



İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 28.01.2021
Revizyon Talebi: 12.05.2021
Son Revizyon: 16.10.2021
Kabul: 22.11.2021

Jeremy Waldron ve Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı

Gürkan Çapar^{*}

Öz

Hukuk devleti denildiğinde akla ilk gelen isim şüphesiz ki Lon Fuller'dir. Fuller ileri sürdüğü sekiz ilkesi ile hukuk sisteminin kendine özgü bir ahlaki olduğunu iddia ederek doğal hukuka sığınmadan hukuki pozitivizmin bir eleştirisini yapmıştır. Bu yaklaşım genellikle prosedürel doğal hukuk veya prosedürel hukuk devleti olarak isimlendirilmesine rağmen, Jeremy Waldron, Fuller'ın sekiz ilkesi incelendiğinde böyle bir değerlendirmenin yerinde olmayacağını belirtmiştir. Öncelikle, Fuller'ın ilkeleri yasa koyucunun yasama süresince göz önünde bulundurması gereken kriterlerden ziyade bir çıktı olarak hukuk normunun taşınması gereken formel niteliklerle ilgilidir, bu nedenle de bu ilkeleri prosedürel yerine formel olarak isimlendirmek daha yerinde olacaktır. Fuller'ın hukuk devleti anlayışı formel olarak nitelendirilince, Waldron'a kendi prosedürel hukuk devleti kavramını oluşturabilmek için bir alan da ortaya çıkmıştır. Fuller'ın sekiz ilkesi ile özdeşleşen formel-şekli ve doğal hukukçular tarafından savunulan içeriksel-maddi hukuk devleti anlayışlarının ötesine geçerek, Waldron prosedürel bir hukuk devleti anlayışı geliştirir. Bu çalışmada Waldron tarafından kavramlaştırılan bu hukuk devleti anlayışı gerek formel gerekse de maddi hukuk devleti ile olan ilişkisi içerisinde incelenecek ve diğerlerinden ayrılan yönleri ortaya konulacaktır. Ayrıca, Fuller'ın hukuk kurallarını anlayan ve kendi davranışlarına bu kuralları uygulayan, onur sahibi rasyonel özne tasarımı ile Waldron'un argüman ileri süren, hukukun ne olduğunun belirlenmesi sürecine katkıda bulunan aktif öznesi karşılaştırılacaktır. Son olarak, bu çalışmada hukuk devleti kavramı sadece akademik merakın ve teorik bir incelemenin nesnesi olmaktan ziyade; onun içinde bulunduğumuz, tecrübe ettiğimiz ve bir anlamda da öznesi olduğumuz hukuk devleti krizi ile bağlantısı görünür kılmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken ise, formel hukuk devleti anlayışının neden hukuk devletinin krizini görmemiz konusunda yetersiz kaldığı sorgulanacak ve prosedürel anlayışın ne ölçüde bu krizi tespit etmemize yardımcı olacağı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Hukuk Devleti, Prosedürel Hukuk Devleti, Jeremy Waldron, Lon Fuller, Hukuk Devletinın Öznesi

Jeremy Waldron and His Procedural Understanding of the Rule of Law

Abstract

The ideal of rule of law (RoL) is generally associated with Lon Fuller. He affirms that a legal system has its own morality independent of objective morality if it lives up to his eight principles. Even though Fuller's conception generally is related to procedural natural law or RoL, Jeremy Waldron asserts that when Fuller's principles are seen in cold light it seems highly unlikely that one could appraise his conception as procedural. Many of those principles pertain to the formal criteria addressed to lawmaking authorities to assist in legislative activities. However, they place emphasis more on the form the law must take at the end of the legislative process than on the process itself. Based on that criticism, Waldron contends, developing a novel procedural conception of RoL, that it is better to consider Fuller's principles as formal, than to call them procedural. In general, the discussion on the RoL revolves around the tension between formal and substantive understandings. Whereas legal positivists often defend the former, proponents of natural law support the latter. This study aspires to explain Waldron's procedural conception of RoL, which goes beyond the dichotomy between formal and substantive conceptualizations. In doing so, it shows how procedural conception differs from others in analyzing its relationship with others and by emphasizing the differences between their distinctive understandings of legal subjects.

* **Sorumlu Yazar:** Gürkan Çapar (Doktora Öğrencisi), Scuola Superiore Sant'Anna, Dirpolis Institute, Pisa, İtalya.

E-posta: gurkan.capar@santannapisa.it ORCID: 0000-0002-7381-1061

Atf: Çapar G, "Jeremy Waldron ve Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1285.

<https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0006>



In short, it will show how a rational and self-directed legal subject left its place to a subject capable of putting forward arguments, discussing and developing the meaning of law, say, before the courts. . It will discuss what law is before the courts. Finally, this study aspires to establish a connection between the shortcomings of the formal conception of RoL and its crisis that we are experiencing across the globe.

Keywords

Rule of Law, Procedural Rule of Law, Jeremy Waldron, Lon Fuller, The Subject of The Rule of Law

Extended Summary

The ideal of rule of law (RoL) generally is associated with Lon Fuller and his understanding of rule of law comprising eight principles. Even though Fuller conceives of RoL as procedural, Jeremy Waldron asserts that when seen in cold light, it is highly probable to qualify Fuller's eight principles as formal rather than procedural. The majority of his principles emphasize how the legislature should enact laws if it is to achieve its objective of guiding the behaviors of legal subjects. Moreover, legal-positivist approaches to the RoL emphasize the legislature, rules, and lawmaking dimension of the law at the expense of the courts, adjudication, and procedural principles observed before the courts. That is why RoL theories, introduced under the legal-positivist camp, concern themselves with the following question: What are the basic conditions of effective lawmaking? In short, they, by overemphasizing the output aspect of law, overlooked the question of how the enacted laws, namely legal acts, are applied in concrete cases. That is why Waldron turns his attention to the courts, adjudication, and adjudicative procedures and brings forward a novel procedural approach to the RoL.

The first part of this paper will set the stage for Waldron's procedural approach to the RoL by pointing out the connection between the concepts of law and rule of law. Without a doubt, our conception of law will have a huge impact on the conception of RoL we defend. For instance, legal positivists are associated with formal conception thereof, natural lawyers support RoL's substantive conceptions. In short, Waldron's aim is to steer a middle course between them. He does so by not only overcoming the deficiencies of Fuller's theory but also benefiting from the inspiring ideas of Dworkin. However, Waldron is also highly cautious of staying away from a substantive conception of RoL.

The problem that Waldron tackled is as follows: On the one hand, RoL means that rules, which are general, clear, prospective, promulgated, and so on, will guide behaviors of individuals. On the other hand, law is an argumentative discipline, and individuals, lawyers, and judges discuss what the law is in each concrete case and particular situation. Then the question arises: How could an argumentative and constantly regenerating discipline be clear and determinate enough to instruct individuals what to do in a concrete case? That is the tension for which Waldron

struggles to find an answer. The middle way that he strives to follow will haunt us in the second part of the paper. Law is of a relatively indeterminate character, and that is because of the rights endowed to citizens such as access to justice, right to a hearing, and right to a fair trial. However, law also should be at least sufficiently clear enough to provide guidance to individuals and endow them with at least minimum freedoms, such as to live according to their own preferences and choices.

The third part of the paper will dwell on Waldron's procedural RoL and touch on the four foundational criteria of any conception of law that Waldron introduced. It will also pay attention to the unorthodox connection that Waldron established between the concepts of law and RoL. This part will also engage with the point of view taken by Waldron in his novel approach to the RoL by pointing out Waldron's emphasis on the real subjects, namely citizens, of the RoL. By doing so, he argues that we should adopt a deeper or real internal point of view by leaving behind discussions between legal academics on the meaning or essence of the concepts. Thus, it is not an exaggeration to claim that Waldron in some sense has internalized the internal point of view by applying its insights to his theory. As such, the addressee of the RoL has undergone such a transformation that it has become an active center of intelligence from Fuller's passive and rule-applying subject. Last, the study also aspires to establish a connection between the shortcomings of the formal conception of the rule of law and its global crisis, which we are experiencing at every level, say; domestic, supranational, and international.

Jeremy Waldron ve Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı

Giriş

Günümüzde birçok krizle karşı karşıyayız. İklim değişikliği, yükselen popülizm ve Covid 19 gibi krizlere ek olarak Avrupa Birliği geçtiğimiz 10 yılda 2008 ekonomik krizinin etkilerini ortadan kaldırmak için aldığı tedbirlerle AB'ye özgü yeni bir krizi daha neden oldu: AB'nin kurumsal/anayasal krizine¹. Brexit ile gün yüzüne çıkan, AB'nin bu kurumsal krizinin bir başka boyutu da Polonya ve Macaristan gibi ülkelerin, birliğin temel değerlerine aykırı faaliyetleri ile görünür hale gelen hukuk devleti krizidir. Bu krizin farklı versiyonlarını Latin Amerika ülkelerinde de görebiliriz. Örneğin, Venezuela, Honduras, Nikaragua gibi ülkelerde başkanlar (*caudillos*), kendi başkanlık sürelerini sınırlandıran maddeleri değiştirerek anayasal sınırları anlamsız hale getirmektedirler². Bu gelişmeleri tanımlamak için istismarcı anayasacılık³, gizli otoriterlik⁴, otokratik legalizm⁵ gibi birçok farklı kavram türetilse de aslında karşı karşıya olduğumuz şeyin hukuk devleti krizi olduğu söylenebilir. Kim Lane Scheppelle de belirli kıstaslara odaklanarak bütünü gözden kaçıran *checklist* şeklindeki ölçüm kriterlerinin, hukuk devletinin krizini tespit etmede yetersiz kaldığına dikkat çekerek, bütünsel bir yaklaşıma ihtiyacımız olduğunu belirtmiştir⁶. Bir anlamda krizin tespit edilememesinin nedenini şekli/formel anlamdaki hukuk devleti kavramının karşılaşılan tehditleri görünür kılma konusunda yetersiz kalmasına bağlayabiliriz.

H.L.A. Hart'ın başını çektiği analitik hukuki pozitivistler Lon Fuller'ın "The Morality of Law" kitabında ileri sürmüş olduğu "hukukun iç ahlakı" anlayışını şiddetle eleştirmişlerdir. Pozitivistlere göre bu ilkeler ahlakla ilgili olmak bir yana, olsa olsa yasa koyucuya yasama faaliyeti sırasında yol gösterecek fonksiyonel kriterler olabilirler. Fuller, bütün çabasına rağmen hukuk sisteminin kendisine özgü bir iç ahlakı olduğu tezini hukuki pozitivistlere kabul ettirememiştir. Onlara göre ahlaki yasalar değiştirilemez, sabit ve sosyal gerçeklikten kopuktur, Fuller'ın ilkeleri ise bu kriterleri taşımadığı için ahlaki kriterler olarak değerlendirilmeye uygun değildir. Yaşadığımız hukuk devleti krizine bu açıdan bakıldığında ise şu soru bir kez daha karşımıza çıkar: Hukukun gerçekten bir ahlakı var mıdır?

¹ AB'nin kurumsal ve anayasal krizi için bkz E Chiti P G Teixeira, 'The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis' (2013) 50 Common Market Law Review 3.

² Bkz D Landau Y Roznai ve R Dixon, 'Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America' iç Alexander Baturo, Robert Elgie (eds.) *The Politics of Presidential Term Limits* (OUP 2019).

³ David Landau, 'Abusive Constitutionalism' (2013) 47 UCDC Rev 189.

⁴ Ozan O Varol, 'Stealth Authoritarianism' (2014) 100 Iowa L. Rev 673.

⁵ Kim Lane Scheppelle, 'Autocratic legalism' (2018) 85 *CLR* 2 545.

⁶ Kim Lane Scheppelle, 'The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work' (2013) 26 *Governance* 4 559.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, şekli/formel anlamdaki hukuk devleti anlayışının hukuk sisteminin varlığını tehdit eden saldırıları tespit etme konusunda yetersiz kaldığını ve bunun da dünyanın çeşitli ülkelerinde farklı versiyonlarını gördüğümüz hukuk devleti krizinin tespit edilememesinin temel nedenlerinden birisi olduğu söylenebilir. Hukuk teorisyenleri bugüne kadar hukuk devletinin bu formel yönünü odaklanarak, *checklist* şeklindeki kriterleri ile meşgul oldular ve ne yazık ki bu sıradan insanların bakış açılarının marjinalize edilmesine neden oldu. Oysa Waldron'un da belirttiği gibi sıradan insanlar hukuk devletine aykırı hareket edildiğini iddia ettiklerinde, kastettikleri şey hukuk sisteminin belirlilik ve öngörülebilirlik gibi kriterler açısından yetersiz olduğu değil mahkemelerin bağımsızlığı, adil yargılanma hakkı ve adalete ulaşım hakkı gibi hukuk devleti kavramının kendisine içkin, prosedürel kriterlerin yetersizliğidir. Onlar için önemli olan şey hukukun öngörülebilirliğinden çok, bağımsız bir mahkeme önünde adil bir şekilde yargılanamamaktır⁷. Bu nedenle hukuk devleti tartışmalarında hukuk teorisyeni bakış açısı kadar sıradan insanların bakış açısına da önem verilmelidir⁸. Başka bir deyişle, hukuk felsefecisinin teorik (üçüncü tekil şahıs) ve objektif bakış açısı kadar sıradan insanların tecrübelerine dayanan ve onlardan beslenen pratik (deliberative/practical) bir bakış açısına da önem verilmelidir⁹. Nasıl ki Hart hukuk kavramının ancak içsel bir bakış ile anlaşılabilirliğini savunarak analitik hukuk felsefesi içerisinde bir anlamda hermeneutik bir devrim gerçekleştirmişse¹⁰, hukuk devleti kavramına özne-merkezli bir yaklaşımın da hukuku farklı bir açıdan görmemizi sağlayacak fenomenolojik bir dönüş olduğu iddia edilebilir. Scheppele'den esinlenerek ifade etmek gerekirse, bir *Frankenstein* ile karşı karşıyayız fakat bunun hala farkında değiliz. Kanımca, bunun ancak özne-perspektifli içsel bir bakış açısı ile farkına varabiliriz.

Uygur'un da belirttiği gibi adaleti göremeyiz, tanımlayamayız ama adaletsizliği görüp tanıyabilir, hissedebiliriz¹¹. Bu nedenle teorik bir bakış açısı ile hukuk devletin taşıması gereken objektif kriterleri sorgulamakla kalmayıp, bunu pratik bir bakış açısı ile desteklemeliyiz. Çünkü ancak özne-merkezli bir perspektif, hukuk devletinin krizinin birincil mağduru olan bireyin yaşadığı adaletsizlikleri gündeme getirebilir. Özne-merkezli perspektif bize hukuk devletinin içinde bulunduğu krizi görmemize yardımcı olacağı gibi, kavramın kendisine ilişkin bir sorgulama yapmamız fırsat da sunacaktır. Tabii eğer krizin kavramın kendisine içkin olduğunu düşünen radikal bir

⁷ Jeremy Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (2011) 18 *British Academy Review* 1, 9. ayrıca hukuk devletinin anayasal sistem ile bağlantısını kurarak anayasa değişikliklerinin mevcut anayasaya etkisinin içsel bir bakış açısına başvurmadan kavranamayacağını savunan bir çalışma için bkz. Gürkan Çapar, 'How not (to) Compare?: Not Being Inside, Nor Outside' (2021) *Global Jurist (Forthcoming)*.

⁸ Bu konudaki ayrım için bkz Neil MacCormick, *H.L.A. Hart* (Stanford 1981) 50-61.

⁹ Birinci ve üçüncü tekil şahıs bakış açıları için bkz Veronica Rodriguez-Blanco, 'Legal Authority and the paradox of intention in action' iç George Pavlakos ve Veronica Rodriguez-Blanco (eds), *Reasons and Intentions In Law and Practical Agency*, (Cambridge University Press, 2015)

¹⁰ Brian Bix, 'HLA Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory' (1999) 52 *SMUL Rev.* 167.

¹¹ Gülriiz Uygur, 'Law and Injustice in Times of Crisis' iç Joshua Kassner, Colin Starger (eds.) *The Value and Purpose of Law – Essays in Honor of M.N.S. Sellers* (Franz Steiner 2019).

eleştirmen değilsek¹². Başka bir deyişle hukuk devleti kavramının ve hukukun işaret ettiği doğru bir kullanımı vardır¹³ ve bu nedenle bu kavram da benzer kavramlar gibi istismar edilebilir veya *telosu* dışındaki amaçlar için kullanılabilir¹⁴. Hiç şüphe yok ki, çok boyutlu ve birbiri ile kesişen krizlerden oluşan bu iklimde hukuk devletinin kendine has krizini fark etmek ve bununla birlikte gelen sorunlara çözüm bulmak bir derece daha zorlaşmaktadır. Ama başka bir açıdan bakıldığında ise kriz anları aynı zamanda olana eleştirel yaklaşacağımız ve olanı dönüştürebileceğimiz fırsat anlarıdır. Zabcı'nın dikkat çektiği gibi aslında kriz ve kritik kavramları “krenein” kökünden türerler, bu nedenle de kriz anları aynı zamanda dönüşüm ve dönüm noktasına ve bir yargıda bulunma anına da işaret ederler¹⁵.

I. Hukuk Devleti Kavramına Üç Farklı Yaklaşım

Hukuk Devleti ve hukuk kavramı birbirleri ile doğrudan ilişkilidir. Ne var ki Waldron'un da işaret ettiği gibi hukuk devleti ve hukuk kavramı arasındaki bu ilişki modern hukuk felsefesi tarafından yeterince incelenmemiştir¹⁶. Hukuk devleti kavramını anlayabilmek için öncelikle hukukun ne olduğu hakkında bir anlayışa sahip olmamız gerektiği iddia edilmesine rağmen Waldron bu görüşe katılmamaktadır. Raz “Rule of Law and Its Virtue” makalesinde hukuk devletinin, hukuk tarafından yaratılan tehlikeleri bertaraf etmek için var olduğunu belirtir. Ona göre hukuk kaçınılmaz olarak keyfi güç kullanımından dolayı tehlikeler yaratır ve hukuk devleti de bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için yaratılmıştır. Raz'a göre hukuk devleti daha büyük bir kötülükten kaçınmak için katlanılan bir kötülük, negatif bir erdemdir¹⁷. Raz'ın bu yaklaşımı görüleceği üzere önce hukuku tanımlamakta, sonrasında ise hukuk devletine hukuk kavramından yola çıkarak ulaşmaktadır¹⁸. Fakat bunun yerine hukuku, iktidarı sınırlandırmak için bir araç olarak gördüğümüzde, hukuk devleti hukuk ile birlikte düşünülebilir bir kavram haline gelmektedir. Raz'ın hukuka dair pozitivist yaklaşımı onun hukuk devleti anlayışını da belirlemiştir. Hukuk iktidarın herhangi bir içsel sınırlandırmaya tabi olmadan istediği gibi içini doldurabileceği bir şey olursa, bundan kaynaklanabilecek muhtemel kötülükleri ortadan kaldıracak şekilde bir hukuk devleti tanımının yapılması oldukça anlaşılırdır.

Başka bir anlayışa göre ise hukuk devleti kavramı hukuku öncelemekte ve hukuk,

¹² Hukuk devletinin istismarı için bkz Gianluigi Palombella, ‘The Abuse of the Rule of Law’ (2020) 12 HJRL 2, 387-397.

¹³ Burada kullanım ile kastedilen semantik bir anlam değildir. Yorumu muhtaç kavramlarında inşa ile belirli bir anlamı oluşturabilir ve hatta Dworkin gibi tek bir doğru yorum bile savunulabilir.

¹⁴ Anayasayı değiştirme iktidarının kötüye kullanılması için bkz Landau ‘Abusive Constitutionalism’ (n 3); insan hakları kavramının neoliberalizm ile olan birlikteliği ve nasıl kötüye kullanıldığı için bkz Samuel Moyn *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. (Harvard 2018).

¹⁵ Filiz Zabcı, ‘Kriz, Kritik: Koronavirüsle İmtihanımız’ Birgün (İstanbul, 22 Mart 2020) < <https://www.birgun.net/haber/kriz-kritik-koronavirusle-imtihanimiz-292697> > Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021.

¹⁶ Jeremy Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (2008) 2 Ga. L. Rev 43, 5.

¹⁷ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (OUP 1979) 212.

¹⁸ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 11.

hukuk devleti kavramından çıkarılmaktadır. Bu anlayış ise kökenini Bentham'ın hukukun ne olduğuna ilişkin “expository justice” ve ne olması gerektiğine ilişkin “censorial justice” ayırımına dayanmaktadır¹⁹. Bu ayırımı hukuk devleti olması gereken olarak hukuku öncelemektedir çünkü hukuk devletinin kendisi olması gerekene ilişkin olup değerlendirme ile ilgilidir, hukuk ise olana ilişkindir²⁰. Bu ayırımı ise açıkça anlaşılacağı gibi, olan olması gereken ayırımı doğrultusunda hukuki pozitivistler ileri sürmüşlerdir. Böylece olan hukuk, hukuk devleti idealleri ile örtüşmese bile hukuk olmaya devam edebilecektir.

Waldron bu iki farklı pozitivist anlayış yerine hukuk ve hukuk devleti kavramlarının bir paket olarak anlaşılması gerektiğini savunmuştur²¹. Ona göre hukuki (nedensel) pozitivistlerin savunduğu gibi tamamen olması gerekenden bağımsız bir hukuk anlayışı geliştirebilmek mümkün değildir, bundan dolayı da hukuk ve hukuk devleti kavramlarını olan ve olması gereken şeklinde ayrı ayrı düşünmemize gerek yoktur. Nasıl ki demokratik bir şekilde yönetildiğini iddia eden bütün ülkeleri demokratik olarak nitelendirmiyorsak, emir ve zorlama içeren her sistemi hukuk sistemi olarak tanımlamamalıyız²². Bu nedenle de hukuki pozitivistlerin içeriksiz hukuk sistemi anlayışlarının ötesine geçerek, daha sınırlandırıcı bir hukuk sistemi/devleti anlayışı geliştirmeliyiz. Ancak bu şekilde köleliğe açıkça izin veren veya Nazi kanunları gibi açıkça adaletsiz kanunlar içeren hukuk sistemlerinin²³ hukuk devletinin temel kriterlerini karşılamadığı iddia edilebilir hale gelebilir. Hart bile, ki kendisi ılımlı hukuki pozitivistler arasında yer almaktadır, hukuka içsel bakışı savunarak öznenin perspektifine hukukun ne olduğunun belirlenmesi konusunda kurucu bir rol vermesine rağmen, Nazi kanunları gibi aşırı derecede adaletsiz kanunların hukuk devleti açısından sorun teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Hatta ona göre, ilkel toplumlarda oldukça önemli ve kurucu bir role sahip olan bu öznel, modern topluma geçildiğinde kurallara içsel bir bakış açısı ile yaklaşmaktansa onlara sadece kural olduğu için itaat eden koyun sürüsünden başka bir şey değildir. Bu ise Hart'ın

¹⁹ Hukuk üzerine herhangi bir söylemde bulunan herkes kendisini ya “expositor” ya da “censor” konumunda bulur. “Expositor” kendisini “hukuk nedir?” sorusu ile meşgul ettiği için olan hukuku olduğu gibi ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. “Censor” ise gözlemediği şeyleri olması gerekenin süzgecinden geçirir ve olan hukuka eleştirel bir perspektiften yaklaşır. Bu nedenle “expositor” daima bir ülkenin vatandaşı iken, “censor” doğası gereği ulusal sınırları aşarak bir dünya vatandaşı olmalıdır. “Expository” ve “censorial” adalet kavramları arasındaki fark bu iki farklı bakış açısına dayanmaktadır. Bkz Jeremy Bentham, *Preface to the Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* (printed for E. Wilson and W. Pickering, Lincoln's-Inn Fields, 1823) xii-xiii.

²⁰ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 12.

²¹ Ibid 10; Hamara, Waldron'un görüşüne katılmamaktadır. Ona göre hukuk ile hukuk devleti arasında bağlantı olsa da bunlar bağımsız kavramlardır. Waldron'a göre hukuk ve hukuk devleti aynı spektrum üzerinde yer almaktadırlar, aynı kriterler ikisi için de geçerli olsa da hukuk gerekliliklerin minimumunu sağlamak ile ilgili iken hukuk devleti bu kriterlerin maddi olarak sağlanmasını gerektirmektedir. Bir anlamda nitelik olarak aynı fakat nicelik olarak farklı olduklarını söyleyebiliriz. Hamara hukuk devleti ve hukuk arasında kurulan bu bağlantıyı problematik bulmaktadır. Ona göre, Waldron'un bu iki kavramı birbirleri ile bu kadar bağlantılı kullanması bu kavramları birbirlerinden ayırt edilemez hale getirmektedir. Sonuç olarak iki kavramın bu şekilde kullanılmasının kavramların kendi değerlerinin görülmez kılınmasına neden olabileceği de söylenebilir. Courtney T Hamara, ‘The Concept of the Rule of Law’ iç Immer Flores, E Kenneth Himma (eds.) *Law, Liberty, and the Rule of Law* (Springer 2013).

²² Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 13.

²³ Raz için bu tür kanunlar hukuk devleti kavramı ile bağdaşabilir, bkz Raz, *The Authority of Law* (n 17) 221.

özne merkezli yaklaşımının hukuk sistemi içerisinde oldukça sınırlı bir yere sahip olduğu anlamına gelmektedir²⁴. Başka bir deyişle, Waldron'a göre pozitivistler hukuk tanımlarında çok cömerttirler²⁵. Onlar içeriği ne olursa olsun tanıma kuralına uygun olarak çıkarılan yasalara hukuk demekten kendilerini alamamaktadırlar, en sonunda koyunlar mezbanının yolunu tutuyor olsalar bile²⁶.

Hukuk ile hukuk devleti kavramlarının birlikte mi, yoksa ayrı ayrı mı düşünülmesi hususu dışında bunlar arasında farklı türden bir ilişki daha mevcuttur. Buna göre hukuk kavramını nasıl tanımladığımız hukuk devletinin kavramlaştırılmasında doğrudan etkili olacaktır ve ortaya buna göre farklı hukuk devleti anlayışları çıkacaktır. (Pozitif) Hukuka dışsal²⁷ bir bakış açısı ile yaklaşan üç farklı akımın olduğu söylenebilir; bunlar hukuki pozitivism, doğal hukuk ve hukuka eleştirel/realist yaklaşımlar²⁸. Nasıl ki hukuka pozitivist bir yaklaşım benimsendiğinde, hukukun ahlaktan, politikadan ve diğer normatif düzenlerden kavramsal olarak ayrılması savunuluyorsa, hukuk devleti ideali kavramlaştırılırken de şekli/formel özellikler ön plana çıkarılmaktadır. Benzer şekilde doğal hukukçu yaklaşım ise hukuk devletinin doğası gereği insan haklarını koruması veya adaleti sağlaması gerektiğini iddia ederek, kavramın içeriğine odaklanmakta ve içerikli/maddi bir hukuk devleti tanımını savunmaktadır. Hukuka eleştirel yaklaşımlar ise hukukun ve hukuk devletinin egemen sınıfların kendi çıkarlarını korumak ve görüşlerini empoze etmek için kullanıldığını, hukukun araçsallaştığını ve bu nedenle de hukukun politikadan bağımsız kendine has bir alanının olmadığını iddia etmektedirler²⁹.

Benzer bir ilişkiyi hukuk devleti ile adalet kavramları arasında da gözlemleyebiliriz. Uygur'un da belirttiği gibi, şekli hukuk devleti şekli adalet kavramı ile örtüşürken, maddi hukuk devleti anlayışı daha çok maddi adalet kavramı ile örtüşmektedir³⁰. Burada hukuk devletinin şekli kavramlaştırılmasından öncelikle anlaşılması

²⁴ Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law* (OUP Clarendon 1961) 117. Hart'ın ilkel toplumlardan modern toplumlara geçişini dinamik hukuk tanımdan statik hukuk tanımına geçiş olarak tanımlayan bir çalışma için bkz Wibren Van der Burg, *The Dynamics of Law and Morality: A Pluralist Account of Legal Interactionism*, (Ashgate Publishing, 2014) 58. Ayrıca ilgili çalışmada Fuller'in hukuk devleti anlayışı onun diğer çalışmaları ışığında değerlendirilerek, bu anlayışı formel olarak tanımlamanın doğru olmayacağı da ileri sürülmektedir. Ben de bu görüşe katılmaktayım fakat çalışmanın amacı nedeni ile böyle bir tartışmaya girmenin gerekli olmadığını düşünüyorum. Fuller'in "etkileşimsel" (interactional) hukuk kavramı için ayrıca bkz Lon L. Fuller, 'Human Interaction and Law' (1969) 14 *The American Journal of Jurisprudence* 1, 1-36.

²⁵ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 13, Waldron Hart'ın bu ayrımına rağmen, hukuki pozitivism mantığının aynı olduğunu ve pek bir şey değişmediğini söyler. Ona göre en alt seviyeden en üst seviyeye kadar emirler zincirinden oluşan bir "nedensel pozitivism" hala varlığını korumaktadır.

²⁶ Hart'ın benzeri açıklamaları için bkz Hart, *The Concept of Law* (n 24) 117.

²⁷ Burada dışsaldan kastedilen hukuk teorisini bakış açısı ile hukuka yaklaşımdır. Ne hukuka uyan ve kuralları uygulayan hukuk özneleri, ne hukuku uygulayan devlet görevlileri, yargı ne de hukuka dışarıdan salt bir gözlemci gibi bakan bir sosyal bilimci araştırmacıdır. Hukuka aynı anda hem içsel hem de dışsal bir bakış açısı ile yani MacCormick'in hermeneutik bakış açısı ile yaklaşmayı kastediyorum buradaki dışsal ile. Bkz MacCormick, *H.L.A. Hart* (n 8).

²⁸ Hukuki realizm ile hukuka eleştirel yaklaşımların birbiri ile özdeş olduğunu savunmuyorum, sadece her iki yaklaşımın da çalışmanın amacı açısından birlikte değerlendirilebilecek kadar birbirlerine yakın olduğunu düşünüyorum.

²⁹ Eleştirel hukuk çalışmaları hareketi için bkz Kasım Akbaş, *Hukukun Bütübozumu: Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi*. (Legal 2006).

³⁰ Gülriz Uygur, 'Adalet ve Hukuk Devleti' (2004) 53 AUHFD 3 33.

gereken adalet, insan hakları, demokrasi gibi kavramlarla *zorunlu* bir bağlantısının olmadığıdır. Rastlantısal veya tarihi bir bağlantı tabii ki olabilir. Örnek vermek gerekirse hukuk devleti liberal demokratik anayasacılık geleneğinin tarihsel ve sosyolojik bir perspektiften bakıldığında ayrılmaz bir parçası olarak görülse bile, kavramın kendisinin demokrasi ve insan hakları ile *zorunlu ve kavramsal* bir bağlantısı olduğunu söylemek, şekli hukuk devleti anlayışına göre, doğru değildir. Bu nedenle hukuk devletine şekli yaklaşım hukukun yerine getirdiği işleve, yani insan davranışlarını yönlendirme fonksiyonuna odaklanmaktadır³¹. Fuller da hukukun bu işlevinden yola çıkarak kanun koyucunun genel, uygulanabilir, kamusal, açık, istikrarlı, tutarlı, ileriye dönük kurallar koyması ve idari ve yargısal kurumların, yani hukuk uygulayıcılarının eylemlerinin bunlarla uyumlu olması gerektiğini belirterek, şekli anlayışın en önemli temsilcilerinden birisi olmuştur³². Dworkin'e göre ise devlet iktidarını bireysel vatandaşlara, o kural bütün vatandaşların erişebileceği kamusal bir hukuk kitabında (*rule-book*) açıkça belirtilmedikçe, uygulanamayacağını savunan bu şekli/formel ya da Dworkin'in tanımı ile hukuk devletinin kitabi anlayışı yetersizdir. Çünkü, bu anlayış her şeyden önce kuralların içeriği hakkında bize hiçbir şey söylemez³³. Bu nedenle Dworkin hukuk devletinin hak temelli kavramlaştırmasını savunur. Ona göre;

“O (hak temelli hukuk devleti anlayışı) vatandaşların birbirlerine karşı ahlaki hak ve ödevleri, devlete karşı da siyasi hakları olduğunu varsaymaktadır. O, bu karşılıklı hak ve ödevlerin pozitif hukuk olarak tanınmasını ve bireysel vatandaşların mahkemeler ve diğer yargısal organlar vasıtası ile bu hakları talep edebilmesi gerektiğini iddia etmektedir, tabii uygulanabilir olduğu ölçüde. ... O rule-book kavramlaştırmasının yaptığı gibi hukuk devleti ve maddi adalet arasında bir ayrım gözetmemekte; aksine o hukuk devleti idealinin bir gereği olarak kurallar kitabının ahlaki hakları da içermesini gerektirmektedir.”³⁴

Palombella'nın düalist hukuk devleti kavramlaştırması da maddi anlayışa örnek olarak verilebilir. Palombella hukuk devleti idealinin tarihsel kökenlerini de dikkate alarak, kavramın özünde (core) hukuk kaynaklarının ya da hukukiliklerin (“legalite”lerin) çokluğunun yattığını belirtir. Ona göre hukuk devleti, bu hukuki çokluğun korunmasını gerektiren kurumsal mekanizmalara ihtiyaç duyan bir idealdir. Bu mekanizmalar sayesinde, hukuk egemenin emri olmaktan kurtulacak ve egemenin yarattığı hukukun karşısında başka bir pozitif hukuk yer alacaktır. Oldukça idealist gözükken bu yaklaşım, İkinci Dünya Savaşı sonrasında anayasa mahkemelerinin temel hakları koruyan kurumlar olarak ortaya çıkması ve sonrasında insan haklarının yasa koyucunun yetki alanından çıkartılması ile aslında somut bir gerçeklik halini almıştır. Palombella'ya göre hukuk devletin *Rechtsstaat* kavramından ayıran da tam olarak

³¹ “... hukuk devleti fikrinin temelindeki fikir hukukun insan davranışlarını yönlendirebilme kapasitesinin olmasıdır.” Raz, *The Authority of Law* (n 17) 212.

³² Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale 1969) 33-94.

³³ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (OUP 1985) 11.

³⁴ Ibid 11-12.

budur³⁵. Hukuk devleti ikincisinde devleti sınırlandırmaktan ziyade onun toplum üzerindeki iktidarının, idari ve rasyonel yönetiminin bir aracı (medium) olmakta ve bir anlamda yasal devlete dönüşmektedir. Başka bir deyişle, hukuk, devletin kendi iradesini açıkladığı bir ses, bir sınırdan ziyade devlet iradesinin vücut bulduğu bir formdur³⁶. Oysa hukuk devleti, özünde iktidarın sınırlandırılması anlayışı yer alan, pozitif iktidara ötesine geçemeyecekleri sınırlar çizen ve hukukun ikiliğine dayanan bir idealdir Palombella'ya göre. Bu ise ilk örneğini *common law* geleneğinde bulan pozitif hukuk (*gubernaculum*) ve adalet (*jurisdictio*) ya da iyi (*good*) ve adil/hak (*right*) arasındaki ayrımların korunmasını beraberinde getirir³⁷.

Raz'a göre hukuk devletini şekli olarak tanımlamak oldukça önemlidir çünkü o hukuk devletinin kendi değerini, onun yerine getirdiği fonksiyonu görmemize olanak sağlayacaktır. Bu nedenle onu demokrasi, adalet, insan hakları gibi kavramlardan ayırarak pozitivist bir ışık altında incelemeliyiz³⁸. Benzer şekilde Hayek de hukuk devleti idealinin devletin faaliyetlerinin öngörülebilir olmasına bağlayarak, önceden belirlenen kuralların bireylerin hayatlarını planlamaları için onlara fırsat tanıyacağını, belirli bir özgürlük alanı bırakacağını belirtmiştir³⁹. Hayek devletin planlama faaliyeti ile bireyin kendi hayatını planlama kapasitesi arasında bir çelişki gören, bu nedenle de refah devletinin bireylerin hayatlarına daha fazla müdahalede bulunan düzenleme odaklı anlayışını sınırlandırmak istemektedir. Temel hak ve özgürlükler ise bu amaç için bulunmaz bir fırsattır, bu nedenle Hayek devletin bireylerin özel hayatına müdahale etmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında ise o maddi hukuk devleti anlayışının bir temsilcisidir⁴⁰.

Yukarıda belirtildiği gibi, hukuk devletinin şekli/formel kavramlaştırılması yasa koyucunun yasa yaparken uyması gereken bazı şekli özellikler üzerinde odaklanmıştır. Bu bağlamda Fuller'ın sekiz ilkesini, Raz'ın önce sekiz daha sonra on bir ilkesi izlemiştir. Onları Cass Sunstein'in yedi, John Finnis'in sekiz, Lord Bingham'ın sekiz ve Robert Summers'ın on altı ilkesi takip eder⁴¹. Martin Krygier bu yaklaşımları anatomik olarak isimlendirerek, onları hukuk devletinin amacı yerine uzuvları ile uğraştıkları için eleştirmiştir⁴². Waldron ise hukuk devletini belirli sayılara veya ilkelere ayırarak açıklama çabalarını çamaşır listesi (*laundry list*) hazırlamaya benzetmiştir⁴³. Oysa asıl olan hukuk

³⁵ Gianluigi Palombella, 'The Rule of Law and Its Core' iç Gianluigi Palombella, Neil Walker (eds.) *Relocating the Rule of Law* (Hart 2009) 19.

³⁶ Ibid 20.

³⁷ Palombella, 'The rule of law and its core' (n 35) 38.

³⁸ Raz, *The Authority of Law* (n 16) 212.

³⁹ Friedrich A Hayek, *The Road to Serfdom* (London 1944) 54.

⁴⁰ Sururi Aktaş, 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış' (2020) 1 *YBHD* 19.

⁴¹ Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (n 7) 2; Raz'ın hukuk devleti ile ilgili en son çalışmasında ileri sürdüğü on bir ilke için bkz Joseph Raz, 'The Law's Own Virtue' (2018) 39 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 1.

⁴² Martin Krygier, 'The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology' iç Gianluigi Palombella, Neil Walker (eds.) *Relocating the Rule of Law* (Hart 2009) 65.

⁴³ Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (n 7) 2.

devletinin iktidarı sınırlandırma amacının farkında olmak ve değişen koşullara göre bu amacın gereklilikleri doğrultusunda kavramı yeniden yorumlamaktır. Uzuvarla meşgul olunca Afganistan ve Suriye'deki hukuk devleti sorunlarının Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'ndekiler ile aynı olduğu varsayımı üzerinden hareket edilerek, farklılıklar ve öznellikler görmezden gelinmektedir. Hatta hukuka dışsal bir bakış açısı ile yaklaşan, onu belirli amaçlara ulaşmak için kullanılan bir araca indirgeyen yaklaşımların da temel yanlışlığı sanırım burada yatmaktadır. Hukuk devletinin evrensel ilkeleri vardır ve her toplumda her çağda her coğrafyada geçerlidir. Bu yaklaşıma en güzel örnek sanırım, hukuk devleti kavramına ekonomik kalkınma odaklı yaklaşan teorilerdir⁴⁴. Onlara göre hukuk devleti sürdürülebilir kalkınmanın bir aracıdır, fakat bu yaklaşım ne yazık ki hukuk devletinin ekonomik iktidarı veya küresel ekonomik düzeni sınırlandırmada oynayabileceği rolü görmemizi engellemektedir. Çünkü o, bu yaklaşım ile, kalkınma odaklı küresel ekonomik düzenin rasyonelitesine hizmet eden bir araç haline dönüştürülmüştür. Oysa hukuk devleti devletin sınırlandırılması kadar, hatta belki ondan daha önce, güçlü bir devletin varlığını şart koşar; ortada güçlü bir devlet olmadan hukuk devletinin sınırlandırıcı yönüne odaklanıldığında ise kavram amacına hizmet etmekten çok zarar vermektedir⁴⁵.

Hukuk devletine yönelik bu anatomik yaklaşımlar arasında kavramsal bir karışıklık da dikkati çekmektedir. Öncelikle, Fuller yasa koyucunun yasama faaliyeti süresince izlemesi gereken ilkelerden ziyade, bu süreç sonucunda ulaşılmaması istenen normun formuna ilişkin ilkelere odaklanarak onlara prosedürel ismini vermiştir. Prosedürel doğal hukuk terimi ise Fuller tarafından kendi anlayışının doğal hukuktan ve maddi ahlaki kriterlerden farkını ortaya çıkarmak için icat edilmiştir⁴⁶. Türkçe literatür incelendiğinde ise kavram aslına uygun bir şekilde prosedürel doğal hukuk olarak kullanılmıştır⁴⁷. Waldron, Fuller'ın sekiz ilkesi incelendiğinde, prosedürel ifadesinin yanıltıcı olduğunu çünkü ilkelerin kurallar oluşturulurken yasa koyucunun uyması gereken prosedürlerden ziyade, hukuk kurallarının bir çıktı olarak sahip olması gereken niteliklere odaklandığını belirtmiştir⁴⁸.

⁴⁴ Örneğin bir çalışma için bkz Michael J. Trebilcock ve Ronald J Daniels, *Rule of Law and Development*, (Edward Elgar Publishing, 2008)

⁴⁵ Krygier hukuk devletinin bu her iki yönünü de dikkat çekmek amacı ile "tempering power" kavramını geliştirmiştir. Hukuk devleti sadece devlet iktidarı sınırlandırmak ile ilgili olmayıp, ayrıca onun temel fonksiyonlarını- insan davranışlarını yönlendirme ve koordinasyon problemlerini çözmek gibi - yerine getirebilecek seviyede güçlü olması gerektiğini savunan çift yönlü bir kavramdır. Hatta bu yönden bakıldığında görecelidir, mutlaka değerlendirilen ülkenin coğrafyanın sosyal ve kültürel koşulları ile ele alınmalıdır. Martin Krygier, 'What is the point of the Rule of Law' (2019) 67 *Buffalo Law Review* 743

⁴⁶ Fuller, *The Morality of Law* (n 32) 99.

⁴⁷ Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı* (XII Levha 2011); Sevtap Metin, 'Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı' iç S Metin E Uzun K Akbaş M B Aydın (eds.) *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (İTHAKİ 2015) Emine İrem Akı, 'Hukukun İç Ahlakı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme' (2015) 64 *AÜHF* 1, 1.

⁴⁸ Jeremy Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (2011) 50 *NOMOS*, 3, 6; burada belirtilmesi gereken bir nokta da Fuller'ın yargılama faaliyetin ve hukukun prosedürel yönünü tamamen göz ardı etmediğidir. Fuller hukukun bu yönünü ön plana çıkarmasına bile onda Waldron'un görüşleri ile uyumlu noktaları gözlemlemek de mümkündür. Bkz Lon L Fuller, 'The Forms and Limits of Adjudication' (1978) 92 *HLR* 2 353.

Bu çalışmada Waldron'un formel ve prosedürel hukuk devleti anlayışları arasında yapmış olduğu ayrıma odaklanılarak prosedürel hukuk devleti kavramı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda öncelikle Neil McCormick'in *Rhetoric and Rule of Law* kitabında dikkat çektiği hukuk devleti ve argümantasyon arasındaki çelişki açıklanarak, prosedürel hukuk devleti için bir zemin hazırlanacaktır. Başka bir deyişle prosedürel hukuk devletinin ileri sürdüğü gerekliliklerin hukukun kendine has çelişkilerine ilişkin olduğu ve bugüne kadar kavramın sadece formel yönüne odaklanarak aslında eksik bir şekilde kavramlaştırıldığı savunulacaktır. Sonrasında ise Waldron'un prosedürel hukuk devleti kavramı ele alınacak ve bu zamana kadar bir çıktı olarak tanımlanan ve yasamaya odaklanan hukuk devleti tartışmalarına yargılama süreci, argümantasyon ve bir kurum olarak yargı dâhil edilmeye çalışılacaktır.

II. Argümantasyon ve Hukuk Devleti

MacCormick keyfi iktidarı sınırlandırmak ve bireylerin hukuki beklentilerini yerine getirmek gayesindeki hukuk devletinin koruduğu değerler arasında hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin ön plana çıktığını belirtir. Bu ilkeler bireylere kendi geleceklerini planlayabilecekleri bir ortam yaratarak onlara bir özgürlük alanı sağlar⁴⁹. İnsanın otonom bir varlık olduğu varsayımına dayanan insan onuru kavramı ile de doğrudan ilişkilidir bu bırakılan özgürlük alanı, çünkü kullanılan her türlü devlet otoritesi doğası gereği insan otonomisi için de bir tehdittir aynı zamanda⁵⁰. Ancak meşru olarak kullanılan otorite yetkisi- hukuk devleti bağlamında ise bireye özgürlük alanı bırakan veya bireyin otonom bir varlık olduğunu dikkate alan – bu tehdidi ortadan kaldırarak, otorite ile otonomi arasındaki gerilimi sürdürülebilir bir dengeye kavuşturur.

Hukuk nasıl ki belirliliği, sistematikliği ve bütünselliği bünyesinde barındırıyorsa o argümantasyona, çatışmaya ve muğlaklığa da yer vermektedir. Kısacası, hukuk aynı zamanda “argümantatif bir disiplindir”⁵¹. Yargılama süresi boyunca taraflar argümanlarını ve delillerini ileri sürerler ve hâkim bunları enine boyuna değerlendirerek görece ağır gelen argümana üstünlük tanıyarak taraflardan birisi lehine karar verir. Bu süreç ise doğa bilimlerindeki bilimselliğin ve belirliliğin aksine pratik akıl yürütmeye dayanan, uygulayıcıların zamanla öğrendikleri ve kesin sonuçlardan ziyade retoriğe ve ikna etmeye dayanan bir süreçtir⁵². Bir anlamda yargılama faaliyetinde yer alan aktörlerin – yargıç ve avukat gibi kamusal aktörlerin- faaliyetleri *techne*'den ziyade *metis*'tir.

Şekli hukuk devletinin hukuki formalizm ile çok yakından bağlantılı olduğunu söyleyebiliriz çünkü hukuk kurallarının belirli, öngörülebilir olması demek hukuki

⁴⁹ Neil McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (OUP 2005) 16.

⁵⁰ Otorite ve otonomi arasındaki ilişki için bkz Scott Shapiro, Authority iç J Coleman K Himma S Shapiro (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP 2004)

⁵¹ McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* (n 49) 14.

⁵² Ibid 14;

öznelerin kendilerine uygulanacak hukuktan haberdar olmaları ve davranışlarını ona göre yönlendirmeleri anlamına gelmektedir. Oysa hukuk hayatı tam anlamıyla kavrayamaz ve yasa koyucular ne yaparsa yapsın, nasıl kurallar belirlerse belirlesin öngörülemeyen durumlar hukuka kendisini dayatacak ve yeni çözümler talep edecektir. Bu ise hâkimin hukuk yaratması anlamına gelecektir ki, Hart da hâkimlerin bu belirsiz, gölgeli alanlarda (*penumbral*) hukuk yaratması gerektiğini ifade etmiştir⁵³. Bunun dışında Dworkin'in izinden giderek hukukun kendisinin yorum olduğu⁵⁴ da iddia edilebilir çünkü yargılama sırasında taraflar deliller, iddialar, olgular üzerinde değil, hukukun ne olduğu üzerinde anlaşmamaktadırlar⁵⁵. Eğer hukuk yorum ise bu beraberinde argümantasyonu, belirsizliği, iknayı ve retoriği de getirir. Tabi ki Dworkin gibi bu belirsizlik ve argümantasyon ikliminde hâkimin tek doğru cevaba bulması gerektiği de iddia edilebilir. Fakat Dworkin'in tek doğru cevap tezi bile, hukukun bu gölgeli alanlardaki belirsizliğini ve argümantasyonun hukukun sistematik yönü açısından oluşturduğu tehlikeyi bertaraf edemez. İşte bu nedenle hukukun bu iki yönü arasında önlenemez bir gerilim vardır. Bir yandan hukuk öngörülebilirliği ve hukuki güvenliği sağlamaya çalışırken, diğer yandan varsaydığı rasyonel özne tasarımı hukukun bu formel yönünün altını oymakta, somut olayın kendisine özgün yapısından kaynaklanan adalet talebini mahkemeler önünde ileri sürerek hukukun dönüşmesine, değişmesine katkı sağlamaktadır. Tabi ki bu dönüşüm hukukun belirlilik ve öngörülebilirlik iddialarını sınırlandırmasına ve bir anlamda taviz vermesini de gerektirecektir. Bu nedenle de hukukun bu iki yönü arasında - şekli hukuk devleti ve hukuki argümantasyon - hukukun doğasından kaynaklanan önlenemez ve kaçınılmaz bir gerilim vardır.

Bu gerilimi çözmek için MacCormick'in retorik teoriler olarak isimlendirdiği yaklaşım, hukuki argümantasyonun gerek hukuktan gerek de argümantasyondan kaynaklanan sınırları olduğunu iddia etmiştir. Örnek vermek gerekirse, Alexy'nin hukuki akıl yürütmenin, pratik akıl yürütmenin özel bir türü ve bu nedenle de pratik akıl yürütmenin sınırlamalarına tabi olduğuna dair argümanı bunlardan birisidir. Bir anlamda hukuki argümantasyon sürecinde taraflar, argümanlarını bir silah olarak kullanmaktan ziyade rasyonel ve makul olana ulaşmak için araç olarak kullanacaklardır⁵⁶. Perelman da benzer şekilde argümantasyon sürecinin muhataplarına ve dinleyicilerine odaklanarak, argümanların evrensel bir seyirciye sunulduğunu iddia etmiştir. Böylece retorik negatif çağrışımından kurtarılarak taraflar arasında iletişimi kuvvetlendirecek, argümantasyon sürecini de öznelarası diyalog sonucu belirlenen ortak bir sonuca/iyiye doğru yönlendirecektir⁵⁷.

⁵³ Hart, *The Concept of Law* (n 24) 120-125.

⁵⁴ Ertuğrul Uzun, 'Hukuk Yorumdur' (2014) 72 İÜHF 1, 99-104.

⁵⁵ Ronald Dworkin, *Law's Empire*. (Harvard 1986) 5.

⁵⁶ MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* (n 49) 17.

⁵⁷ Ibid 19-20.

MacCormick'in bahsettiği diğer bir yaklaşım ise Habermas'ın ve Alexy'nin teorilerinin temelini oluşturan ve ideal bir iletişim durumunun varlığına dayanan prosedüralist teorilerdir. Burada argümantasyon hukukun tamamına yayılmıştır. MacCormick bu alternatif teorilere değindikten sonra hukukun doğası gereği görece belirsiz (*relative indeterminacy of law*) olduğunu belirtir. Ona göre bu belirsizlik sadece kanun koyucunun her somut durumu öngörememesi, teori ile pratik arasındaki uçurum veya hukuk kurallarının açık uçlu, muğlak veya anlaşılabilir olmasından değil, ayrıca adalete erişim hakkı (*access to justice*), adil yargılanma hakkı (*right to fair trial*) veya duruşma hakkı (*right to a hearing*) gibi prosedürel hakların hukuk devleti kavramının ve onun bireye tanıdığı özgürlüğün zorunlu bir sonucu olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁸. Başka bir deyişle bu belirsizlik hukukun dışından kaynaklanan sebeplerden (dilini doğası gereği belirsizlik içermesi gibi) değil, hukukun kendine özgü yapısından ortaya çıkmaktadır.

Unutulmamalıdır ki prosedürel görünüme sahip bu haklar bir hukuk sisteminin temelini oluşturan kurucu, olmazsa olmaz haklardır. Hukuk devleti bireyleri otonom bir varlık olarak görmekte ve onlara belirli bir özgürlük alanı tanımaktadır. Bireylerin kendilerine sağlanan hakları kullanabileceği çeşitli mekanizmalara yer verilmedikçe bu hakların pek de bir anlam ifade etmeyeceği savunularak, şekli hukuk devleti anlayışının minimum da olsa bazı prosedürel hakları içermesi gerektiği iddia edilebilir. Hatta bu hakları prosedürel haklar olarak isimlendirmek yerinde olmayabilir çünkü Palombella'nın da işaret ettiği gibi adalete erişim hakkı alelade bir prosedürel hak değil, hukuk sisteminin temelini oluşturan kurucu (foundational) bir haktır⁵⁹. Sonuç olarak, belirli hakların özellikle de hukuki argümantasyon ile bağlantılı hakların hukuk devleti kavramının bir gereği olarak görülmesi, maddi ve şekli hukuk devleti kavramları arasında bir orta yolun benimsenebileceği anlamına gelmektedir. Bu ise bir anlamda Waldron'un prosedürel hukuk devleti anlayışı ile yapmaya çalıştığı şeydir. O hukuki pozitivistin en önemli temsilcisi Hart ile hukuki yorumlamacı (interpretivist) ve doğal hukukçu Dworkin arasında bir orta yol bulmaya çalışmaktadır. Hart hukukun daha çok kurallar, yasama, yasa yapma boyutuna odaklanırken Dworkin daha çok hukukun nasıl işlediğine, pratiğine, mahkemelere ağırlık vermiştir⁶⁰. Waldron ise hukuki pozitivistler tarafından şekillendirilen formel hukuk devleti anlayışına argümantasyonu, hukukun görece belirsizliğini ve mahkemeleri ekleyerek kendi prosedürel hukuk devleti anlayışını oluşturmuştur.

⁵⁸ Ibid 20-21.

⁵⁹ Gianluigi Palombella, 'Access to Justice: Dynamic, Foundational, and Generative' (2021) 34 Ratio Juris 2, 121-138.

⁶⁰ Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (n 7) 6.

III. Waldron'un Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı

Waldron'a göre hukuk devleti bugüne kadar çoğunlukla standartlardan çok kurallarla, dilin açık uçlu karakterinden çok belirlilikle, sistematik yorumdan çok lafzi yorum ile, argumentasyondan çok dedüksiyonla, müzakere yerine kapalılıkla ve yorum yerine *ex ante* açıklıkla ilgilenmiştir⁶¹. Ona göre hukuk devleti genellikle hukuki belirlilik ve kesinlik gibi özellikleri ile anılsa bile hukuk devletini “düzenlilik, kurallar, belirlilik, kapalılık ve kesinlik”⁶² ile özdeşleştirmek doğru değildir. Ne var ki maddi hukuk devletini de adil olduğu, insan haklarını koruduğu veya çeşitli sosyal haklara yer verdiği için savunmamalıyız çünkü bu her şeyden önce hukuk devletinin kendine özgü değerini görmemizi engelleyecektir. Bu nedenle Waldron, maddi anlayış gibi hukuk devletini diğer politik ideallerle karıştırmadan fakat formel anlayışın sınırlılıkları ile de kendisini sınırlandırmayarak, prosedürel bir hukuk devleti anlayışı önermiştir.

Waldron'a göre hukuk devleti tıpkı Raz'da olduğu gibi, insan hakları, demokrasi gibi modern dönemin ideallerinden birisidir ve bunları birbirlerine karıştırmamak gerekir⁶³. Waldron “The Concept and the Rule of Law” makalesinin başlangıcında hukuk devleti ilkesine uyulmaması ile ilgili Putin'den, Pervez Müşerref'ten, Guantanamo Kampı'ndan örnekler verir. Ona göre hukuk devletine akademisyenlerin gözlükleri ile değil de hukuk devletinin öznesinin perspektifinden bakılmalıdır. Ancak böyle yapıldığı zaman, insanlar hukuk devletinin ilkelerinin ihlal edildiğini iddia ettiklerinde akıllarında olan şeyin hukuk devletinin formel ilkeleri değil, mahkemelerin bağımsızlığı ve adalete erişim hakkı gibi prosedürel ve kurumsal hususlar olduğu anlaşılabilir. Bu nedenle hukuk devletinin krizi metodolojik bir körlükten de kaynaklanmaktadır aynı zamanda. Bu körlük hukuk devleti kavramlaştırılmasında kurallara, belirliliğe odaklanarak hukukun diğer yönlerini, standartları, prosedürleri, mahkemeleri ve içtihatları marjinalize etmemize neden olmuştur bu zamana kadar.

Fuller her ne kadar kendi ilkelerinin prosedürel olduğunu belirtse bile, Fuller'ın ilkeleri incelendiğinde prosedürellikle ilişkilendirilebilecek tek ilke uygunluk ilkesidir⁶⁴. Diğer ilkeler ise bir çıktı olarak norma odaklanmakta ve onun yasa yapma süreci sonunda bulunması gereken özelliklerini belirtmektedirler. Hukuk devleti sadece genel kurallarla ilgili değildir, ayrıca onların tarafsız uygulanması ile de ilişkilidir. Hukuk devleti tartışmalarının öncülerinden birisi olarak sayılabilecek Dicey de normların özellikleri kadar bu normları uygulayacak mahkemelerin

⁶¹ Ibid 3.

⁶² Ibid 3.

⁶³ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 3.

⁶⁴ Waldron, ‘The Rule of Law and the Importance of Procedure’ (n 48) 6.

bağımsızlığına bu yüzden önem vermiştir⁶⁵. Waldron prosedürel anlayışında, hukuk devletinin bu kurumsal ve yargılamaya dönük yönüne de dikkat çekerek, doğal adalet (*natural justice*) ve adil yargılanma hakkı (*procedural due process of law*) gibi hakkaniyet ilkelerinin de kuralların uygulanması sırasında gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁶. Bu nedenle, yargılama sırasında mahkemede; hâkim karşısında savunma yapmak, savunmasını destekleyecek argümanlar ileri sürmek, karşı tarafça ileri sürülen delillere karşı koymak ve delil ileri sürmek gibi imkânlarla da sahip olunması gerekmektedir⁶⁷. Bu prosedürel gerekliliklere uyulmadığında ise hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiğini söyleriz ki, bu da hukuk devleti ilkesinin kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı gibi siyasi ideallerle bağlantısının kurulması anlamına gelmektedir⁶⁸. Zaten Waldron, kuvvetler ayrılığı ilkesinin kuvvetlerin alelde bir şekilde ayrılmasından ziyade, devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının farklı ellerde toplanması ile ilgili olduğunu ve ancak böyle bir yönetimin bireyin otonomisine ve insan onuru kavramına uygun olacağını ifade etmiştir. Kuvvetler ayrılığında önce yasa yapılacak, sonra uygulanacak ve sonrasında yargılama olacaktır; bu hukuk devletinin öznesine saygının da bir gereğidir. Bu nedenle hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı arasında içsel bir bağlantı da vardır⁶⁹. Bütün bu bağlantılara rağmen, Waldron'un prosedürel anlayışının içeriksel herhangi bir maddi belirlemede bulunmadığı özellikle belirtilmelidir. Onun içeriksel sınırları prosedürelidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi de aslında gerek yatay gerekse de dikey düzlemde belirli yetkilerin ve işlevlerin belirli organlara verilmesi ve bu organlar arasındaki yetki bölüşümü ile ilgilidir. Bu nedenle o da prosedürelidir⁷⁰.

A. Dinleyen, Pasif Öznenen Konuşan Aktif Özneye

Belirli bir yolda hız limitinin 50 km. olduğunu belirten bir kuralın içeriğinin somutlaştırılması sırasında öznenin katkısı minimum düzeydedir, çünkü o zaten

⁶⁵ Dicey'ye göre hukuk devletinin 3 anlamı şu şekildedir;

Hükümetin keyfi güç kullanamaması,
Herkesin olağan hukuka tabi olması,

Anayasa hukukunun genel kuralları ülkenin olağan hukukunun sonucudur. Albert V Dicey, 'Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar' iç Ali R Çoban, Adnan Küçük (eds.) *Hukuk Devleti: Hukuki ve Siyasi Bir İdeal* (Adres 2008) 25-38
Dicey'nin ilk defa değindiği görüşe göre hukuk devleti insanlar tarafından değil hukuk tarafından yönetilmek anlamına gelmekte ve bu nedenle de kuralların herkese eşit bir şekilde uygulanmasına dayanmaktadır. Dicey'nin 20.yy. başları İngiltere'sindeki "hukuk devletine saygının gerilemesi" ile kastettiği şey; ceza verme, mülkiyete müdahale etme gibi mahkemelerin karar vermesi gereken konuların idari makamlara transfer edilmesidir. Dicey'nin bu noktadaki temel endişelerinden birisi de bu idari makamların mahkeme gibi hareket etmeyeceği ve tabii hâkim (natural justice) ilkesinin gereklerine uymayacağı yönündedir. Albert V Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1889) 149-152.

⁶⁶ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 7.

⁶⁷ Ibid 8.

⁶⁸ Ibid 8.

⁶⁹ Jeremy Waldron, 'Separation of Powers In Thought and Practice' (2013) 54 *BCL Rev* 43.

⁷⁰ Kelsen'in anayasa yargısının fonksiyonunu herhangi bir maddi içeriği olmayan anayasanın üstünlüğüne bağlaması da bu görüşü destekler niteliktedir. Kelsen insan haklarını içeriklerinin belirsizliğinden dolayı anayasanın kapsamı içerisinde değerlendirmiyordu, böyle olunca da anayasa devlet teşkilatının ve kuvvetlerin görevlerinin belirtildiği formel içeriksiz bir dokümana dönüşmektedir. M Shapiro ve A S Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*. (OUP 2002) 147.

somut olayda uygulanırken yorum faaliyetini mümkün olduğunca dışlayacak şekilde kaleme alınmıştır. Oysa “insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele” veya “makul insan”, “basiretli tacir” standartları öznenin de normun içeriğinin belirlenmesinde söz sahibi olmasını gerektirir. Waldron’un deyişi ile kurallar öznenin görüşünün yerini alırlar oysa standartlar öznenin düşünme sürecini ya harekete geçirirler ya da yönlendirirler⁷¹. Kurallarla yönetim, yasa koyucu ve yöneticiler açısından oldukça faydalı olsa da standartların teşvik ettiği düşünme sürecini (thoughtfulness) ortadan kaldırır⁷². Oysa standartlar hukukun öznelere olarak bizi de basiretli tacir olmanın veya insanlığa aykırı muamelenin ne demek olduğu üzerine düşünmeye sevk eder ve bunu herhangi bir ahlaki olması gereken anlayışından dolayı değil, oldukça pratik nedenlerden dolayı yaparlar. Her şeyden önce onlar standartlara uymak zorundadırlar ve bu standardın anlamının somutlaştırılması gerekmektedir. Bu ise öznenin aktif katılımını gerektirir, özneyi sürece dahil eder.

Hukukun bu enine boyuna düşünmeye sevk eden anlayışı ile ilişkili olabilecek bir başka nokta da yargılama sürecinin içerisinde yer alan formel prosedürlerdir. Yargılama delillerin ve argümanların karşılıklı olarak ileri sürüldüğü fakat bunun belirli hukuki prosedürlere uygun olarak yapıldığı bir süreçtir. Waldron’a göre bu

“kurumsal ve prosedürelleşmiş yargılama süreci hukuku bir argüman meselesi haline getirir. Hukuk kendisini bizim anlam verebileceğimiz bir şekilde bize sunar. Bizim hukuk sistemimizdeki normlar ardi ardına verilen emirler gibi görülebilir fakat avukatlar ve yargıçlar hukuku bir bütün olarak görmeye, ondan bir bütünlük çıkarmaya çalışırlar. Bunu onların içerisine belirli parçalar ekleyerek yaparlar. Ve sıradan vatandaşlar kendi argümanlarını şekillendirirken bu sistematikliğe ve bütünselliğe (integrity) yönelik çabalardan faydalanır ve mahkemeleri kendi ileri sürdükleri argümanları değerlendirirken bunların hukukun bütünselliğine ve ruhuna ne derece uyduğunu sorgulamaya davet ederler. Bununla birlikte, hukuk kendi altında yaşayanları akıl ve zekâ sahibi insanlar olarak kabul eder. Bir tartışma ve anlaşmazlık halinde bile, onlar birbirlerinin boğazına saldıran deli köpekler gibi görülmekten ziyade, toplumsal düzenin temelleri hakkında farklı düşünen rakipler olarak kabul edilirler.”⁷³

Waldron’a göre her argüman var olana yeni bir bakış açısı getirir ve tam olarak bu nedenle de belirsizliği hukukun içerisine dahil eder⁷⁴. Bu belirsizlik öznelere hukuk devleti içerisinde nasıl konumlandığı ve onlara ne tür özgürlükler tanındığı ile de yakından ilişkilidir. Şekli hukuk devleti anlayışı rasyonel özne tasarımıyla dayanmakla birlikte, bu özne genelde hukuk kurallarını anlayarak kendi davranışlarına uygulayan pasif ve alıcı bir konumdadır. Oysa Waldron’un prosedürel anlayışında özne kamusal süreçlere katılmakta, mahkemede argümanlar ileri sürmektedir ve bu nedenle de

⁷¹ Waldron, ‘Thoughtfulness and the Rule of Law’ (n 7) 6.

⁷² Ibid 6.

⁷³ Ibid 7-8.

⁷⁴ Ibid 8.

verici, yaratıcı ve katılımcıdır⁷⁵. Bu açıdan bakıldığında ise hukuk devletinin şekli anlamının negatif özgürlüklerle, prosedürel anlayışının ise pozitif özgürlüklerle ilişkili olduğu söylenebilir. Ne var ki, yukarıda bahsedildiği gibi bu pozitif özgürlükler daha çok yargılama sürecine katılımı ilgili olan prosedürel haklardır. Bu nedenle şu şekilde bir ayırım yapmak daha makul gözükmektedir: Bir tarafta sivil toplumda özgür bireye değer verilirken, diğer tarafta ise devletin kurumları içerisinde faaliyette bulunan birey yer almaktadır⁷⁶.

Daha önce belirtildiği gibi, hukuk devleti ve argümantasyon arasında bir gerilim vardır. Waldron'a göre bu gerilimden kaçınılamaz çünkü hukukun ne olduğunu söyleyen iki farklı işleve sahip iki farklı kurum, yani yasa koyucular ve yargıçlar karşı karşıyadır.⁷⁷ Fuller'ın şekli anlayışı hukukun bu yargılama boyutunu bir anlamda göz ardı etmiştir. Bu nedenle de onları yargılamaya ve bu süreçteki prosedürelere de yer veren ilkelerle tamamlamak gerekmektedir. Böylece Waldron, sadece dinleyen ve kuralları kendi davranışlarına uygulayan rasyonel özneyi konuşan, mahkemelerde argüman ileri süren aktif bir özneye dönüştürmüştür. Waldron'un prosedürel anlayışının Fuller ve Raz ile doruk noktasına ulaşan insan onuru odaklı hukuk devleti geleneğinin bir devamı olduğu söylenebilir⁷⁸. O da kendi hukuk devleti görüşünü insan onuru kavramı üzerine inşa etmiştir. Bundan dolayı da Waldron'un Fuller'a yönelik bütün eleştirilerine rağmen aralarında bir kopuştan çok süreklilik olduğu söylenebilir.

B. Waldron'un Tamamlayıcı İlkeleri

Nasıl ki demokrasi için serbest ve adil seçimlerin varlığı tartışılmazsa, hukuk devleti için de bir hukuk sisteminin taşınması gereken olmazsa olmaz nitelikler vardır. Waldron'un hukuk sisteminin özü olarak tanımladığı, 1) belirli prosedürlere göre yargılama yapan mahkemelerin varlığı, 2) genel Kamusal Normlar, 3) pozitiflik, 4)

⁷⁵ Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (n 48) 18.

⁷⁶ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 9.

⁷⁷ Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (n 48) 19.

⁷⁸ Benzer bir görüş için bkz H Nye, 'Waldron, Jeremy: Rule of Law' (2017) Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy 2.

kamu yararına yönelme ve 5) sistematiklik⁷⁹ bir hukuk sisteminin vazgeçemeyeceği unsurlardır. Waldron'un hukuk ve hukuk devleti arasında kurmuş olduğu bağlantı hatırlanacak olursa, bu kriterlerin hukuk devletinin de önemli bir parçası olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Bunlar olmadan sadece Fuller'in sekiz ilkesi gözetilerek yapılacak şekli bir hukuk devleti tanımının oldukça eksik kalacağını belirtilebilir. Bu nedenle, ileri sürülen bu yeni ilkeler Fuller'in ilkelerini ikame etmek amacıyla değil, aksine onları tamamlamak amacıyla oluşturulmuştur.

1. Mahkemeler

Waldron'a göre bir sisteme hukuk sistemi diyebilmemiz için öncelikli olarak mahkemelere ihtiyacımız vardır. Waldron mahkeme ile, bütün topluluk için oluşturulan normların bireysel olaylara yargılama süreci ile uygulandığı ve mahkemenin tarafsızlığının yanında her iki tarafın argümanlarını ve delillerini sunabilecekleri bir ortamın sağlandığı adil ve etkili bir süreci kastetmektedir⁸⁰. Yargılama aslında argümanların yarıştığı bir tiyatro olduğu gibi hakların ve sorumlulukların da dağıtıldığı bir süreçtir⁸¹.

Waldron, Hart'ı ve Raz'ı örnek göstererek modern hukuk felsefesinde hukukun kavramsallaştırılmasında mahkemelere çok az yer verildiğini belirtir⁸². Hart mahkemelere sadece hukuk öncesi toplumdan modern toplumuna geçişte birincil kuralların ihlal edilmesi durumunda gündeme gelecek olan yargılama kuralında değinmiştir⁸³. Raz'ın ilkeleri incelendiğinde ise sadece üçünün- 4) yargı bağımsızlığı sağlanmalıdır, 5) doğal adalet ilkeleri gözetilmelidir, 7) yargıya kolayca erişilebilmelidir – mahkemeler ile ilgili olduğu ve hukuk devletinin prosedürel yönüne işaret ettiği söylenebilir. Fakat Raz yine de özel olarak mahkemelerin prosedürel yönü üzerinde durmayarak, hukuk kurallarını bir çıktı olarak görmüş

⁷⁹ Waldron 2011 yılındaki "The Rule of Law and the Importance of Procedure" makalesinde ise daha önce belirlediği 5 ilkeyi 10 maddeye çıkarmıştır. Bu maddeleri ise A. Wallace Tashima'nın "The War on Terror and the Rule of Law," makalesinden aldığı belirtmiştir. Buna göre; hiç kimse aşağıda yer alan prosedürler uygulanmadan devlet tarafından cezalandırılmamalı veya önemli bir kayba uğramamalıdır:

Tarafsız bir mahkemeye sunulan deliller ve hukuk normları ile bağlantılı olarak ileri sürülen argümanlar doğrultusunda yargılama yapılan bir duruşma
Hükümetten bağımsızlığı temin edilmiş, hukuki olarak eğitilmiş yargı görevlilerinin mevcudiyeti
Bir müdafî tarafından temsil edilme ile davaya hazırlanabilmek için gerekli zaman ve fırsat hakkı
Yargılamanın bütün kritik aşamalarına (mevcut olarak) katılma hakkı
Tutuklunun tanıklarla yüzleşme hakkı
Devlet tarafından sunulan delillerin kontrollü bir şekilde toplandığına dair güvence verilmesi
Kişinin kendi faydasına olan delilleri sunma hakkı
Delillerin ve olayla ilgili hukuki normların olayla olan bağlantısı ile ilgili olarak hukuki argümanlar ileri sürme hakkı
Mahkemeden kendisine sunulan delillere ve argümanlara cevap verecek şekilde gerekçeli karar duyma hakkı
Benzer karakterde yargılama yapan bir üst mahkemeye başvurabilme hakkı

⁸⁰ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 20.

⁸¹ Jeremy Waldron, 'The Rule of Law as a Theater of Debate' iç Justin Burley (ed.) *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin* (Blackwell 2004) 319-336.

⁸² Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 20.

⁸³ Ibid 20; yargılama kuralı tanıma ve değiştirme kuralları ile birlikte Hart'ın ikincil kurallarını oluşturur, ilgili açıklamalar için bkz Hart *The Concept of Law* (n 24) 5. Bölüm.

ve hukuk devletinin formel yönü ile meşgul olmuştur⁸⁴. Hem Hart'a hem Raz'a göre bir mahkeme duruşma yapmasa da prosedürel ve formal gereklilikleri yerine getirmese de yine de mahkemedir. Belki bu tür mahkemeler hukuki pozitivistlerce eleştirilebilir fakat bu eleştiriler hukuk kavramının kendisine ilişkin olmayacaktır⁸⁵. Waldron bu noktada hukuki pozitivistlerin hukuk anlayışları ile sıradan insanların anlayışlarının farklı olduğuna değinir. Waldron'a göre sıradan insanlar, duruşmasız karar verilmemesi, tarafsız yargılama yapılması gibi belirli prosedürlerin bir sistemin hukuk sistemi olabilmesi için vazgeçilemez özellikler olduğunu düşünmektedirler⁸⁶.

Waldron' göre mahkemelerin fonksiyonel, yapısal ve prosedürel olmak üzere üç farklı boyutu vardır. Mahkemeler hukuki pozitivistlerin genellikle ön plana çıkardığı fonksiyonel boyutunda normu somut olaya uygulamaktadırlar. Mahkemelerin yapısal boyutu ise mahkemelerin özü gereği taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda üçüncü taraf olma yönüne dikkat çekmektedir. Bütün bunların dışında mahkemelerin tarafların iddialarını ileri sürdüğü, delillerini mahkemeye sundukları, belirli sıkı kurallara bağlı oldukları prosedürel bir boyutu da vardır. Waldron'a göre işte bu prosedürel boyut mahkemenin en önemli boyutudur⁸⁷. Mahkemelerin bu özellikleri hukuk sistemi ile doğrudan bağlantılı bir özne tasarımına da yol açar. Hukuk insanların davranışlarını yönlendirirken onların akıl sahibi rasyonel bir özne olduğunu ve kuralları kendi davranışlarına uygulayabileceklerini varsayarak ona göre hukuki normlar ve düzenlemeler oluşturmalı ve onlara mutlaka belirli bir özgürlük alanı bırakmalıdır.

Bu noktada yargıyı, yasama ve yürütmeden ayıran özellikler üzerinde durmak bize yargısal faaliyetin öznelere sağladığı imkânları ve özneleşme sürecine katkılarını anlamak açısından oldukça yardımcı olacaktır. Yargısal denetime yönelik en önemli eleştiri onun anti-demokratik olduğuna ilişkindir çünkü çoğunluğun/parlamentonun yaptığı kanunlar seçilmemiş atanmış yargıçlar eli ile iptal edilmekte ve bir anlamda çoğunluğun iradesi bir avuç yargıç tarafından hiçe sayılmış olmaktadır⁸⁸. Yargısal denetimi savunan görüşler ise genellikle mahkemelerin çeşitli özelliklerine dikkat çekerek, yargının temel hakları, özellikle de azınlık haklarını koruma noktasında yasama organına göre daha başarılı olduğuna işaret etmektedir. Başka bir deyişle yargının anti-demokratik bir kurum olduğunu ileri sürenler bir girdi olarak meşruiyete yani demokratik meşruiyete odaklanmakta iken, mahkemelerin yerine sağladığı hizmeti vurgulayan yaklaşım ise bir çıktı olarak meşruiyet anlayışını ön plana çıkarmaktadırlar. Bu noktada konumuz açısından önem arz eden husus ise Alon Harel ve Tsvi Kahana

⁸⁴ Burada Raz'ın hukuk devleti ile ilgili yazmış olduğu "The Virtue of Rule of Law" çalışması dikkate alınmıştır. Yazarın otorite ile ilgili çalışmalarında mahkemeler norm-uygulayan kurumlar olarak oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (OUP 1999) 132-149.

⁸⁵ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 22.

⁸⁶ Ibid 22.

⁸⁷ Ibid 23.

⁸⁸ Bu konudaki temel birkaç çalışma için bkz Jeremy Waldron, 'The core of the case against judicial review' (2005) 115 Yale L.J. 1346; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton 2000).

tarafından ileri sürülen mahkemelerin bireylere duruşma hakkı sağlayan yönü ile ilgilidir⁸⁹. Onlara göre mahkemelere ve yargısal denetime onlar daha iyi karar verici oldukları için değil, yargının bir kurum olarak vatandaşlara sağladığı bir imkândan dolayı ihtiyacımız vardır⁹⁰. Mahkemeler hakkı ihlal edilen bireylerin haklarını arayabilecekleri ve seslerini duyurabilecekleri yegâne kurumlardır. Mahkemeler sayesinde hukuk kuralları kendisine uygulanan her birey, hukukun ne olduğuna ilişkin kendi yorumunu ve perspektifini mahkemeler aracılığı ile duyurabilmekte, bir anlamda kendi bakış açısını ve yorumunu kamulaştırabilmektedir. Bu nedenle yargısal denetimin meşruiyeti herhangi bir sonuç-odaklı açıklamadan ziyade duruşma hakkı, gerekçelendirme hakkı ve yeniden gözden geçirme haklarının başka bir kurum tarafından sağlanamamasına, kısacası onun kurumsal fonksiyonuna dayanmaktadır⁹¹. Mahkemeler hakları ihlal edilen kişilerin seslerini doğrudan duyurabilecekleri ve hatta yasamanın dolaylı temsil fonksiyonu dikkate alındığında bireyin sesini duyurup, kamusal alana dolaysız bir şekilde karışabileceği tek kurumdur⁹².

Duruşma hakkı üç alt unsurdan oluşmaktadır: a) bireysel şikâyetlerin kamusal bir alanda duyulmasını sağlayan sesini duyurma hakkı (the right to raise grievances), b) devletin hakkı ihlal edilen kişiye bunun nedenlerini açıklamasını sağlayan gerekçelendirme hakkı (the right to justification)⁹³ ve c) hak ihlaline yol açan kararın samimi bir şekilde yeniden değerlendirmesi ile ilgili olan yeniden değerlendirilme hakkı (the right to reconsideration)⁹⁴. Waldron da benzer şekilde hukuk devletini maddi, prosedürel ve formel olarak üçe ayırdığı çalışmasında, prosedürel yöne ilişkin olarak şu dört unsuru saymıştır:

- a) Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı,
- b) Bir temsilci tarafından temsil edilme hakkı,
- c) Delil ve tanık ileri sürme ve ileri sürülen delil ve tanıkların beyanlarının geçerliliklerini sorgulama hakkı,
- d) Mahkeme karar verdiğinde gerekçe talep etme hakkı⁹⁵.

⁸⁹ A Harel ve T Kahana, 'The Easy Core Case for Judicial Review' (2010) 2 Journal of Legal Analysis 1 227.

⁹⁰ Y Eylon ve A Harel, 'The Right to Judicial Review' (2006) 92 Virginia Law Review 991.

⁹¹ A Harel ve A Shinar 'Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review' (2012) 10 ICON 4 950, 965.

⁹² Bu noktada hukukun karmaşık yapısı ve yargılama sürecinin bürokratik yapısı avukatla temsili hem pratik açıdan çoğunlukla da hukuki açıdan zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle şu ana kadar oldukça pozitif bir ışıkta sunulan yargılama sürecindeki prosedürel özellikler burada karşımıza bir engel olarak çıkmakta ve bireyin mahkeme önünde doğrudan temsilini bir derece de olsa zayıflatmaktadır.

⁹³ Gerekçelendirme hakkı için bkz Mattias Kumm, 'The idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review' (2010) 4 Law & Ethics of Human Rights 2 142.

⁹⁴ Harel ve Shinar 'Between Judicial and Legislative Supremacy' (n 91) 968-969. Duruşma hakkının bu üç boyutuna ilişkin isimlendirme tarafımda Harel ve Shinar'ın çalışmasındaki tasnif dikkate alınarak yapılmıştır.

⁹⁵ Jeremy Waldron, 'The Rule of Law' (Summer 2020 Edition) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/> Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2021.

Bu prosedürel hakların gereği gibi yerine getirilmesi için kurumsal bazı ön koşullar vardır: mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hâkimlik teminatı ve kuvvetler ayrılığı⁹⁶. Bu kurumsal gereklilikler olmadan bireye mahkeme önünde sağlanan prosedürel güvencelerin hiçbir anlamının olmayacağı açıkça ortadadır. Başka bir deyişle, mahkemelerin kurumsal bağımsızlığı sayesinde bireyler; haklarını savunabilme, hukukun ne olduğunun belirlenmesi sürecine aktif olarak katılabilme ve yeri geldiğinde haklarının neden ihlal edildiğine yönelik gerekçe isteyebilme imkânına kavuşmaktadır.

2. Genel Kamusal Normlar

Waldron'a göre hukuk sistemini herhangi bir siyasi yönetimden ayıran şey, onun insan davranışlarını yönlendirebilme kapasitesine sahip belirli ve öngörülebilir normlardan oluşmasıdır⁹⁷. Bu normlar genel ve kamusal olmalıdır. Nasıl ki kural veya yasa kelimesi kullanıldığı diğer disiplinlerde de genelliğe işaret ediyorsa, bu normlarda genel olacak ve davranışlarını yönlendireceği kişilere ilan edilerek kamusal bir nitelik kazanacaktır⁹⁸.

Hukuki pozitivistler için hukukun belirlenebilir olması merkezi bir öneme sahiptir fakat onlar bu belirliliği sağlayacak tanıma kuralı üzerinde durmalarına rağmen özel olarak kamusal ile ilgilenmemişlerdir⁹⁹. Hukuki geçerlilik kriteri olan tanıma kuralı, hukuk olanı olmayandan ayırmamızı sağlayarak hukuki belirlilik ilkesinin gereklerini bir dereceye kadar yerine getirmektedir. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi modern toplumlarda sıradan vatandaşlar tanıma kuralına yabancılaşmakta ve içsel bakış açısını kaybederek hukuka sadece hukuk olduğu için itaat etmektedirler. Bu açıdan bakıldığında ise, hukuk ne kadar genel olursa olsun egemene, köleliği bile hukuk yapabileceği sınırsız bir alan tanımaktadır¹⁰⁰. Sonuç olarak hukuk içerikten yoksun, egemenin ağzından çıkan her şeyin hukuk vasfı taşıdığı, belirsiz ve oldukça tehlikeli bir alana kapılarını açmaktadır.

Waldron kamusal ilkesi ile, her normun toplumun en son bireyine kadar detaylı bir şekilde ulaştırılması ve bildirilmesi durumunu kastetmemektedir, ki zaten buna imkân yoktur. İmkân olsa bile, öznenin bu normların içeriğini öğrenme konusunda pek istekli olmayacağı, özellikle genel işlem şartları gibi bireyin gönülsüz rızasının arandığı sözleşmelerin içeriklerine gösterilen ilgisizlik göz önüne alındığında kolaylıkla anlaşılabilir. Önemli olan nokta hukuk kurallarını öğrenmek isteyen her

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 24.

⁹⁸ Ibid 24-25.

⁹⁹ Ibid 25.

¹⁰⁰ Sıradan vatandaşların koyunlar gibi hukuka itaat etmelerine yönelik olarak bkz Jeremy Waldron, 'Legal Pluralism and the Contrast between Hart's Jurisprudence and Fuller's' iç Peter Cane (ed.) *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (Hart 2010).

bireyin, özellikle de avukatlık gibi işi normları belirlemek ve “norm detektifliği” yapmak olan herkesin, bu normların içeriğine ulaşabilme imkanının olmasıdır¹⁰¹. Normların kamusal olması, bu şekildeki bir anlayışın getireceği yönetsel pragmatik kaygılardan daha çok, normun öznelere hukuk kurallarını kendi davranışlarına uygulayabileceği bir özgürlük alanı bırakmasından dolayı oldukça değerlidir. Fuller’ın da belirttiği gibi hukuk devleti idari (*managerial*) yönetimden farklıdır; her ikisi de insan davranışlarını yönlendirmek ile ilgili olmasına rağmen ikincisinde öznenin kuralları uygulaması amiri tarafından belirlenen hedeflere hizmet ederken, ilkinde öznenin kurallara uyması yasa koyucuya değil bireye ve toplumun tamamına hizmet etmekte veya en azından öyle olduğu varsayılmaktadır¹⁰². Bu nedenle hukuk devleti emir ve direktifle yönetmekten çok, insan davranışlarını kurallar vasıtasıyla yönlendirmek ile ilgilidir. Hukuk devleti insanları baskı altına alarak, manipüle ederek veya kısa yoldan zahmetsiz mekanizmalarla insan davranışlarını yön vermek değildir. O iktidar sahiplerinin insan onurunu, insanın rasyonel ve argüman ileri süren bir özne olduğunu dikkate alarak, onlara rehberlik ve kılavuzluk etmesini gerektirir. Bu nedenle Waldron hukuk ile yönetimin, bir sığır sürüsünü sopa ile veya bir koyun sürüsünü köpek ile gütmekten oldukça farklı olduğunu belirtir¹⁰³. Kısacası, bir hukuk sistemini manipülasyon ve korkutmaya dayanan yönetim sistemlerinden ayıran en belirleyici özellik hukukun bireylere dayatılmasından çok bireylerin hukuku rehber edinerek, kendi davranışlarına uygulamasıdır¹⁰⁴. Raz gibi dışlayıcı bir hukuki pozitivist bile hukuk devletini iktidarı sınırlandırmaktan çok insan davranışları yönlendirme yönü ile dikkate almasına rağmen, ne yazık ki o da diğer pozitivistler gibi hukuk devleti ile kamusalılık arasındaki bağlantıyı uzun bir süre kuramamıştır. Fakat, 2018 yılında yayınlanan “The Law’s Own Virtue” makalesinde Raz, yöneticilerin kendi ihtiyaçlarından çok yönetilenlerin ihtiyaçlarını karşılamak için iktidar sahibi olduklarını belirterek, hukuk devleti idealinin temelinde yer alan fikrin iktidar sahiplerinin yönetilenlerin ihtiyaçlarını karşılamak olduğunu belirterek hukuk devleti ile kamusalılık arasındaki bağlantıyı kurmuştur¹⁰⁵.

3. Pozitiflik

Davranışlarımızı yönlendiren genel normlar keşfedilmeyi bekleyen yasalar değil, insan yapımı pozitif yasalardır¹⁰⁶. Waldron’a göre mahkemeler “hukuku yapmıyorum hukuku keşfediyorum” argümanına sığınarak dolaylı yoldan, yasama ise açık ve

¹⁰¹ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 26.

¹⁰² Fuller, *The Morality of Law* (n 30) 207.

¹⁰³ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 26.

¹⁰⁴ Ibid 27.

¹⁰⁵ Raz, ‘The Law’s Own Virtue’ (n 41) 7-8; bu anlayışın Raz’ın hizmet anlayışı olarak otorite kavramı ile olan bağlantısı kanımca aşıkardır. Otorite ancak bireylere hizmet ettiği sürece meşrudur. İlgili açıklamalar için bkz Joseph Raz, ‘The Problem of Authority: Revisiting Service Conception’ (2006) 90 *Minn. L. Rev.* 1003.

¹⁰⁶ Waldron ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 29.

doğrudan bir şekilde hukuk yapar¹⁰⁷. Hukukun tarihsel-sosyolojik bir boyutunun olduğu yadsınamaz fakat hukuk ayrıca insan yapımı, yapay bir üründür. Bu pozitif yön bize şöyle bir imkân sağlamaktadır: Bugün tabi olduğumuz kurallar değişebilir, değiştirilebilir çünkü onlar da insan yapımıdır. Onlara hukuk denilmesinin nedeni bizim o şekilde karar vermemizdir¹⁰⁸. Bu nedenle hukukun bu pozitif yönü genellikle kapalılık, kurallılık ve sınırlar ile özdeşleştirilse bile, o bize bir açıklık ve özgürlük alanı da sağlamaktadır. Hukuk bu açıdan bakıldığında çok da zorlanmadan kolayca değiştirilebilen de bir şeydir. Hukukun bu pozitif yönü beraberinde “Neden bu yasalar böyle olmak zorunda?” sorusunu da getirir ve bize eleştirel yaklaşarak hukuku sorgulayabileceğimiz bir alan da sağlar. Nasıl ki tabii hukuk “adil olmayan yasa hukuk değildir” diyorsa, “mantıklı argümanlara, nedenlere dayanmayan yasalar da geçerli değildir” diyebileceğimiz, var olanın değişebileceği ve tartışılabileceği bir alan açıyor olabilir bu pozitif yaklaşım. Bu ise belirsizliği, argümantasyonu, iknayı ve retoriği yeniden karşımıza çıkarıyor. Bu açıdan bakıldığında hukuki pozitivism bile doğası gereği içerisinde bir belirsizlik ve sınırlılık taşımaktadır. Karşımızda yine hukuk devleti ve argümantasyon, belirlilik ve belirsizlik arasındaki ilişki durmaktadır.

4. Kamusal İyiye Yönelme

Kamusallığın bireylerin kendi davranışlarına rehber olacak kurallara ulaşabilmesi için onların yayımlanması ile ilgili olduğuna daha önce değinmiştik. Bunun dışında kamusallığın hukukun iyiye yönelmesi ile ilgili bir yönü de bulunmaktadır¹⁰⁹. Waldron, hukukun egemenin emrettiği herhangi bir şeyden farklı olduğunu belirtir ve onun bütün toplum adına ve toplumun sorunları ile ilgili normlardan oluşan yönüne dikkat çeker. Bu anlamda hukuk sistemi içindeki kurumların adalet, kamu yararı gibi güçlünün bireysel çıkarlarını aşan yönleri olduğuna değinir. Kamu yararını sağlamayan her şey hukuk değildir diyememekle birlikte, Waldron, hukukun kamu/halk (*public*) adına yapılmasını ve kamu yararına yönelmesini onun belirleyici özelliklerinden birisi olarak ele alır.¹¹⁰ Aslında kamu adına yapılma ve kamu yararına yönelme, eşitlik ve genellik gibi ilkelerin farklı bir şekilde ifade edilmesi olarak da düşünülebilir.

Waldron hukukun kamu yararına yönelme özelliğinin ikna edici olmadığını farkındadır. Bu yüzden bir soyguncu çetesinin emirleri ile hukuk arasındaki farkı sorgulayan soyguncu çetesi problemindeki doğal hukukçu bir savunmaya sığınır. Bu doğal hukukçu savunmaya göre, soyguncu çetesi kendi ihtiyaçlarını gözetirken, hukuk kamusal faydaya ve kamu yararına ilişkindir. Soyguncu çetesi probleminde pozitivistlerin cevabı ise soyguncu çetesinin hukuk olarak nitelendirilebilecek kadar

¹⁰⁷ Ibid 29.

¹⁰⁸ Ibid 30.

¹⁰⁹ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 31.

¹¹⁰ Ibid 31.

etkili olmadığı ve yeterince kurumsallaşmadığı yönündedir. Waldron bu iki ucun arasında bir orta yolun varlığını savunur. O, kamusal yarar sağlamayan hiçbir şey hukuk değildir demektense, “kamusal yarar iddiasında olmayan hiçbir şey hukuk değildir” der. Önemli olan o doğrultuda olmasıdır. Waldron’un da belirttiği gibi onun kamusalılık anlayışı maddi bir tanımlama değil bir temenniden, beklentiden ibarettir.¹¹¹

5. Sistematiiklik

Hukukun pozitiflik yönünde onun değişebilir ve başka türlü olabilir oluşuna dikkat çekmiştik. Hukukun sistematiik yönü ise hukukun devamlılığına, bütünselliğine işaret etmektedir. Hart’ın da belirttiği gibi, hukuk sistemsel bir hale ancak ikincil kuralların devreye girmesi ile gelebilir. Bu nedenle de hukuku salt bir kurallar yığını olarak görmek doğru değildir. Bundan dolayı da her yeni çıkarılan kural bu bütünsellik içerisinde yerini almaktadır¹¹². Bir kanunu değiştirmek, ilga etmek mümkün olsa da yasamanın geçmişteki kanunların tamamını yok sayarak bir sıfır noktasından başlayabilmesi pek mümkün değildir. Gerek yasa yapıcılar gerek mahkemeler var olan kanunların ve içtihatların üzerine eklemelerde bulunurlar. Bu nedenle de hukuk kümülatiftir¹¹³.

Hukukun bu sistematiik yapısı, onun hukuk öznesine nasıl görüldüğü, ona kendisini nasıl sunduğu ile de ilgilidir¹¹⁴. Bu şu anlama gelmektedir: Hukuk kendisini öznelerine bütünlüklü bir şekilde sunar ve özneleri bu bütünü anlamlandırır¹¹⁵. Burada tam anlamıyla her türlü kanunu tek tek anlamlandırmak yerine kuralların, düzenlemelerin birbirleri ile bağlantılarının kurulduğu “büyük resim” bir anlam ifade edecektir. Buna kendi kanaatimce, her kuralı bilmesek bile hukukun ahde vefa ilkesini koruyacağına olan inancımız örnek olarak verilebilir. Bu hukukun kamusalılığının başka bir boyutudur. Hukukun rasyonel analize açık hale getirilmesi, bireylerin kullanabileceği kamusal bir kaynaktır ve bireylerde bu kaynağı sadece anlayıp davranışlarını yönlendirmek için değil aynı zamanda mahkemelerde argümanlarını ileri sürerken kullanabileceklerdir¹¹⁶.

Hukuka bu bütünsel yaklaşım ayrıca insan onuruna da vurgu yapmakta ve belirli bir özne tasarımını işaret etmektedir: düşünen ve yorumlayan özne. Waldron’a göre rasyonel insanın özgürlüğüne ve onuruna saygı duyma iddiasındaki hukuk devleti ilkesini kesinlik, açıklık ve öngörülebilirlik doğrultusunda ele almak ve hukuk kurallarını değerlendirip kendi davranışlarını bu kurallara uyarlayan yönünü göz ardı

¹¹¹ Ibid 32.

¹¹² Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 33.

¹¹³ Ibid 32.

¹¹⁴ Ibid 35.

¹¹⁵ Ibid 35.

¹¹⁶ Ibid 35.

etmek, hukuk devletinin diğer yarısını budamak anlamına gelecektir¹¹⁷. Hayek'te bu öznenin özgürlüğü ön planda iken, Fuller'da genel kuralları kendi davranışlarına uygulayan rasyonel bir özne vardır. Şimdi ise sadece kuralları anlayan ve uygulayan pasif bir özne değil, mahkemelerde muhakeme yapabilen, argümanlar ileri süren aktif bir özne vardır karşımızda.

Hukukun sistematikliğinin Dworkin'in bütünsellik kavramı ile olan ilişkisine geldiğimizde ise, Waldron sistematikliğin bütünsellikten farklı olduğunu belirtir ve eğer bir benzerlik kurulacaksa bunun ancak Fuller'ın sekiz ilkesi arasındaki tutarlılık kavramı ile kurulabileceğini belirtir¹¹⁸. Ne var ki Waldron 2008 yılındaki "The Concept and the Rule of Law" makalesinde hukukun sadece yasalardan ve kararlardan oluşmadığını aynı zamanda hukukun bütününe içkin olan ve çeşitli şekillerde normlarda kendini açığa çıkaran ilkelerden (principles) oluştuğunu belirtmiştir¹¹⁹. Bu ise Waldron'u Dworkin'e ve onun bütünsellik kavramına oldukça fazla yakınlaştırmaktadır. Buna rağmen Waldron 2011 yılındaki "Thoughtfulness and Rule of Law" makalesinde standartları kurallar ile karşılaştırıp ayrı bir başlık altında değerlendirirken, ilkelerden içtihatları incelediği ayrı bir başlık altında bahsetmiştir. Buna rağmen yine de Waldron'un ilkeleri de hukukun bir parçası olarak gördüğünü rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu ise Waldron'u Dworkin'e bir adım daha yaklaştırmaktadır¹²⁰.

IV. "Cömert" Değil, "Dar" Bir Hukuk Kavramı

Waldron ortaya koyduğu bu beş ilkenin¹²¹ pozitivist bir hukuk kavramına neden olup olmayacağı konusunda emin olmasa da bu ilkelerin az veya çok belirli bir derecede değer taşıdığını (*value-laden*) ve kesinlikle "nedensel pozitivizm" in içinde yer almayacağını belirtmiştir¹²². Waldron hukukun dar bir kavramlaştırmasını savunur. Çünkü dar bir hukuk kavramı bize hukuk olma vasfını taşımayan sistemleri dışlamamıza olanak sağlamaktadır. Örnek vermek gerekirse, birçok devlet kendisinin demokratik olduğunu iddia etse de çok azı demokratiktir; birçok üniversitede doktora ve yüksek lisans programı vardır fakat çok azı gerçekten doktora ve yüksek lisans programıdır. Bu nedenle de dışlayıcı pozitivizmin içeriksiz hukuk kavramından ve hemen hemen her türlü devlet yönetimini hukuk sistemi olarak kabul edecek kadar geniş bir kavramlaştırmadan kaçınılması gerektiğini belirtir Waldron. Daha az

¹¹⁷ Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (n 48) 19.

¹¹⁸ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 33-34.

¹¹⁹ Ibid 34. 'Thoughtfulness and the Rule of Law' makalesinde ise Waldron ilkeler yerine standartlardan bahseder, ki bu çalışmada da standartlar üzerinde durularak Waldron'un ilkeleri hukukun içerisine dâhil edip etmediği üzerine herhangi bir değerlendirmede bulunulmayacaktır.

¹²⁰ Dworkin'in bütünsellik (*integrity*) anlayışı için bkz Dworkin, *Law's Empire*. (n 55) 176-276.

¹²¹ Belirli prosedürel sınırlamalar dâhilinde yargılama yapan mahkemelerin varlığı, genel kamusal normlar, pozitiflik, kamu yararına yönelme ve sistematiklik.

¹²² Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 36.

cömert ve daha fazla talepkâr bir hukuk tanımına ihtiyacımız vardır, tabii mümkün olduğunca pozitivizm ile olan bağımızı kopartmadan. Bu nedenle Waldron yukarıda açıklanan beş kriterin gerekliliklerini karşılamayan sistemlerin hukuk sistemi olarak adlandırılmaması gerektiğini savunur.

Waldron kendi hukuk tanımlamasının formel, yapısal, kurumsal ve prosedürel olduğunu, ahlaki özellikler içermesine rağmen herhangi bir maddi ahlaki kritere yer vermediğini belirtir¹²³. Mahkemelerin belirli prosedürel gereklilikleri yerine getirmesi, insan onuruna saygı duyan genel kurullarla yönetim, gerekçelendirme ve argümantasyon, hukuka sistematik yaklaşım birlikte değerlendirildiğinde bunların bizim hukukta değer verdiğimiz bir şeye, olması gereken bir hukuk anlayışına yöneldiği söylenebilir. Bunlar bize hukuk sistemleri ile diğer yönetim sistemleri arasındaki farkın neden önemli olduğunu tekrar hatırlatmaktadır. Waldron'a göre bu özelliklerin hukukla kurduğu bağlantı, sadece hukuku tanımlamak bakımından semantik (anlamsal) bir bağlantı değildir. Ayrıca bu bağlantının, ahlaki (olması gereken/normatif) bir boyutu da vardır¹²⁴. Waldron bu özelliklerin ahlaki yönünün onların belirli bir hukuk anlayışına yönelmelerinden kaynaklandığını belirtir. Nasıl ki demokrasi serbest ve adil seçimler olmadan demokrasi olamıyorsa hukuk da belirli özellikleri taşımadıkça hukuk olarak değerlendirilmemelidir.

Waldron'a göre, Hart hukukun ahlaki öğeler içermesi durumunda bireylerin ahlaki olmayan yasalara itaat edip etmeme noktasında kararsız kalacaklarını belirterek, bu durumun yaratacağı belirsizlikten endişe duymaktadır. Waldron kendi kavramsallaştırmasının böyle bir belirsizliğe yol açmayacağını ifade eder çünkü onun hukuk kavramı şu şekilde veya benzeri bir ahlaki ilke içermemektedir: “Adaletsiz kurallara itaat etmeyiniz”. “Kamu yararına hizmet eden yasalar yayımlandı mı? Benzer prosedürel güvenceleri içeren mahkemeler var mı? İnsanlar kendi hayatlarını hukuk sistemine güvenerek organize edebilecekler mi ve davranışlarını buna göre uyarlayabilecekler mi?”¹²⁵ soruları ne kadar ahlaki unsurlar içerse de Waldron'a göre, hukuka itaat sorununu cevapsız bırakmaktadırlar. Waldron'un, Fuller'in prosedürel doğal hukuk anlayışına benzer bir şekilde, maddi değil sistemsel-yapısal-prosedürel bir olması gerekeni savunduğunu söyleyebiliriz. Bu noktada Waldron'un ileri sürmüş olduğu prosedürel ilkelerin dayandığı maddi ahlaki ilkeler olup olmadığı ya da başka bir deyişle Waldron'un ilkelerinin belirli ahlaki varsayımları, ön kabulleri olup olmadığı sorusu önem taşımaktadır. Kanaatimizce, bu prosedürel gereklilikler de belirli bir olması gerekene veya maddi ilkelere dayanmaktadır fakat bunların doğrudan bu amacı gütmesi ile belirli prosedürler vasıtası ile böyle bir amaç gütmesi arasında fark vardır. Bu nedenle Waldron'un hukuk anlayışının maddi bir iyiye

¹²³ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 40.

¹²⁴ Ibid 41.

¹²⁵ Ibid 42.

doğrudan yönelmektense, prosedürel gerekliliklere önem vererek dolaylı şekilde yöneldiğini söyleyebiliriz.

Waldron yine demokrasi örneğini vererek, hukukun da benzer şekilde bir derece meselesi olduğunu belirtir. Demokrasinin olmazsa olmazı olan serbest ve adil seçimler de bir derece meselesidir Waldron’a göre. Bir sistemin demokratik olduğunu belirtirken ideal olandan çok, aklımızda belirli bir eşik değer vardır ve bu eşik değere göre sistemlerin demokratikliğini değerlendiririz. Bu eşik değer ise her şeyin mükemmel olduğu, olması gereken bir sistemden oldukça uzaktadır. Hukuk kavramı ile ilgili belirlenen bu beş özelliğin gerçekleştirilmesinin de bir derece meselesi olduğunu vurgulamak önemlidir¹²⁶. Bu nedenle bu beş özellik ile mükemmel bir hukuk sisteminin değil, sadece yeterli bir hukuk sisteminin kastedildiği söylenebilir.

Waldron’un güttüğü amaçlardan birisi de hukuk kavramı ve hukuk devleti arasındaki bağlantıyı kurmaktır. Waldron, hukuk ile hukuk devleti arasındaki bağlantıyı Fuller’ın uyumluluk ilkesi ile açıklar. Bu ilkeye göre kurallar ile kuralların uygulanması birbirleri ile uyumlu olmalıdır. Ayrıca kendi hukuk kavramı için belirttiği özelliklerden üçünün hukuk devleti ile çok yakından bağlantılı olduğunu söyler. Bunlardan sistematikliğin, hukuk devletinin tutarlılık ve bütünlük özellikleri ile, normların genelliğinin kamusalılık ve yayımlanma özellikleri ile ve mahkemelerin varlığının ise adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olduğunu savunur¹²⁷. Daha önce de belirtildiği gibi Waldron için hukuk ve hukuk devleti kavramlarını ayrı ayrı düşünmek yerine ikisini birlikte düşünmeliyiz.

Fuller “The Morality of Law”un daha ilk bölümünde iki farklı ahlak tipinden bahseder: görev ahlakı (*morality of duty*) ve amaçsal ahlak (*morality of aspiration*). İlkinde başarılı olmak için ya da ahlaklı olmak için minimum gerekliliklerin karşılanması yeterli iken, ikincisinde “insanın kendi potansiyelini gerçekleştirme gerekir” önermesindeki gibi minimum şartlardan ziyade ulaşılması gereken hedefler daha soyut bir şekilde tanımlanır. Bu noktada Waldron’un da bu iki tür ahlak ilkesinden esinlenerek hukuk kavramını görev ahlakı, hukuk devleti kavramını ise amaçsal ahlakı göz önüne alarak tanımladığı söylenebilir¹²⁸. Waldron, Fuller’ın görüşlerini aynen tekrarlayarak, bir hukuk sisteminin iyi veya kötü olabileceğini fakat belirli bir noktadan sonra artık bir hukuk sistemi olamayacağını belirtir¹²⁹. Demokrasi analogisini kullanırsak, Zimbabwe’yi demokratik bir ülke sayabilmek için seçimlerin daha serbest ve adil yapılmasını talep edebiliriz ya da ABD gibi zaten demokratik olan bir ülkede kurumların daha demokratik işleme için baskı yapabiliriz. Bu baskının demokrasi kavramına göre mi yoksa demokrasi idealine göre mi karakterize

¹²⁶ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 42.

¹²⁷ Ibid 44.

¹²⁸ İlgili ahlak anlayışları için bkz Fuller, *The Morality of Law* (n 32) 3-33.

¹²⁹ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 45.

edileceği de söz konusu devletten ne talep edileceğini belirleyecektir. Hukuk devleti açısından örnek olarak gösterilebilecek bir ülkede bile bazen yöneticiler geçmişe dönük olarak yasa çıkarmakta ve bundan dolayı eleştirilebilmektedirler. Bu eleştiriler ise ya “Hadi bu örneği hukuk sisteminin marjinal bir örneği olarak değerlendirelim” gibi hukuk kavramı ile ilgili olacaktır ya da “Hadi hukuk devleti kavramını sisteme daha sert bir şekilde uygulayalım” diyerek hukuk devleti bakımından olacaktır. Fakat her ikisinde de bir derecelendirme ve değerlendirme olacaktır¹³⁰. Waldron’a göre genellikle hukuk kavramı doğrultusunda yapılan eleştiriler belirli bir minimum eşiği artık sağlayamama tehlikesi ile ilgili iken, hukuk devleti ile ilgili eleştiriler daha iyi bir hukuk sistemine yönelik olmaktadır¹³¹.

V. Hukuk ile Hukuk Devleti Arasındaki Bağlantı ve Özne Tasarımı

Hukuk kavramı bir hukuk sistemini ifade etmek için, genel anlamda kullanıldığı gibi belirli bir kanunu ifade ederken de kullanılmaktadır. Hukukun ikinci şekildedeki anlamı ile ilgili olarak, Waldron pozitivist hukuk anlayışına karşı çıkararak, mahkeme kararlarının da en azından kuralların nasıl anlaşılması gerektiğini söyledikleri için hukukun içerisinde yer almasının oldukça önemli olduğunu belirtir¹³². Ayrıca beş özellikten birisi olan sistematiklik özelliği ve insanın kuralları algılayan özne olarak tasavvur edilmesi hukukun daha geniş bir şekilde tanımlanmasını da gerektirmektedir. Çünkü mahkemede “ben hukukun bu olduğunu, bu kanunun bu şekilde anlaşıldığını iddia ediyorum” diyen hukukun ne olduğu üzerine bir iddiada bulunmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlık konusu olan şey, bir şeyin hukuk olup olmadığı ile ilgilidir. Bu uyuşmazlık ise hukukun argümantatif ve sistematik yapısından ve genel normlardan oluşmasından kaynaklanmaktadır¹³³.

Dworkin’e göre zor davalardaki uyuşmazlık, mevcut durumda nasıl karar verileceği veya ne yapılacağı ile ilgili değil hukukun ne olduğu ile ilgilidir. Zor davalarda somut olay hakkında ve hangi kanun veya içtihatların olay ile ilgili olduğu hususunda uyuşmazlık yoktur. Kısaca anlaşmazlık hukukun kendisine aittir ve teoriktir. Bu açıdan bakıldığında ise, hukuk doğası gereği yorumlanmaya (*interpretivist*) muhtaçtır. Bu nedenle de zor davaları hukukun bittiği yer olarak görmek yerine mahkemelerde hukukun ne olduğuna ilişkin yaşanan esaslı anlaşmazlıkları da hukukun içerisine dâhil etmeliyiz¹³⁴. Neil MacCormick’in de belirttiği gibi, bu tartışmalar sistemin içinde var olan patolojik istisnalar değil, “hukuk devleti idealine” göre çalışan sisteminin esaslı (*integral*) bir parçasıdır¹³⁵. Tartışmanın ve uyuşmazlığın olduğu nokta mevcut hukuki

¹³⁰ Ibid 46.

¹³¹ Ibid 47.

¹³² Ibid 48.

¹³³ Waldron, ‘The Concept and the Rule of Law’ (n 16) 49.

¹³⁴ Ibid 49-50.

¹³⁵ MacCormick, *Rhetoric and the rule of law* (n 49) 27.

ve fiziksel şartlar altında ne yapacağımız, nasıl karar vereceğimiz ile ilgilidir¹³⁶. Bir hukuk sisteminde, iyi sonuçlara ulaşma hedefi bazen kanunlar, içtihatlar, ilkeler ve doktrin tarafından sınırlandırılabilir.

Dworkin'in tanımlamasından hareket edersek, nasıl ki taraflar somut uyuşmazlıklarda hukukun ne olduğu üzerinde teorik bir anlaşmazlıkla karşı karşıya iseler, hukuk devletini de benzer bir şekilde yorumlamaya muhtaç bir kavram olarak düşünerek, onun da her somut durumda ne gerektirdiğinin bir inşa meselesi olduğunu söyleyebiliriz¹³⁷. Çünkü hukuk devleti de tıpkı hukuk gibi kriter niteliğinde bir kavram değil yoruma muhtaç bir kavramdır¹³⁸. Yargıçlar hukuk devletinin kurallar dışında bir şey içerip içermediği, mahkeme kararlarının hukuk devletinin dışında olup olmadığı gibi konularda anlaşamamaktadırlar. Örnek vermek gerekirse, bir taraf kanunun özel yorumunun uygulanmasını savunurken, diğer taraf kanun metninin çeşitli yorumları arasında karar verirken sağduyunun ve aklın da rol oynaması gerektiğini savunmaktadır. Sonuç olarak hukuk devletinin ne olduğuna dair uyuşmazlık, aynı zamanda hukukun ne olduğuna da ilişkindir. Çünkü hukukun ilkeleri içerip içermediği gibi tartışmalı konular, bunların sınırlandırılması ile ilgili olarak belirsizliklere neden olacaktır. Waldron hukukun ne olduğuna ilişkin anlaşmazlıkların aynı zamanda hukuk devleti kavramını da etkileyeceğine ve bu nedenle de kavramı belirsizliğe doğru sürükleyerek yorumlanmaya muhtaç hale getireceğine yönelik olarak Dworkin tarafından ileri sürülen görüşlere katılmaktadır¹³⁹.

Waldron bu noktada özellikle, hukukun kurallardan ibaret olmadığına, kurallar arasında bütünlük sağlama gibi bir amacı da olduğuna değinmektedir¹⁴⁰. Bunun ise mahkemelerdeki argümantatif süreç ile desteklendiğini belirtir. Hukukun bütünsel anlaşılması ve argümantasyon birbirlerini destekleyen parçalar olarak düşünülebilir. Waldron'a göre modern pozitivizmin temel hatası, hukuku şekillendiren gerekçelere (argümantasyona), kurumlara değinmeden sadece emir ve kontrol içeren yönüne yoğunlaşması olmuştur. Normların norm olmayanlardan farkı ve hukuk olanın hukuk olmayandan ayrılması önemli olmakla birlikte, en az onun kadar önemli olan bir şey de bu normlarla ne yaptığımızdır¹⁴¹. Biz onlara sadece itaat etmiyoruz, onların ne demek olduğunu tartışıyor, yorumluyor, mahkemelerde hak iddia ederken onların belirli bir şekilde anlaşılması gerektiğini belirterek, bir iddiada bulunuyoruz.

¹³⁶ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 51.

¹³⁷ Ibid 52.

¹³⁸ Dworkin'in yorumlamaya muhtaç kavramlar (interpretive) ile muhtaç olmayan kavramlar (criterial) ayrımı için bkz Ronald Dworkin, 'A New Philosophy for International Law' (2013) 41 *Philosophy & Public Affairs* 1, 2, 11; bu konuda temel bir çalışma için bkz Walter B Gallie 'Essentially Contested Concepts' iç M. Black (Ed.) *The Importance of Language* (Cornell University Press 1969).

¹³⁹ Dworkin "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy" makalesinde hukuk ve hukukilik arasında içsel bir bağlantı olduğunu belirtmiştir. Bkz Ronald Dworkin, 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy' (2004) 24 *Ox. JLS* 1 1.

¹⁴⁰ Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 56.

¹⁴¹ Ibid 57.

Waldron, Hart ve takipçilerinin nedensel pozitivizmi ile kendi geliştirdiği hukuk anlayışını karşılaştırarak, anlayışının kuralların oluşumundan sonraki aşamaya da odaklanarak hukuki dinamik yönü ile de kavradığını belirtir. Bu nedenle, Waldron'un yaklaşımında kuralların uygulanması ve argümantasyon süreci oldukça önemli bir yer tutmaktadır¹⁴². Hukuk devleti açısından ise, bir anlayış kuralların kesinliği, öngörülebilirliğine odaklanırken, diğeri adil yargılanmaya ve sıradan vatandaşlarca argümanlarını ileri sürebilme olasılığının olduğu bir sisteme vurgu yapmaktadır¹⁴³.

Waldron'a göre hukuk devleti hukuk kavramından ayrı düşünülemez. Hukukun belirli özelliklerini tanımlayan normatif düşünce, aynı zamanda hukuk devletinin de belirli özelliklerini tanımlamıştır. Bunları birbirinden ayrı düşünmek yerine Waldron, kuralları ön plana alan hukuk anlayışı ile kesinlik, öngörülebilirlik gibi ilkeleri savunan hukuk devleti anlayışı arasında bir korelasyon olduğunu iddia etmektedir. Benzer şekilde geliştirdiği mahkemelere, sistematikliğe önem veren hukuk kavramı ile öngörülebilirlik ve kesinlik yerine argümantasyona ve buna imkân veren kurumlara önem veren hukuk devleti anlayışı arasında korelasyon olduğunu savunmaktadır. Kesinlik ve öngörülebilirlik uğruna özgür kendi kendine değerlendirme yapabilen özneyi ve bunun sağladığı argümantatif imkânları feda etmek hukuk devletinin dayandığı temelleri de kırmak anlamına gelecektir: özgürlük ve insan onuruna saygı¹⁴⁴.

Hayek hukuk devletinin bireyin negatif özgürlüklerini de koruması gerektiğini ileri sürmüştür. Ne var ki özgür bireyin özgürlüklerine yapılacak müdahalelere karşı kendisini nasıl savunacağı noktasında Hayek'in herhangi bir önerisi yoktur. Oysa o, özgürlüğünü korumak için, hukuku nasıl anladığını anlatacak, gerekçeler ileri sürerek kendini savunacaktır, ki özgür olmak da bunu gerektirir. Bu ise Hayek-Fuller eksenindeki anlayış tarafından ileri sürülen rasyonel özne odaklı insan onuru kavramının yerine daha incelikli bir insan onuru kavramını beraberinde getirmektedir. Hatırlanacağı üzere, Fuller sekiz ilkesini sadece bu ilkeler gözetildiğinde adaletsizliğin ortaya çıkmasını zorlaştırdığı için değil, ayrıca bu ilkelerin insan onuruna saygı göstermesinden dolayı ileri sürmüştü. İnsanları kendi davranışlarını kontrol edebilen, geleceklerini planlayan rasyonel varlıklar olarak görmek, onları otonom varlıklar olarak kabul etmek anlamına gelmektedir¹⁴⁵.

¹⁴² Ibid 57.

¹⁴³ Ibid.58.

¹⁴⁴ Ibid .60.

¹⁴⁵ Raz, *The Authority of Law* (n 17) 221.

Waldron'a göre onur¹⁴⁶, kişinin toplumda diğerleri ile ilişkisinde bulunduğu hukuki veya ahlaki statüsüdür. Onur, kişinin rasyonel, davranışlarını kontrol altında tutan ve başkalarının gözünden de bu şekilde gözükme bir varlık tasarımına dayanır. Sonuç olarak, bireyin kendi varlığının toplumun diğer bireyleri tarafından ciddiye alınması, bunun onların hal ve tutumlarına yansiyarak bireye duyulan saygının kendisi tarafından da hissedilir olmasıdır. Bu şekilde anlaşıldığında onur kavramı, eşitler arasında bir ilişki gerektiren demokratik de bir kavramdır. Bu nedenle, onur toplumdaki herkese aynı statünün tanındığı ve bu statüye göre insanların yönetildiği normatif bir kavramdır¹⁴⁷. Onurun bu normatif yönü insanların hayvanlardan farklı olarak kendi kendisini kontrol edebilen rasyonel bir varlık olması fikrine dayanmaktadır. Roma'da onur anlamına gelen "*dignitas*", ayrıcalıkların ve saygının makam ve rütbeye göre dağıtıldığı bir sistemi işaret etmekteydi. Waldron'a göre modern anlamında da onur kavramı, bu geleneksel anlamı ile bağını sürdürmektedir. Yüksek rütbeli kişilerin normları kendi davranışlarına uygulayacağı varsayıyordu. Onların şahitliklerine değer veriliyordu, onlara zor ile bir şey yaptırılmaya kalkılırsa bile bu zorlama toplumdaki herhangi bir bireye göre daha az şiddet içeriyor, belirli prosedürler gerektiriyordu. İdam edileceklerse bile asılmak yerine başları kesilerek idam ediliyorlardı. Diğer tarafta ise, sadece zorlama ile yönlendirilen, sözüne itibar edilmeyen, işkence ile delil elde edilmeye çalışılan, kendi kendine karar veremeyen, kendisini savunmak için argüman ileri süremeyen bu nedenle de ciddiye alınmayan bir birey vardı. Waldron'a göre geçmişteki köle toplumlarındaki gibi statü merkezli tek tip onur anlayışının olduğu bir sistemden, hukukun önünde herkesin statüsünün eşit olduğu, statülerin yukarı yönde eşitlendiği ya da başka bir deyişle statünün ortadan kalktığı bir düzene geçilmiştir¹⁴⁸. Yani sadece ayrıcalıklı sınıfların onur sahibi olduğu sistemden, herkesin onur sahibi olduğu bir sisteme geçilmiştir. Bu evrensel onur kavramı Waldron'a göre bir tasarımdır, gerçekte olan ise insanların yetenekler, özellikler bakımından birbirinden oldukça farklı olduğu bir düzenin mevcudiyetidir. Bu nedenle Waldron bu görünürdeki eşitliğin uygulamada yetersiz kalmaması için hukuki temsil ve vekalet ilişkisini önerir ve avukatların görevine özellikle dikkat çeker¹⁴⁹. Zaten Waldron'un prosedürel hukuk devletinin merkezinde mahkemelerde argüman ileri süren özne ve buna imkân sağlayacak yapılar ve kurumsal mekanizmalar vardır. Bir anlamda adaletle ulaşma hakkı Waldron'un hukuk devleti anlayışının çekirdeğini oluşturmaktadır.

¹⁴⁶ Waldron onur kavramının günümüzdeki üç farklı anlaşılışından bahseder. Bunlardan ilki pozitif yasalarda, anayasalarda geçen bir insan hakkı olarak onur kavramıdır. Onurun ikinci anlamı ise hakların veya belirli hakların temeli olarak insan onuru kavramıdır. Onurun üçüncü anlamı ise bizim çalışmamız için de önemli olan, insanın hukuk kurallarını kendi davranışlarına uyarlayan rasyonel bir varlık olması ve bu nedenle de onur sahibi olmasıdır. Jeremy Waldron, 'How law protects dignity' (2012) 71 The Cambridge Law Journal 1, 206.

¹⁴⁷ Waldron, 'How law protects dignity' (n 146) 202.

¹⁴⁸ Ibid 212-215.

¹⁴⁹ Ibid 216.

Hukukun gönüllü iş birliğine dayandığını söyleyebiliriz fakat bu onun hiçbir zorlama içermediği anlamına gelmemektedir. Hukuk zorlama içerse bile vahşi değildir, o salt korkutma ve zorlama ile veya muhataplarının iradelerini yok sayarak yönetmez¹⁵⁰. Davranışları yönlendirme iddiasında olan hukuk bunu bireyin normları algılayıp kendi davranışlarına uygulayabileceği belirli bir alan bırakarak yapar. Waldron hukukun zorlama içerse bile, bunun “onurlu (bir) zorlama” olacağını iddia eder¹⁵¹. O, bir insan idam edilecekse bile, idam mahkumunun hücrelerinden idam sehpasına nasıl götürüldüğünün hukuk devleti açısından oldukça önemli bir husus olduğunu ifade eder.

VI. Sonuç

Çalışmanın başında hukuk devleti krizinden bahsedilmişti ve bunun bize hukuk devleti kavramını yeniden sorgulamamıza imkân sağlayacağı üzerinde durulmuştu. Scheppele'nin “*checklist* şeklindeki hukuk devleti kavramları neden çalışmıyor?” sorusu liste şeklindeki formel anlayışın yetersizliklerine işaret edilerek cevaplanmıştı. İşte Waldron'un prosedürel hukuk devleti şekli anlayışın yetersizliklerini göstermekle kalmayıp onu doğal hukukçu, maddi içerikli bir hukuk devleti kavramına yaslanmadan da savunulabilir hale getirmiştir, ki kanımca bu yabana atılır bir başarı değildir. Waldron, hukuki pozitivizm tarafından göz ardı edilen hatta biraz sorun olarak görülen mahkemelere ve hakimlerin hukukun yapım sürecine katılımına dikkat çekmiştir. Böylece hukukun dinamik yönüne dikkat çekildiği gibi, hukuka yasa yapıcı veya hukuk teorisyenlerinin yerine sıradan insanların bakış açısı ile de bakmamız gerektiği vurgulanmıştır. Belki de günümüzde yaşadığımız hukuk devleti krizinin en can alıcı noktası adalete ulaşma konusunda yaşanan zorluklarla ilgilidir. Bu ya içinde bulunduğumuz hukuk sisteminin kendi yapısından (*actio popularis*'in birçok mahkeme tarafından kabul edilmemesi gibi) ya da maddi ve sosyal kapitalin yetersizliklerinden kaynaklanıyor olabilir. İçinde bulunduğumuz ekonomik kriz ya da neoliberalizmin krizinden daha çok hukuk devletinin krizine yol açan en temel nedenin mahkemelerin bağımsızlıklarını yitirmesi sonrasında adaletin kişilere ve kurumlara göre farklı şekillerde uygulanması olduğu söylenebilir. Waldron hukuk devletinin bu mahkemelerdeki yönüne, bireylerin hayatına doğrudan dokunan yönüne dikkat çekerek hukuki pozitivizm içerisindeki hukuk devleti tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmıştır. Artık günümüzde hukuk devleti mahkemelere ulaşarak haklarını savunan ve haklarına müdahale edildiğinde mahkemeden bunun gerekçesini isteyen, kısacası, hakkını arayan aktif bir özneyi gerektirmektedir. Özne Waldron'un hukuk devleti anlayışı ile bir hak taşıyıcısı olmanın ötesine geçerek artık bir hak dönüştürücüsü ve hak yaratıcısı haline gelmiştir. Bu iklim değişikliğini durdurmak için mücadele eden birçok sivil toplum örgütünün mahkemelerin kapılarını

¹⁵⁰ Jeremy Waldron, ‘Torture and positive law: jurisprudence for the white house’ (2005) 105 Columbia Law Rev 6 1726.

¹⁵¹ Waldron ‘How law protects dignity’ (n 146) 217.

aşındırarak dünyanın dört bir yanında nasıl yeni haklar – sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı gibi – yaratılmasını sağladığı düşünüldüğünde ayakları oldukça yere basan bir iddiadır¹⁵². Bu nedenle, öznenin bu şekilde olmasını engelleyen her türlü değişim ise hukuk devleti ölçeğinde gerilemek anlamına gelecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

¹⁵² Urgenda ve hakların dönüştürücü ve bazen de yıkıcı etkisi için bkz Palombella ‘Access to Justice: Dynamic, Foundational, and Generative’ (n 59)

Bibliografya / Bibliography

- Akbaş K, *Hukukun büyübozumu: eleştirel hukuk çalışmaları hareketi.* (Legal 2006)
- Aktaş S, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller 'in Hukuk Kavramı* (XII Levha 2011)
- 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış' (2020) 1 *YBHD* 19
- Akı Eİ, 'Hukukun İç Ahlâkı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme' (2015) 64 *AÜHFD* 1, 1
- Bentham J, *Preface to the Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* (printed for E. Wilson and W. Pickering, Lincoln's-Inn Fields, 1823) xii-xiii.
- Bix B, 'HLA Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory' (1999) 52 *SMUL Rev.* 167
- Chiti E ve Teixeira PG 'The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis' (2013) 50 *Common Market Law Review* 3
- Dicey AV, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1889)
- 'Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar" iç Ali R Çoban, Adnan Küçük (eds.) *Hukuk Devleti: Hukuki ve Siyasi Bir İdeal* (Adres 2008) 25-38
- Dworkin R, *A matter of principle* (OUP 1985)
- *Law's Empire.* (Harvard 1986)
- 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy' (2004) 24 *Ox. JLS* 1 1
- 'A New Philosophy for International Law' (2013) 41 *Philosophy & Public Affairs* 1, 2
- Eylon Y ve Harel A 'The right to judicial review' (2006) 92 *Virginia Law Review* 991
- Fuller LL, *The morality of law* (Yale 1969)
- 'The forms and limits of adjudication' (1978) 92 *HLR* 2 353
- 'Human Interaction and Law' (1969) 14 *The American Journal of Jurisprudence* 1, 1-36.
- Gallie WB, 'Essentially Contested Concepts' M. Black (Ed.) *The Importance of Language* (Cornell University Press 1969)
- Hamara CT, 'The concept of the rule of law' iç Immer Flores, E Kenneth Himma (eds.) *Law, Liberty, and the Rule of Law* (Springer 2013)
- Harel A Kahana T, 'The easy core case for judicial review' (2010) 2 *Journal of Legal Analysis* 1 227
- ve Shinar A, 'Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review' (2012) 10 *ICON* 4 950
- Hart HLA, *The Concept of Law* (OUP 1961)
- Hayek FA, *The Road to Serfdom* (London 1944) 54
- Krygier M, 'The rule of law: legality, teleology, sociology. *Sociology*' iç Gianluigi Palombella, Neil Walker (eds.) *Relocating the Rule of Law* (Hart 2009) 65.
- 'What is the point of the Rule of Law" (2019) 67 *Buffalo Law Review* 743
- Kumm M, 'The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review' (2010) 4 *Law & Ethics of Human Rights* 2 142
- Landau D, 'Abusive constitutionalism' (2013) 47 *UCDL Rev* 189
- Roznai Y ve Dixon R, "Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America" iç Alexander Baturo, Robert Elgie (eds.) *The Politics of Presidential Term Limits* (OUP 2019)
- MacCormick N, *H.L.A. Hart* (Stanford 1981)
- *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning* (OUP 2005)

- Metin S, ‘Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı’ iç S Metin E Uzun K Akbaş M B Aydın (eds.) *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (İTHAKİ 2015)
- Moyn S, *Not enough: Human rights in an unequal world.* (Harvard 2018)
- Nye H, ‘Waldron, Jeremy: Rule of Law’ (2017) *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*
- Palombella G, ‘The rule of law and its core’ iç Gianluigi Palombella, Neil Walker (eds.) *Relocating the Rule of Law* (Hart 2009)
- ‘The Abuse of the Rule of Law’ (2020) 12 *HJRL* 2, 387-397.
- ‘Access to Justice: Dynamic, Foundational, and Generative’ (2021) 34 *Ratio Juris* 2, 121-138
- Raz J, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (OUP 1979)
- *Practical Reason and Norms* (OUP 1999)
- ‘The Law’s Own Virtue’ (2018) 39 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 1
- Rodriguez-Blanco V, ‘Legal Authority and the paradox of intention in action’ iç George Pavlakos ve Veronica Rodriguez-Blanco (eds), *Reasons and Intentions In Law and Practical Agency*, (Cambridge University Press, 2015)
- Scheppele KL, ‘Autocratic legalism’ (2018) 85 *CLR* 2, 545-584
- ‘The rule of law and the frankenstate: why governance checklists do not work’ (2013) 26 *Governance* 4 559
- Shapiro M ve Sweet AS, *On law, politics, and judicialization.* (OUP 2002)
- Shapiro S, Authority iç J Coleman K Himma S Shapio (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP 2004)
- Trebilcock MJ ve Daniels RJ, *Rule of Law and Development*, (Edward Elgar Publishing, 2008)
- Tushnet M, *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton 2000)
- Uygur G, ‘Adalet ve hukuk devleti’ (2004) 53 *AUHFD* 3 33
- ‘Law and Injustice in Times of Crisis’ iç Joshua Kassner, Colin Starger (eds.) *The Value and Purpose of Law – Essays in Honor of M.N.S. Sellers* (Franz Steiner 2019).
- Uzun E, ‘Hukuk Yorumdur’ (2014) 72 *İÜHF* 1, 99-104.
- Varol OO, ‘Stealth authoritarianism’ (2014) 100 *Iowa L. Rev* 673
- Van der Burg W, *The Dynamics of Law and Morality: A Pluralist Account of Legal Interactionism*, (Ashgate Publishing, 2014)
- Waldron J, The Rule of Law as a Theater of Debate’ iç Justin Burley (ed.) *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin* (Blackwell 2004)
- ‘The core of the case against judicial review’ (2005) 115 *YaleLJ* 1346
- ‘Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)?’ iç Richard Bellamy (ed.) *The Rule of Law and the Separation of Powers* (Routledge 2005)
- ‘Torture and positive law: jurisprudence for the white house’ (2005) 105 *Columbia Law Rev* 6 1726
- ‘Legal Pluralism and the Contrast between Hart’s Jurisprudence and Fuller’s’ iç Peter Cane (ed.) *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (Hart 2010)
- ‘Thoughtfulness and the Rule of Law’ (2011) 18 *British Academy Review* 1 9
- ‘The rule of law and the importance of procedure’ (2011) 50 *NOMOS*. 3
- ‘How law protects dignity’ (2012) 71 *The Cambridge Law Journal* 1, 206

----- ‘Separation of powers in thought and practice’ (2013) 54 *BCL Rev* 43

----- ‘The Rule of Law’ (Summer 2020 Edition) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>>.

Zabcı F, ‘Kriz, Kritik: Koronavirüsle İmtihanımız’ Birgün (İstanbul, 22 Mart 2020) < <https://www.birgun.net/haber/kriz-kritik-koronavirusle-imtihanimiz-292697> > Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021

