayasal davalarda bilhassa ciddiyet arz eden başka bir pratik sorun hakkında da kaygı duymasına gerek yok. Gerçek bir yargıç kimi zaman ilke meselesi olarak, dolayısıyla da hukuki bir mesele olarak doğru olduğuna inandığı şeyi değiştirmek zorundadır. Bunu yaparken amacı diğer yargıçların desteğini kazanmak, toplum açısından yeterince kabul edilebilir ortak bir karara ulaşmaktır. Böylece toplum, anayasal düzlemde bir ilke toplumu olarak eylemde bulunmaya devam edebilecektir. Herkül'ü bu pratik sorunlardan soyutlanmış şekilde kullanıyoruz, yani anlamlı bir analizin yapması gerektiği gibi... Böylece gerçek yargıçların hangi tavizleri hukuktan verilmesi gereken tavizler olarak düşündüğünü görme imkânına sahip oluyoruz.

IRKLARARASI EŞİTLİK TEORİLERİ

Şimdi ise Herkül'ün, Anayasa'nın devlete karşı bireysel hakları ilan eden kısımlarına dair işleyen teorisiyle, bilhassa da eşit koruma kaydına dair teorisiyle ilgileniyoruz. Herkül işe, 8. Bölümde tartıştığımız soyut eşitlikçi düşünce ile başlayacaktır. Bu düşünceye göre devlet bütün vatandaşlarına şu anlamda eşit bireyler olarak muamele edecektir: Siyasi kararlar ve düzenlemeler herkesin kaderi açısından eşit ilgiyi yansıtmalıdır. 8. Bölümde bu soyut ilkeye riayet eden bir devletin özel mülkiyetin kullanımını nasıl dağıtması ve düzenlemesi gerektiğini ele almıştık. Eşitliğe dair her biri bu soruya şöyle ya da böyle farklı cevaplar veren farklı anlayışları –liberteryan, faydacı, refahçı ve kaynak temelli anlayışları– birbirinden ayırmıştık. Şimdi burada ele alıp ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz bir ayrıma da işaret etmiştik.

Siyasa meselesi olarak genel çıkarı güvence altına almada devletin kullandığı bütüncül, kolektif stratejiler ile bir ilke meselesi olarak bu kolektif stratejilere karşı koz olmaları hasebiyle tanıdığı bireysel hakları birbirinden ayırmıştık. Herkül'ün şimdi sorduğu soru anayasa teorisi açısından hayati önemi haiz ama ihmal edilmiş bir sorudur. Anayasa, Kongre'nin ve diğer eyaletlerin siyasa ve ilke meselelerine dair kararlarını hangi ölçüde sınırlayabilir? Düzgün şekilde yorumlandığı hâliyle Anayasa, her bir eyaletin siyasaya ilişkin verdiği kolektif kararlarda, sözgelimi, mülkiyetin dağıtılması ve düzenlenmesine dair genel şemaya dair kararlarda uyması gereken belli bir eşitlik anlayışı ihdas edebilir mi? Eğer ihdas edemiyorsa, eşitlik adına, eyaletin seçtiği eşitlik anlayışı her ne olursa olsun, her eyaletin mutlaka uyması gereken, kolektif siyasa kararlarına karşı koz niteliği taşıyan bazı bireysel hakları hükme bağlayabilir mi?

Bunlar birbirlerinden farklı sorular ve aralarındaki ayrım çok önemlidir. Herkül ilk soruya olumsuz yanıt verecektir. Anayasanın, umumun refahını sağlamak için uygulanacak stratejileri belirlemede eyaletlerin faydacı, liberteryan veya başka bir eşitlik anlayışını izlemesini talep eder tarzda okunması anlamlı olmaz. Anayasa her bir egemen bölgesinin soyut eşitlikçi ilkeyi, yani insanların eşitler olarak muamele görmesi gerektiği ilkesini kabul ettiğini ve dolayısıyla da bu egemen bölgelerinin/her bir eyaletin mülkiyet ve diğer siyasa meselelerine dair kararlarında *bir ölçüde* makul bir eşitlik anlayışına riayet etmesi gerektiğini söyler. (Bu görelî izin verici anayasal standart anayasa hukukçularının, biraz da yanıltıcı şekilde, "rasyonalite" koşulu dedikleri şeyin bir parçasını oluşturur.) Herhangi bir kolektif gerekçenin üzerinde bireysel anayasal haklar hakkındaki ikinci soru farklı bir meseledir. Zira Herkül anayasa tarihinden ve pratiğinden şu sonucu kolaylıkla çıkarılabilecektir: Her ne kadar Anayasa eyaletleri siyasa meselelerinde serbest bırakmış, sadece az önce

tarif edildiği şekilde sınırlandırmışsa da, yine de eyaletler kullandıkları kolektif gerekçeleri, umumun çıkarı için edindikleri görüşleri, sınırlandıran bazı hakların varlığını tanımışlardır. Buradaki hayati soru, söz konusu hakların neler olduğudur.

Herkül şimdi, oldukları varsayılan bir dizi anayasal hak ile meşguldür. Anayasanın bireysel bir hakkı resmi, devlet eliyle yürütölen ırka dayalı bir ayrımcılığın mağduru olunmaması için şart koştuğu açıktır. Fakat bu hakkın niteliği ve boyutları nedir? Herkül ırka dayalı ayrımcılığa karşı olan bir hak için üç izah inşa eder. Bu izahların her birini anayasal pratiğin yetkin bir yorumu olup olmadıklarını görebilmek için On Dördüncü Değişiklik çerçevesinde teste tabi tutacak.

1. şüpheli tasnifler. İlk izah, ayrımcılığa karşı hakkın, kişilerin mensubu bulunduğu eyaletin peşinden gittiği eşitlik anlayışı her ne olursa olsun insanların eşitler olarak muamele görmesi gerektiği şeklindeki daha genel bir hakkın sonucundan ibaret olduğunu varsayar. Bir başka deyişle, insanların, rasyonalite sınırlamasının zaten gerektirdiğinden öte ırka dayalı veya başka bir türden ayrımcılığa maruz kalmama gibi ayrık bir hakkı bulunmadığını varsayar. Eğer eyalet genel itibariyle, bazı insanların kazançlarının başkalarının kayıplarıyla dengelendiği, pazar modeline dayanan faydacılığın veya kaynaklarda eşitliğin önerdiği gibi genel refaha dair bir görüşü benimsemişse, her bir kişinin refahını veya tercihlerini aynı tarzda değerlendirmek suretiyle eyalet, ayrımcılığa karşı var olan Anayasal standardı karşılamış demektir. Bu izaha göre, ırk ve benzer nedenli ayrımcılıklar özeldir; çünkü tarih, bazı grupların diğerlerine nispetle daha önemsiz sayılıp inkar edildiğini öne sürer; bu yüzden, söz konusu gruplara dezavantaj sağlayan siyasi kararlar hususi bir şüpheyile incelenmelidir. Dolayısıyla bu grupların sahip oldukları dezavantaja yol açan siyasi kararlar özel bir şüpheyeye konu olmalıdır. Mahkemeler bazı grupların başkalarından daha fazla

kazanç sağlamasına yol açan siyasi kararları normalde, bu kararların hemen yukarıda tarif edildiği anlamıyla “irrasyonel” oldukları gösterilmedikçe incelemelerse de, tarihsel olarak kötü muameleye maruz kalmış azınlıkların dezavantajlı olduğu durumda söz konusu kararlar daha dikkatli incelenecektir.

Ne var ki bu standart, söz konusu grupların sadece bütüncül denge açısından yerinde bir ilgiye mazhar olmasını gerektirir. Bir eyalet onlara diğerlerinden farklı davrandığı hâlde standardı karşılamış olabilir. Mesela ırka dayalı ayrımcı okulları, ırkların bir arada bulunmasının daha alt düzeyde bir eğitim çevresi yaratacağını, çünkü bu birlikte bulunuşun çok uzun bir geleneğe sahip ırksal ayrılık geleneklerini tahkir edeceğini, beyaz çocuklarda yaratacağı tahribatın siyah çocukların kazançlarından, bu kazançların tek tek çocuklar dikkate alındığında tek başına kendi içinde eşit önemde olduğu kabul edilse dahi, daha fazla olacağını söyleyerek gerekçelendirebilir. Ayrıca, her ne kadar ayrı ayrı binalar söz konusu olsa da, siyah çocuklara sağlanan imkânların nitelik itibariyle diğerleriyle eşit olduğunu söyleyebilir. Veya bu imkânlar eşit değilse, bu imkânların bütüncül bir hesaplamayla siyah çocukların çıkarlarının çok daha fazla sayıdaki beyaz çocukların çıkarından daha fazla olduğu anlamına gelecek bir mali külfetin yüklenilmesiyle geliştirilemeyeceğini iddia edebilir.

2. *Yasaklı kategoriler.* Herkül’ün listesindeki ikinci teori, Anayasa’nın ayrımcılığa karşı ayırık bir hakkı herhangi bir eyaletin kamu çıkarı anlayışına karşı koz niteliği taşıyır şekilde kabul ettiğini söyler. Bu; ırk, etnik köken ve belki cinsiyet de dahil olmak üzere bazı nitelik veya sınıfların vatandaşları, farklı muameleye tabi tutmak üzere farklı gruplara ayırmada kullanılmayacağını söyleyen bir haktır. Ayırım, aksi yöndeki izin verilebilir bir anlayış uyarınca genel çıkarı ilerletecek bile olsa, bu hakkın çizdiği sınır kesindir. Söz konusu izah açısından ırka dayalı ayrımcı okullar her koşul altında anayasaya aykırıdır.

3. *Yasaklı kaynaklar.* Üçüncü teori ayrımcılığa karşı farklı, özel bir hak tanıır. Faydacılık ve kaynak-eşitlikçiliği de dahil olmak üzere eşitlik anlayışlarının çoğu kamu çıkarını, dolayısıyla doğru siyasaı, halkın zevk, tercih ve beğenilerine duyarlı kılar. Böyle bir anlayışa bağlılık gösteren bir toplum bazı siyasa kararlarının sırf tercihler ve beğeniler belli bir şekilde dağıtıldığı için doğru olduğunu düşünür: Daha çok insanın opera binası yerine stadyum istiyor olması veya stadyum isteyenlerin bunu diğerlerinden daha şiddetli bir arzıyla talep ediyor olması, stadyum inşasının tercih edilmesini, onu tercih edenlerin daha değerli olup olmadığı veya tercihlerinin daha övgüye değer olup olmadığı dikkate alınmaksızın gerekçelendirir. Üçüncü teori, bu tarz kolektif gerekçelendirmeye karşıt olarak insanların tercih ve beğenilerinin bazı kaynak veya tiplerinin, bu tarzda addedilmesine izin verilmemesinin insanların hakkı olduğunu söyler. Bir gruba karşı duyulan bir tür önyargıdan kaynaklanan tercihler bu grubu dezavantajlı konuma iten bir siyasanın lehine alınmaz. Bu hak, ikinci teoride önerilen hak gibi, *Brown* davasında gördüğümüz ırka dayalı ayrımcı okul düzenlemesini kınar, ama bunu pek öyle kendiliğinden yapmaz. Irka dayalı okullar siyahlara farklı davranır. Tarih bize farklı muamelenin nüvesinin önyargıda bulunduğunu söyler. Öyleyse, üçüncü izaha göre, irka dayalı ayrımcı okullar ilk izah uyarınca ayrımcı okullara izin vermeyi sağlayacak türden bir argümanla muhafaza edilemez. Tercihleri önyargıdan kaynaklananlar da dahil olmak üzere her bir kişinin tercihlerinin eşit önemde sayılarak hesaplanması irka dayalı ayrımcılığın genelin menfaatine uygun olduğunu gösterse bile, bu durum dikkate alınmaz.

Herkül On Dördüncü Değişiklikte yer alan eşit koruma gerekliliğinin gücü hakkındaki bu teorilerin her birini ele alıp inceleyen 8. Bölümde kullandığımız ayrımı kullanacaktır. Teorilerin akademik ve pratik işlenişini birbirlerinden ayıracaktır.

Soracağı tek soru, ciddi bir siyaset felsefecisinin ayrıntılandığı ve uyguladığı soyut hâliyle bu teorilerin ne ölçüde cazip oldukları değildir. Aynı zamanda kendisinin gibi bir toplumda bu teorilerin, yasama organının neyi ıskaladığına karar verirken etkin şekilde kullanabilecekleri anayasal standartlar olmak üzere uygulamaya nasıl koyulacağını da sormak durumundadır. Teorinin pratik açıdan işlenişinin neyi gerektirdiğini ilk teoriyi tarif ederek ele alacak olursak şunları söyleyebiliriz: Pratik açıdan işlemede bazı “şüpheli” tasnifler belirlenir. Bu tasnifler, teori yasama sırasında kullanılırken, bazı grupların çıkarlarının olması gerektiği şekilde dikkate alınmadığına dair bir varsayım ortaya atar. Fakat bu varsayım çürütülebilir. Varsayımın çürütülmüş olması için tasnifin esasında toplumda temsil edilen bütün tercihlere eşit hayat hakkı tanıdığı gösterilmeli, bu tercihlerin niteliği veya kaynağına dair bir ayırım olmamalıdır.

Yasaklı sınıflara dair ikinci teorinin ayrık bir pratik işleme ihtiyacı yoktur, çünkü akademik işleme zaten yeterince pratiğe ilişkindir. Teori, bazı kategoriler belirler ve yasama organı vatandaşlar arasında bu kategorilerden herhangi birini kullanarak ayırım yaptığı takdirde anayasal hak ihlal edilmiş olur. İkinci teori (çoğunlukla onu ifade etmek üzere kullanılan tuhaf ifade ile) Anayasa'nın renkkörü olduğunu, aynı zamanda farklı grupları birbirinden ayıran sayılı diğer niteliklere de kör olduğunu söyler. Yasaklanmış kaynaklara dair üçüncü teori ise ayrı bir pratik işleme ihtiyaç duyar, çünkü yargıçların veya diğer resmi görevlilerin teorisinin temel ilkesini her davada ayrı ayrı uygulaması oldukça zordur. İlke genel çıkarın nerede bulunduğunu belirleyen bütüncül hesaplama çerçevesinde doğrudan veya dolaylı önyargıdan kaynaklanan tercihlerin hesaba katılması dışında gerekçelendirilemeyecek yasaları yasaklar. Teorik açıdan dahi bunların hangi tercihler olduğuna karar vermek çoğunca zordur, çünkü insanların arzuları genellikle kompleks ve hatta kimi za-

man belirsiz kaynaklara sahiptir. Aynı zamanda her bir davada hesaplamaya kusurlu tercihler katılmasaydı bile hangi yasanın gerekçelendirilmiş olacağına karar vermek de zordur. Sözügelimi, bir ailenin çocuklarının benzer sosyal çevreye ait çocuklarla birlikte eğitim görmesini istemesinin ne ölçüde ırk açısından nötr bir görüş olan, eğitimin bu koşullar altında daha etkili olduğu görüşünü yansıttığına ve ne ölçüde ırka dayalı önyargı ifade ettiğine karar vermek mümkün değildir.

Öyleyse yasaklanmış kaynaklar teorisini kabul etmiş olan yargıçlar, teorinin pratik içeriğini inşa etmek durumundadırlar. Bu inşa çoğunca veya tipik olarak önyargılar aracılığıyla üretilmiş tercih türleri hakkındaki yargılara ve normal şartlarda bu tip tercihlerin gerekçenin parçası sayılmaması hâlinde gerekçelendirilemeyecek siyasi karar türleri hakkındaki yargılara dayanacaktır. Teorinin bu pratik açıdan içeriğinin oluşturulmasını, büyük kısmı ilk teoridekilerle özdeş “şüpheli” tasnifler dizisi belirler. Bu şüpheli tasnifler tarih boyunca önyargıların hedefi olmuş siyahlar, Yahudiler, kadınlar veya eşcinseller gibi gruplar açısından dezavantaj yaratır. Bu içerik bir varsayım ortaya atar: Söz konusu gruplar için özellikle dezavantaj yaratan siyasi kararlar, ayrımcılığa karşı sahip olunan anayasal hakkı ihlal eder. Fakat üçüncü teorinin kazandığı pratik içerik açısından bu varsayımı çürütmek için gereken açıklama, ilk teori uyarınca üzerinde düşünmek durumunda kaldığımız ihlal şüphesini çürütmek için gerekli olan açıklamadan çok farklıdır. İlk teoriye göre, bütün tercihlere karşı tarafsız bir hesaplamanın ırka dayalı ayrımı gerekçelendirdiği gösterildiği takdirde şüphe ortadan kalkmış olur. Ne var ki üçüncü teoriye göre bu, şüphenin giderilmesi için yeterli değildir: Ya tasnifin önyargılarla lekelenmemiş popüler tercihlerle gerekçelendirildiği gösterilmeli yahut da tercihlere dayanmayan başka türden bir gerekçelendirme sunulmalıdır. Pratik açıdan bu şekilde işlendiği hâliyle bile üçüncü teori,

yasaklı kategoriler teorisinden de farklıdır. İlk iki teori tarih boyunca önyargının kurbanı olmuş insanların zarar görmesini değil fayda sağlamasını amaçlayan ve bunu hayata geçirecek olan yasalarla karşılaştığımızda tel tel dökülürler. Yasaklı kaynaklar teorisi siyahlara yardım etmek üzere tasarlanmış pozitif ayrımcılık programları ile onları ekonomik ve sosyal tahakküm altında tutmak için tasarlanmış Jim Crow yasalarının birbirlerinden ayrı olduğunu söyleyecek, yasaklı kategoriler teorisi ise her ikisini de aynı şekilde ele alacaktır.

BROWN DAVASINDA KARAR ZAMANI

Hangi Teori Anayasanın Öngördüğü Teoridir?

Herkül artık ırka dayalı ayrımcılığa karşı anayasal hakkın bu üç izahını sınamaya hazır. Bunun için söz konusu izahların her birinin Amerikan anayasal yapı ve pratiğine uyup uymadıklarını, onları gerekçelendirip gerekçelendirmediklerini, dolayısıyla da dikkate değer bir yorum sunup sunmadıklarını sormak durumundadır. Herkül, ayrımcılığa karşı ayrık özel bir hakkın bulunmadığını, kaynak veya niteliği açısından bir sınır öngörülmesizin her bir vatandaşın refahının veya tercihlerinin aynı ölçekte değerlendirilmesi gerektiğini söyleyen ilk teoriyi reddedecektir. Bu teori belki tarihimizin belli bir anındaki hakkaniyet ve uyma testlerinde yeterli addedilecektir, belki *Plessy* kararı verildiğinde yetkin bir teoriydi ama şu an için değil, Herkül 1954'te *Brown* davasında karar vermek durumunda kaldığı zaman da yetkin değildi. Bu teori, siyasi hakkaniyetin ideallerinden pek az destek görmektedir. Amerikan halkı, daha 1954'te bile, teoriyi neredeyse oybirliğiyle reddetmiş, ırklararası adalet hakkındaki kanaatlerine uymadığını söylemişti. Irka dayalı ayrımcı okulları destekleyenler, bir opera binasından ziyade bir stadyumun yapılmasını isteyen insanlarda olduğu gibi, bu yönde tercihte bu-

lunmuş oldukları olgusuna başvurmak suretiyle ayrımcı okulları gerekçelendirmeye çalışmadılar. Ya ayrımcı okulların Tanrı iradesinin sonucu olduğunu söylediler ya herkesin kendinden olan insanlarla birlikte yaşama hakkı olduğunu yahut da bunlar gibi şeyler... Ayrımcı okullara karşı çıkanlar da argümanlarını sınırlandırılmamış tercihler hesabına dayandırmadı: Aksi takdirde, eğer ortada daha fazla ırkçı olsa idi veya ırkçılar bu düzenlemelerden çok daha fazla haz duyuyor olsa idi ayrımcılığa karşı sundukları gerekçeyi daha güçlü şekilde tasarlayamazlardı. Herkül ilk izahın adalet açısından da yetersiz olduğunu düşünecek, dolayısıyla da diğer ikisinden birinin anayasal pratiğe, dikkate değer bir yorum sağlamak üzere yeterince uyup uymadığına bakmaya geçecektir.

Anayasa yargısına dair işleyen teoriyi sadece *Brown* davasında karar vermesine yetecek ölçüde ayrıntılandırmaya ihtiyaç duyduğu için Herkül, listesindeki ikinci ve üçüncü teoriler olan yasaklı kategoriler ile yasaklı kaynaklar arasında bir seçim yapmak durumunda değildir. Teorilerin her ikisi de devlet eliyle yürütülen ayrımcı okul düzenini kınıyordu. Her ikisi de Mahkeme'nin geçmişte verdiği kararların örüntüsüne ve Anayasa'nın genel yapısına dikkate değer bir yorum olmak açısından yeterince uyuyor, yine her ikisi de, 1954'te toplumda yaygın olan etik tutumlara uyum gösteriyordu. Teorilerden birinin bu etik tutumlara diğerinden daha fazla uyduğu kolaylıkla söylenemezdi, çünkü aralarındaki fark henüz ulaşmaya zorlanmadığımız bir düzeyde, yaygın görüşün analizi düzeyinde ortaya çıkıyordu. Amerika'da gittikçe artan anlayış, ırka dayalı ayrımcı okulların ilke itibariyle yanlış olduğu idi, çünkü bir ırkın mensuplarına bu ırkın özü itibariyle diğer bir ırktan aşağı olduklarını düşünerek muamelede bulunmak toplumsal ahlakla uyumsuzdu. Bu anlayış, bazı tercihlerin bir bütün olarak toplumu neyin iyi kılacağına dair kabul edilebilir hesap yapılırken göz ardı edil-

mesi gerektiğini söyleyen yasaklı kaynaklar temelinde de, ırk da dahil olmak üzere bazı özelliklerin hukuk eliyle yapılacak ayırımın asla temeli olamayacağını söyleyen yasaklı kategoriler temelinde de gerekçelendirilebilirdi.

Dolayısıyla Herkül davacılar lehine olmak üzere devlet okullarındaki ırka dayalı ayrımcı düzenlemenin anayasaya aykırı olduğuna karar vermeye hazır durumdadır. On Dördüncü Değişiklik için teklif sunan kongre üyelerinin farklı bir görüşe sahip olduğunu bilmektedir, üyeler bu görüşlerini resmi yasama tarihçesinde beyan etmiş idiler. Fakat Herkül, tarihselciliği ve pasifizmi ele alırken işaret ettiğimiz nedenlerle bunun şu an için çok da önemli olmadığını düşünmektedir. Kongre üyelerinin görüşleri Herkül'ün yorumunun bir yönü veya boyutu olmak üzere hakkaniyet icabı atıf yapması gereken köklü ve hâkim çağdaş görüşün kanıtı olamazlar. Elimizdeki mesele, kurumsal pratiğin yerleşmiş olmasının, doğru içerikte yerleşmiş olmasından daha önemli olduğu türden bir mesele de değildir. Daha önceki davalarda Mahkeme insanların ırka dayalı ayrımcılığı temsil eden yerleşik uygulamaların bundan sonra da korunması gerektiği hakkında şüphe duymasına imkân vermişti.¹⁸ Davacı olan okul çağı çocukları, hakkıyla yorumlandığı şekliyle Anayasa'larının devlette bağımsız ve eşit konuma sahip olma şeklinde tanımladığı husus açısından aldatılmaktaydılar; bu, tanınması ve ortadan kaldırılması gereken bir saldırıydı. Öyleyse, eğer *Plessy* gerçekten bütünleşmeye karşıt bir emsal karar idiye, artık hükmünün kaldırılması zamanı gelmiştir. Her şey aynı karar lehine birleşmiş görünüyor. Irka dayalı ayrımcı düzendeki devlet okulları siyah çocuklara, On Dördüncü Değişikliğin ırklararası eşitlik adına ortaya koyduğu hakların herhangi bir yetkin yorumu çerçevesinde eşit bireyler olarak muamele etmemektedir, dolayısıyla da devlet eliyle yürütülmekte olan bu ayrımcılık anayasaya aykırıdır.

Haklar ve Hukuki Çareler

Fakat Şimdi de hukuki çarenin ne olacağı sorusu ortaya çıkıyor. Herkül ayrımcı düzendeki okulların hukuka aykırılığını hemen karara bağlamalı, böylece ayrımcı düzeni uygulayan bölgelerdeki okullar tek hamlede birleşik düzene mi geçmeli? Yoksa kademeli bir değişim süreci öngörerek, kararında ne kadar gecikmeye izin verileceğini tarif eden bir dil mi kullanmalı? Uygulamanın ertelenmesine dair bazı argümanlara bakalım. Eğitim sisteminde kurumsal yapıyı bir gecede altüst edemezsiniz. Eğer haziran ayında ayrımcı düzende bulunan okullar eylül ayında birleşik düzende açılacak dersiniz bir kaos ortaya çıkar ve öğrencilerin tamamının, hem siyahların hem de beyazların eğitimi zarar görür veya yıkıma uğrar. Anayasa'ya aykırılık kararının sonrasında okulların hizmet verdiği bölgelerin sınırlarının yeniden çizilmesi gerekir ve mahalleler bazında eğitim verilmesi geleneğine, hatta bölgesel eğitime riayet etmek zor olabilir. Öğrencilerin ve öğretmenlerin okulları da deđiŐecektir, bu kararların ortaya çıkarılacağı kişisel yük çok farklı niteliklerde ve sıkıntı verici olacaktır. Daha acil ve tehlikeli ters etkiler ortaya çıkması da mümkündür. Uzun bir geçmişe sahip olan ırka dayalı eğitim, onu sürdürmeyi isteyenlerin hayatlarının önemli bir parçasını oluşturur; ırka dayalı ayrımcı okul düzeninin zayıflaması bu kişilerin kimlik algılarını sarsacak, derin bir umutsuzluk hissinin yanında Őiddet olaylarının ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Kademeli bir geçişin sağlanmasıyla bu sorunlar tümüyle çözülmese bile en azından hafifletilebilir.

Bu argümanları incelediğinizde varılan sonucu Şu şekilde anlatabilirsiniz. "Hukuk, ayrımcı okul düzeninin hemen kaldırılmasını gerektirmektedir ancak biraz önce anlatılan türden pratiğe ilişkin siyasa nedenleri, karşı yönde davranmayı salık verir, Herkül de hukuk ile siyasaı uzlaŐtırıp uzlaŐtırmayacađına, siyasaı taviz verip vermeyeceğine karar vermek durumundadır."

Ne var ki bu anlatım biraz yanıltıcıdır. Kararın gecikmeyle hayata geçmesine dair değindiğim nedenlerin bir kısmı, bazı gerçek yargıçlar itibar edebilirse de Herkül'ün itibar etmeyeceğini söylediğim türden, pratiğe ilişkin siyasi nedenlerdir. Diğer nedenler ise ilke sorunuyla, yani Anayasa'nın hukuki bir mesele olarak neyi gerektirdiğiyle ilgilidir. İnsanların Anayasa çerçevesinde sahip oldukları hakların makul yorumu, hakkın özüne olduğu kadar hukuki çözüme de yanıt verecek ölçüde kompleks olmalıdır. Öyleyse Herkül'ün hukuki çözüm hakkında vereceği karar aynı zamanda hukuka ilişkin, insanların asli maddi haklarını hayata geçirme metot ve tarzına dair sahip oldukları tali haklar hakkında bir karar olacaktır.¹⁹ Herkül bu aşamada genel bir eşik sorunu olarak genel itibariyle mahkemelerin, özel olarak da Yüksek Mahkeme'nin hukuki çözüme ilişkin uygulamalarının en iyi yorumunun insanların hukuki çözüm hakkının sonuca duyarlı olmasında ısrarcı olup olmadığına karar vermek durumundadır. Vereceği karar, olumludur: Anayasa yargısının hedefi sadece hakları isimlendirmek değil aynı zamanda onları güvence altına almaktır, bunu da hak sahiplerinin menfaatleri çerçevesinde yapmalıdır.

Öyleyse Herkül bundan sonra hangi usuli kararın birleşik eğitim peşinde koşan siyah çocukları en iyi koruyacağını sormalıdır. Böylece bir gecede sağlanacak birleşik eğitimin onları en iyi koruyacak karar olmadığını da keşfedecektir. Fakat bu karar sonuca duyarlı olması gerekiyorsa da, sonuçlar arasında da bir ayırım yapılmalıdır. Dolayısıyla Herkül birleşik eğitime geçişin teknik ve mekanik sorunlarını, ters etki tehlikesiyle ilgili sorunu farklı ele alacaktır. Zira ters etkiye ağırlık verilmesi Anayasa'nın hukuka aykırı kıldığı ve kınadığı eylem ve tutumları ödüllendirmek anlamına gelir. Öyleyse Herkül'ün kararı, hukuki çözümle ilgili bile olsa, siyasaya ilişkin sığ bir karara benzer şekilde basitçe veya doğrudan sonuçları dikkate alan bir karar olamaz.

Herkül Anayasa'nın kendisine verdiği güce uyan ve onu gerektirendiren bütüncül bir hüküm verme teorisi geliştirmeyi hedeflemektedir. Bu da metnin anlamı itibariyle talep ettiği şeyle usul açısından çelişmeyen bir teori anlamına gelir. Muhtemelen şuna veya benzer bir teoriye ulaşacaktır Herkül: Mahkeme'nin hüküm verme stratejileri, talepte bulunanların çıkarlarıyla uyumlu maddi anayasal hakların en etkin ve doğrudan nasıl hayata geçirilebileceğini araştırmalıdır fakat bu hakları ortadan kaldırmak isteyenlerin çıkarlarını kabullenme veya bu çıkarlara saygı gösterme söz konusu olmamalıdır.

Brown'da Yüksek Mahkeme hakların hayata geçirilmesine dair, en azından geçmişe baktığımızda, bu standardı karşılamayan bir formül geliştirmişti.²⁰ Irka dayalı ayrımcı okulların "temkinli bir süratle" kalkması gerektiğini söylemişti. Daha sonra, kullanılan bu dilin birleşik düzenin hayata geçmesinin engellenmesine veya geciktirilmesine tanınan bir fırsat anlamına geldiği ortaya çıktı. Mahkeme daha açık bir takvim belirlemeye çalışmış olsa idi, bu strateji kararın oybirliğiyle alınmasını tehlikeye atsaydı bile, çok daha iyi olacaktı. Ne var ki *Brown*'ı takiben pek çok dava açıldı. Davaların büyük kısmı açısından kaçınılmazdı bu durum, çünkü davanın başlattığı toplumsal devrim hem ulusun geneline yönelikti hem de toplumsal hayatın temellerine. Hasılı, *Brown*'ın sahip olduğu koşullardan ve kaynaklandığı zeminden çok daha farklı onlarca başka kararın verilmesi gerekiyordu. Esasında hukuki açıdan en zorlu sorunlar hukuken uzun bir ayrımcılık tarihine sahip güney eyaletlerinde değil, ayrımcı okul düzeninin apaçık bir ırksal ayrılıktan değil de, sözcümleri okulların öğrenci kabul ettiği alanların sınırını ustalıkla çizen kararlardan kaynaklandığı kuzey eyaletlerinde ortaya çıktı. Federal mahkemeler, eyaletlerin hangi koşullarda bu ustalıkla gizlenmiş ayrımcılık tarihini tersine döndürememiş olmalarının *Brown*'da ilan edilen ilkelerin ihlali anlamına geleceğine karar

vermek durumunda kaldılar. İhlal kararı verdiklerinde de mahkemelerin hangi hukuki çözümü karara bağlamaları gerektiği sorunu ortaya çıkıyordu.

Mahkemeler, ırkların yan yana bulunuşuna dair ayrık bir içtihat geliştirdiler. Geliştirdikleri bu içtihat ne tümüyle başarılıydı ne de tamamen tutarlıydı. Fakat yine de hukuka büyük ölçüde sadıktı.²¹ Federal yargıçlar bir süre kendilerini okul yöneticilerinin ve yerel yöneticilerin olağan yetkilerinin tam da merkezine yerleştiren kararlar çıkardılar, yöneticiler tarafından çıkarılmış kararları denetlediler. Okulların örgütlenmesinde ciddi değişiklikler yapılmasını istediler ve bu değişiklikler için ayrıntılı iş takvimleri hazırladılar. Beyazların mahallelerindeki okullara siyah çocukların otobüslerle taşınması için programlar hazırladılar ve bunlara benzer daha çok şey yaptılar. Amerikan tarihinin hiçbir ânında yargıçların kararları olağan zamandaki işlerinden bu kadar farklı görünmemiş, yargıçlar halktan ve medyadan hiç bu kadar muhalefet görmemişlerdi. Yargıçların yaptıklarını onaylayanların da dahil olduğu bazı biliminsanları, verdikleri kararların yargı makamının mahiyetinde ve niteliğinde önemli bir değişikliği temsil ettiğini söylüyorlardı.²² Bir açıdan bu biliminsanları haksız değildir. Yargıçlar geleneksel olarak denetim rollerini hüküm verme rollerinin destekleyicisi olarak icra ederler –sözgelimi iflas işlemlerinin idaresinde veya tröstün dağıtılmasına veya gözaltına ilişkin kararların denetiminde olduğu gibi. Fakat denetimin ölçeği ve ayrıntıları ırka dayalı ayrımcı okul düzeninin ortadan kaldırılmasıyla ilgili kararlarda ciddi ölçüde artmış, yargıçları tam da seçilmiş idari görevlilerin geleneksel sahasına sokmuştu.

Fakat bütünlük olarak hukuk çerçevesinde çok özel ve sarsıcı koşullar altında idarenin alanına yargı tarafından böyle olağandışı şekilde girilmesi, yargı makamına dair tam da geleneksel olan görüşün sonucundan ibarettir. Herkül'ün, yargıçlar anaya-

sal hakları, bu hakların koruyacağı varsayılan kişilerin menfaatlerine artık faydası olmadığı noktaya kadar hayata geçirmekle yükümlüdür şeklindeki tezi en azından makuldür ve bu tez geçmişteki anayasal pratik için kaydadeğer ve cazip bir yorum sunar. Tezin ayrımcılıkla ilgili davalarda, çocukların okullara otobüslerle taşınması kararları gibi tezin en dramatik uygulamaları elbette hatalı uygulamalar olarak eleştirilebilir ve bu eleştiriler bazı hukukçular tarafından iki düzeyde kabul edilebilir görülmektedir. Bu hukukçular, Yüksek Mahkeme'nin ve daha alt düzeydeki federal mahkemelerin ırka dayalı ayrımcı okul düzenini hukuken hayata geçirmemiş eyaletlerde anayasal birleşik eğitim alma hakkını tanıırken çok ileri gittiğini ve mahkemelerin bu hakları destelemek için verdiği, içlerinde çocukların otobüslerle taşınmasına ilişkin olanlar da bulunan emir niteliğindeki kararların esasında hiç de siyahların menfaatine olmadığını düşünür. Herkül'ün tezinin uygulandığı yakın zamandaki örneklere yöneltilmiş bu şüpheli eleştirileri, tezin bizzat kendisine yöneltilmiş olanlardan dikkatle ayırmamız gerekiyor.

BAKKE DAVASINDA KARAR ZAMANI

Brown davasından doğan diğer davaların veya onu takip eden daha müdahaleci davaların savunusunun peşine düşmeyeceğim, çünkü iki hikâye de bütünlük olarak hukuktaki anayasal bölüm açısından önem arz etmiyor. Bunun yerine başka bir soruna dönelim yönümüzü, *Brown*'un başlattığı devrimin başarısız değil de başarılı olmuş bir çocuğuna bakalım. Amerikan ticaret ve eğitiminin vicdanı ve elbette basireti, 1960'ların ırkçı savaşlarıyla silkinip kendine gelmiş, pozitif ayrımcılık veya ters ayrımcılık denen programlarla bunlara karşılık verilmişti. Bu programları oldukça kaba şekilde şöyle tarif edebiliriz: Programlar, istihdam edilmiş, ticaretle uğraşan ve meslek sahibi siyahların ve diğer azınlıkların sayısını artırmayı amaçlıyordu. Bunun için işe alım-

da, teşviklerde ve üniversite ile meslek okullarına girişte bu gruplara bazı ayrıcalıklar tanındı. Azınlıkların neye göre tercih edildiği bazen belirsiz oluyordu. Kişinin ırkının veya etnik kökeninin ona belli bir pozisyonu garanti edecek bir avantaj olarak sayılması söz konusu idi; “bunun dışında her şey eşitti”, doğrusu, her şey hiçbir zaman eşit olmamıştı. Fakat kimi zaman tercih usulü hem apaçık hem de mekanikti.

Davis'teki Kaliforniya Üniversitesi'nde bulunan tıp okulu, mesela, adayları değerlendirmek için ikili bir sistem kullanıyordu: Azınlık adayları için ayrı bir başarı puanı barajı belirlenmişti. Bu adaylar sadece kendi aralarında yarışıyor ve yine onlar için belirlenmiş bir kota bulunuyordu. Sonuç itibariyle sınavdan aldıkları puanlar ve diğer geleneksel koşullar açısından bazı beyazlardan daha düşük derece yapmalarına rağmen, kendilerinden yüksek puan almış beyazlar reddediliyor ama bazı siyahlar okula kabul ediliyordu. Alan Bakke, reddedilen beyazlardandı. Açtığı davada, eğer siyah olsa idi okula kabul edileceği ortaya çıktı. Bakke bu kota sisteminin hukuka aykırı olduğunu, çünkü belli pozisyonlar için yapılan yarışta kendisine eşit muamelede bulunulmadığını söyledi. Yüksek Mahkeme, her ne kadar bölünmüş ve biraz da kafa karışıklığı yansıtan görüşlerle oluşturulmuş bir gerekçe sunduysa da, Bakke'yi haklı buldu.²³

Peki Yargıç Herkül, Mahkeme üyesi olsaydı hangi yönde oy kullanırdı? Dava Herkül'ü, *Brown*'da gereksiz bulduğu bir konuyla yüzleşmek zorunda bırakır. Yasaklı kategoriler teorisi, konuyla ilgili anayasal pratiğin yorumunda, her şey dikkate alındığında, yasaklı kaynaklar teorisinden daha mı başarılıdır? Yasaklı kaynaklar teorisini hayata geçiren pratiğe yönelik bir anayasal standart bazı ırk tasniflerini şüpheli addedecektir. Fakat şüpheli tasnifler listesine açıkça tarih boyunca önyargının mağduru olmuş gruplara yardım etmek üzere tasarlanmış ayrımları dahil etmeye gerek yoktur. Muhtemelen ırk kotası kullanan kurumlar,

bu teori uyarınca, bu tasnifin bir başka gruba yönelmiş farklı kı-
lıkta bir önyargıyı yansıtmadığını gösterme yükümlülüğünü üst-
lenmelidir. Fakat Davis bu yükümlülüğü yerine getirmiş olabilir,
dolayısıyla yasaklı kaynaklar teorisi uyarınca Bakke'nin anaya-
sal hakkını ihlal etmiş olmayacaktır. Ne var ki *Davis* yasaklı ka-
tegoriler teorisine göre Bakke'nin hakkını ihlal etmiş olacaktı.
Bu teorinin akademik işlenişi de pratik işlenişi de bir grubun
diğerine nispetle avantaj elde ettiği ayrımlarda kullanılabilir
özellikler listesi hazırlamaktan başka bir şey yapmaz. Irk, böy-
le bir listenin en önde gelen yasaklı özelliklerinden biri olmak
durumundadır, *Davis* de Bakke gibi beyazların dezavantajlı du-
ruma düşmesine neden olan ırka dayalı bir tasnif kullanmıştır.

Öyleyse Herkül bu iki teori arasında bir seçim yapmalıdır.
Yasaklı kaynaklar teorisini, yasaklı kategoriler teorisine tercih
edecektir. Her ne kadar yasaklı kategoriler teorisi tıpkı yasak-
lı kaynaklar teorisi gibi *Bakke* davasına kadar olan dönemdeki
ırka dayalı ayrımcılıkla ilgili kararlara uyuyorsa da –esasında
bu kararlarda kullanılan dile daha iyi uymaktadır– daha genel
anayasal veya siyasi pratiğe uymaz. Yasaklı kategoriler, teori-
nin sunduğu şekliyle, bütünlük olarak hukuk uyarınca hakiki bir
yorum olarak addedilebilmek için fazlasıyla keyfidir. Yasakla-
dığı özelliklerin neden özel olduğunu anlatan ilkeye dayalı bir
izahla desteklenmelidir. Bu iş için kullanılabilir tek olası ilke,
insanların kontrollerinin dışındaki özellikleri nedeniyle farklı
muameleye tabi tutulmalarını gerektirir. Bu önerme Ame-
rikan hukuku ve siyaseti tarafından kati surette reddedilmiştir.
Yasalar coğrafya, sağlık ve kabiliyet gibi doğal farklılıklar söz
konusu olduğunda neredeyse değişmez bazı sınırlar çizerler: Ya-
salar sözcüğü, bir sanayi dalında, hatta şu değil de bu firmada
şans eseri çalışmaya başlamış işçilere teşvik sağlar ve sadece
belli fiziksel ve zihinsel kabiliyetlere sahip kişilerin sürücü ve
tıp mesleği icrası ruhsatı almasını öngörür. Üniversiteler ile bil-

hasa meslek okullarındaki öğrenim görme fırsatları varsayılan ilkenin yüzeysel uygulanmasıyla dağıtılagelmiştir ve uygulama anayasaya aykırılık eleştirisiyle karşılaşmamıştır. Adaylar doğal kabiliyetlerini ortaya çıkaracağı düşünülen sınavlara tabi tutularak seçilirler ve pek çok okul, öğrencilerini, sınıflardaki coğrafi dağılımı sağlayacak ve okulun sportif başarısını artıracak şekilde belirler. Öğrenim almak için başvuran adaylar geleneksel zekâ testlerinde yüksek puan almaktan, doğum yerlerinden ve futbol becerilerinden, ırklarından sorumlu olduklarından daha fazla sorumlu değildirler; eğer ırk, insanlar ırklarını seçemedikleri için yasaklı bir kategori ise, o zaman zekâ, coğrafi köken ve fiziksel kabiliyet de yasaklı kategori olmalıdır. Siyahlar açısından dezavantaj yaratan ırka dayalı ayrımcılık gayri-adildir, ama insanlar ırklarını seçemedikleri için değil, bu ayrımcılık bir önyargı ifade ettiği için böyledir. Bu tasnifin adaletsizliğini izah eden, yasaklı kategoriler teorisi değil, yasaklı kaynaklar teorisidir.

Bakke'nin avukatlarının, insanların asla denetimlerinde olmayan özelliklerine göre ayrılmaması gerektiğini söyleyen genel ilke tarafından desteklenmemesine rağmen yasaklı kategoriler stratejisinin ırk açısından (ve belki etnik köken ve cinsiyet gibi özel durumlar için de) kabul edilmesi gerektiğini iddia ettiğini düşünelim. Avukatlar, bu ırk ve diğer özelliklere dair özel görüşün anayasada var olan bir şey olduğunu, Anayasa'nın sadece ırkı ve diğer birkaç özelliği seçip ayrımcılık nedeni kabul ettiğini söyleyemezler. Zira bunun bizzat kendisi kanıtlanmayı gerektiren bir soru içerir: Hâlihazırdaki meselemiz tam da anayasal pratiğimizin doğru yorumunun ne olduğudur, avukatların ihtiyacı olan şey ise iddialarında yeni bir soruyu başlatan değil, Anayasa'nın ne anlama geldiği hakkındaki iddialarını gerekçelendiren bir argümandır. Şöyle dediklerini varsayalım: Eşit korumaya kaydını getiren Anayasa yapıcılarının zihninde bilhassa ırk meselesi vardı, çünkü On Dördüncü Değişiklik kölelik ve İç Sa-

vaş sonrasında ortaya çıktı ve bu etkenler süreci başlatmış oldu. Bu, tarihselciliktir. Tarihselcilik aleyhine ortaya koyduğumuz daha önceki argümanlarımız bunun için de geçerlidir. Fakat bu bağlamda söz konusu olan tarihselciliğin gerçekten güçsüz bir biçimi. Zira On Dördüncü Değişikliği kabul eden anayasa yapıcılarının eğitimdeki *her biçimden* ırka dayalı ayrımcı uygulamayı, hatta bu ayrımcı uygulama siyahlara yönelik olsa bile, anayasaya aykırı kılmış olduklarına inanmadıklarını biliyoruz. Bu durumda onların fikirlerini, siyahlara yardım için tasarlanmış bile olsa *her tür* ırka dayalı ayrımcılığın hukuka aykırı olduğuna dair bir argüman olarak görmemiz zordur.

Bakke'nin avukatlarının şimdi de şöyle söylediğini düşünelim: Anayasa yapıcılar neyi kastetmiş olurlarsa veya olabileceklerse olsunlar, bilgelik dolu anayasal idare sanatı sadece ırk ve diğer birkaç kategori açısından yasaklı kategoriler teorisinin lehindedir, zira ırk temelli tasnifleri kullanan okula kabul veya istihdam programları her halükârda ırklar arasındaki gerilimi daha da artırmakta, dolayısıyla da ayrımcılık, nefret ve şiddetin devam etmesine neden olmaktadır. Bu tam da pasifizmin biraz daha mantıklı biçiminin dahi meseleyi seçilmişlere ve bu seçilmişler tarafından atanan ve onlara karşı olan idarecilere bırakacağı kompleks, geleceğe yönelik siyasa belirleme türünde bir iddiadır. Eğer Kongre pozitif ayrımcılığı yasaklayan ulusal bir politikanın makbul olduğuna karar verirse, buna kısmen ulaşmak için yasa çıkarma yetkisine sahiptir.²⁴ Yüksek Mahkeme bu siyasa yargısını kendiliğinden yapacak değildir.

Öyleyse Herkül eşitliğe dair yasaklı kategoriler teorisinin pratiğe uymayan genel biçimini de, ilkeye dayalı olduğu kabul edilemeyecek ölçüde keyfi olan özel biçimini de reddedecektir. Yasaklı kaynaklar teorisini mümkün olan en iyi yorum olarak göreceğ²⁵, anayasal hedefler çerçevesinde bu teorisinin pratiğe yönelik içeriğini inşa edecektir. Bunun için, kullanılmaları du-

rumunda tarih boyunca önyargının hedefi olmuş bir grubu dezavantajlı duruma düşürmesinin *prima facie* anayasaya aykırı olduğu bir “şüpheli” tasnifler listesi belirleyecek, liste toplumsal örüntüler değiştikçe güncellenebilir olacaktır. Herkül’ün inşa ettiği liste pozitif ayrımcılık programlarını ilke itibarıyla anayasaya aykırı görmeyecektir, çünkü bunlar tarih boyunca önyargının hedefi olmuş herhangi bir grubu dezavantajlı duruma düşürmemektedir.

Fakat Bakke’nin kullanabileceği bir başka argüman daha var. Herkül’ün şu anda anladığı şekliyle eşit koruma kaydının Davis’in kullandığı kota temelli pozitif ayrımcılık biçimini hukuka aykırı kıldığını söyleyebilir. Yasaklı kaynaklar teorisi özel bir hakkı On Dördüncü Değişikliğin şart koştuğu genel koşulun tamamlayıcısı olarak izah eder. Bu koşula göre herhangi bir eyaletin umumun menfaatine dair yaptığı hesaplama, bütün vatandaşların çıkarlarını hesaba katmak durumundadır, bu, bazılarının faydasına olmasa bile; hesaplama, insanların hangi durumda eşit muamele gördüklerine dair kabul edilebilir bir anlayışa hizmet ediyor olma anlamında “rasyonel” olmalıdır. Devlet bazı grupların refahını, toplumu bir bütün olarak neyin daha müreffeh kılacağını hesaplarken dikkate almadığı takdirde, bu daha genel nitelikteki koşulu ihlal etmiş olur. Bakke ırka dayalı ayrımcılığa karşı özel hakkın kendisine bir fayda sağlayacağını bekleme de Herkül aksini düşünerek genel koşula başvurmayı tercih edebilir. *Davis*, uyguladığı kota sisteminin genel refaha kabul edilebilir bir katkıda bulunduğunu, sistemin nitelikli siyah doktorların sayısının artmasına yardımcı olduğunu iddia edecektir. Bakke’nin aksi yöndeki iddiası ise şöyle olabilir: Uygulanan kota sistemi, *Davis*’in, okula kabul kararlarının kendi konumundaki insanlar üzerindeki etkisini hesaba katmasını engellemiştir. Herkül (bence) bu iddianın bir kafa karışıklığı ürünü olduğuna karar verecektir, zira bu iddia şunu söylemektedir: Kota sistemi,

genel tasniflere dayanan, ki hepsinin zaten dayanması gerekir, başka bir sistem gibi başvuruçuların tamamına aynı önemi vermektedir.²⁶ Fakat makul yargıçlar bu davada Herkül'ün ulaştığı bütüne dair sonucun bu kısmına katılmayabilirler.²⁷

HERKÜL BİR TİRAN MIDIR?

Herkül'ü sadece tek bir karar zinciri boyunca izledik, çünkü hukukbilimin her yerinde olduğu gibi burada da ayrıntılar kapsamlı bakışlardan çok daha aydınlatıcıdır. Fakat önceki bölümlerdeki tartışma Herkül'ün diğer anayasal davalardaki²⁸ tutumu açısından da bir fikir veriyor, dolayısıyla elimizde Herkül'ün kullandığı anayasal metotlara dair kısa bir özeti mümkün kılacak ölçüde veri var. Herkül bir tarihselci değil; kimi zaman “doğal hukuk” yakıştırmalarıyla hicvedilen başına buyruk bir üslubu da yok. Anayasanın ideal bir teori eliyle en iyi soyut adalet ve hakkaniyet teorisinin ortaya çıkaracağı bir şeyden ibaret olduğunu iddia etmiyor. Bilakis anayasal bütünlük düşüncesiyle hareket ediyor. ABD Anayasası'nın Amerikan anayasa metin ve pratiğinin mümkün olan en iyi yorumunu içerdiğine inanıyor. Hangi yorumun en iyi olduğuna dair yargısı, bu meseleyle ilgili siyasi erdemlerin oluşturduğu muazzam bileşkeye duyarlıdır.

Herkül'ün argümanları, popüler kanaatler ve ulusal gelenekler başat sorumlularla, anayasa tarihi hangi şekilde okunduğu takdirde bu tarihi bir bütün olarak en iyi şekilde aydınlatır sorusuyla ilgili olduğu takdirde, sunduğu argümanlar kanaat ve gelenekleri de kucaklıyor. Aynı nedenle ve aynı amaca yönelik olarak, Herkül'ün sunduğu argümanlar adalet ve hakkaniyet ile bu ikisi arasındaki doğru ilişki hakkındaki kendi görüşlerinden de yararlanıyor. Pasifist değil. Çünkü anayasal şemanın hangi kısmının söz konusu olduğuna bakılmaksızın yargıçların seçilmişlere riayet etmesi gerektiği şeklindeki uç iddiayı kabul etmi-

yor. Bu nedenle bazı hükümlerin hedefinin veya hedeflerinden birinin demokrasiyi korumak olduğuna karar verecek, söz konusu hükümlerin içeriğini, yine bu hükümlerin meşruiyetlerini sarabileceği kişilerin kanaatlerine riayet etmektense, demokrasiyi koruma düşüncesiyle oluşturacaktır. Bazı hükümlerin hedefinin veya hedeflerinden birinin ise bireyleri ve azınlıkları çoğunluğun iradesine karşı korumak olduğuna kanaat getirecek ve söz konusu hükümlerin neyi gerektirdiğine karar verirken çoğunluğun temsilcilerinin düşüncelerinde haklı olduğunu düşünmeyecektir.

Herkül “aktivist” de değildir. Ortadaki sorunun ilke değil siyasa meselesi olduğuna inanıyorsa, argüman refah, yoksulluğun sona erdirilmesi veya ekonomi ve koruma arasındaki doğru denge gibi hedefler vasıtasıyla kapsamlı bir kolektif çıkara en iyi hangi stratejiyle ulaşılacağı ile ilgilisi ise, kendi yargısını yasa organının yargısı yerine koymayı reddeder.²⁹ Sözgelimi, *Lochner*'de çoğunluk görüşüne katılmazdı, çünkü Yüksek Mahkeme'nin davada atf yaptığı özgürlük ilkesinin Amerika pratiğiyle açıkça uyumsuz ve her halükârda yanlış olduğunu söyler, New York eyalet meclisinin daha sonra da devam eden bu siyasa meseleleriyle ilgili kararını yeniden incelemeyi reddederdi.³⁰

Öyleyse Herkül, doktrinin yargıçlar hakkındaki tasnifine uymaz. Bu popüler kategorilerden birine uysaydı, zaten Herkül olmazdı. Çok mu muhafazakâr? Yoksa çok mu liberal veya ilerlemeci? Tam olarak cevap veremezsiniz, çünkü anayasal pratiğin yorumunun ilişkili olduğu farklı kanaat türlerinden müteşekkil bir alandanız. Vereceğiniz cevap bu alanda Herkül'ün cevaplarıyla sizin cevaplarınızın birbirlerine ne kadar yaklaşmış olduğuna dayanmak durumundadır. Herkül'ün kanaatlerinin neler olduğunu, bunların ceza yargılamasındaki hukuka uygunlukla ilgili davalarda, ifade özgürlüğü davalarında veya seçim bölgelerinin ve usullerinin hakkaniyete uygunluğuyla ilgili da-

valarda nasıl kullanılacağını size söyleyebilecek ölçü de ortaya koymadım. Anayasal bağlamda ayırık bir sorun olmak üzere Herkül'ün emsal kararların rolü hakkındaki, Yüksek Mahkeme'nin geçmişte verdiği kararlar hakkındaki kanaatlerini tartışmadım. 7. Bölümdeki tartışmadan ve *Brown*'da karar verirken *Plessy* kararını hükümsüz kılmayı sorun etmemiş olmasından Herkül'ün bu konudaki tutumuna dair bir şeyler çıkarabilirsiniz ama hikâyenin tamamı bu değil. Zira, içtihatların hayata geçirdiği anayasal hakların sınırlanması talebine karşı olan tutumu ile içtihatların bu tip hakları reddettiği bir durumda söz konusu kararları yinelemesi yönündeki talebe karşı olan tutumu farklıdır. İlk durumda, emsal kararlara daha saygılı olacaktır. Öyleyse hakkında daha fazla bilgiye sahip olduğunuz yargıçların mesleki yaşamları söz konusu olduğunda, genelleyici siyasi yargılarınızı bir kenara bırakmanız gerekiyor.

Fakat Herkül'ü, bazı hukukçuların Herkül'e yöneltebileceği bir ithamın hakkaniyete aykırı, hatta daha da kötüsü hakikati gizleme amaçlı olduğunu bilmeye yetecek kadar da inceledik. Herkül, halkın elindeki demokratik gücü almaya çalışan gaspçı bir tiran değildir. Bir yasanın veya idarenin bir eyleminin anayasaya aykırı olduğunu söyleyerek devlet işlerine müdahale ettiğinde bunu demokrasinin gerçekte ne olduğuna, demokrasiyi yaratan ve koruyan Anayasa'nın gerçekte ne anlama geldiğine dair büyük özenle oluşturduğu düşüncesi uyarınca yapar. Onun adına dile getirdiğim bazı yargılarına katılmıyor olabilirsiniz, Olimpos'ta sürdürdüğü meslek hayatı hakkında daha fazla konuşsam belki katılmayacağınız çok daha fazla şey çıkar. Fakat eğer Herkül anlattığım sorumluluktan vazgeçmiş olsaydı, ki bu sorumluluk ulusunun karakteri hakkında kendi kanaatlerine dayanması gerektiğinde karar verme sorumluluğunu da içerir, yargının icra ettiği kısıtlamada bir kahraman değil, aksine, bir hain olurdu.

HUKUKUN ÖTESİNDEKİ HUKUK

HUKUK KENDİ KENDİNİ GELİŞTİRİR

Bütünlüğün Eksik Olması Mümkün mü?

Pek duygulu hukukçularımız şu eski “hukuk kendi kendini geliştirir” deyişini ne çok seviyorlar! Bu tasvir aynı hukuk sistemi içerisinde iki form yahut aşama tasavvur ediyor. Daha az asil, gelişmemiş, mevcut hukukun içerisinde saklı daha asil bir form bulunmaktadır. Hukuk kendisini yine kendisinin daha kâmil düzeydeki hedefi doğrultusunda kademe kademe dönüştürmektedir. Gerçi doğrusunu söylemek gerekirse tereddütlü bir dönüşümdür bu, inişli çıkışlıdır. Hiçbir zaman tümüyle saf hâle ulaşılmamıştır ama her bir nesilde bir öncekinden daha iyi hâle gelinmektedir. Bu gizemli resimde bütünlük olarak hukukun karmaşıklığına ve gücüne katkı sunan, dikkate alınması gereken bir husus var.

Bu anlayış, hâlihazırdaki hukukun daha gelişmiş bir hâli olduğunu kabul edebilir mi? Kabul edemeyeceğine dair bir argüman sunmak istiyorum. Şu an var olan, mevcut hukuk, Herkül’e göre, bir bütün olarak hukuka ait doktrinlerin ve aygıtların mümkün en iyi gerekçesini veren ilkelere dayanır. Herkül’ün Tanrısı, hüküm vermedeki bütünlük ilkesidir. Tanrısı ona hukuku mümkün olduğu ölçüde tutarlı ve belli bir yapıya sahip bir bütün olarak görmesini buyurur. Bu resimde hukuku olduğundan daha tutarlı, daha kâmil yapan bir hukuk düşüncesine yer yoktur. Eğer sistemi daha tutarlı yapmak mümkünse, bu daha

tutarlı olan sistem mevcut, hâlihazırdaki hukuktur, dolayısıyla Herkül hukukun ne olduğunu bir kez tespit ettiğinde, onda saklı daha gelişmiş, ileri bir hukuk olamaz. Bütünlük olarak hukuk (diyebiliriz ki) hukukun kâmil hâliyle çalıştığı düşüncesidir.

Şu çok ham bir düşünce: Duygu yüklü ayırım kendi içinde bütünlük olarak hukuka bir yer tanır. Bizim hukuk kavramımız hukuku cebir gücünün mevcut gerekçesine bağlar, dolayısıyla hukuku yargılamaya bağlamış olur: Hukuk, mahkemede savunulabilir haklarla ilgili bir şeydir. Bu da hukukun içeriğini yargıçlara özgü, diğer resmi görevliler veya kurumlar için gerekli olmayan farklı türlerdeki kurumsal sınırlara duyarlı kılar. Yargıçlar hukuk pratiğini bir bütün olarak yorumlarken, bu pratiğe ait maddi kararların en tutarlı izahını sağlayacak ilke ve standartları neden mevcut hukuk olarak sunmamaları gerektiğini söyleyen özel olarak yargıçlara uygulanan farklı türde nedenlerle karşılaşılır.

Akla ilk gelen örnek, bazı yargıçların hatalı olduklarını düşünmelerine rağmen diğer yargıçların geçmişte verdikleri, izlenmesi gerektiği söylenen emsal kararlara ilişkin sıkı doktrinlerdir. Daha önce kullandığımız bir örneği hatırlayalım: Lordlar Kamarası bazı koşullarda avukatları özensizlikten kaynaklanan sorumluluktan bağışık tutmaya devam etmektedir. Bütünlük, bu özel muameleyi kınar. Parlamento bütünlüğe riayet ederek bu yasayı ilga etmelidir.¹ Fakat alt derece bir İngiliz mahkemesi yasayı uygulamazlık edemez, çünkü emsal kararlar buna izin vermez. Katı içtihat doktrininin ne anlama geldiği yargı bölgesinden yargı bölgesine değişir, en yüksek mahkemeler normalde bu bağlılıktan muaftır. Fakat yasamanın üstünlüğü başka bir kurumsal sınırlama olarak karşımıza çıkar ve normalde bütün mahkemeleri kapsayan bir sınırlama söz konusudur. Eğer yargıç bir yasanın tek bir yoruma imkân verdiğine kani olmuşsa, yasanın daha geniş bir şekilde bakıldığında hukukla ilke itibariyle uyumsuz olduğunu düşünse bile, anayasal sorunu bir kenara bı-

rakıp o yasayı uygulamak durumundadır.² Meclisin söz konusu uyumsuzluğu daha sonra çıkaracağı bir yasa ile onarması gerektiğini düşünüyor olabilir, hem de bunu sadece adalet duygusu nedeniyle değil, aynı zamanda meclisin bütünlüğün koruyucusu olduğunu da düşünerek savunuyordur. Fakat bu düşüncesi, onun açısından hukukun ne olduğunu etkilemeyecektir.

Eğer Herkül, söz konusu doktrinlerin bütünlük olarak hukuku geliştirmeye yarayacağı her durumda, yasamanın üstünlüğünü ve emsal kararları görmezden gelmeye karar verseydi, onları sadece maddi açıdan ele alsaydı, bu durumda, bütünlüğü tümüyle ihlal etmiş olurdu. Zira hukuk pratiğimizin başarılı genel bir yorumu bu kurumsal sınırları kabul etmek zorundadır. Diğer yargısal sınırlar daha az doktrineldir ve yargıcın mahkemede hukukun gereklerinin uygulanması düşüncesinin çeşitli yönleriyle daha fazla ilgilidir. Lord Herkül avukatların özensizlikten kaynaklanan sorumluluğa ilişkin genel kuralların dışında bırakılmasını savunulabilir bulmayabilir ve avukatları bu şekilde koruyan emsal kararları hükümsüz kılacak teknik bir güce sahip olduğunu da biliyor olabilir. Fakat aynı zamanda geçmişte hiçbir mahkeme bu yönde bir işaret vermemişse belirli bir avukata geçmişteki bir eylemi nedeniyle birdenbire sorumluluk yüklemenin yanlış olacağını düşünüyor olabilir, zira bu avukatın kendisini böyle bir sorumluluk kapsamında sigortalatmamış olması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda Herkül muhtemelen hukukun, tıpkı 5. Bölümde tahayyül ettiğimiz pragmatist yargıç gibi, sadece geleceğe yönelik şekilde değişmesi gerektiğini düşünecektir. Fakat İngiliz pratiği bu aygıtın kullanılması hususunda pek tecrübe sahibi değildir, Herkül de muhtemel değişime dair fikrini beyan etmek suretiyle avukatları uyarmanın başka bir yolunu bulacaktır.³ Yargıç Herkül eşit koruma kaydının en iyi yorumunun yetişkinlerin hakları ile çocukların hakları arasında ayırım yapmayı huku-

ka aykırı kıldığını düşünüyor da olabilir. Bu mesele toplumda o güne kadar henüz hiç tartışılmamış idiyse de yine de bu ayrımın siyasi açıdan, 3. Bölümde teşhis ettiğimiz anlamıyla hakkaniyete aykırı olduğu kanaatini taşıyor olabilir. Ama yine de hukukun, ailevi ve toplumsal pratikleriyle bu tip ayrımları doğru ve temel yapısına ilişkin kabul eden bir topluma hukukun böyle bir görüşü dayatmasının yanlış olacağı kanaatinde olabilir. Herkül'ün bu türden davalarda her zaman daha usuli ilkelere sadakat göstermek suretiyle hukukun içeriği itibariyle insicamsız oluşunu kabulleneceğini söylemiyorum. Tek söylediğim şu: Hüküm vermenin kompleks niteliği kimi zaman böyle davranmayı kaçınılmaz kılmaktadır.

8. Bölümde karşılaştığımız, yorumda alana öncelik verilmesi ilkesi ise, biraz önce gördüğümüz kurumsal sınırlarla işlev itibariyle bağlantılı görülebilecek daha az göze çarpan türden bir sınırdır. Eğer bütünlük olarak hukuku kabullenmiş olan yargıç iki farklı yorumun da karar vermek durumunda kaldığı en yakın hukuk alanına kendi yorum sınırlarını karşılayacak ölçüde uyduğunu gördüğünde, inceleme alanını iç içe geçmiş daireler boyunca genişletecek, hukukun diğer alanlarını da kendi inceleme alanına dahil edecek, sonra da bu iki yorumdan hangisinin bu genişlemiş alana daha iyi uyduğunu belirleyecektir. Fakat normalde doğrudan ilgilendiği sorunun ortaya çıktığı hukuk alanının önceliğine saygı duyacak, trafik hukuku alanından köklü şekilde ayrılan bir ilkeyle karşılaştığında, ilke hukukun diğer alanlarına çok iyi uyuyor olsa bile, ilkenin bu alanın uygun bir yorumu olmadığını söyleyecektir. Alanların belirlenmesi, daha önce de gördüğümüz gibi, yorum sorununun parçasını oluşturmaktadır, Herkül'ün hukuk alanlarının sınırlarına dair yargıları ihtilafli olabilir ve hukukun gelişimine paralel bir değişim gösterebilir. Fakat alanların sınırları hakkındaki yargılarına uygulanacak özel sınırlar da vardır: Herkül'ün bu konudaki yargıları

ilke itibariyle hukuku kamusal ve özel faaliyet alanlarına bölen yerleşik mesleki ve kamusal görüşlere riayet etmelidir.

Bütünlük ve Eşitlik

Her biri maddi anlamda bütünlüğü denetlemek için usulde bütünlüğe başvuran bu çeşitli sınırlamaların kümülatif gücünü göstermek için daha önceki tartışmalarımızdan yararlanabiliriz. 8. Bölümde Herkül kendi yargı yetkisindeki kasta dayanmayan zarara ilişkin hukukun büyük bir kısmının, soyut adaletin bakış açısından en iyi olduğunu düşündüğü eşitlik anlayışını, yani kaynaklarda eşitlikçilik anlayışını yansıtır şekilde görülebileceğine kanaat getirmiş, hukukun bu kısımlarına ilişkin yorumunu inşa ederken söz konusu anlayışı benimsemişti. 10. Bölümde ise bu (veya başka bir) eşitlik anlayışının On Dördüncü Değişiklikteki eşit koruma kaydınca eyaletler açısından zorunlu olması gerektiği önerisini hızlıca reddetmişti. Üstelik hem eyaletlerin hem de bütün bir ulusun kaynaklarda eşitliğin zenginliğin dağıtımını eliyle gerektirdiği şeyi, Kongre'nin ve pek çok eyaletin kabul ettiği yeniden dağıtım programları bu yönde atılmış adımlar olmalarına rağmen, ilkenin pratik işlenişi açısından bile karşılamaktan uzak olduğunu teslim etmek zorunda kalmıştı. Bu itiraf, kasta dayanmayan zararlara ilişkin hukukun en iyi yorumu hakkındaki düşüncesini tehlikeye atmaz, çünkü başka hiçbir eşitlik anlayışı söz konusu hukuka onun kadar uymamaktadır ve başka hiçbir anlayış, sadece kaynaklarda eşitliğin tam bir uyum gösterdiği vergi ve yeniden dağıtım programlarına daha yüksek düzeyde uyum gösteremez.

Öyleyse Herkül eşitlik ve hukuka dair bir izah sunmalıdır. Ne var ki bu izah, ulaşmayı umduğu kadar düzgün ve tekbiçimli olmayabilir. Kaynaklarda eşitlik, trafik kazalarıyla ve kasta dayanmayan diğer zarar biçimleriyle ilgili hukuka ilişkin anahtar

kavramdır. Fakat kaynaklarda eşitliğin gerektirdiği iktisadi ve yeniden dağıtıma ilişkin programları Kongre'nin ve eyalet meclislerinin kabul etmesini sağlamak üzere Anayasa'ya başvurması mümkün değildir. Kendi adalet anlayışını hayata geçirmek üzere yasaları anlamlandırmada ne ölçüde serbest olduğuna dair hâlihazırda mevcut olan sınırlamalar da dikkate alınırsa, kaynaklarda eşitlik düşüncesinin onaylayacağı refah ve vergilendirme şemalarına yeni bir anlam getirmesi de söz konusu değildir. Şöyle düşünür: Ulusal ve yerel yönetimler ekonomik programlarının hedefi olarak kaynaklarda eşitliği tutarlı şekilde kabul etmiş olsalardı, adalet kadar siyasi bütünlüğün de en fazla yararına olan şey gerçekleşmiş olurdu. Fakat fiilen verilmiş kararları göz ardı edecek olursa, bütünlüğü bizzat kendisi ihlal etmiş olacaktır.

Kapsayıcı Bütünlük ve Saf Bütünlük

Öyleyse bütünlük olarak hukuk, hukukun tümüne ilişkin en iyi yorumu çerçevesinde maddi anlamdaki çatışma veya gerilimin farklı türlerine izin vermekle kalmaz, aynı zamanda onları besler. Şimdi bunun neden böyle olduğunu açıklama durumundayız. Bütünlüğü ayrı bir siyasi ideal olarak kabul ediyoruz. Yargılamadaki bütünlük ilkesinin ise hukuka egemen olduğunu söylüyoruz. Çünkü kendimizi ilkelerle kurulmuş bir birlik olarak görmek istiyoruz. Çünkü kendimizi adalet ve hakkaniyet ile hukuka usuli uygunluğun düzgün ilişkisinin oluşturduğu tek ve tutarlı bir görüşle yönetilen bir topluluk olarak görmek istiyoruz. Bileşenleri oluşturan bu üç erdem –hakkaniyet, adalet ve usulün– kimi zaman birbirleriyle çatıştığını daha önce görmüştük. Herkül'ü sadece adaletin baktığı noktadan görülen bütünlüğe –yani hukukun hâlihazırda ne olduğuna dair izahına baştan sona hâkim olan maddi adalet ilkelerinin tutarlılığına– yönelmekten men ettik, çünkü Herkül aynı zamanda hakkaniyet ve usule uygunluk ilkelerine de yer veren daha geniş bir bütünlüğün peşindeydi.

Adalet, dedik, siyasi sistemin sonucunun doğru olmasıyla ilgili bir şeydir: Malların, fırsatların ve diğer kaynakların doğru dağıtımı. Hakkaniyet bu sistemin doğru bir yapıya sahip olması ile ilgilidir. Söz konusu yapı siyasi kararlar üzerindeki baskıyı doğru bir şekilde dağıtır. Usule uygunluk ise sistemin ürettiği kural ve düzenlemeleri hayata geçirmenin doğru usullerine ilişkindir. Yasamanın üstünlüğü, yasalar içerikleri açısından tutarsızlık ürettiklerinde bile Herkül'ü onları hayata geçirmeye zorlar ve hakkaniyetle ilgilidir, çünkü çoğunluğun istediği yasayı yapma yetkisini korur. Emsal kararlara ilişkin sıkı doktrinler, yasama tarihindeki pratikler ve yakın hukuk alanının önceliği, farklı şekillerde de olsa, asıl itibariyle usule uygunlukla ilgili meselelerdir, zira vatandaşları, doktrinel açıklama ve varsayımlara güvenmeye teşvik eder, zira aksi takdirde bu vatandaşları daha sonra ortaya çıkan görüşlerle yargılamak anlamına gelir.

Bu açıklamayı bütünlüğün iki düzey veya türü arasında yeni bir ayırım yapmak suretiyle destekleyebiliriz. Hukuka egemen olan yargılamada bütünlük ilkesi *kapsayıcı* bir bütünlüğü hayata geçirir: Bu ilke, yargıcın bileşenleri oluşturan erdemlerin hepsini dikkate almasını gerektirir. Mevcut hukuka dair bütüncül teorisini, mümkün olduğunca tutarlı siyasi hakkaniyet, maddi adalet ve usule uygunluk ilkelerini ve bu ilkelerin düzgün bir şekilde birbirlerine bağlanmış olmasını yansıtacak şekilde inşa eder. "Mümkün olduğunca" kaydı bir süredir farkında olduğumuz bir hususu dile getiriyor: Hukuka dair bütüncü bir izahta söz konusu erdemlerden birine olması gerektiği ölçüde yer verilmesi kimi zaman bütünlük düzeyinde bir taviz vermeye zorlayabilir. Herkül hukukun ne olduğu hakkında yaptığı hesaba, yeniden kendi toplumunun, diğer kurumlara ve görevlilere karşı sahip olduğu yetkileri tanımlayan hakkaniyet ilkeleri ile hukuki yargıların geçmişe bakarak kusur ve sorumluluk yüklemesinin dayanağını oluşturması nedeniyle ilgili hâle gelen usule uygun-

luk ilkelerini dahil etmek durumundadır. Öyleyse Herkül maddi tutarsızlığa neden olan yasalara ve hukukun farklı alanları dik-kate alındığında söz konusu olan insicamın önünde duran emsal kararlar ile sorunun ortaya çıktığı alana verilen önceliğe de değer vermek durumundadır. Dolayısıyla görmesi gereken farklı, daha soyut bir hesaplama daha bulunmaktadır: *Saf* bütünlük, hakkaniyet ile usule ilişkin çeşitli sınırlamalardan ayrılır. *Saf* bütünlük Herkül'ü, 'eğer yargıçlar adalet ilkelerinin hukukun farklı alanlarına yayılmış ve onları birleştiren tarzdaki tutarlılığının peşine düşmede serbest olsa idiler hukuk ne olurdu' sorusunun cevabını değerlendirmeye davet eder.

Siyasi erdemler arasında adalete, onun için bütünlükten ayrı özel bir form yaratmak suretiyle selam duruyoruz. Fakat sahip olduğu bu onur nedensiz değildir. Hakkaniyetin ve usule uygunluğun somut sonuçları adaletin sonuçlarından çok daha olumsaldır ve çoğunca da pişmanlık duyulmasına neden olur. Meclisimizin adaletin gereklerini benimseyeceğini, adalet ile yasamanın üstünlüğü arasında pratik bir çatışma çıkmamasını umut ediyoruz. Umuyoruz ki mesleki ve kamusal anlaşılışlarıyla hukukun alanları yeniden düzenlenir, bu düzenleme sonucunda gerçek ilkesel sınırlar ortaya çıkar, böylece sorunun çıktığı hukuk alanının önceliği ilkesi, ilkenin hukukun tamamında olağan bir yayılıma sahip olmasını arayan yargıç için bir engel olmaktan çıkar.

En temeldeki hedefimiz olan kendimizi bir ilke toplumu olarak görebilme amacının bizzat kendisi yargıca özel bir rol veriyor. Böyle bir toplumdaki vatandaşlar adaletle, hakkaniyetle ve usule uygun şekilde yönetilmek isterler fakat bu üç bileşen erdem ideal olmak açısından bile farklı anlamlara sahiptirler. Hakkaniyet ve usule uygunluk, farklı şekillerde de olsa, toplumdaki özel bazı kurumlara bağlıdır. Farklı şekillerde yerleştirilmiş farklı resmi görevlilere farklı sorumluluklar yüklerler. Bunun

aksine adalet, kişileştirilmiş hâliyle toplumun, kurumsal sorumluluklardan soyutlanarak, bizzat kendisinin ulaşacağı bir şeydir. Öyleyse bütünlüğün sadece adaletin durduğu yerden bakıldığında görülen hem neyi mümkün kıldığı hem de gerektirdiği sorusunu ayrı bir mesele olarak ele almak pratik açıdan önemli. Zira bu soru bütün bir toplum için belli bir gündem oluşturur. Bu gündem, söz konusu amaca ulaşmak için hangi kurumsal kararların gerekli olduğuna dair daha başka sorulardan önce geldiği gibi bu soruları da şekillendirmektedir.

Artık duygu yüklü hukukçularımızın el üstünde tuttuğu, hukukun içindeki ve ötesindeki hukuk figürünü çözebiliriz. Sahip olduğumuz hukuk, bizim için fiilen somut olan hukuk, kapsayıcı bütünlük ile belirlenmiştir. Yargıç için önem arz eden, yargıcın dile getirmek ve hayata geçirmek zorunda olduğu hukuk budur. Ne var ki hâlihazırdaki mevcut hukuk, kendisi için hedefler koyan başka bir hukuku içerir. Bu daha katıksız hukuk saf bütünlük ile tanımlanır. Saf bütünlük hâlindeki hukuk, mevcut hukuk için en sağlam gerekçelendirmeyi sağlayan adalet ilkelerine dayanır. Burada mevcut hukuk, bilhassa herhangi bir kurumun bakış açısına tabi değildir. Böylece kapsayıcı bütünlüğün gerektirdiği bütün hakkaniyet ve usul sınırlamalarından soyutlanmış olur. Bu saflaştırılmış yorum kendisine muhatap olarak ayrı ayrı yargıçları, yasa koyucuları veya başka bir siyasi organ veya kurumu değil, doğrudan kişileştirilmiş hâliyle toplumu alır. Toplumun pratiklerinin, yine toplumun kısmen benimsediği toplumsal adalet görüşüne daha tutarlı ve şümüllü hizmet edebilmesi için nasıl yeniden yapılandırılması gerektiğini söyler ama hangi görevlinin bu büyük projede hangi göreve sahip olduğunu dile getirmez.

Kararların verilme tarzı hakkaniyet ile usule uygunluğu tatmin ediyor ve hukuku bizzat kendi hedefine yaklaştırır gibi görünüyorsa, mevcut hukuk da saf hukuka doğru yavaş yavaş ilerliyor demektir. Hukukçular hukukun kendini geliştirdiğini

söylediklerinde, bu sürece dair iyimser bir yaklaşım yansıtmış olurlar. Ne var ki iyimserlik hiç de doğru bir yaklaşım olmayabilir. Hukukumuzun bazı eleştirmenlerine göre şüpheli bir hikâyeye, iyimser bir hikâyeden evladır. Şüpheli hikâyeyi tercih edenler, iyimserlerin aksine, gelmekte olan entropinin zafer naralarını duymaktadırlar. Hukuk, siyasi gücün bencil ve ölçsüz temerküzünün doğurduğu kaosta bütüncül maddi tutarlılığını kaybetmektedir. Hangi tutum, iyimserlik mi kötümserlik mi, akıllıca ve akılsızca? Cevap basiret kadar enerji ve hayal gücüne de dayanıyor, zira her iki tutum da, yeterince popüler olmak şartıyla, haklılıklarına katkıda bulunuyor.

HUKUKUN HAYALLERİ

Mahkemeler hukuk imparatorluğunun başkentleridir, yargıçlar ise bu başkentlerdeki prenslerdir; ama ne kahindirler ne de peygamber. Eğer istiyorlarsa, hukukun kendisine yönelik hedefinin ne olduğunu, sahip olduğumuz hukukun içindeki ve ötesindeki daha gelişmiş hukuk formunun ne olduğunu ortaya koymak filozoflara düşer. Trafik kazalarına ilişkin mahkeme kararlarıyla oluşturulmuş hukuk içerisinde, Amerikan siyaset ve ekonomi yapısında doğal sınırlarına dek serbestçe işlemesine izin verildiği takdirde mülkiyetin ve genel olarak diğer kaynakların dağıtımında dramatik değişiklikler yapmayı gerektirecek bir eşitlik anlayışı buluyoruz. Hukukun diğer alanlarında da bu eşitlik anlayışının nüvelerini görmek mümkün. Sözgelimi, engellilere ve başka açılardan talihsiz olanlara yönelik istikrarsız, kimi zaman gerileme yaşanan ama bütününe baktığımızda gittikçe gelişen bir yeniden dağıtım sürecini zikredebilir, bütünü itibarıyla bu gelişmenin insanlara eşit muamelede bulunma anlamına gelen başka anlayışlardansa, kaynaklarda eşitlik anlayışı ile daha iyi açıklanabileceğini iddia edebiliriz. Bu anlayışı bizzat onaylayanlar bizleriz; şimdi de onun saflaşmış hukukun hedefi olduğu-

nu, bütünlüğü sadece adaletin baktığı yerden görüldüğü şekliyle ararken toplumun peşinde koştuğu yıldızın kaynaklarda eşitlik olduğunu söylüyoruz. Şimdi biz nasıl bir tartışmayı başlatmış olduk?

Başka bir hukuk filozofumuz karşıt, rakip bir görüş edinir. Hukukun, kısıtlanmamış bir anlamda daha faydacı, insanların tümünün tercihlerinin eleştirel olmayan tarzda tatmin edilmesini maksimize etmeye daha sürekli ve kesin şekilde adanmış olmasıyla daha da saflaşmış hâle geleceğini düşünür. Bir başkası ise daha komüniteryen bir bakış tasvir eder. Buna göre hukuk toplum olma duygusunu tahrip eden bireysel haklardan arınmıştır, esasında yegâne iyi, müşterek iyidir; yani hangi yaşamın en iyi yaşam olduğuna dair müşterek standartlar altında yaşanan yaşam, en iyi yaşamdır. Bu diğer görüşleri çürütmek için hukukun bizimkilere ve onlarınkine uyan kısımlarını ölçüp biçmemiz, bunları karşılaştırmamız söz konusu olamaz. Hiçbiri bütün olarak mevcut hukuka baskın çıkacak ölçüde uyum göstermez. Bunun yanında hepsi de bir iddianın temelini oluşturmaya yetecek ölçüde uyum sağlar. Öyleyse argüman şimdi soyut siyasi ahlak düzlemine geçmek durumundadır. Ütopyacılık teorisinin argümanlarına doğru hareket etmelidir. Fakat argüman hâlâ hukuka aittir, en azından biraz daha zayıflamış şekilde, çünkü bütün yarışmacılarımız kutlayacakları geleceğin güncel gölgesini ortaya koyarak işe başlıyor. (Ne bir Marksist ne de bir faşist yarışa katılabilmek için mevcut hukukun kendi siyaset felsefelerince yeterince açıklanmış olduğunu düşünür.) Her ne kadar zayıflamış ise de sıradan hukuki argümanla bağlantısı önemlidir, çünkü felsefi argümana hukukun daha geniş olan siyaseti içerisinde ayrı fakat tamamlayıcı bir rol verir.

Yarışan felsefelerin her biri bütünlüğü kullanır ve ona riayet eder, bu şekilde onu destekleyen değerlere de riayet edilmiş olur. Bu felsefelerin hepsi de hukukun bir yandan adalet yönünde ge-

lişirken diğer yandan bütünlüğü her aşamada nasıl koruyabileceğini göstereceğini söylerler. Her biri kendi görüşünün toplumca güvence altına alınabilmesi için adım adım ilerlenmesi gerektiğini ifade eder, aralarında devrimci bir dönüşümü öneren yoktur. Söz konusu adımlar zaten mevcut olan yapı çerçevesinde atılacaktır. Bu süreci 3. Bölümde hukukun zaman içerisindeki gelişimine dair ilk incelememizde ve bir de 4. Bölümde hukukun asıl itibarıyla bir uzlaşım meselesi olduğunu reddederken harici, tarihsel bakış açısıyla gözlemlemiştik. Hukukun içeriği dönemden döneme oldukça farklı olabileceksede, demiştim, yine de, yeni gelişen bir hukuk sisteminde önemli değişiklikler bile mevcut hukuktan kaynaklanır, bu hukuku zenginleştirir, temelini değiştirir ve böylece müstakbel değişimi tetikler şekilde görülebilir.

Öyleyse ütopyacı hukuk politikası, bu geniş yolda, hâlâ hukuktur. Filozofları, hukukçuların muhayyilesine bürünebilirlerse, hukukun gelişimini, üzerinde daha fazla düşünülmüş, tartışılmış hâle getirebilecek daha büyük programlar önerebilirler. Bu filozoflar zihinlerinde destanlar taşır, yazımı için nesillerin geçmesi gereken ciltler dolusu süren bir eser tasarlarlar. Bu anlamda hayallerinin her biri mevcut hukukta zaten gizlidir; her hayal hukukun geleceği olabilir. Fakat hayaller de rekabetçidir, bakışlar farklıdır, yapılması gereken tercihler vardır –yüksek yargı ve yasama makamlarındaki görevlilerin yapacağı büyük tercihler, kararları daha sınırlı ve doğrudan olanların ise yapacağı küçük tercihler söz konusudur. Tutarlı hiçbir program yeterince uzun süre, yeterli sayıda insan arasında işlemeye devam edemez; biz de tarihsel açıdan tümüyle tesadüfi olan bir süreçte hukukun hünerli ellerine bırakılabiliriz, ki bu da sadece tıpkı Herkül'ün bundan önceki bölümlerde yapmak zorunda kaldığı gibi iyi yargıçların verebilecekleri her kararı verebilmelerinin başka bir ismidir. Fakat filozoflar hukukun hikâyesinin burada bile bir parçasını oluştururlar. İhtilafa düşmüş olsalar ve baskın

bir düşünce uzun bir süreklilik kazanmamış olduğunda bile bu böyledir, zira bu durumda bile argümanları hukukçulara hukukun ötesindeki hukukun baskısını hatırlatır, bütünlüğün buyrukları daima bugünün hukukunu yarının olanaklarıyla sarsar. Çetin davalardaki kararlar, hukukun hayallerinden birinin lehinde verilmiş kararlardır.

BİTİRİRKEN: HUKUK NEDİR?

Hukuk yoruma dayanan bir kavramdır. Yargıçlar hukukun ne olduğuna karar verirken diğer yargıçların hukukun ne olduğuna karar verme pratiklerini yorumlamalıdır. Hukuka ilişkin genel teoriler, bizim için, kendi hukuk pratiğimizin genel yorumlarıdır. En iyi yorumu yargıçların özel hukuki uzlaşmaları keşfettiği ve hayata geçirdiği düşüncesinde bulan uzlaşıcılığı reddetmiştik. Aynı şekilde bu en iyi yorumu, yargıçların en iyi geleceğin bağımsız mimarları olduğu, yargıçların ilke itibarıyla birbirleriyle uyumlu hareket etmesi gerektiği şeklindeki kısıtlayıcı talepten azade olduklarını anlatan farklı bir hikâyede arayan hukuki pragmatizmi de reddetmiştik. Ben, hukukbilim ile hüküm vermeyi birleştiren üçüncü anlayışın, yani bütünlük olarak hukukun arkasında durdum. Bütünlük olarak hukuk, hukukun içeriğini özel uzlaşılara veya bağımsız kutsal savaşımlara değil, yorumlamaya başladığı aynı hukuki pratiğin daha incelikli ve somut yorumlarına dayandırır.

Bu daha somut yorumlar kesinlikle hukukidirler, çünkü yargılamaya ilişkin kapsayıcı bütünlüğün hâkimiyeti altındadırlar. Hüküm verme, yasamadan farklıdır. Ama bu farklılık tek bir şekilde, tek bir anlamda değil, ilkenin hâkimiyetinin karmaşık sonucu olarak ortaya çıkar. İlkenin etkisinin izini, yargılamadaki bütünlüğün onu, mahkemelerin kararlarında kaçınılmaz olmasa da, hukuki yargılara egemen kılan gücünü kabullendiğimizde;

yasamanın, yargılamanın yapmadığı şekilde siyasa yargılarını gündeme getirdiğini fark ettiğimizde; kapsayıcı bütünlüğün rolere ilişkin farklı yargısal sınırları hayata geçirdiğini gördüğümüzde gözlemledik. Bütünlük kendi kendini hayata geçirmez. Bütünlüğün hayata geçirilmesi için bir hükme, yargıya ihtiyaç vardır. Bu hüküm yorumun farklı boyutları ve bu boyutların farklı yönleriyle yapıya kavuşturulur. Kanaatlerin uyma konusunda içeriğe ilişkin yargılarla nasıl yarıştığını ve onları nasıl sınırlandırdığını, hakkaniyet ve adalet hakkındaki kanaatler ile usule uygunluk hakkındaki kanaatlerin nasıl birbiriyle yarıştığını gördük. Yorumu dayalı yargı bu çok sayıda boyutu fark etmeli ve dikkate almalıdır; aksi takdirde yetkin sayılmaz veya kötü niyetli addedilir, farklı bir kisveye bürünmüş gündelik siyaset olarak görülür. Fakat aynı zamanda bütün bu boyutları, siyasi ahlakın bakış açısıyla toplumun hukuki geçmişini, her şey dikkate alındığında, olabilecek en iyi hâle getirecek yorumun hangisi olduğunu söyleyen tek bir bütüncül görüş içerisinde de eritmek durumundadır. Öyleyse hukuki yargılar her açıdan tartışmaya açıktırlar.

Bütünlük olarak hukukun anlattığı hikâye işte buydu. Onun hukukumuz hakkında, uzlaşıcılığın veya pragmatizmin, yorumun iki ana boyutunda da sundukları izahlardan daha iyi bir izah sunduğuna inanıyorum. Bütünlük olarak hukukun diğer anlayışlarla rekabet ettiği düzeyde, söz konusu boyutlar arasında bir değiş tokuşa gerek kalmaz. Yani bütünlük olarak hukuk, hukuk pratiğimizin bütününe hem daha iyi uyar hem de onun daha iyi bir gerekçesini sunar. Gerekçelendirmeye dair iddiamda, bütünlüğü gündelik siyasetin ayrı bir erdemi olarak teşhis edip inceledim. Bütünlük adalet ve hakkaniyet gibi daha bilindik erdemlerden ayrı bir yerde duruyor ve kimi zaman onlarla çatışıyordu. Bütünlüğü gündelik siyasete ait bir erdem olarak görmemiz gerekiyor, çünkü siyasi toplumumuzu bir ilke birliği

olmaya ikna etmeye çalışmalıyız; bunu hedeflemeliyiz, çünkü bu toplum anlayışı, siyasi ahlak ve bilgelik hakkında ihtilafa düşen hür ve bağımsız insanların oluşturduğu toplumda siyasi meşruiyet iddiasında bulunmak için cazip bir temel önerisinde bulunur.

İlk iddiayı, yani bütünlük olarak hukukun hukuk pratiğimize aydınlatıcı bir uyum sağladığı iddiasını savunurken ise bütünlük olarak hukuka bağlı ideal bir yargıcın üç farklı türdeki çetin davada, yani emsal kararlarla oluşturulmuş *common law*'dan kaynaklanan, yasalar çerçevesinde ortaya çıkan ve ABD'de, Anayasal düzlemde beliren davalarda nasıl karar vereceğini gösterdim. 1. Bölümde işleyen örnekler olarak önerdiğim davalarda Herkül'e karar verdirttim. Uymaya ilişkin iddialarımı, Herkül'ün muhakeme tarzını, söz konusu davaların her iki tarafındaki hukukçulara ve yargıçlara uygun görünen türden argümanlarla karşılaştırarak değerlendirebilirsiniz. Fakat nihai sonucu belirlemesi açısından bu çok sınırlı bir test olur; hukuk öğrencileri ve avukatlar bütünlük olarak hukukun aydınlatıcı gücünü işlemekte olan hukuka dair çok daha geniş ve çok daha fazla çeşitlilik gösteren deneyimleriyle sınama imkânına sahipler.

Hukukun ne olduğunu söylemiş oldum mu? Verilecek en iyi cevap şu: Bir yere kadar. Mahkemeler için bir algoritma geliştirmiş değilim. Hiçbir elektronik sihirbaz argümanlarımdan, davaya ilişkin vakıalar ile geçmişteki bütün yasa ve mahkeme kararı metinleri bilgisayara yüklendikten sonra herkesin kabul edeceği bir hükmü üretecek bir bilgisayar programı yazamaz. Fakat pek çok okuyucunun mantıklı bulacağı sonuca da ulaşmadım. Çetin bir davaya karar verirken asla tek bir doğru yol olamaz, mevcut farklı yollar bulunur demedim. Bilakis, bu bilgi ve incelik yüklü sonucun ya harici şüpheciliğin parçası olarak ciddi bir felsefi hata yahut da kapsamlı dahili şüphecilik macerası olarak –ki ben

öyle okumaya meyilliyim– şüpheli siyasi kanaatlere dayanan ihtilafli bir siyasi görüş olduğunu söyledim.

Bir yargıcın kendisine sorması gereken yoruma dayalı iç içe geçmiş soruları ve aynı zamanda vermesi gereken, artık daha soyut ve temel nitelikte olması gerektiğini düşündüğüm cevapları anlattım. Bazı durumlarda süreci daha da ileri götürdüm, kararın sadece atardamarlarına değil kılcal damarlarına da girdim fakat bunu sadece örnek mahiyetinde yaptım ve yargıcın vermesi gereken kararların niteliklerini göstermek için ihtiyacım olandan daha fazla ayrıntıya girmedim. Asıl derdimiz hukuki tartışmanın hangi noktalarda farklı dallara ayrıldığını, görüşlerin bütünlük olarak hukukun vaat ettiği tarzda hangi noktalarda ayrıldığını görmektir. Herkül'ün bu genel anlayıştan çıkardığı belli bir hükme doğru giden her bir rota için, aynı anlayışla işe başlayan başka bir hukukçu veya yargıç tıpkı örnek davalarımızda pek çok yargıcın yaptığı gibi farklı bir rota bulacaktır kendine ve farklı bir yere varacaktır. Varılan yer farklıdır, çünkü tartışmanın belki başında belki sonlarına doğru ama mutlaka belli bir yerindeki yol ayrımında kendi ışığını takip ederek Herkül'ü terk etmiştir.

Öyleyse hukukun ne olduğunu göstermede ne ölçüde başarılı olduğum, her bir okuyucu açısından farklı bir soru teşkil eder. Okuyucu, ben onu tahrik etmeye çalıştıktan sonraki düşünüşüyle sahip olduğunu gördüğü yoruma dayalı, siyasi ve ahlaki kanaatleri çerçevesinde sunduğum tartışmanın dallarından hangisinde en uca kadar benimle birlikte yürüğünü kendine sormalıdır. Eğer tartışmadaki argümanımı daha başlarda, gerçekten önemli soyut bir aşamada terk etti ise, muhtemelen beni başarısız bulacaktır. Eğer tartışmanın dallarında benden farklı bir ayrıma ancak sonlara doğru yöneldi ise, büyük ölçüde başarılı olmuşum demektir. Ne var ki, eğer beni hiç terk etmemişse, kesinlikle başarısızım demektir.

Hukuk nedir? Şimdi bu soru için farklı türden bir cevap öneriyorum. Hukuk, her biri somut bir davranış alanı üzerinde kendi hâkimiyetine sahip herhangi bir kurallar veya ilkeler kataloğuna indirgenemez. Yaşamlarımızın belli kısımları üzerinde hâkim olan resmi görevliler ile onların güçleri de hukuku tüketemez. Hukuk imparatorluğu egemenlikle, güçle veya usulle değil tutumla tanımlanır. Bu tutumu asıl itibariyle denetleme kisvesine büründüğü temyiz mahkemelerinde incelemiştik ama eğer mahkemede de işimize yarayacaksa gündelik yaşamımıza nüfuz etmek durumundadır. En geniş anlamıyla siyasete yönelmiş, yorumla inşa edilen, sürekli öz-düşünümsel [*self-reflective*] bir tutumdur bu. Her bir vatandaşa toplumunun hangi ilkeye kamusal bağlılık gösterdiğini ve bu bağlılıkların yeni koşullar ortaya çıktığında neyi gerektirdiğini tasavvur etme sorumluluğu yükleyen protest bir tutumdan bahsediyoruz. Bu protest tutumu onaylayan ve özel kararların yaratıcı mahiyetini kabul eden, hem yargı kararlarının geçmişe yönelik yargılayıcı mahiyeti hem de ‘her ne kadar yargıçlar son sözü söylese de, sırf bu nedenle bu sözün en doğru söz olmadığını’ söyleyen düzenleyici varsayımdır. Hukukun sergilediği tutum inşaidir: Geçmişe gerektiği ölçüde duyduğu inancı koruyarak, yorumcu bir ruhla, daha iyi bir geleceğe giden en iyi rotayı göstermek için pratiğe bir ilke kazandırmaya çalışır. Son olarak, bir kardeşlik tutumuna sahiptir. Bu tutum farklılaşmış tasarımlara, çıkarılara ve kanaatlere sahip olsak da tek bir toplum içerisinde nasıl birleşeceğimizin ifadesidir. Her halükârda, hukuk bizim içindir: Olmak istediğimiz insanlar ve sahip olmak istediğimiz birlik/komünite için...

NOTLAR

1. HUKUK NEDİR?

- 1 *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 486 (1954).
- 2 *Priestly v. Fowler* [1837] 3 M. & W. I.
- 3 Bkz. Law Reform (Personal Injuries) Act 1948, 35 *Halsbury's Statutes of England* 548 (3. baskı).
- 4 *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.* [1975] 3 All E. R. 484.
- 5 Hukuk okullarında sınav kâğıtlarını okuyanlar da böyle düşünür. Bazı insanlar “doğru” ve “yanlış” kelimelerini bu şekilde kullanmaktan rahatsız oluyor, fakat hukuk önermelerinin “güçlü” veya “güçsüz” yahut bu türden bir şey olabileceğini söylemekten memnunlar; ki esasında en nihayetinde mevcut amaçları açısından mesele aynı noktaya gelmiş oluyor. Hukuktaki şüpheciliğe dair tartışma için bkz. 2. Bölüm ve 7. Bölüm.
- 6 Şu an için aklımda, bu bölümün ilerleyen kısımlarında tartışacağım Jerome Frank gibi (*Law and the Modern Mind* [New York, 1949]), hukuki “realistler” ile 7. Bölümde ele alacağım “eleştirel hukuk çalışmaları” hareketi (genel olarak bkz. 38 *Stanford Law Review* 1-674 [1984], eleştirel hukukçuluk üzerine yapılan sempozyumdaki bildiriler) bulunuyor.
- 7 Ör. bkz. Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, özellikle s. 165-80 (New Heaven, 1921).
- 8 Bu ihtimalleri 9. ve 10. bölümlerde tartışıyorum.
- 9 Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review* (1897).
- 10 *Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).
- 11 Id. s. 189.
- 12 Bu orta yolcu ilke oldukça ciddi sorunlar barındırıyor. Bunların bir kısmını 9. Bölümde göreceğiz.
- 13 *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978). Bu davanın önemli bir örnek olabileceğini söyleyen John Oakley'dir.

- 14 The Endangered Species Act, 1973, Pub. L. No. 93-205, sec. 7, 87, Stat. 884, 892 (değişikliklerle birlikte şu anda: 16 U.S.C. sec. 1536 [1982]).
- 15 The Endangered Species Act of Amendments, 1978, Pub. L. No. 95-632, 92 Stat. 3571 (değişikliklerle birlikte şu anda: 16 U.S.C. sec. 1536 [1982]).
- 16 *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153, 185 (1978).
- 17 Id. s. 196 (Powell, J. karşıoy yazısı).
- 18 *McLoughlin v. O'Brian* [1983] 1 A.C. 410, bozma [1981] Q.B. 599.
- 19 *Marshall v. Lionel Enterprises Inc.* [1972] O.R. 177.
- 20 *Chadwick v. British Transport* [1967] 1 W.L.R. 912.
- 21 Ör. bkz. *Jaffree v. Board of School Comm'rs*, 554 F. Supp. 1104 (S.D. Ala. 1982) (bölge mahkemesi yargıcı Yüksek Mahkeme'nin içtihadına uymayı reddetmişti), *rev'd sub nom. Jaffree v. Wallace*, 705 F. 2d 1256 (11th Cir. 1983), *aff'd* 605 S. Ct. 2479 (1985).
- 22 Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 1 W.L.R. 1234.
- 23 [1981] Q.B. 599.
- 24 [1983] 1 A.C. 410.
- 25 163 U.S. 537 (1896).
- 26 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. (1954). Karar farklı yerlerde; Kansas-Topeka, Güney Carolina-Clarendon County, Virginia-Prince Edward County ve Delaware-New Castle County'de ayrımcı okullardan kaynaklanan davaları bir araya getiriyordu. Bkz. 347 U.S. s. 486 n. 1.
- 27 Bu ifade, karara bağlanacak hukuki sonuçların belirlendiği ikinci karara ait görüşte yer alıyor. *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294, 301 (1955).
- 28 Bkz. Charles Fairman, "Forward: The Attack on the Segregation Cases", 70 *Harvard Law Review* 83 (1956).
- 29 Kimi zaman, benim semantik adını verdiğim teorilerin amacının, bu ismin işaret ettiğinin aksine, "hukuk" kelimesinin anlamının ne olduğuna dair teoriler geliştirmek değil, toplumsal bir olgu olarak hukukun karakteristik ve ayırıcı özelliklerini ifşa etmek olduğu söylenir. Ör. bkz. Ruth Gavison, "Comments on Dworkin", *Papers of the Jerusalem Conference* içerisinde. Fakat aksi görüşün bizzat kendisi de bir yanlış anlamayı ifade ediyor. Teorilerini izleyen sayfalarda betimleyeceğim filozoflara göre, "toplumsal bir olgu" olarak hukukun en ayırıcı yönü, hukuki kurumlarda bulunanların hukuk önermeleri kullanmaları, bunları tartışmaları ve kabul edi-

lip edilmemelerini meselenin halli açısından önemli bulmalarındır. Klasik teoriler, hukuk pratiğinin merkezi ve her yerinde hissedilen yönünü, hukuk önermelerinin ne anlama geldiğini –önermelerin, önermeleri kullananlar için ne anlam ifade ettiğini– tarif ederek açıklamaya çalışır. Bu açıklama ya eski usul “hukuk” tanımları biçiminde yahut da daha çağdaş hâliyle hukuk önermelerinin “doğruluk koşullarının” –yani hukukçuların bu önermeleri kabul ve reddettikleri koşulların– izahı biçiminde ortaya çıkar.

- 30 Bkz. J. L. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Ed. H. L. A. Hart, New York, 1954) [*Hukukun Belirlenmiş Alanı* (Çev. Ü. Yükselbaba, S. Üye, U. Koloş, İstanbul: Tekin Yayınevi, 2015)] ve *Lectures on Jurisprudence* (5. Baskı 1885). Aynı zamanda bkz. Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Ed. J. H. Barns ve H. L. A. Hart, Londra, 1970) [*Ahlak ve Yasama İlkeleri* (Çev. Ö. Saruhanlıoğlu ve U. K. Boyacı, İstanbul: Litera Yayıncılık, 2017)].
- 31 H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (London, 1961).
- 32 Doğal hukuk teorilerine dair aydınlatıcı ve modern bir savunu için bkz. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (New York, 1980).
- 33 Ör. bkz. Holmes, yuk. n. 9.
- 34 Bkz. Hart, yuk. n. 31, s. 129-50 ve “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *71 Harvard Law Review* 593 (1958). Hart, yasalardaki boşlukları doldururken yargıçların neden takdirlerini kullanmak zorunda kaldıklarını anlatırken, anlam özü ve gölgeli alan ayırımına dayanarak toplumun hukukun kapsamını belirlemek için kullandığı ana kuralın bizzat kendisinin de “başarılıysa başarılı” olduğu, tartışma yaratabilecek gölgeli bir alana sahip olduğunu söyler.
- 35 Bkz. Svetlana Alpers, *The Art of Describing* 243-44 n. 37 (Londra, 1983) ve orada atıf yapılan kaynaklar.

2. YORUMCU KAVRAMLAR

- 1 Bkz. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* 101-5 (Cambridge, Mass. ve Londra, 1977) [*Hakları Ciddiye Almak* (Çev. A. U. Türkbağ (Ankara, Dost Kitabevi, 2007)], bir satranç turnuvasındaki olağandışı bir yorum sorununa dair tartışma.
- 2 Yaratıcı yorumun, karşılıklı konuşma yorumu olması gerektiği varsayımını, asıl itibarıyla edebiyatçılara tanıdık gelecek bir düşünceyi, bir edebiyat eserinin yorumlanmasının, yazarının niyet-

lerinin bulunması anlamına geldiği iddiasını tartışarak değerlendireceğim. Fakat varsayımın, yorum hakkındaki felsefi literatürde daha genel bir temeli var. Bilhassa sosyal bilimlerde nesnellik tartışmasının şekillendirilmesinde etkili olmuş Alman filozof Wilhelm Dilthey, *verstehen* kelimesini bir kişinin davranışlarını veya zihinsel hayatını anlamanın mümkün tüm yol veya tarzlarını değil, daha ziyade kişinin söylediği şey vasıtasıyla neyi kastettiğini bilme noktasına ulaştığımızdaki anlama türünü betimlemek için kullanmıştı (bu öyle bir idrak hissidir ki, bir kişiyi anlamak, o kişiyle belli bir anlayışta buluşmayı gerektirir). (Bkz. *Meaning in History: Dilthey's Thought on History and Society* [Ed. ve çev. H. P. Rickman, Londra, 1961].) Dilthey, kültürel boşlukların varlığı durumun da böyle bir anlamının mümkün olup olmadığı ve nasıl mümkün olabileceği sorularını gündeme getirdi; bu sorunun anahtarını da “tarihi” bilinçte buldu: pek nadir ve kendini buna adanmış yorumcuların kendi hayatlarının genel yapısı ve kategorileri üzerine gerçekleştirdiği refleksiyonla ulaştıkları zihin durumu, ama bu yapı ve kategoriler öylesine yüksek bir soyutlama düzeyinde ki, en azından metodolojik açıdan, zaman boyunca geçerli olduklarını varsaymak mümkün. Devam eden tartışmanın Gadamer ve Habermas gibi çağdaş ustaları, farklı yönlere gittiler. Gadamer, Dilthey’in çözümünün, Dilthey’in söküp atmaya can attığı Hegelci bir donanımına sahip olduğunu söyler. (Bkz. H. G. Gadamer, *Truth and Method*, özellikle s. 192-217 [İng. çeviri, 2. Baskı, Londra, 1979] [*Hakikat ve Yöntem – Birinci Cilt* (Çev. H. Arslan ve İ. Yavuzcan, İstanbul: Paradigma, 2008) ve *Hakikat ve Yöntem – İkinci Cilt* (Çev. H. Arslan ve İ. Yavuzcan, İstanbul, Paradigma, 2009)]). Dilthey, Gadamer’in kendi atfettiği özel anlam çerçevesinde önyargılar dediği şeyden azade, Arşimetçi bir tarihsel bilincin mümkün olduğuna inanmıştı, oysa Gadamer’e göre bu imkânsızdır. Olsa olsa tarih her hangi bir bakış açısından bakmamayı, kendi bakış açımızın yorumlamak istediğimiz dünya tarafından nasıl etkilendiğini anlamayı amaçlayan “etkin tarihi bilince” ulaşmayı umabiliriz. Habermas ise Gadamer’i çok edilgen bir görüşe sahip olmakla eleştirir, zira bu görüşe göre iletişim tek yönlüdür, yorumcu da kendisinin yazara tabi olduğu varsayımıyla, yorumladığı şeyden öğrenmeye ve o şeyi uygulamaya çalışmaktadır. Habermas çok önemli bir gözlemde bulunarak, yorumun, yazarın da yorumcudan öğrenebileceğini varsaydığını söyler (böylece karşılıklı konuşma yorumundan ziyade inşai yorum yönüne işaret eder). (Bkz. Jürgen Habermas, 1 *The Theory of Communicative Action* [Çev. T. McCarthy, Boston, 1984] [*İletişimsel Eylem Kuramı* (Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul: Kabalcı, 2013)].) Ne var ki bu uzun tartışma, metinde tarif ettiğim varsayımın, yani toplumsal olguların neden-sonuç çerçevesinde anlaşılmasının yegâne alternatifinin *verstehen*

modeli çerçevesindeki karşılıklı konuşmaya dair anlama olduğu varsayımının hâkimiyetinde devam etmektedir.

- 3 Bkz. W. V. Quine, *Word and Object* 58-59 (Cambridge, Mass.,1960). *Principle of charity*, şurada başka bir bağlamda daha da ileri götürülerek uygulanmıştır: Wilson, "Substance without Substrata", 12 *Review of Metaphysics* 521-39 (1959).
- 4 Bkz. T. Kuhn, *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change* 320-51 (Chicago, 1977) [*Asal Gerilim: Bilimsel Gelenek ve Değişim Üzerine Seçme İncelemeler* (Çev. Y. Şahan, İstanbul: Kabalcı,1994)]; Kuhn, *The Structure of Scientific Revolution* (2. Baskı, Chicago, 1970) [*Bilimsel Devrimlerin Yapısı* (Çev. N. Kuyuş, 9. baskı, İstanbul: Kırmızı Yayınları, 2017)]; K. Popper, *The Logic of Scientific Discovery* (New York, 1959) [*Bilimsel Araştırmanın Mantığı* (Çev. İ. Aka ve İ. Turan, 7. baskı, İstanbul: YKY, 2017)].
- 5 Bkz. Gadamer, yuk. n. 2.
- 6 Örneği Thomas Grey'e borçluyum.
- 7 Jonathan Miller, 1969 tarihli yapımında Jessica'nın rolüne vurgu yapmıştı.
- 8 Bu hususu yasaların ve Anayasa'nın yorumu bağlamında 9. ve 10. bölümlerde geliştireceğim. Aynı zamanda bkz. *Taking Rights Seriously*, Böl. 5, ve yine bana ait *A Matter of Principle*, Böl. 2 (Cambridge, Mass, 1985).
- 9 Stanley Cavell, *Must We Mean What We Say?*, Böl. 8 (New York, 1969). Karş. Gadamer, yuk. n. 2, 39-55.
- 10 Cavell, yuk. n. 9, s. 228-29.
- 11 Bkz. T. S. Eliot, "Tradition and the Individual Talent", *Selected Essays* (New York, 1932).
- 12 Olağan olmayan durum yoktur. Şu olayı kafanızda canlandırın: Eleştirmenimizin iddiasına göre *La Strada*'yı doğru okumanın yolu, onu Philomel hikâyesiyle birlikte okumaktadır, her ne kadar Fellini filmi çekerken böyle bir ilişkinin farkında değilse bile filmi doğru okumanın yolu budur. Eleştirmen sonra der ki, bu şekilde, yani Philomel ile birlikte okunduğunda, film sıkıcı hâlde gelmektedir. 'Peki öyleyse niye filmi böyle okudu?' sorusuna dair hiçbir cevap bulamaz hâlde kalakalırız. Yorum adını verdiğimiz faaliyetin her türünün, yorumladığı şeyi en iyi kılmayı hedeflemesi gerektiğini söylemiyorum elbette. Holokostun bilimsel bir yorumu, Hitler'in saiklerini en cazip ışık altında göstermeye çalışmayacağı gibi, hiç kimse gazetelerdeki karikatür köşelerinin cinsiyetçi etkilerini cinsiyetçi olmayan bir okuma bulmak için göstermeyi

hedeflemeyecektir. Fakat yaratıcı yorumun normal veya temsil kabiliyeti olan örneklerinde durum budur. Bir eleştirmen, bir eser sahibini, eseri en iyi değil de en kötü ışık altında göstermek suretiyle itibarsızlaştırmaya soyunmuş olabilir pekala, ama gerekçelerini bir yorum olarak sunacak, eserin “gerçekte o olduğu” şeklinde bir iddiada bulanacaktır. Eğer esere uyan iyi bir yorum bulunmadığına gerçekten inanıyorsa, argümanı benim tarifime uymuş olur. Fakat varsayalım eser lehine iyi bir yorum olmadığına gerçekten inanmıyor da, esasında verili metin için kaydadeğer nitelikli cazip bir okumayı bilerek saklıyor. Bu durumda kullandığı strateji normal tarifimden beslenmektedir, zira başarılı olması muhataplarının onun gerçek amaçlarından haberdar olmamasına, onun, esere uyan en iyi yorumu üretmeye çalışmış olduğuna inanmalarına bağlıdır.

13 Gadamer, yuk. n. 2.

14 Habermas’a göre sosyal bilimler doğa bilimlerinden tam da bu nedenle ayrılır. Teori-bağımsız [*theory-neutral*] fenomenlerin izahına dair Newtoncu doğa bilimi görüşüne sırtımızı dönüp, biliminsanın teorinin neyi veri alacağını belirlediğini söyleyen modern görüşün tarafını tutuyor olsak bile, der Habermas, hâlâ doğa bilimleri ile sosyal bilimler arasında varlığını devam ettiren önemli bir farklılık söz konusudur. Sosyal bilimci inceleyeceği verileri *önceden*-yorumlanmış hâlde bulur. Veri olarak aldıkları davranışı, o davranışın sahibi insanların anladığı şekilde anlamaları gerekir; sosyal bilimci betimlemek istediği pratiklerin en azından “virtüel” katılımcısı olmak durumundadır. Yani, inceleme konusu insanların iddialarını rapor etmenin yanında, bu iddiaları aynı zamanda yargılamaya hazır da olmalıdır, zira onları yargılamadan anlaması mümkün değildir. (Bkz. Habermas, yuk. n. 2, s. 101-11.) Metinde, nezaket (veya daha sonra iddia edeceğim üzere, hukuk) pratiği gibi argümantatif sosyal bir pratiği anlamaya teşebbüs etmiş bir sosyal bilimcinin, pratiğin olağan katılımcılarının ruhuna, sadece “virtüel” mahiyette bile olsa, dahil olması gerektiğini iddia ediyorum. Nezaketin gerçekte neyi gerektirdiğine dair görüşler ortaya koyarken katılımcılar birbirlerini karşılıklı konuşmayı yorumlar tarzda yorumlamadıklarından, sosyal bilimci de görüşlerini ortaya koyarken bu tarzda yorum yapamaz. Sosyal bilimcinin nezaket yorumu diğerleriyle rekabet etmeli, dolayısıyla da karşılıklı konuşma yorumundan ziyade inşai yorum olmalıdır.

15 Toplumsal bilinç veya grup bilinci düşüncesi, kültürler ve çağlar arasında karşılıklı konuşma yorumu yapma imkânını tehdit ettiği düşünülen önemli bir zorluktan kaçmak için bir öneri getirirmiş gibi duruyor. Farklı kültüre mensup bir kişinin uzun zaman önce yazdığı veya düşündüğü bir şeyi, yahut o kişinin toplumsal pratik

ve kurumlarının ona ne ifade ettiğini anlamayı nasıl bekleyebiliriz ki? Dünyayı onun gördüğü gibi görmeden onu anlamamız mümkün değildir, fakat dünyayı kendi görüş biçimimizden, kendi dil ve kültürümüzden bağımsız olarak görmekten de kaçamayız. Bakıtığımız yerden ise o kişinin iddiaları aptalca ve nedensiz görünür. (Bu argümanın hukuk bağlamındaki versiyonu için bkz. Robert Gordon, “Historicism in Legal Scholarship”, 90 *Yale Law Journal* 1017, 1021 [1981].) Kast sisteminin, sistemle sorunu olmayan insanlar için ne anlama geldiğini, acı çektiğini, acı çekiyor olmasını önemsemediğini ve bir başkasının da neden önemsemesi gerektiğini anlayamadığını söyleyen bir insanı anladığımızdan daha fazla anlayamayız. Bununla birlikte kültürlerin ve çağların bir tür sabit bilinci olabileceğini, bu tarihin bizzat kendisinin kendi zihinsel hayatını kapsayabileceğini kabul edersek, belli bir dönemdeki insanlar başka bir dönemin insanlarını anlamayı umut *edebilirler*, çünkü hepsi de paylaştıkları sabit anlamlarla müşterek bir bilince dahil olmaktadır. Bu iddialı düşünce, belirli insanların bireysel çıkar ve varsayımlarını ifade ettikleri karşılıklı konuşma eylemlerinden soyutlanarak ayrılır ve önce daha geniş toplumsal birimlerin, daha sonra da bizzat hayatın veya zihnin amaçları ve saikleri hâline dönüşür.

Burada ne grup ruhunun ontolojisini ne de grup ruhunun kültürel izolasyon sorunu için bir öneri getirdiği iddiasının geçerliliğini tartışacağım. (Dilthey, Gadamer ve Habermas’a yuk. n. 2’de yapılan atıflara bkz.) Bununla birlikte sorunun, inşai yorum değil de karşılıklı konuşma yorumu söz konusu olduğunda güç ve tehditkar olduğunu belirtmemiz gerekiyor. Farklı kültüre karşı (mesela, 3. Bölümdeki yabancı ve şer hukuk sistemlerine dair tartışmaya bakınız), ana metinde betimlediğim yorum tutumunu edinmenin zamanı geldiğinde, o kültürü karşılıklı konuşma yapıyormuşuz gibi değil, verili amaçlar ve kanaatler çerçevesinde onu olabileceğinin en iyisi kılmak suretiyle anlamaya çalışırız. Eğer bu bizi, bizim değil de tarihteki aktörlerin fiili kanaatlerini keşfetmeye veya benimsemeye zorlarsa izolasyon sorunu varlığını devam ettirir. Shakespeare’e, çağdaşlarının arasında Shylock’a karşı belli bir tepkiyi ortaya çıkaran görece soyut bir niyet atfetmek bile çok anlamlı olmayabilir. Fakat ciddi oldukları takdirde bu sorunlar inşai yorumun taleplerini ulaşabileceğimiz şeye uyarılmanın nedenlerini sunar. Ulaşabileceğimiz şey, tiyatrodaki kültürel engeller nedeniyle bize kapalı olan zihin durumları hakkında şüpheli spekülasyonlar yapmaksızın *Venedik Taciri*’ni (veya *common law*’un Germanik köklerini) yapabileceğimizin en iyisi kılmamıza izin veren bir değer boyutu bulmaktır. Çünkü inşai yorumda tarihi niyetler yoruma

dayalı anlamının kurucu temelleri değildir. Onları bulup çıkarmamak yorum açısından felaket anlamına gelmez, çünkü katıldığımız geleneklerde değer bulmanın başka, çoğunca da daha iyi olan başka yolları vardır.

- 16 Bu ayrıma ve genel olarak yaratıcı yoruma dair daha uzun bir tartışma için bkz. Dworkin, “Law as Interpretation”, *The Politics of Interpretation* 287 (Ed. W. J. T. Mitchell, Chicago, 1983); S. Fish, “Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature”, 60 *Texas Law Review* 373 (1982); Dworkin, “My Reply to Stanley Fish (and Walter Benn Michaels): Please Don’t Talk about Objectivity Any More”, *The Politics of Interpretation*, s. 287; S. Fish, “Wrong Again”, 62 *Texas Law Review* 299 (1983). Dworkin’e ait makaleler, ikincisi değiştirilmiş ve kısaltılmış olarak, *A Matter of Principle*’da 6. ve 7. bölümler olarak yeniden yayımlandı.
- 17 Yorumun, toplumsal pratiğe dair yorum-öncesi izah ile bu pratiğin uygun bir gerekçesi arasında denge oluşturmaya çalıştığını ifade ederek bu üç aşamayı özetleyebiliriz. “Denge” kelimesini Rawls’dan ödünç alıyorum ama yorumun bu izahı, onun adalet hakkındaki muhakemeye getirdiği izahı farklıdır. Onun tasavvur ettiği denge, adalet hakkında “sezgiler” dediği şey ile bu kurumları birleştiren formel teori arasındadır. Bkz. John Rawls, *A Theory of Justice* 20-21, 48-50 (Cambridge, Mass., 1971) [*Bir Adalet Teorisi* (Çev. V. A. Coşar, Ankara, Phoenix, 2017)]. Toplumsal bir pratiğin yorumu, bu pratiğin gerekçesi ile pratiğin yorum-sonrasında gerektirdikleri arasında bir denge kurmanın peşindedir.
- 18 Bir hukuk sisteminin “tanımlayıcı özellikleri”ni sağlamaya yönelik önemli bir teşebbüs için bkz. Joseph Raz, *The Concept of A Legal System* (2. baskı, Oxford, 1980).
- 19 Derek Parfit’in toplulukların kimliği ve –daha ihtilafli olarak– kişisel kimlik hakkındaki muhteşem eserine bkz. *Reasons and Persons* (Oxford, 1984).
- 20 Adalet ve diğer üst-düzyer ahlaki kavramlar yorum kavramlarıdır fakat nezaketten çok daha kompleks ve çok daha ilginçtirler, aynı zamanda hukukla analogi kurmak açısından pek işe yaramazlar. Bu bağlamda adalet ile nezaket arasındaki en önemli farklılık, ilkinin mahiyeti itibariyle sahip olduğu evrensel şümuldür. Muhayyel topluluğumdaki insanlar, “nezaketi”, kendileri açısından yerel olduğunu düşündükleri bir pratiğe dair yaptıkları yorumu dile getirmek için kullanıyorlardı. Pratiklerinin en iyi yorumunun başka diğer bir toplulukla karşılaştırıldığında en iyi olmak zorunda olmadığını biliyorlardı. Fakat adaleti yorum kavramı olarak alırsak, farklı halkların

adalet anlayışlarına, daha şümüllü ve aşkın bir otorite iddia ediyorlarmış gibi muamele etmeliyizdir ki bu iddialar başka halkların, tümüyle farklı olsalar bile ve hatta belki de tam da bu durumda, adalet pratiklerinin eleştirilmesinde bir temel oluşturabilsin. Ne var ki, bu iddiaların, halkların bizzat kendilerinin katıldığı pratiklerin yorumları olarak geliştirilmiş olması da kaçınılmazdır. Yorumun izleyeceği rota da buna uygun olarak çok daha esnek olacaktır: Bir adalet teorisinin, herhangi bir topluluğun siyasi veya toplumsal pratiklerine çok iyi bir uyum göstermesine gerek yoktur. Uyum göstermesi gereken şey, her bir yorumcunun en soyut ve en temel kanaatleridir. (Adalet ile hukukun bu açıdan gösterdikleri farklılıklara dair yakın tarihli bir tartışma için bkz. *A Matter of Principle*, Böl. 10 ve Michael Walzer'la *New York Review of Books*'ta (14 Nisan, 1983) yaşadığımız diyalog.) Adalet başka bir açıdan daha özeldir. Ahlaki ideallerin açıkça en siyasi niteliklisi olduğundan diğer toplumsal pratiklerin yorumlanmasında doğal ve bilindik bir unsur teşkil eder. Göreceğimiz üzere hukuk yorumları, sıklıkla yorum aşamasında belirledikleri hedefin parçasını oluşturmak üzere adalete başvururlar. Adalet yorumları adalete başvuramaz, bu da adalet teorilerinin büyük kısmının felsefi karmaşıklığını ve çabasını açıklamaya yardım eder. Adalet, temel ve yaygın siyasi pratiğin hedefi olmaktan bir kez çıkarıldı mı, gerekçenin de adaletin kendisinden daha önemli veya temel görünmeyen diğer siyasi düşüncelerdense, insan doğası veya kendiliğin teorisi gibi ilk baştaki siyasi olmayan düşünceleri arama-ya başlaması doğaldır.

- 21 Bu ifadede Marx'ın siyasi teorisinin açıkça içerilmemesi, teorisinin bir adalet teorisi sayılmak açısından onun kendi kararsızlığını da öğrenci ve eleştirmenlerinin kararsızlığını da açıklamış oluyor. İlgi çekici bir izah için bkz. Stephen Lukes, *Marxism and Morality* (Londra, 1985) [*Marksizm ve Ahlak*, (İstanbul, Ayrıntı, 1998)].
- 22 Yorum-öncesi aşama da yorum yapmayı gerektirdiğinden, pratiğin etrafındaki bu sınırlar kesin ve güvenilir değildirler. Bu yüzden de bir kişinin hayvanlara adalete aykırı muamelede bulunup bulunamayacağı, sadece zalimce mi davranabileceği hususunda ve insanlar arasındaki ilişkilerden ayrık olarak gruplar arasındaki ilişkilerin adaletle ilişkili olup olmayacağı hakkında anlayamayız.
- 23 Bu yorum manzarası karşısında coşkuya kapılan bazı eleştirmenler, resmin şüpheli tonunu ıslah etmeye çalışırlar. "Eleştiri cemaatlerinin" belli bir metnin hangi yorumunun iyi, hangi yorumunun kötü yorum sayılacağı hakkında müştereken "uzlaşım" geliştirdiği düşüncesine dayanırlar. Bu uzlaşımın da bireylere kendi dışlarında bir sınır olduğu hissi verdiğini, belli bir sanat eseri açısından bu uzlaşımın sonuçlarını gördüklerinde de yine bu uzlaşımın

şımların verdiği bir keşif hissi duyduklarını söylerler. Bkz. Stanley Fish, *Is There a Text in This Class?* (Cambridge, Mass., 1980). Fakat bu “çözüm” yanıltıcıdır. 4. Bölümde uzlaşım düşüncesinin bizzat kendisinin de bir miktar gizemli olduğunu göreceğiz; buradaki kullanımının da aksadığını söylememiz gerekiyor. Bir yerde çalışan iş arkadaşları *Kayıp Cennet*’i okumanın en iyi yolunun ne olduğu konusunda ihtilafa düşerlerse, onu okumanın en iyi yolu hakkında müşterek bir uzlaşımına sahip olduklarını söyleyebilir miyiz? Eğer böyle bir durumda müşterek bir uzlaşımına sahip olmadıklarını itiraf etmek durumunda kalıyorsak –zira bu iş arkadaşları çalışma odaları aynı koridorda karşılıklı sıralanıyor bile olsa birbirlerinden oldukça farklı yorum “cemaatleri”ne mensup olabilirler– hâlâ bir kişinin kendi yorumunun farklı bir cemaate mensup olan arkadaşının yorumundan daha iyi olduğunu düşünebileceğine dair soru cevapsız kalmaya devam ediyor demektir. Zira bu durumda sadece söz konusu iki cemaatin uzlaşımalarının farklı olduğuna değil aynı zamanda kendi cemaatinin uzlaşımalarının daha iyi olduğuna, kullanılacak doğru uzlaşımın olduğuna da inanıyordu. Öyleyse uzlaşım ve mesleki cemaatler düşüncesi bize yardım edemez. *Kayıp Cennet*’in nasıl okunması gerektiği sorusunun “doğru bir cevabı” olmadığı, sadece farklı yorumlar bulunduğu, daha iyi ve daha kötü yorumlar olmadığı şeklindeki verimsiz görüşle yüzleşmek zorundayız artık.

24 Ör. bkz. *Morality and Objectivity* (Ed. Ted Henderich, Lonrda, 1985); Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (Cambridge, Mass., 1985); ve Thomas Nagel, *The View from No-where* (yayın aşamasında).

25 Bkz. *A Matter of Principle*, 5, 6 ve 7. bölümler.

26 Eğer aksi görüşte olsam ve rom-üzümün üstün oluşunun nesnel bir olgu olduğunu, sadece benim sübjektif damak zevkimle ilgili olmadığını söylese idim, dondurmanın bir özelliğini tarif ediyor olurum, kendi tercihlerimi değil. Bana itiraz ederdim ama anlayamamış olmamız güçlü estetik iddiaların imkânı hakkındaki ikinci düzey bir ihtilaf biçimini almazdı. İki estetik tarz veya tutumun çekişmesi söz konusu olurdu: Benim, herkesin rom-üzüm deneyimine, bu deneyim hoşlarına gitse de, gitmese de, değer vermek için bir nedeni olduğu şeklindeki aptalca görüşüm ile sizin dondurmanın bu türden bir estetik değere sahip olabileceğine dair daha cazip olan (dahili) şüpheciliğiniz arasındaki bir çekişme. Dondurmanın, kaymak ve şekerin sahip olduğu türden bir değer içerdiğini düşünüyor olmam nedeniyle kusurlu bir ontolojiye sahip olduğumu düşünmez, hakiki estetik deneyimin niteliğine dair hiçbir fikrim olmadığı için kusurlu bir duyarlılığa sahip olduğumu düşünürdünüz.

27 Bir kişi, bir inanç veya kanaate sahip olduğunda, o insandan, o inanç veya kanaatin soyağacını, yani ona inanma noktasına nasıl geldiğini açıklamasını istememiz mümkündür. Bazı açıklamalar, anlattıkları hikâyenin bir parçası olmak üzere, inancın veya kanaatin doğru olduğunu varsayarlar. Bu türden bir açıklama kabul edilecek olursa, inancın bizzat kendisi, doğruluğunun kanıtıdır. Eğer insanların çimlerin yeşil olduğuna dair inançlarını sadece çimlerin yeşil olduğunu varsayan tarzda –sözgelimi, yeşil çim görmüş olduklarını açıklayarak– açıklayabiliyorsak, bu takdirde müşterek inanç olgunun kanıtıdır. Fakat insanların herhangi bir konudaki inançları hep böyle olguyu varsayan tarzda açıklanamaz, o zaman da inancın varlığı doğruluğunun kanıtı olamaz. Sözgelimi insanların cadılara olan inançlarını, onların batıl inançlarını betimleyerek tamamen açıklayabileceğimizi düşünürüz; ne kadar uzun sürerse sürsün açıklamamız cadılarla gerçekten karşılaşılmış olmasına asla başvurmayacaktır. Eğer durum böyleyse, bazı insanların cadıların varlığına inanması olgusu cadıların varlığı için kanıt oluşturmaz.

Ahlak hakkında, bu gözlemlerle işe başlayan dahili şüpheci bir argüman oluşturulması mümkündür. Argüman sahibi, insanların ahlaki inançlara sahip olması olgusunu, bu inançlara neden olmuş özel ahlaki olguların varlığını varsaymadan açıklayabileceğimizi iddia edebilir. Ahlaki inançlarımıza neden olan, der, özel olgularla karşılaşılmış olması değil belli bir kültürde geliştirilmiş olmasıdır; bu da farklı kültürlerdeki insanların farklı kanaatlere sahip olmasını açıklar. Bu makul nedensel hikâye, ne var ki, sadece ahlaki inançlarımızın güçlü olup olmadıklarına dair herhangi bir kanıtımız olmadığı olgusunu gösterir, ki bu da hiç şaşırtıcı değildir. Coşkulu bir egoistten başka hiç kimse belli bir ahlaki görüşe inanıyor olmasının bu görüş için bir argüman teşkil ettiğini düşünmeyecektir. Her halükârda hiç kimse bu görüşü terk etmeye zorlandığında sıkıntı yaşamayacaktır zira ahlaki görüşlerinin güçlülüğüne dair olsa olsa tek bir argümanı terk etmekte, bir şekilde kullanmak isteyebileceği bütün argümanları yerli yerinde bırakmaktadır. şüpheci, ahlaki kanaatlerimizin evrendeki nedensel ahlaki özelliklere atıf yapmayan tarzlarda tümüyle açıklanabileceğini göstermekle yetinmemeli, aynı zamanda kanaatlerimize dair en iyi açıklamanın aldığı şeklin kanaatlerimiz üzerinde nasıl şüphe uyandırdığını da açıklamalıdır.

Bazen bir şeye inanma noktasına nasıl geldiğimizi keşfetmiş olmak, o şey hakkında şüphe duymamıza neden olur, fakat bunun sebebi, soruşturma metodumuzda bir *kusurun* farkına varmış olmamızdır. Eğer gün gelir de, ortaçağ tarihine dair bildiğim her şeyi öğrendiğim kitabın

esasinda populer bir kurgu oldugunu keşfedersem, bildigimi düşün-
duğüm her şeyden şüphe etmeye başlarım. Fakat, eğer farklı şekilde
veya çok başka bir zamanda yetişmiş olsaydım ahlaki kanaatlerimin
başka türlüğü olacağı olgusu tek başına, kültürde, eğitimde ve şu an
sahip olduğum kanaatleri üretmiş olan refleksiyon ve gözlem süreç-
lerinde *kendi içinde* bir kusurun varlığını göstermez. Bu kanaatler
hakkında beni dikkatli olmaya sevk eder –etmelidir de–, her zamanki
gibi düşünmek için hakiki nedenlerimin var olup olmadığını kendime
sormaya zorlar —zorlamalıdır da. Mensubu olduğum topluluğun
ahlaki varsayımları ile iktisadi ve diğer güçlere ait yapılar arasındaki
ilişkinin farkına varmamı sağlayabilir, bu bağlantıların farkına var-
mam, kanaatlerimin üzerimdeki gücünü zayıflatabilir. Bütün bunlar
bir kültür varlığı olduğumun bilincine varmamın olası sonuçlarıdır.
fakat *sadece* bunu görmemden fazla bir şeylerin de sonucudur. Eğer
farkındalık herhangi bir türdeki dahili şüphecilik anlamına geliyorsa,
başka şeylere de ihtiyaç var demektir.

Biraz önce betimlediğim nedensellik argümanının çoğunca harici
şüpheciliğin bir biçimi için iyi bir argüman olduğu düşünülür. (Bkz.
Williams, yuk. n. 24. Nedensel argümanın ahlak açısından da ge-
çerli olma ihtimali, köleliğin yanlış olduğuna inandığımız takdirde
sadece köleliğin yanlış olmaması yönüyle bizimkinden farklı bir
dünyayı tasavvur edemememiz olgusuyla azalır.) Fakat burada ha-
rici şüpheciliğin esasıyla ilgilenmiyoruz. İlgilendiğimiz şey, ahlaki
bir kanaatin, çatıştığı başka bir ahlaki kanaatten sadece farklı değil
aynı zamanda daha iyi de olabileceği, ortada doğru bir cevabın ve
yanlış cevapların olabileceği şeklindeki ortak düşünceye yönelmiş
itirazlar. Metinde, bu görüşün bizzat kendisinin de ahlaki bir görüş
olduğu, yani aralarında ikamet ettiği ahlaki kanaatlerin asli parça-
sını oluşturduğu iddia ediliyor. Ahlaki bir görüşe ancak ahlaki bir
argümanla zarar verebilirsiniz. Dolayısıyla kendisinden korktuğu-
muz şüphecilik, dahili şüpheciliğdir. Nedensellik argümanının bizzat
kendisi bizi korkutamaz. Şunu çok iyi biliyorum ki, eğer çok başka
bir zamanda yaşamış olsa idim görüşlerim de başka olacaktı. Fakat
daha iyi ve farklı kanaatlerim olduğunu düşünüyorum, hiçbir neden-
sel açıklama da beni bu görüşü terk etmeye zorlayamaz ama elbette
ahlaki bir argüman bunu pekala yapabilir.

3. YENİDEN HUKUKBİLİM

- 1 Bir hukuk sisteminin varlığı açısından temel teşkil eden ölçütlerin
en sistematik tartışması için bkz. Joseph Raz, *The Concept of a
Legal System* (2. baskı, Oxford, 1980).

- 2 Klasik hukuk düşüncesi, yasaların hukuk olmadığını iddia eder. J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (Boston, 1902).
- 3 Bazı hukuk teorileri, görünüşleri itibariyle hukukun devletin zor gücünü neden gerekçelendirdiği hakkında iddialar değildir, fakat yine de bu tip iddialara dayanır veya bu tip iddiaları zaten önceden varsaymış olurlar. 4. Bölümde, hukuki pozitivizmin bilindik formlarının semantik teoriler değil de kolektif gücün sadece bu güç uzlaşım sal anlayışlarla uyumlu olduğu takdirde gerekçelendirildiği iddiasına yaslanan yorumlar olarak anlaşıldıklarında nasıl daha ilginç hâle geldiklerini göstermeye çalışıyorum. Başka bir yerde de, bilhassa Hart'ın temsil ettiği pozitivizmin, toplumun tamamında geniş kabul görmüş özel hukuki uzlaşım ların siyasi gücün örgütlenmesindeki kusurları iyileştirdiği, uzlaşım lar olmadığı takdirde bunu yapmanın mümkün olmadığı şeklindeki kanaatinden nasıl türediğini göstermeye çalışmış tım. Bkz. "A Reply to Critics", *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (Ed. Marshall Cohen, New York ve Londra, 1984). Bununla birlikte Joseph Raz bu türden siyasi kanaatlere yaslanmayı reddeden bir hukuki pozitivizm versiyonu geliştirdi. (Bkz. Raz, "Authority, Law and Morality", 68 *The Monist* 295 [Temmuz 1985].) Hukukun temel dayanaklarını sergime yönündeki bir izah girişiminin, hukukun bir otorite olarak nasıl işleyebileceğini de açıklaması gerektiğini ısrarla belirtiyor. Otoriteyi ise, insanların, siyasal-ahlak yargılarını hukuki kriterlerinden tamamen dışlamadıkça, hukuku bir otorite olarak kabul edemeyecekleri kabulüne dayanarak tanımlıyor. Kendi deyimiyle "kaynaklar" tezinin, yani hukukun dayanaklarının münhasıran olgusal olması gerektiği iddiasının, bu varsayım ve tanımdan kaynaklandığına inanıyor. Hukuk pratiğimizin başarılı bir yorumunun şu müşterek varsayımı tanıması ve gerekçelendirmesi gerektiği hususunda haklıdır Raz; hukuk, ahlak ve bilgelik ile rekabet içerisinde olabilir ve hukukun otoritesini kabul edenler açısından, ne yapmaları gerektiği hakkında verecekleri nihai kararda diğer erdemlere üstünlük sağlar. (Hukukun otoritesine dair bu varsayımın ihtilafsız olduğunu söylemiyorum; 5. Bölümde göreceğimiz üzere hukuki pragmatizm onu reddediyor.) Fakat bu koşul, ahlaka ve bilgelige dair yargıları hukukun yegâne dayanakları değil de hukukun dayanaklarının *parçası* kılan bir teori ile karşılanabilir. Dolayısıyla koşul, 1. Bölümde biraz tereddütle ılımlı "doğal hukuk" teorileri olarak betimlediğim anlayışlara benzer, "kaynaklar" tezini reddeden hukuk anlayışları tarafından karşılanabilir. Raz, hukukun otorite sahibi olabilmek için, onu kabul edenlerin hukukun neyi gerektirdiğine karar verirken, kısmen bile olsa, *asla* kendi kana-

atlerini kullanmamaları gerektiğini düşünür. Fakat neden hukuk diğer anlayışların varsaydığı üzere daha esnek şekilde otorite sahibi olmaktansa kör bir otorite olmalı? Bunun bir miktar izaha ihtiyacı var ve bu açıklamanın tam da “hukukun” veya “otorite sahibi olmanın”, tatbik edilmesi ölçütleri uyarınca eğitim görmüş hukukçuların ve sıradan insanların hepsinin kabul edeceği bir şey olduğunu söyleyerek dil kurallarına başvurmak kabul edilemez. Kabul edilebilir argüman ancak siyasi ahlak ve bilgelige dair bir argüman olabilir. Argüman, cebrin sadece olgusal kaynaklardan çıkarılan gerekçeleri ile çıkarılmayan gerekçeleri arasında neden pratik bir ayırım yapılması gerektiğini ve neden sadece ilkinin hukuk kabul edilmesi gerektiğini göstermelidir. Benzer argümanları 4. Bölümde ele alacağım.

- 4 Gerçi eğer haklıysam, bu kavramı hukukun mahiyeti hakkındaki tartışma için doğru satır olarak kabul ederek teorilerini bu düzlükte şüpheli tarzda oluştururlar: Anlayışlarını özetlemenin bir yolu olmak üzere, bir hukukun bulunmadığını söylerler.
- 5 Genel ahlak ve ahlaki gelenekler hakkında konuşan her sosyolog veya siyaset teorisyeni, zihinlerinde bu görece yalın düşünceleri barındırmaz. Kimi son bölümde değindiğim kültürel zihin düşüncesini kastediyordu; kimi de bizim kullandığımız anlamıyla bir yorum kavramı kullanarak toplumun ahlaki geleneklerinin basitçe insanların sahip olduğu tutum ve inançlar toplamından ibaret olmadığını, bunların en iyi yorumu olduğunu söylüyordu. Fakat benim burada kastettiğim anlam, yukarıda betimlenen hukuk kavramından ayırmak için daha indirgeyici ve en basit olanı.
- 6 Hart, ahlaki refleksiyonu kolaylaştırmak için dar ve geniş hukuk kavramları arasında bir tercih yapılması gerektiğini söyler. Bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 206-7 (1961). Eğer amaç buysa, dilin zorunlu kıldığı bir mesele olarak böyle bir tercihi yapmayı reddetmemiz daha iyidir. Hart’a cevaben belirttiğim hususlar için bkz. Cohen (Ed.), yuk. n. 3, s. 258-60.
- 7 Son birkaç paragrafta tartışılan meselelere dair daha ayrıntılı bir tartışma için bkz. Cohen (Ed.), yuk. n. 3, s. 256-60.

4. UZLAŞIMCILIK

- 1 Uzlaşımıcılığın burada tarif ettiğim ve daha sonra “katı” uzlaşımıcılık olarak isimlendireceğim versiyonu, ifade ettiğim formdan çok daha kompleks olabilir. Zira hukuk yapan kurum o âna kadar hakkında karar verilecek olayla ilgili bir karar vermemişse yargıç-

ların davaları nasıl karara bağlayacağını belirleyen başka hukuki uzlaşmalar bulunabilir: Mesela, bir uzlaşım, yargıçların, meclis bu meseleyi önünde bulsa idi nasıl karar verecek idiyse o şekilde karara bağlaması gerektiğini söyleyebilir. Fakat toplum bir noktaya geldiğinde artık bu tarz uzlaşmalar da bulunamayacaktır ve katı uzlaşımçılık, metinde anlatıldığı üzere yargıçların takdirlerine başvurmalarına izin verecektir.

- 2 Mesela Austin'in hukuku genel bir itaat alışkanlığına dayandırması, hukukun uzlaşımaya dayandığı düşüncesinin yorumu veya özel bir hâli olarak kolaylıkla yeniden ifade edilebilir. Ne var ki bu olgu, Austin'in itaat alışkanlığını yaptırım korkusunun sonucu olarak varsaydığı şeklindeki yanlış bir düşünce nedeniyle pek dikkat çekmemiştir. Austin, itaatın psikolojik kaynakları hakkında genel bir pozisyon edinmeme hususunda çok dikkatliydi; onun açısından genel bir itaat alışkanlığının varlığı, bu alışkanlık korkuya dayanıyor bile olsa, hukukun ortaya çıkması için yeterliydi; ama egemene duyulan sevgi veya saygıdan kaynaklanan bir alışkanlık da yeterliydi. Hart'ın ve diğerlerinin ortaya koyduğu şekliyle Austin'in alışkanlık çerçevesindeki uzlaşım izahı, uzlaşım teorisi açısından tümüyle tatmin edici değildir. Fakat Austin'in teorisini bir uzlaşım teorisi olarak almak, tatmin edici bulmasak da, teoriye zarar vermez. Hart'ın temsil ettiği pozitivizm versiyonu ise çok daha açıkça uzlaşımaldır, zira tanıma kuralı, kuralın içeriği her ne olursa olsun, neredeyse herkesin veya en azından yargıçların ve diğer hukukçuların neredeyse hepsinin kabul etmesi durumunda ortaya çıkabilir ancak. Bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* 97-107 (Londra, 1961).
- 3 Bkz. David Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (Cambridge, Mass., 1969).
- 4 Yumuşak uzlaşımçılığın, pozitivizme dair açıklamasında Jules Coleman dile getirmişti: "Negative and Positive Positivism", 11 *Journal of Legal Studies* 139 (1982), yeniden yayımı: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* 28 (Ed. Marshall Cohen, New York ve Londra, 1984). Aynı zamanda bkz. E. Philip Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge", aynı kitapta, bilhassa ss. 17-20 (egemen, adil olan her şeyin hukuk olduğunu ilan ettiği takdirde hukuk ihtilafı ahlaki yargılara dayanabilir) ve David Lyons, "Principles, Positivism and Legal Theory", 87 *Yale Law Journal* 415, 422 ff. (hukuk, ahlaki içeriğe sahip temel bir dokümanın doğru ama ihtilafı yorumuna dayanabilir). Coleman'ın da işaret ettiği gibi Hart, Soper'in ve Lyons'un kendi görüşlerine ilişkin yorumlarını reddediyor görünmektedir.
- 5 Bkz. G. Erdlich, *A Commentary on the Interpretation of Statutes*, Böl. 4 (1888) (Amerikan ve İngiliz davalarına atıfla); *Sutherland's*

Statutory Construction, Böl. 46.07 (4. baskı, Wilmette, III., 1985) (saçmalıklarla sonuçlanmadığı müddetçe yalın anlam caridir); P. Langan, *Maxwell on Interpretation of Statutes* (12. baskı, Londra, 1969) (aynı). Aynı zamanda bkz. John W. Johnson, "The Grudging Reception of Legislative History in U.S. Courts", 1978 *Detroit C.L. Review* 413. (Bu atfı William Nelson'a borçluyum.)

- 6 Uzlaşımçılık, pekala otokratik veya başka türden demokratik olmayan ülkelerdeki hukuk sistemlerinin bir yorumu olarak önerilebilir, çünkü resmi görevliler ve hatta bu tip ülkelerdeki nüfusun geneli küçük bir gruba veya tek bir tirana otokratik yetki veren uzlaşımçıları muhafaza etmeye devam ediyor olabilirler. Böyle bir durumda, eğer uzlaşımçılık en iyi yorum olarak kabul edilecekse, sadece bu grup veya tiranın buyrukları hukuk olacaktır. Fakat uzlaşımçılık böyle bir toplumda çok daha az ilgi görecektir, zira bu şekilde inşa edilmiş olan hukukun cebri neden gerekçelendirdiğine dair ancak cazip olmayan bir izah getirebilir. Bir tür ilahi hak teorisi, daha az dini eğilimi olan bir toplumda devletçi bir teori veya gaye yönelimli bir izah daha makbul olur. Dolayısıyla, uzlaşımçılığın semantik mukabili olan pozitivist teorilerin ilk olarak demokrasilerde gelişerek popüler hâle gelmiş olması tesadüf değildir. Austin'in yaygınlaştırdığı Benthamcı hukuk açıklaması, ilk bakışta monarşilere veya daha kolay teşhis edilebilir bir "egemene" sahip diğer toplumlara daha iyi uyarmış gibi duruyor. Fakat Bentham bu teoriyi demokratik idealler kazanılmaya başladığında geliştirmişti ve teorinin bıraktığı ilk izlenim, en azından, eşitlikçilikti. Bentham'ın teorisi her zaman Britanya ve Amerika'da başka bir yerde olduğundan çok daha popüler olmuştur.
- 7 Bunun açık bir istisnası ABD'de anayasal davalarda karar veren Yüksek Mahkeme'nin pratiğidir. İnsanlar, Mahkeme pratiğini ancak anayasa değişikliği ile kökten değiştirebilirler. Bu, demokrasi teorisi açısından ciddi sorunlar ortaya çıkarır, ki bunları 10. Bölümde ele alacağız.
- 8 "Kabaca", çünkü bazı davalarda, usuli nedenlerle davalı konumunda bulunan kişi veya kurum gerçekte "maddi" anlamda davacıdır, yani devletten müdahalede bulunmasını isteyen kişidir. Dolayısıyla tektarafçılık, maddi davalının, hukuki uzlaşımın sarih kapsamının maddi davacının kazanmasını gerektirmediği müddetçe davayı kazanmasını sağlar. Bu daha özenli formunda bile tektarafçılık, iki tarafın da zilyetliğinde olmayan bir mülk hakkında ihtilafa düşmüş olmalarında olduğu gibi veya mahkemenin müdahalesi olmaksızın iki tarafın da mülke sahip olamayacağı durumda olduğu gibi, maddi davacı ile maddi davalı arasındaki ayrım ortadan kalktığında ne yapılacağına dair bir öneri getiremez. Fakat böylesi davalar pek

nadirdir; tektarafçılık çetin davaların çoğunda belli bir yönde karar önerisinde bulunacaktır.

- 9 Bununla birlikte tektarafçılık, farklı türden bir karara da izin verecektir: Mevcut davayı Mr. O'Brian kazanmalıdır, çünkü aksi yönde ihdas edilmiş bir karar yoktur, fakat yargıç gelecek için yeni bir karar ilan etmeli, böylece de Bayan McLoughlin'in konumunda olan insanlar daha sonraki davalarda tazmin edilebilmelidir, çünkü artık bu kişiler yeni kurala, yargıcın bu verdiği kararın sarih kapsamının bir parçası olarak başvurabilecektir. Yargıçlar sadece yeni bir kural yapmakta olduklarında değil ama kazanan tarafın dayanmış olabileceği geçmişteki bir kuralı hükümsüz kılarken kimi zaman bu şekilde karar verirler. "İleriye dönük" hükümsüz kılma olarak adlandırılan bu uygulama, 5. Bölümde biraz daha ayrıntılı ele alınacak.
- 10 Medeni hukuk ile ceza hukuku arasındaki asimetri hakkındaki tartışma için bkz. *Taking Rights Seriously* 100.
- 11 Ör. bkz. *Bowie v. City of Columbia*, 378 U.S. 347 (1964). İngiliz mahkemeleri bu konuda öteden beri hep çok daha özensiz olmuştur. Bkz. *Shaw v. Director of Public Prosecutions* [1962] A.C. 220.
- 12 İspat yükü olgusal meselelerde hep davacının üzerinde bırakılırsa, tektarafçılık insanları beklenmedik devlet müdahalesine karşı çok daha etkin bir şekilde koruyabilir.
- 13 Karş. G. Postema, "Coordination and Convention at the Foundations of Law", 11 *Journal of Legal Studies* 165 (1982). Karş. F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (2 cilt, Chicago, 1973, 1976) [*Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (Çev.: M. Erdoğan, M. Öz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2012)].
- 14 Bkz. Lewis, yuk. n. 3.

5. PRAGMATİZM VE KİŞİLEŞTİRME

- 1 Bkz. Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes* (Cambridge, Mass., 1982).
- 2 Pragmatizme dair bu savunu Jonathan Swift'e de cazip gelmişti. Gulliver şunları anlatır: "Bu avukatlar arasında söylenen meşhur bir laf vardır: Önceden her ne yapılmış ise, bu yasal olarak yine tekrarlanabilir. İşte bu yüzden; müşterek adalet düşüncesine ve genel insan aklına karşıt olarak önceden alınan tüm kararları kaydetme konusunda özel çaba gösterirler. Bunları *emsal* adı altında, yasalara en aykırı görüşlerini haklı

çıkarmak için başvuru kaynağı olarak alırlar. Yargıçlar da, hiç şaşmayan bir biçimde bunlara göre karar verirler.” *Gulliver’s Travels*, 4. Kitap 5. Bölüm (1726) [*Gulliver’in Gezileri*, Çev. K. E. Kına (2. Baskı, İstanbul, İthaki, 2013), s. 283: alıntılanan kısım küçük bir değişiklikle Türkçe çeviriden aktarılmıştır]. Bu atfı William Ewald’a borçluyum.

- 3 Usule uygunluğu biraz daha uzunca, diğer erdemlerle bağlantısını göstermeye çalışarak şurada tartışmıştım: *A Matter of Principle*, Böl. 3.
- 4 Bu erdeme “usule” uygunluk [*procedural due process*] dedim, çünkü böylece onu, kendisi de Yüksek Mahkeme’nin yorumladığı şekliyle, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın On Dördüncü Değişikliği’nde mündemiç olmak üzere adaletten beslenen “due process” kaydından ayırıyorum. Bkz. Dworkin, “Reagan’s Justice,” *New York Review of Books*, Nov. 8, 1984.
- 5 Hakkaniyet ile adalet arasındaki karşıtlık 6. Bölümde yeniden ele alınacak.
- 6 Bkz. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *WMCA, Inc. v. Lomenzo*, 377 U.S. 633 (1964); *Maryland Committee for Fair Representation v. Tawes*, 377 U.S. 656 (1964); *Davis v. Mann*, 377 U.S. 678 (1964); *Roman v. Sincock*, 377 U.S. 713 (1964).
- 7 *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, 1951, 1 All E.R. 426, bilhassa L.J. Denning’in karşı oyu ile *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd* [1964] A.C. 465’i karşılaştırınız.
- 8 Bkz. *A Matter of Principle*, Böl. 3.
- 9 Tartışma için bkz. 6. Bölüm.
- 10 Genel itibariyle grup sorumluluğu veya kolektif sorumluluk ile ilgili işe yarar ayrımlar için bkz. Joel Feinberg, *Doing and Deserving*, Böl. 9 (Princeton, 1970).
- 11 6. Bölümde, bir grup üyelerinin, aynı gruba mensubiyet nedeniyle birbirlerine karşı sahip oldukları kardeşlik yükümlülüklerini tartışıyorum. Belli koşullar altında siyasi toplulukların da bu türden kardeşlik yükümlülüklerini desteklemelerinin kabul edilebileceğini savunuyorum. Gerçi şunu da açıkça ifade etmem gerekiyor: Bu tartışmada gözden geçirmekte olduğumuz kolektif sorumluluk ilkelerini sadece zikredilen koşullar karşılandığı takdirde geçerli olan kardeşlik yükümlülüğünün boyutları olarak görmüyorum. Sözelimi, 6. Bölümde tartışılan türden kardeşlik birliklerinden sayılmak için yeterince eşitlikçi olmayan siyasi topluluklarda ne ölçüde geçerli oldukları sorusunu açık bırakıyorum.

- 12 Thomas Nagel, "Ruthlessness in Public Life", *Mortal Questions* 84 (Cambridge, 1979).

6. BÜTÜNLÜK

- 1 Hakkaniyet olarak adalet (her ne kadar buradaki kadar katı, uç formuyla değilse bile) Rawls'un klasik eserinin konusunu oluşturur: *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1971). Bkz. ss 197-98 ve 221-24. Aynı zamanda yine aynı yazarın şu eserine de bkz. "Kantian Constructivism in Moral Theory", *77 Journal of Philosophy* 515 (1980).
- 2 Faydacı demokrasi teorileri bu uç görüşü kabul eder. Bkz. James Mill, "Essay on Government", J. Lively ve J. Rees, *Utilitarian Logic and Politics* (Londra, 1978).
- 3 Bu bölümün ilerleyen kısımlarında ve Onuncu Bölümde çoğunluk iradesi ile hakkaniyet arasındaki bağlantıyı ele alacağım. Eğer siyasi hakkaniyetin sınır ucu siyasi etkide eşitlik ise, nisbi temsil sistemi çoğunlukçu sistemden daha hakkaniyetli bir seçim sistemi ortaya koyar. Ne var ki, metinde de söyleyeceğim gibi, nisbi temsil zaman kimi zaman işlemeyebilir. Metnin bundan sonraki birkaç sayfasında normal bir çoğunlukçu seçim sistemi dahilinde hakkaniyetin önerdiği nisbi etki türünü garanti altına almanın özel bir yöntemi tartışıyorum. Bu metoda dama tahtası çözümü diyorum. Hakkaniyet dama tahtası çözümlerini desteklediğine göre, eğer yanlış olduklarını düşünüyorsak, bu çözümleri reddedecek başka bir argüman bulmamız gerektiğini iddia ediyorum.
- 4 Bkz. Alexander M. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* 109-17, 151-73 (New Haven and London, 1978).
- 5 Bkz. *Taking Rights Seriously*, passim, ama özellikle 5. ve 7. bölümler.
- 6 "Dama tahtası" kimi zaman bu tarz nedensiz ayırım yapmayan, daha ziyade söz konusu olayda ayırım yapılmasının bir siyasaya en fazla hizmet eden şey olduğunu iddia eden yasaları tarif ederken kullanılır. Kelimeyi sadece ilke itibarıyla tutarsızlık yaratan ve eğer gerekçelendirilebilirse, sadece farklı ahlaki taraflar arasındaki siyasi gücün adil dağıtımını zemininde gerekçelendirilebilecek yasaları anlatmak için kullanıyorum.
- 7 Bu bir açıdan izlediğimiz modelin çok basit bir anlatımı. Serbestçe kabul ettiğimiz ilkelerin kimi zaman çatıştığını, yani belli bir olay vuku bulduğunda bu ilkelerin hepsini aynı anda tatmin edemediği-

mizi biliriz. Sözgelimi, insanların sahip oldukları mallar üzerinde arzu ettikleri gibi tasarrufta bulunabilmeleri gerektiğine de inanıyor olabiliriz, hayata eşit koşullar altında başlamaları gerektiğine de. Bu durumda zengin insanların sahip oldukları malları çocuklarına bırakmalarına izin verilip verilmeyeceği sorusu ortaya çıkar. Aynı anda inandığımız ilkelerin meseleyi iki farklı kutba çektiğini görürüz. İzlediğimiz model, göreceğimiz üzere, bu çatışmanın çözümünün bizzat kendisinin de bir ilkeye bağlı olmasını talep eder. Veraset vergisi şeması iki ilkeyi aralarında bir nispet kurmak suretiyle benimseyip el koymaya karşılık gelebilecek anlamdan daha hafif vergi oranları belirleyebilir. Fakat bu çözümün temel aldığı ilkeler arasındaki görece ağırlık her ne olursa olsun bu ağırlığın şemanın tamamına yayılması gerektiğini söyler, aynı iki ilkeyle ilgili meseleler hakkında diğer kararların bu görece ağırlığa riayet etmesini isteriz. Her halükârda bu türden bir çatışma metinde anlatılan dama tahtası yasalarda bulunan çelişkiden farklı bir türde olacaktır. Zira bu yasalarda tek bir adalet ilkesi iki ilke arasındaki sıralamayı ifade eder tarzda zayıflatılmamakta veya nitelenmemektedir. Ortada sadece tek bir ilke vardır; ilke bir grup için kabul edilirken diğer grup için inkâr edilmektedir. Bize uygun gelmeyen de budur.

- 8 Bkz. n. 7. Bütünlüğün ihlali olarak kabul etmeyeceğimiz diğer taviz örneklerini de kolaylıkla hayal edebiliriz çünkü bizzat onaylamasak da varlığını kabul ettiğimiz adalet ilkelerini yansıtmaktadırlar. İdam cezasına ilke itibarıyla karşı çıkanlar, idam cezasını gerektiren suçların azaltılmasını kabul edeceklerdir ama idam cezasını gerektiren suçların ahlaken daha kınanabilir veya ceza hukukunda genel itibarıyla riayet edilen standartlar uyarınca başka bir şekilde ayırt edilebilir olması kaydıyla. Bu durumda idam cezasına karşı çıkanlar, suçların bu şekilde azaltılmış olmasını, idam cezası gerektiren bir suçtan mahkûm olmuş suçluların infazdan kısa çöpü çekenin kurtulduğu bir usulle kurtulmasından daha kolay kabulleneceklerdir.
- 9 Bu anayasal tavizleri, tıpkı yukarıda yedinci notta betimlediğimiz veraset vergisini açıklarken yaptığımız gibi tavizin iki bağımsız ve yarışan ilkenin her birine hak ettiği ağırlığı verdiğini iddia ederek açıklayamayız. Kongre'nin köleliği belli bir tarihten önce yasaklayamamasını gereçelendirecek ikinci düzey bir ilke argümanı yoktur. Madison, bu düzenlemenin, "ulusun karakteri açısından Anayasa'da hiç bahsetmemekten daha büyük onursuzluk" anlamına geldiğini söylemiştir (2 Farrand's Debates 415-416). Bu atfı William Nelson'a borçluyum. Yüksek Mahkeme'nin bütünlüğü zedeler görünen kararı için bkz. *Maier v. Roe*, 97 S.Ct. 2376, ve Laurence Tribe, *American Constitutional Law* 973 n. 77 (Mineola, N.Y., 1978).

- 10 Genel olarak bkz. Tribe, yuk. n. 9, Böl. 16-6-16-7. William Nelson, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, 8. ve 9. bölümler (yayın aşamasında [1995'te Harvard University Press tarafından yayımlanmıştır]). Nelson bu kitapta On Dördüncü Değişikliği hazırlayanların bütünlüğe bağlılığını araştırır.
- 11 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.
- 12 Bkz. United States Supreme Court, *Thornburgh v. American College of Obstetricians*, Brief for the United States as Amicus Curiae, Temmuz 1985.
- 13 Bu talihsiz bir kelime, çünkü etimolojik açıdan eril. Kelimeyi kullanırken hemşireliği/kız kardeşliği de, yahut da bu Latince kökenleri kavramlardaki müşterek düşünceyi de kastediyorum. [Kardeşlik olarak çevirdiğimiz kelime metinde *brotherhood*. Biraderlik ile karşılamaktansa, cinsiyet belirtmeyen kardeşlik, zaten Dworkin'in de kastettiğini belirttiği anlamı daha iyi vurguluyor.—çn]
- 14 Bu bağlamda dikkatimi Kant ile Rousseau'ya çeken Jeremy Waldron'a minnettarım.
- 15 Bkz. Sekizinci Bölümdeki ihmalkârlıktan kaynaklanan zararlara ilişkin hukuk ile gayrimenkul sahipliğinden kaynaklanan hukuktaki haklara ilişkin tartışma.
- 16 Bkz. Rawls, *Theory of Justice*, s. 11-22, 118-92.
- 17 Id., s. 333-6. Aynı zamanda bkz. Rawls, "Kantian Constructivism", s. 569.
- 18 Her ne kadar argümanın bu adla yaygın olarak kullanılıyorsa da, Rawls (ve Nozick ile onları takip edenler) argümana hakkaniyet ilkesi diyorlar. Bu ikinciyi kullanmıyorum, çünkü "hakkaniyeti" 5. Bölüm ile bu bölümde tarif ettiğim farklı bir tarzda kullanıyorum.
- 19 Bu söylediğim, Robert Nozick'in siyasi otoritenin temeli olarak *fair play* ilkesine karşı kullandığı argümanın uyarlanmış hâlidir. Bkz. *Anarchy, State and Utopia* 93-95 (New York, 1974) [*Anarşi, Devlet ve Ütopya* (3. baskı, çev. A. Oktay, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015)].
- 20 Aile bize gösteriyor ki kardeşlik ilişkileri tercihle ilgili meseleler ama sadece farklı derecelerdeki ilişkiler değil bunlar, aynı zamanda tercihin farklı anlamları da söz konusu. Aynı zamanda şunu da gösteriyor: Kardeşlik ilişkileri farklı yükümlülük formlarını tanımak için söz konusu başka nedenlerle de farklı şekillerde karışabilir. Ebeveynler çocuk sahibi olmayı tercih edebilirler ama, en azından bugünün teknolojisiyle, sahip olacakları çocukları seçemezler. Çocuklar ebeveynlerini seçemezler ama çoğunlukla onlara karşı,

kardeşlerine karşı olmayan yükümlülüklerle sahiptirler, ki bu kardeşleri de ebeveynlerini seçebildiklerinden daha fazla seçemezler. Dolayısıyla şu anda incelemekte olduğumuz yükümlülükler sınıfının, kardeşler arasındaki bağın bu sınıf için bir paradigma alınarak isimlendirilmiş olması ilginçtir.

- 21 Karşılıklılığın gereklerinin ne ölçüde somut olması gerektiğine dair bulmacayı çözmek için ne yapmalı? Acaba insanların ne zaman bir kardeşlik topluluğunun üyesi olduğu sorusunu, böyle bir toplumda her bir üyenin bir diğer üyeye karşı hangi yükümlülüğe sahip olduğu sorusundan ayırmak işe yarar mı? Eğer bunları ayırabiliyorsak, bir kişinin ne zaman benim arkadaşım olduğu bir mesele, benim ona arkadaşlığımız nedeniyle nasıl davranmam gerektiği başka bir mesele olacaktır. Eğer bu ayırım mantıklı ise ikinci soruya, benim ona, onun bana borçlu olduğunu düşündüğünden daha fazla borçlu olmadığımı söyleyerek cevap verebilirim. Fakat bu tutarsız bir çözümdür. Diğer sorunların yanında, ben ona ne borçlu olduğuma karar vermedikçe, o da bana ne borçlu olduğunu bilemeyecektir. Ben ise zaten işe bunu bil-meyerek başlamıştım.
- 22 Bu örneği Donald Davidson'a borçluyum.
- 23 Bu hızlıca yapılmış gözlem, adaletin insanların ne kadar ötesine, en azından başka diğer hayvanlara kadar uzanıp uzanmadığı da dahil olmak üzere adalete dair büyük soruları ortaya çıkarmıştır. Burada bu sorularla ilgilenmiyorum.
- 24 Burada, özel bir sorun olan Kuzey İrlanda sorununu görmezden geliyorum.
- 25 5. Bölümdeki kişileştirme tartışmasına bkz.
- 26 Bu tür bir ilgi kimi zaman "diğerkâmlık [*altruism*]" olarak isimlendirilir. Bkz. Duncan Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", 89 *Harvard Law Review* 1685 (1976).
- 27 Gerçi bu o kadar da aşikâr değil. Bkz. Robert M. Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (New Haven, 1975) ve benim bu kitaba dair incelemem: *Times Literary Supplement*, 5 Aralık 1975.
- 28 *Saif Ali v. Sydney Mitchell & Co.* [1980] A.C. 198.
- 29 Fakat *Brown* kararının hayata geçirilmesiyle ilgili 10. Bölümde yapılan tartışmaya da bkz.
- 30 Daha önce başka bir yerde ilke ile siyasa arasındaki ayrımı tarif etmeye ve savunmaya çalışmıştım. Bkz. *Taking Rights Seriously*, Böl. 4 ve Ek; *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, 263-68 (Ed.: Marshall Cohen, New York ve Londra, 1984).
- 31 Bu hususu 8. Bölümde açıyorum.

- 32 Belki de bu, şu karardaki görüşlerde açıkça dile getirilmemekle birlikte temel teşkil eden meseleydi: *Gouriet v. The Union of Post Office Workers* [1977] 1 All E.R. 696 (Court of Appeal), 1978 A.C. 435 (House of Lords).

7. HUKUKTA BÜTÜNLÜK

- 1 Belki de gerçekleştirilmesi imkânsız bir görevdir; belki de proje sadece kötü bir roman üretmeye değil herhangi bir roman üretmeye mahkûmdur, çünkü en iyi sanat teorisi, eserin bütünü üzerinde tek bir sanatçının kontrol sahibi olmasını ister. Eğer birden fazla sanatçı varsa, sanatçıların hepsi bütün üzerinde bir ölçüde kontrol sahibi olmalıdır. (Peki ya efsanelere veya fıkralara ne demeli? Eski Ahit? Veya bazı teorilerin tetiklemesiyle *İlyada*?) Mescleyi daha fazla uzatmak niyetinde değilim, çünkü bu görevin anlamlı olmasıyla ilgileniyorum. Zincirdeki romancıların hepsi de, ortaya çıkacak romanın değer veya karakterine dair bazı şüphelere sahip olabilirlerse de, kendilerinden istenen şeyin ne olduğunu bir şekilde anlayacaklardır.
- 2 Bkz. 2. Bölüm n. 16'daki tartışma.
- 3 Bkz. *A Matter of Principle*, Böl. 7.
- 4 Herkül, *Taking Rights Seriously*'de de önemli bir rol oynamıştı.
- 5 Bkz. bu bölümde yapılan eleştirel hukuk çalışmaları ile ilgili tartışma.
- 6 *McLoughlin*'de Lordlarımız Edmund Davies ile Scarman arasındaki anlaşmazlık muhtemelen tam da bu iddia hakkındaydı. Edmund Davies'in tazmin edilebilir ve edilemez manevi zarar türleri arasındaki ayrımı gerekçelendirebilecek argümanlarla ilgili önerileri, Scarman'ın, uygun olduklarını kabul etmeyi reddettiği türden siyasa argümanlarına başvuruyor gibidir.
- 7 Bkz. *Taking Rights Seriously*, Böl. 4.
- 8 Bkz. *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. 397 ve *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050.
- 9 C. Haar ve D. Fessler, *The Wrong Side of the Tracks* (New York, 1986), geniş bir alanda işleyen bütünlüğün yakın tarihli bir örneğidir.
- 10 Mesela Benjamin Cardozo'nun şu kararına bkz. *Hynes v. New York Central R.R. Co.*, 231 N.Y. 229.
- 11 Başarılı bir yorumun neden geçmişteki yargı kararlarıyla ama aynı zamanda kararlarda dile getirilen görüşlerle de bir ölçüde

uyumlu olması gerektiğine dair farklı argümanlar yasama sürecinde geçmişte yapılmış beyanlar bağlamında 9. Bölümde tartışılıyor.

- 12 Aklımda 6. Bölümde anlatılan ayırım ve hakkaniyetin özel anlamı var.
- 13 Fakat bkz. 10. Bölümdeki anayasa yargısı teorisi olarak “pasifizm” tartışması.
- 14 Bkz. 11. Bölümdeki farklı bütünlük düzeyleriyle ilgili tartışma.
- 15 Hiç de hayırla yad edilmeyen, bir kutsal değerlere hakaret davası olan *R. v. Lemon* [1979] 1 All ER 898 davasında, bir tarafında Lord Diplock ile Lord Edmund Davies’in, diğer tarafında Viscount Dilhorne’un bulunduğu anlaşmazlık, yaygın ahlaktaki değişimler ile alana öncelik verilmesinin sınırları arasındaki bu bağlantıyı göz ardı etmemenin önemini gözler önüne serer. Diplock ile Davies kutsal değerlere hakarete ilişkin hukukun ceza hukukunun diğer kısımlarındaki gelişmeleri yansıtır şekilde yorumlanması gerektiğini söylemişti; Dilhorne ise kutsal değerlere hakaretin kendi başına ayrı bir alan olarak görülmesi gerektiğini savunmuş ancak gerekçesini açıklamamıştı.
- 16 Bkz. D. Kennedy ve K. Klare, “A Bibliography of Critical Legal Studies”, 94 *Yale Law Journal* 461 (1984).
- 17 Eleştirel hukuk çalışmaları hakkındaki sempozyum için bkz. 36 *Stanford Law Review* 1 (1984).
- 18 Bu tarzdaki tarih yazımının bu harikulade örnekleri şunları da içeriyor: Robert Gordon, “Historicism in Legal Scholarship”, 90 *Yale Law Journal* 1017 (1981) ve “Critical Legal Histories”, 36 *Stanford Law Review* 57 (1984). Aynı zamanda Kennedy ve Klare (yuk. n. 16) tarafından atıf yapılan tarihi çalışmalara da bkz.
- 19 Mark Tushnet’in yakın tarihli bir liberalizm tanımı var. Tanım, eleştirel hukuk çalışmaları literatüründe gördüğüm, liberalizme dair bütün izahları temsil eder nitelikte. Tushnet, “klasik liberal görüşün herhangi bir özeti –Hobbes, Locke ve Mill ile Dworkin ve Rawls’un liberalizmleri– bir karikatür olmak zorundadır” diyor ama hemen sonra kendisi de bir tanım yapmaya kalkıyor; gerçi korkarım onun tanımı tahriyat sınırlarını da aşıyor. “Liberalizmin psikolojisi bir özerk bireyler dünyası önerir, her birey kendilerine özgü değer ve gayelerin rehberliğindedir, bir kişinin sahip olduğu değer ve gayelerin, bir başkasının sahip olduğu değer ve gayelerden daha meşru olduğu söylenemez. Böyle bir dünyada, insanlar birbirlerinden ayrı bireysellik adalarında yaşarlar, dış işleri metaforuyla nitelenebilecek ilişkilere girmeyi tercih ederler... Liberal bireyciliğin dünyasında... bir kişinin değerleri onu, sözgelimi, bir başkasının mülkünü gasp etmeye sevk

ederse, mağdur, mütecevizin bağlı olması gereken üst bir ilkeye başvuramaz.” (Bkz. Tushnet, “Following Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles”, 96 *Harvard Law Review* 781, 783 ff., [1983].) Burada öylesine çok hata var ki... Evvela, Tushnet’in liberallerinin çoğu açıkça insanların normalde diğer insanların akıbetleriyle alakadar olduklarını ifade ederler. Argümanlarının hiçbirisi insanların ortak bir dili ve başka toplumsal kurumları ayakta tutamayacak ölçüde paylaşamayacakları şeklindeki akıldışı bir varsayıma dayanmaz. Mesela John Rawls bu varsayımı bilhassa reddeder. Bkz. Rawls, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, 77 *Journal of Philosophy* 515 (1980) ve yine ona ait “Justice as Fairness: Political Not Metaphysical”, 14 *Philosophy and Public Affairs* 223 (1985). (Rawls’un *A Theory of Justice*’ının [Cambridge, Mass. 1977] bazı okuyucuları, Rawls’un analitik bir aygıt olarak tasarladığı “orijinal pozisyonun” birbirlerine bigane üyelerinin, kendisinin insan doğası teorisini ifade ettiğini düşünerek hata ettiler. Metinde bu yanlış okumayı cesaretlendirecek herhangi bir şey olmadığı gibi atf yapılan daha sonraki makalelerde böyle bir görüş sahiplenilmedi.) İkincisi, Hobbes dışındaki “liberallerin” hiçbirisi (bu arada, Hobbes’u niye liberal sayıyoruz ki!) bir kişinin hayatını yönlendirme tarzının bir başka tarzdan daha iyi veya daha değerli olabileceğine dair herhangi türden şüpheli bir görüş benimsemiştir. Mesela Mill, kişisel değerler hakkındaki şüpheciligi utanç verici bir şekilde reddeder. Eleştirel hukuk çalışmalarının çizdiği liberalizm resmi çoğu liberalin reddettiği bu şüphecilik formu ile, yine liberallerin kabul ettiği tümüyle farklı bir şüphecilik formunu birbirine karıştırmaktadır. Liberallerin kabul ettiği şüphecilik formuna göre, kişisel hedeflerin görece değeri, düzenleyici siyasi kararlar için yeterli gerekçe oluşturmamaktadır. Üçüncüsü, bu liberalizm resmi, devletin iyi anlayışlarına yönelik tarafsızlığı hakkındaki bu ilkeyle adalet ilkeleri hakkında olduğu iddia edilen tarafsızlığı birbirine karıştırıyor. Bir adalet teorisi olarak liberalizm pek tabii ki adalet ilkeleri hakkındaki tarafsızlığı reddeder. Bir liberalin, sahip olduğu “değerleri” kendisini başkalarına saldırmaya zorlayan kişinin neden böyle davranmaktan alıkonulması gerektiğini açıklamak için bir adalet ilkesine başvuramayacağını söylemek saçmadır. Tushnet, “klasik liberaller” olduğunu düşündüğü kişiler hakkında böyle hatalar yapmamalıydı. Diğer liberallerle birlikte benim de ne düşündüğümün kanıtı olarak, benim bir makaleme atf yapmış. Söz konusu makalede liberalizmin kurucu ahlakının “değerli bir hayatın ne olduğu hakkındaki teoriler arasında devletin tarafsız olmasını gerektiren bir eşitlik teorisi” olduğunu iddia ediyorum. Şöyle devam ediyorum

makalede: “Bu argüman pek çok farklı itirazı tetikleyecektir. Denebilir ki, bu şekilde anlaşıldığında liberalizm iyiye dair teoriler hakkındaki şüpheciliğe dayanır veya denebilir ki insanların siyasi topluluktan ayrı bir şekilde var olabilen ve kendini gerçekleştirebilen bağımsız zerrelere olduğunu varsayan insan doğasına dair kaba bir görüş üzerine bina edilmiştir. [Fakat] liberalizm şüphecilik üzerine bina edilemez. Liberalizmin kurucu ahlakı insanların devlet tarafından eşit muameleye tabi tutulması gerektiğini söylerken, bunu siyasi ahlakta doğru veya yanlış diye bir şey olmadığını söyleyerek değil, bunun doğru olan şey olduğunu söyleyerek gerekçelendirir. Liberalizm özel bir kişilik teorisine dayanmaz, çoğu insanın toplumda aktif olmalarının kendileri için iyi olacağını düşünecek olmalarını da reddetmez. Liberalizm kendi kendisiyle çelişmemektedir: Liberal eşitlik anlayışı bireyler için bir yaşam tarzı değil, adaleti önceleyen bir siyasi örgütlenme prensibidir.” Bkz. *A Matter of Principle*, s. 203.

- 20 “[Kazalardan kaynaklı tazminatlara ilişkin hukukta] dikkat çekmek için yarışan iki ilke var. Halihazırda tercih edilen ilke kuşkusuz bireyselci. Haksız fiil işleyen kişinin sorumluluğu, kusurun derecesi ile sorumluluğun kapsamı arasındaki kaba bir korelasyonu ortaya çıkaracak ölçüde sınırlanıyor. Aynı şekilde, merkezi nosyon olan kusurdan kaynaklanarak, fail sadece makul şekilde öngörebileceği zarardan sorumlu tutuluyor... Ne var ki, sadece bu ilkeye yaslanılmış olması tamamen masum ve haklı mağdurları tazminattan mahrum bırakabilir. Sonuç olarak, daha az göze çarpsa da yarışan fakat yerleşik bir karşı ilke var. Bu ilke haksız fiil işleyen kişinin eylemlerinin doğrudan sonuçlarının hepsinden sorumlu tutulmasını gerektiriyor, üstelik bunların makul olarak öngörülüp öngörülemeyeceğine bakılmaksızın. Her ne kadar bu ilke {kusuru temel alan ilke} zaman içerisinde ortaya çıkmış ve baskın hâle gelmişse de, hâlihazırda hemofili hastaları gibi mağdurların bilhassa kırılğan olduğu durumlarda daha sınırlı bir uygulama alanına sahip: ‘haksız fiil işleyen kişi mağdurun sıradışı niteliklerine katlanmak zorundadır’... Her iki ilke de adil bir demokratik topluma dair farklı görüşlerden çıkarılmış ve güç almıştır. Biri bağımsız ve kendine yeten, hayata dair planlarını kendilerine güvenerek ve güçlü bir şekilde yapan kişilerden müteşekkil bir dünya sunan bireyselciliğe dayanır. Burada değer ve zevkler göreceli ve sübjektiftir... Diğer görüş ise dünyayı birbirlerine bağımlı ve işbirliği içerisindeki kişilerden oluşur şekilde gören kolektivizmden kaynaklanır. Bireylerin kırılğanlığını tanıyarak daha büyük bir dayanışma ve fedakârlık için onları cesaretlendirir.... Her iki görüş de toplumsal hayatın

ve onun sunduğu imkânların sadece kısmi ve eksik bir resmini sunar... Sadece tercihte bulunmak suretiyle bu ilkelerden hangisini seçerseniz seçin ... sizinle aynı düşüncede olmayan birini ikna etmek için söyleyeceğiniz herhangi bir şeyiniz yoktur.” Allan Hutchinson, “Of Kings and Dirty Rascals: The Struggle for Democracy”, 1985 *Queen’s Law Journal* 273, 281-83.

Bu argümanda eleştirel hukuk çalışmalarında yaygın olan motto-ların çoğunu görmek mümkün. Sözgelimi, burada da liberal “bi-reyciliğin” toplumsal atomizm ve “değerlerin” sübjektivitesi ile bağlantılandırılarak nitelenmesiyle, 19. notta gördüğümüz hatanın aynıı tekrarlanıyor. Yine başka bir tanıdık karışıklık var: Dahili ve harici şüphecilikler birbirine karışmış ve sonuç olarak liberallerin, ahlaki kanaatlerin “sadece” tercihler olduğunun, dolayısıyla da insanların onları destekleyebilmek için “söyleyebilecek hiçbir şey” bulamayacaklarının farkında olmadıkları şeklindeki yine bilindik yakınma ortaya çıkmış. (Liberallerin sübjektivizmin bu formuyla itham edilmiş olmasını boş verelim.) Şu anda ilgi gösterdiğimiz şey, çelişkiyi ifade eden şu husus: Kazalara ilişkin hukukun, işle-mekte olan iki ilke bulunduğu için kompleks olmasının yanında aynı zamanda çelişik de olduğu, çünkü bu ikisinin, ilke olarak bile bir arada duramayacağı söyleniyor. Fakat bu iddia kaba bir mantık hatasından ibaret, zira ters istikamette kanıtlama yapmaya çalışıyor. Tuhaf ve kavranması oldukça güç bir görüş olan, insanların tümüyle “bağımsız ve kendine yeter” olduğu iddiasına inanan birinin, sorumluluğun ortaya çıkması için bir öngörülebilirlik testinin bulunması iddiasını cazip bulması mümkündür. (Liberallerin bu tuhaf görüşe sahip olduğu söylenir ve belki gerçekten buna inanan liberal bulmam da mümkündür fakat bunu Mill’in veya Rawls’un yahut da liberal geleneğe etkili başka birinin görüşü saymak zor-dur.) Ama böyle birinin öngörülebilirlik testini cazip bulması zor-unlu da değildir, çünkü hemofili hastalarının kendi “bağımsız” planlarının korunması gerektiğini, kendine yeten “güçlü” haksız fiil faillerinin kusursuz sorumluluk kapsamında sigorta yaptırma-sı, yaptırmadıysa da sonuçlarına katlanması gerektiğini düşünüyor olabilir pekala. Ne var ki, her ne olursa olsun, meselemiz sadece bu tuhaf düşünceye sahip olan birinin öngörülebilirlik testinin ca-zibesine kapılıp kapılmayacağı değil. Neden “dünyanın birbirle-rine bağımlı ve işbirliği içerisindeki kişilerden oluştuğunu” fark eden, “dayanışma ve fedakârlığın” cazibesıyla heyecanlanmış daha mantıklı bir insan, hemofili hastasına duyduğu sempatiyi bir hemofili hastasına denk gelen talihsiz sürücüye de duymasın ki?

Demek ki, söz konusu iki ilkenin topluma dair iki çelişik “gö-rüş” atfedilmiş olması bir *Prokrustes* uygulamasından ibaret-

tir ve temelsizdir. Bu ilkeler dünyanın karmaşıklığına verilecek dürüst karşılıkların kaçınılmaz boyutlarını oluşturur. Ayrıldıkları tek nokta riskin iki aktör arasında dağıtılmasıdır: Aktörlerden biri, diğerinin eylemi veya içinde bulunduğu durum nedeniyle kayba uğramak zorundadır, bir kişinin bu tercihi farklı türdeki koşullar için farklı şekilde belirlemesi, bazı durumlarda kaybı faile başka durumlarda ise mağdura yüklemesi durumunda ahlaken şizofrenik olduğunu düşünmek kabul edilemez. Bu eleştirinin betimlediği kararlar kümesi ile karşılaşmış olan Herkül'ün sorunu esasında metinde biraz önce karşılaştığı sorundan daha korkutucu değildir, hatta hâlihazırdaki durumun sıradan olduğu bile söylenebilir. İki ilke inşa eder Herkül: İnsanlar makul şekilde öngöremeyecekleri bir zarara neden olduklarında bu zarardan sorumlu tutulmamalıdır ve insanlar hukukun onlara sağladığı koruma düzeyinde kontrollerinin ötesindeki fiziksel yetersizlikler nedeniyle dezavantajlı konuma düşürülmemelidirler. Haksız fiil hukukunda ve daha da genel düzeyde her ikisinin de işlemini benimsemeye zorluk yaşamaz. Soyut ilke düzeyinde de, bu ilkeyi yine kolaylıkla kabul eder. İlkeler kimi zaman rekabet hâlinde olabilir fakat çelişik değildirler. Bu ilkelerin çatıştığı davalardaki kararların geçmişte bunları tutarlı şekilde karara bağlayıp bağlamadığını araştıracaktır. Muhtemelen tutarlı şekilde karara bağlanmışlardır ancak Herkül bu çözüm için hangi izahı kabul etmiş olursa olsun, geçmişteki bazı kararların çizginin öte tarafında olduklarını, hata olduklarını söylemek durumunda kalacaktır. Belki de söz konusu davalar tutarlı şekilde karara bağlanmamışlardır: Belki de tutarlı bir hukuk sistemi bu türden davaları aynı şekilde karara bağlamalıdır. O zaman da Herkül artık tanıdık gelmeye başladığı üzere, sistemin ilkeler arasında yaptığı tercihin uyma temelinde devredışı kalıp kalmadığını soracaktır; eğer ikisi de devredışı kalmıyorsa, kişisel ve siyasi ahlak çerçevesinde hangisinin üstün olduğuna karar verecek, başkaları farklı karar verebilecekse de, hangisinin kendi içinde yaptığı tercihe itiraz etmediğini belirleyecektir.

- 21 Eleştirel hukuk çalışmaları hakkındaki sempozyum için bkz. yuk. n. 7.

8. COMMON LAW

- 1 Bazı hukukçular bu tek ilkenin, anayasal yapıdan usul hukukunun detaylarına dek hukukun her alanının kapsayıcı bir yorumunu inşa etmek için Herkül'ün bile ihtiyaç duyduğu her şeyi sağlıyor ol-

duğu şeklindeki dikkat çekici iddianın büyümesine kapıldılar. Genel itibariyle bkz. Richard A. Posner, *The Economic Analysis of Law* (2. baskı, Boston, 1977). Kasta dayanmayan zararların en iyi yorumunu verdiğine dair daha sınırlı olan iddiayı inceleyeceğiz. Eğer bu iddianın başarısız olduğunu gösterebilirsek, külli olan iddia da evleviyetle çökecektir.

- 2 Yargıç Learned Hand'in bu ilkeye dair formülasyonu için bkz. *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 164, 173 (2d Cir. 1947).
- 3 Bkz. Posner, yuk. n. 1, s. 10-12.
- 4 Genel olarak bkz. Guido Calabresi, *The Cost of Accidents* (New Haven, 1970); Calabresi, "Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules-A Comment", 11 *Journal of Law and Economics* 67 (1968); Ronald Coase, "The Problem of Social Costs", 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960). Aynı zamanda bkz. Guido Calabresi ve A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972).
- 5 Bkz. Calabresi ve Melamed, yuk. n. 4, s. 1089, 1096-7.
- 6 Bu argümanın iktisat ilkesinden, 7. Bölümde (5) numaralı yorumda ve daha sınırlı bir formda (6) numaralı yorumda kullanılan "ön-görülebilirlik" testi için nasıl destek sağladığını gözden kaçırmamak gerekiyor.
- 7 Mesela, sorumluluğun temeli olarak kusura dayalı bir anlayış belirlemek ile kusursuz sorumluluk temelli bir anlayış belirlemenin iktisadi sonuçları arasındaki tartışma için bkz. Posner, yuk. n. 1, s. 137-42; Polinsky, "Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting", 70 *American Economic Review: Papers and Proceedings* 363 (1980); S. Shavell, "Strict Liability versus Negligence", 9 *Journal of Legal Studies* 1 (1980). Daha genel olarak bkz. "Symposium: Efficiency as a Legal Concern", 8 *Hofstra Law Review* 485-770 (1980).
- 8 Ör. bkz. *Union Oil Co. v. Oppen*, 501 F.2d 558 (9th Cir. 1974).
- 9 Bu meselenin daha önceki bir versiyonu ve iktisadi yorumla ilgili daha ileri bir tartışma için bkz. *A Matter of Principle*, 12. ve 13. bölümler.
- 10 Esasında şunu kastediyorum: Tarif ettiğim argüman, faydacı argüman formunda ama bütün faydacı argümanlar aynı formu almak zorunda değil elbette. Kendini faydacı addeden bazı filozoflar artırmaya çalıştıkları refahın veya beşeri gelişimin sadece bir mutluluk meselesi olmaktan çok uzak olduğunu belirtirler. Fakat refahı maksimize eden bir hukuk şemasının, refahı, beşeri gelişimi

min başka bir unsuruna mutluluktan daha duyarlı olması makul olmadığından, hâlihazırdaki argüman için faydacılığın mutluluğa refahın belirlenmesinde neredeyse istisnai bir rol veren tarihsel olarak daha bilindik bir formunu temel alıyorum.

- 11 Bkz. R.M. Hare, *Moral Thinking: Its Levels, Methods, and Point* (Londra, 1981).
- 12 Bkz. Dworkin, “In Defense of Equality”, 1 *Social Philosophy and Policy* 24 (1983).
- 13 Bkz. Dworkin, “What is Equality? Part 1: Equality of Welfare”, 10 *Philosophy and Public Affairs* 185 (1981) ve “Part 2: Equality of Resources”, 10 *Philosophy of Public Affairs* 283 (1981).
- 14 Robert Nozick bazı eşitlik anlayışlarının kaçınılmaz olarak neredeyse her türden pazar işlemiyle bozulacağını söyler. Bu, meşhur Wilt Chamberlain örneğinin gücüdür (bkz. *Anarchy, State and Utopia* 160-64 [New York, 1974]). Ne var ki aklında maddi eşitlik vardır ve metinde iddia ettiğim gibi, liberteryan eşitlik anlayışı hariç bütün eşitlik anlayışlarının aynı sonucu doğuracağını düşünmek yanlış olur.
- 15 Esas itibariyle göz ardı etmiş olduğum önemli bir mesele var: Bizler, bireyler olarak, kamusal şemanın herhangi bir eşitlik anlayışı çerçevesinde kabul edilebilir olduğuna inanmadığımız bir durumda kendimize ait mülkü kullanmamıza dair genel itibariyle müsamahakâr bir tutum edinme hakkına sahip miyiz ve eğer sahipsek, bu hakka hangi koşulda sahibiz? Bu koşullar altında bile müsamahakâr bir tutumu haklı çıkarmak için öne sürülebilecek çeşitli argümanlar bulunabilir. Metinde tartışılan sorumluluk dağıtımına dair ayırım, eşitliğe mükemmel olmayan bir düzeyde bile erişilmediği durumda dahi, uygun bir anlayış uyarınca, iyi bir eşitlik düzeyine ulaşmak için en iyi strateji olabilir. Veya belki de bireylere tek tek daha sıkı ahlaki sorumluluklar yükleyen başka bir strateji, “mağduriyet”e yol açacak, yani bu tip ahlaki sorumlulukları kabul eden kişiyi, hakikaten eşitlikçi bir şema uyarınca sahip olacağı ekonomik pozisyondan daha kötü bir ekonomik pozisyonu baştan kabullenmeye zorlayacak ahlaki sorumluluklar ortaya çıkaracaktır. Veya belki de, bireylerin tek tek kendi mülkleri hakkında verdikleri kararların çoğu öyle farklı ve önceden tahmin edilemez sonuçlara sahiptir ki hiç kimse eşitliği bir bütün olarak artıracak şekilde makul kararlar alma imkânına sahip değildir. Bkz. Dworkin, “What is Equality? Part 2”, yuk. n. 13.
- 16 Kaynaklarda eşitlik lehine muhtemel argümanlar için bkz. “In Defense of Equality”.
- 17 Bkz. “What is Equality? Part 2”.

- 18 Burada tartışılan sınırlar, müsamahakâr hipotezde ilk sorun olarak adlandırdığım konuyu tartışırken açık bıraktığım soruna duyarlıdır (bkz. n. 15). Tek tek bireyler olarak, hâlihazırdaki mülkiyet dağıtımını gerçekten de aramızdaki kaynaklar eşitliğine ulaşmış gibi davranıyor olmamızı haklı çıkaran şey nedir? Şimdi cevabımızın bir şekilde strateji yargılarına dayandığını veya bilgi eksikliğine başvurduğunu düşünüyorum, zira kişinin, davranışının kaynaklarda eşitliğe doğrudan ve öngörülebilir bir etkisinin olacağını bildiği, verebileceği bir kararla kendini mağdur etmeksizin eşitliği artırırken, vereceği başka bir kararla kaynaklarda eşitsizliği daha kötü hâle getirebileceği özel durumlarda söz konusu müsamaha geçerli değildir.
- 19 Bkz. “What is Equailty? Part 2” ve *A Matter of Principle*, Böl. 7.

9. YASALAR

- 1 Herkül’ün yorumlamakta olduğu siyasi karar bir dizi geçmiş yargı kararı değil de bir yasa olduğundan, siyasa meseleleri, yasanın hangi hakları yarattığının kabul edilmesi gerektiğine dair vereceği kararlar yakından ilgilidir.
- 2 Kendi kanaatlerinden bağımsız şekilde yargıç meslektaşlarının ne yaptığını bakarak cevap bulması da mümkün değildir, zira onlar arasındaki uygulama da farklılık göstermektedir. Onların pratiğini son iki bölümde tarif edilen tarzda yorumlaması ve hangi yorumun yargı pratiğini bütünü itibarıyla daha iyi gösterdiğine karar verirken siyasi hakkaniyetle ilgili aynı yargıları üretmesi gerekmektedir.
- 3 P. Brest’in geliştirdiği “niyet oyu” teorisiyle karşı. “The Misconcieved Quest for the Original Understanding”, 60 *Boston University Law Review* 204, 212-15 (1980).
- 4 Pek tabii ki, eğer Tehlike Altındaki Türler Yasası gibi yasaların nasıl anlamlandırılacağına, sözcelimi, kuralı dikte eder tarzda yorumlanacağına ilişkin yerleşik ve üzerinde uzlaşmış bir kural varsa, yargıçlar yasayı, içişleri bakanına mümkün olduğunca az yetki verecek şekilde “dar” yorumlamalıdır, böylece de kongre üyeleri bu kuralı kabul ettikleri yasanın mahkemeye gittiğinde nasıl okunacağını tahmin etmek üzere kullanabileceklerdir. Yani, bu kural hem Hermes’in nasıl karar verdiğini hem de yargıçların yeni tahmin ettiğini açıklamak durumundadır, ama bu açıklamayı bunları birbirinden bağımsız ele alarak yapmalıdır. Ne var ki böyle bir kural yoktur, Hermes de yasamanın tahminleriyle, kararının karşılığı olarak değil zemini olarak ilgilenmektedir. Kendi kendini çürüteceğini iddia ettiğim seçenek budur.

- 5 Farazi ifadelerin doğruluğunu veya yanlışlığını belirlemedeki zorluklara dair muhteşem bir izah için bkz. Nelson Goodman, “The Problem of Counterfactual Conditionals”, *Fact, Fiction and Forecast* 1-27 (4. baskı, Cambridge, Mass., 1983).
- 6 Opak bağlamlara dair bir tartışma için bkz. W. V. O. Quine, *Word and Object*, 140-56 (Cambridge, Mass., 1960).
- 7 Bu formdaki bütünlük, onu, yasa tasarısını hazırlayanların somut niyetlerine yakın olabilecek bir yorumu reddetmeye yöneltebilir. Lord Denning’in şu kararda karşıoy yazısına bkz. *Macarthy Ltd. v. Smith* [1979] 3 All ER 325, 330. Bu örneği Sheldon Leader’a borçluyum.
- 8 Her ne kadar bütünlük, tanımı itibariyle bir ilke meselesi ise de, Herkül tekil bir yasayı aynı zamanda siyasa açısından da üst-düzey bir insicama sahip gösterir nitelikteki izahı tercih etmelidir. Zira yaptığı gerekçelendirme yasama hadisesini başka türlü iyi ışık altında gösteremez. Tek bir yasayı vazedenden tekil bir meclis, belirli bir siyasaya büyük önem atfederek bu siyasayı ilerletmek için ciddi maliyetlerin ve külfetlerin altına girer ama yine de siyasayı, açıkça daha az önemli maliyet ve külfetlerden kaçınmak için, başka bir siyasaya da katkısı olmayacak tarzda sınırlandırarak olursa, tutarsız davranıyor demektir. Herkül ilke itibariyle bütünlüğe evleviyetle riayet etmek zordur. Aynı yasanın farklı kısımlarını açıklarken bir dama tahtası gerekçesi gibi bir şeyden kaçınmak için çaba göstermelidir. Metin içerisindeki insicamı sağlamanın yanında, metnin tarihsel bir olgu olarak bizzat kendisinin bütünlük açısından bir sapma olduğundan, tam da inşa ettiği yasadaki görmezden gelmeye çalıştığı türden bir taviz olduğundan şüphelendiği durumda bile böyle yapmalıdır. Eleştirilenleri, tarihsel bir ihtilafı “hasır altı” etmeye çalıştığını söyleyeceklerdir. Bu yorum, doğru olsa da, bir eleştirinin zeminini oluşturamaz; metindeki tarihi taviz, metnin yarattığı gerçek yasada taviz verilmesine neden olur demek, zaten, bütün bölüm boyunca tartıştığımız meselenin cevabını gerektirir.
- 9 ABD Kongresi söz konusu olduğunda, iki kanattan gelen komite raporlarının çelişik olmadığını varsayıyorum. Eğer çelişik iseler, metinde tarif edildiği anlamıyla bir bütün olarak Kongre’nin siyasi bir kararı olarak değil, çıkarılmış olan yasanın en iyi yorumunun ne olacağına dair her iki kanattan gelmiş argümanlar olarak görülmemelidirler.
- 10 Bkz. J. L. Austin, “Performative Utterances”, *Philosophical Papers* 223 (3. baskı, New York, 1979) ve *How to Do Things With Words* (Cambridge, Mass., 1962) [*Söylemek ve Yapmak* (2. baskı, çev. R. L. Aysever, İstanbul, Metis, 2017)].

- 11 İngiltere’de büyük öneme sahip iş mevzuatı hem Muhafazakâr hem de İşçi Partili hükümetlerce defalarca değiştirildi. Mevzuatın değiştirilmemiş kısımları için yasakoyucunun amacının ne olduğunu ararken, doğrudan bu kısımlar hakkında dile getirilmiş eski beyanlardan ziyade yakın zamandaki değişiklikler sırasında dile getirilen beyanlara bakmak daha iyi olur. Amerika’daki yasamayla ilgili paralel bir konu hakkında Yargıç Brennan’ın şu karardaki görüşüne bkz. *Allis-Chalmers*, aşa. 12, s. 194.
- 12 Bir ifadenin “anlamının kapalı” olup olmadığına dair ihtilafın metindeki anlatılışı, şu iki davada çıkan tartışmada resmediliyor: *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, Civil Rights Act hakkındaki ihtilaf (A Matter of Principle, 16. Bölümde tartışılmıştı) ve *NLRB v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 338 U.S. 175 (1967), “restraint or coercion” kelimeleri hakkındaki ihtilaf. Yargıç Black bu kelimelerin lafzi anlamının açık olduğunu, Yargıç Brennan ise “mahiyetleri itibariyle belirsiz” olduklarını söylemişti. Bkz. id. s. 179.
- 13 Bkz. Allan Hutchinson ve John Wakfield, “A Hard Look at Hard Cases”, 2 *Oxford Journal of Legal Studies* 86 (1982).
- 14 Basit bir satranç yazılımı, her hamleden önce mümkün bütün hamleleri tarar. Basit durumlar ile zor durumlar arasında ayırım yapmaz. Eğer şah tehdit altındaysa ve sadece tek bir hamle onu kurtaracaksa, program yine de her bir hamleyi tek tek gözden geçirerek matla sonuçlanacak her hamleyi tek tek reddedecektir. Basit bilgisayar yazılımının aksine ben bir durumun kolay olduğunu düşündüğümde farklı davranırım. Matla sonuçlanacak her hamleyi tek tek gözden geçirmem, şahı, onu tehdit eden taşın yolundan çekiveririm. Bu, bir öyle bir böyle davranmamı gerektirecek bir değişim noktası olmak üzere kolay ve zor durumlar arasında zaten önceden var olan bir teoriyi kullandığım ve kolay durumlarda bir satranç hamlesini iyi bir hamle kılan farklı bir teoriyi uyguladığım anlamına gelmez. İyi oyuncular, benim kolay durumlar dediğim hâllerde onları uyaran içgüdülere sahiptirler, sözgelimi, çok etkili bir şah gambiti öngörebilirler. İyi oyuncular ve ben, kolay ve zor durumlar arasında farklı bir ayırım yaparız, iyi bir hamleyi neyin iyi kıldığına dair farklı teorilere sahip olduğumuz için değil ama, müştereken sahip olduğumuz tek bir teoriyi uygularken farklı hünere sahip olduğumuz için farklı ayrımlara sahibizdir.

10. ANAYASA

- 1 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
- 2 Bu dümdüz iddia için herhangi bir argüman sunmuyorum; iddiayı desteklemek için başka bir kitap daha yazmak gerekiyor çünkü. Bu kitap, daha başka şeyler yanında, Yüksek Mahkeme'nin sicilinin inişli çıkışlı olduğunu, "çoğunlukçu" dediğim kurumların her zaman –kimi hiçbir zaman diyor– vatandaşların çoğunluğunun görüş veya çıkarlarını temsil etmediğini ve Mahkeme'nin, Marshall'ın dile getirdiği kurumları normalde olacaklarından daha çoğunlukçu kılma şeklindeki gücünü kimi zaman kullandığını da dikkate almak durumunda.
- 3 Yargıç John Paul Stevens yakın zamanda meslektaşlarını tutarsızlıkla itham etmişti. Onlar, dedi, geniş kesimlerce muhafazakâr addediliyorlar ama yine de anayasa hukukuna ait alanların hepsini kökten değiştiriyorlar, bunu da karar verdikleri davada gerekli olandan daha geniş karar vermek suretiyle yapıyorlar. Bkz. *New York Times*, Aug. 5, 1984, A1, Sütun 1.
- 4 *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, 494-96 (1957) (Warren, J.C., ayırık oy yazısı) (Birinci Değişiklik müstehcen materyalleri korumaz) ve *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 199-203 (1964) (Warren, J.C., karşı oy yazısı) ("Ulusun ve Eyaletlerin ahlaklı bir toplumu ayakta tutma hakkı"na atıf) kararlarını şu kararlarla karşılaştırınız: *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956) (ceza davasında mahkûm olmuş yoksulların temyiz başvurusuna teslim etmek üzere mahkeme tutanağı için ücret ödemelerinin gerek olmadığı), *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963) (eyalet, ceza davasındaki yoksul sanıklara bir hak olarak müdafî temin etmelidir) ve *Harper v. Virginia Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966) (seçme hakkının nüfus vergisinin ödenmiş olmasına bağlanmasının anayasaya aykırı olduğu).
- 5 Bkz. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., 1980); M. Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary* (New Haven, 1982); R. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971); Thomas Grey, "Do We Have an Unwritten Constitution?" 27 *Stanford Law Review* 703 (1975).
- 6 Alıntılayan: Raoul Berger, *Government by Judiciary* 118-19 (Cambridge, Mass., 1977).
- 7 Bkz. H. Jefferson Powell, "The Original Understanding of Original Intent," 98 *Harvard Law Review* 885 (1985).

- 8 Soyut anayasa hükümlerinin opak ve transparan okunuşları arasındaki ayrımı *Taking Rights Seriously* 134 ff.'de incelemiştım. Anayasal yorumu, babasının adil olmasını söylediği bir oğlun karşı karşıya kaldığı bir sorunla karşılaştırmıştım. Babanın oğlun sırtına yüklediği yükün, bu tavsiyede bulunduğu zaman sahip olması gereken belli bir hakkaniyet *anlayışı* olmadığını, bu yükün hakkaniyet *kavramı* olduğunu söylemişim. Aynı zamanda bkz. Dworkin, *A Matter of Principle*, 2. Bölüm.
- 9 Bilakis, böyle bir üst-niyete sahip olmadıklarına dair kanıtımız var. Bkz. Powell, yuk. n. 7.
- 10 Bu izaha göre tarihselciliğin bizzat kendisinin anayasa hukukunun uzlaşımçı bir izahı olduğunu söylemiyorum. Zaten olamaz, çünkü, sarih kapsamı 'anayasa yapıcılarının somut niyetlerinin anayasa hukukuna uyduğu' şeklindeki önermeyi içeren bir uzlaşımımız yok.
- 11 Bu argüman demokrasiye bağlı olduğumuz ve seçimlerimiz yasa-manın verdiği kararlara uymayı gerektirecek ölçüde demokratik olduğu varsayımıyla işe başladığından, Mahkeme'den Anayasa'nın neyi demokrasi saydığına karar vermesi istendiğinde bilhassa zayıf kalmaktadır. (Bkz. Ely, yuk. n. 5.) Dolayısıyla pasifist başka bir ayırım yapmak zorundadır: Siyasi sürecin hakkaniyete uygunluğunu koruyan anayasal hükümleri, sürecin sonuçlarının adil olmasını güvence altına alan hükümlerden ayırmalıdır. Sözelimi, ifade özgürlüğü hakkının veya azınlık gruplarına eşit muamelede bulunmayı güvence altına alan hakların en iyi yorumunun Amerikan demok-rasisinin hakkaniyete uygunluğunu korumayı içerdiğine inanıyorsa, artık bu hakların ne zaman ihlal edildiği hakkında seçilmişlerin yargılarına uyması için bir neden bulunmaz. Bu sınırlama pasif yaklaşımı genel itibariyle tehlikeye atmaz, çünkü sınırlama, kürtaj hakkı veya idam cezasına karşı hak gibi biraz önceki tarzda hakkıyla anlaşılamayan tartışmalı haklara uygulanmaz. Bu mefruz hakların hakkaniyet açısından değil de adalet açısından güçlü olduğuna inanan pasifist yargıç, Anayasa'nın bu hakları kapsayıp kapsamadığına karar verme işini seçilmişlere bırakacaktır.
- 12 Bkz. R. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," 47 *Indiana Law Journal* 1, 10 (1971).
- 13 *Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).
- 14 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- 15 Bkz. Ely, yuk. n. 5.
- 16 *Korematsu*, 323 U.S. 214 (1944)'te Mahkeme, II. Dünya Savaşı öncesinde Japon Amerikalıları gerekçesiz şekilde toplama kamp-larına alınmaktan korumayı reddetmişti.
- 17 163 U.S. 537 (1896).

- 18 *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950); *Sipnel v. Board of Regents*, 332 U.S. 631 (per curiam); *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, 305 U.S. 337 0938).
- 19 Bu ayrıma dair daha geniş bir tartışma için bkz. *A Matter of Principle*, 3. Bölüm.
- 20 *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955).
- 21 Bkz. *Keyes v. School District No. 1, Denver, Colorado*, 413 U.S. 189 (1973); *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974); *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267 (1977); *Dayton Board of Education v. Brinkman*, 433 U.S. 406 (1977); *Columbus Board of Education v. Penick*, 443 U.S. 449 (1979); *Dayton Board of Education v. Brinkman*, 443 U.S. 526 (1979).
- 22 Ör. bkz. Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation," 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976); Fiss, "Foreword: The Forms of Justice," 93 *Harvard Law Review* 1 (1979).
- 23 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
- 24 1964 tarihli Civil Rights Act söz konusu olduğunda, böyle bir siyasanın makbul olmadığını düşündü. Bkz. *A Matter of Principle*, 16. Bölüm.
- 25 Id. 14. Bölüm.
- 26 Id. 15. Bölüm.
- 27 Bkz. *Bakke*, 438 U.S. 215'te Yargıç Powell'ın görüşü.
- 28 Benim şu eserlerime bkz. "Reagan's Justice," *New York Review of Books*, Nov. 8, 1984, ve "Law's Ambitions for Itself," 71 *University of Virginia Law Review* 73.
- 29 Yani, yasaların inşasına dair kendi teknikleri düzgün şekilde yorumlanmış yasanın ne söylediği hakkında bir sonuç verdiği durumda anayasal dayanaklarla ilgili yargısını yasama organının yargısı yerine koymayacaktır. Bununla birlikte siyasa ile ilgili kanaatleri bu ikinci kararda, 9. Bölümde anlatılan nedenler ve tarz çerçevesinde bir yere sahip olacaktır.
- 30 *Lochner v. New York*, yuk. n. 14. Bu davadaki görüş, meseleyi, fırıncıların ve çalışanlarının istedikleri takdirde daha uzun çalışma saatlerini içeren sözleşmeler yapma haklarının olup olmadığı hakkındaki bir ilke meselesi olarak görüyordu. Herkül sözleşme yapma özgürlüğü ilkesinin bunu öngören belli bir yorumunun Anayasa'nın herhangi bir güçlü yorumuyla gerekçelendirilemeyeceğini söylerdi.

11. HUKUKUN ÖTESİNDEKİ HUKUK

- 1 Hukuk pratiğinin bu özelliği dilsel karmaşıklığa yol açar. Bazı durumlarda hukukun ne olduğuyla ilgili doğru bir yargı bir şekilde meselenin ortaya çıkacağı varsayılan mahkemenin düzeyine atıf yapmak üzere uyarlanmak durumundadır. Bir avukatın şöyle düşündüğünü varsayalım: Belli bir yargı bölgesindeki en yüksek mahkeme, bir emsal kararı, bütünlük olarak hukukun gereği olarak hükümsüz kılmalı ve davacıyı haklı bulmalı ama sıkı emsal doktrini ile bağlı olan alt derece mahkemesi de emsali uygulamalı ve davalı lehine karar vermelidir. Avukatımız (meseleyi ortaya koymanın bir yolu olmak üzere) diyebilir ki yüksek mahkeme açısından hukuk, alt derece mahkeme açısından var olan hukuktan farklıdır. Veya (meseleyi ortaya koymanın başka bir yolu olmak üzere) yüksek mahkeme son sözü söyleme yetkisine sahip olduğundan, her ne kadar davacı hakkının tanınması ve uygulanması için temyize gitmek zorundaysa da, hukuk “gerçekte” onun lehinedir. Hukukun söz dağarı, tıpkı 3. Bölümdeki şerih hukuk sistemlerindeki mesele gibi, hukuki ilişkilere –belli koşullarda uygulanabilir olan hak ve yükümlülükler– ait aynı kompleks yapıyı, muhataplar, bağlam ve amaçlara göre farklı şekillerde tarif etmeye izin verecek ölçüde esneklik.
- 2 Herkül’ün, yasadaki müphem, muğlak veya başka türden sorun çıkarıcı dili nasıl okuyacağına dair vereceği kararda maddi bütünlüğün önemli bir rolü olduğunu söyleyen, 9. Bölümden çıkardığımız en büyük dersi burada tekrar etmeye gerek görmüyorum. Burada, metnin, bağlamın ve yasama tarihçesinin, Herkül’ün yasaları okuma tarzı metinde varsaydığım hukukun geri kalan kısmıyla uyumsuzluk üretse dahi yeterince açık olduğunu kabul ediyorum.
- 3 6. Bölümde, n. 28’de atıf yapılan *Saif Ali*, bu türden erken bir uyarı olarak görülebilir. Eğer Herkül bütünlüğün, içerisine uyarıyı dahil ettiği davadaki usuli sınırı kabullenmeyi gerektirdiğini düşünürse, hukukun avukatlar lehine olduğunu düşünür. Fakat bir kez bu uyarıda bulunuldu mu, artık sınırlama kalkmış demektir, dolayısıyla hukuk bir sonraki davada avukat lehine olmayacaktır.

“*Hukukun Hükümlanlığı*, zengin ve çok katmanlı bir çalışma; Dworkin’in hukuk, siyaset ve ahlak hakkındaki düşüncelerini ve birbirleriyle aynı anda hem bağlantılı hem de bağlantısız olan bu kavramların pek çok veçhesini açığa çıkarıyor. Bu kitap tutkulu bir çalışmanın ürünü ve çok önemli bir düşünürün elinden çıkan büyük bir çalışmaya yönelttiğimiz hiçbir beklentiyi boşa çıkarmıyor.”

Thomas Nagel, *London Review of Books*

Kuvvetli ve berrak üslubuyla haklı bir ün kazanan Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümlanlığı* çalışmasında, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin ve bu sistemin üzerinde yükseldiği ilkelerin ustalıklı bir tasvirini yapıyor. *Hukukun Hükümlanlığı*, Dworkin’in akademisyenler, kuramcılar, avukatlar, yargıçlar, araştırmacılar ve siyasi aktivistler tarafından uzun yıllar tartışılacak hukuk kuramının tafsilatlı bir sunumu. Dworkin, bütün bir hukuk sisteminin en hassas sorusuyla başlıyor çalışmasına: Zorlu davalar söz konusu olunca, yargıçlar hukuki olanı nasıl belirler ve nasıl belirlemelidir? Dworkin, yargıçların zorlu davalarda geçmiş içtihatları uygulamaktan ziyade yorumlamaya dayanarak karar vermesi gerektiğini öne sürüyor ve yorumlamanın genel bir teorisini üretmenin yanı sıra, bir yorumu diğerlerinden üstün kılan öğeleri de gözler önüne seriyor. Dworkin’e göre hukukun en temel noktası mutabakatları nakletmek ya da toplumsal hedefler için etkili araçlar sağlamak değil, bir siyasi birliğin, yine aynı birliğe tabi bütün unsurlara karşı tutarlı ve ilkeli bir tutum sergileme gereksinimini karşılamak olduğunu ısrarla belirtiyor.



 [instagram.com/norakitap](https://www.instagram.com/norakitap)
 [facebook.com/nora.kitap](https://www.facebook.com/nora.kitap)
 twitter.com/nora_kitap



ISBN 978-975-2473-45-4

9 789752 473454