

HUKUK FELSEFESİ

DAVID BRUCE INGRAM

ÇEVİREN
EZGİ SU DAĞABAK

DAVID INGRAM'IN TÜRKÇE BASKIYA ÖNSÖZ'Ü İLE



FOL® 29

© MAK GRUP MEDYA PRO. REK. YAY. A.Ş.
SERTİFİKA NO: 13858

FELSEFE 29
AKLA ZARAR SERİSİ 03

HUKUK FELSEFESİ
DAVID BRUCE INGRAM

ÇEVİREN: EZGİ SU DAĞABAK

ÖZGÜN ADI: *LAW: KEY CONCEPTS IN PHILOSOPHY*
EDİSYON: CONTINUUM, LONDON 2006

YAYINA HAZIRLAYAN: ERTUĞRUL UZUN
REDAKSİYON: MAK GRUP REDAKSİYON EKİBİ
SON OKUMA: OSMAN BARAN KAPLAN, EBUBEKİR DEMİR
GÖRSEL YÖNETMEN: NURULLAH ÖZBAY
GRAFİK TASARIM VE UYGULAMA: TAVOOS

ISBN 978-605-80688-1-0

BASKI: AYRINTI BASIMEVİ ANKARA - SERTİFİKA NO: 13987

I. BASKI: MAYIS 2019

İLETİŞİM ADRESLERİ
CİNNAH CD. KIRKPINAR SK. 5/4
06420 ÇANKAYA ANKARA
TEL.: 0312. 439 01 69
www.folkitap.com
bilgi@folkitap.com
siparis@folkitap.com
www.twitter.com/folkitap

DAVID BRUCE INGRAM

1952 doğumlu Amerikan felsefeci. Lisans, yüksek lisans ve doktora çalışmalarını Kaliforniya Üniversitesi'nde tamamladı. Loyola Üniversitesi Chicago'da felsefe profesörlüğü görevini sürdürmektedir.

Başlıca eserleri: *World Crisis and Underdevelopment: A Critical Theory of Poverty, Agency, and Coercion* (2018), *Ethics and Development: An Introduction*, (Thomas Derdak ile, 2018), *Habermas: Introduction and Analysis* (2010), *Rights, Democracy, and Fulfillment in the Era of Identity Politics: Principled Compromises in a Compromised World* (2004), *The Complete Idiot's Guide to Understanding Ethics*, (Jennifer Parks, 2002).

EZGİ SU DAĞABAK

Ankara'da doğdu (1991). Hacettepe Üniversitesi Mütercim Tercümanlık Bölümü'nden mezun oldu. Gazi Üniversitesi Çeviri ve Kültürel Çalışmalar Bölümü'nde yüksek lisans eğitimini tamamladı. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Çeviri ve Kültürel Çalışmalar Bölümü'nde doktora eğitimine devam etmektedir.

Başlıca eserleri: Tübitak Popüler Bilim Yayınları (2018), David B. Ingram, *Hukuk Felsefesi* (2019).

İÇİNDEKİLER

TÜRKÇE BASKIYA ÖNSÖZ	11
TEŞEKKÜR	13
BİRİNCİ BÖLÜM HUKUK NEDİR?	15
1. <i>Hukuku Tanımlamak: Üç Vaka</i>	17
İKİNCİ BÖLÜM HUKUK VE AHLAK	36
1. <i>Doğal Hukuk Kuramı: Thomas Aquinas</i>	36
2. <i>Hukuki Pozitivizm: Hart</i>	45
3. <i>Ahlak ve Hukukun Üstünlüğü: Finnis, Raz ve Fuller</i>	57
4. <i>Özet: Pozitivizm, Doğal Hukuk ve Demokrasi</i>	78
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ANAYASA HUKUKU: YAPISI, YORUMLANMASI VE ESASLARI	83
1. <i>Anayasa Krizi: 2000 Yılı Başkanlık Seçimi ve Mahkemenin Yetkisi</i>	83
2. <i>Güçler Ayrılığı</i>	86
3. <i>Amerika Bağlamında Yargı Denetiminin Gücü</i>	91
4. <i>Anayasanın Yorumu</i>	103
5. <i>Anayasal Temeller: Arendt ve Hart</i>	115
6. <i>Anayasanın İleriye Dönük Olarak Meşrulaştırılması: Derrida ve Habermas</i>	130
7. <i>Hegel ve Ackerman'ın Anayasal Devrimlere İlişkin Fikirleri</i>	133
8. <i>Sivil İtaatsizlik: Platon, Thoreau ve Arendt</i>	138
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM SUÇ VE CEZA	145
1. <i>Suç Nedir? Düşman Muharip Konusu</i>	145
2. <i>Cezanın Tarihçesi: Nietzsche ve Foucault</i>	166
3. <i>Bentham'ın Cezaya İlişkin Sonuç Odaklı Gerektelendirmesi</i>	171

4 Hak Etmeye Dayalı Ceza Kuramları: Locke, Kant ve Hegel	178
5. Cezanın Sınırları: Karma Kuramlar ve Ölüm Cezası	186
BEŞİNCİ BÖLÜM	
KÖR ADALET: IRK, TOPLUMSAL CİNSİYET, BİYOLOJİK CİNSİYET VE HUKUKİ CEBRİN SINIRLARI	193
1. Mill'in Zarar İlkesi	194
2. Eşcinsellik ve Hart-Devlin Tartışması	197
3. Ceza Kanunu ve Eşit Koruma	205
4. Toplumsal Cinsiyet, Irk ve Yeti Meselelerine Duyarlı Hukuk: Liberaller v. Radikaller	207
5. Eşit Korunma v. İfade Özgürlüğü: Mackinnon'ın Pornografi Karşısı Kanunu	215
ALTINCI BÖLÜM	
ÖZEL HUKUK VE EKONOMİK RASYONELİTENİN SINIRLARI	223
1. İstimlak Yetkisine İlişkin İhtilaflar	223
2. Özel Hukuk ve Bilimsel Akıl: Başlangıç Mahiyetinde Gözlemler	226
3. Formalist Hukuki Muhakeme ve Kapitalizm	229
4. Araçsal Hukuki Muhakeme: Hukuk ve Ekonomi Hareketi	238
5. İlmli Hukuki Realizm: Yürütmenin Ekonomik Aracı Olarak Hukuk	261
6. Habermas'ın Özel Hukukta Ekonomik Rasyonelitenin Sınırları Üzerine Görüşleri	262
7. Kamulaştırmaya İlişkin Sonsöz	271
YEDİNCİ BÖLÜM	
SONUÇ: İDEOLOJİK OLARAK HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ – MARKSİZM, YAPISÖKÜM VE ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI	273
1. Hukuk Üstünlüğünün Altında Yatan İletişimsel ve Ekonomik Mantık: Dewey ve Radikal Realistler	273
2. Realistler, Eleştireller ve Hukukun Marksist Eleştirisi	276
3. Yapisöküm ve Radikal Hukuk Eleştirisi	279
4. EHÇ Değerlendirmesi	285
5. Son Yorum	287
KAYNAKÇA	
	289
DİZİN	
	295

TÜRKÇE BASKIYA ÖNSÖZ

Akla Zarar: Hukuk Felsefesi, hem Anglo-Amerikan sistemine hem de Kıta Avrupası'na ait hukuki kavramlara yönelik derinlemesine bir inceleme sunar. Kitabın odaklandığı davaların çoğu yazarın memleketi olan Birleşik Devletler'de görülmüş davalar olsa da ele alınan kavramların uygulama alanı oldukça geniş, hatta kimi durumlarda evrenseldir. Bildiğim kadarıyla, hukuk felsefesine giriş eserleri arasında bu kadar farklı uluslararası kuramsal yaklaşımdan yararlanarak bu kadar kapsamlı bir çerçeve çizen başka bir kitap yoktur.

Yazdığım metni belli bir sayfa sayısı ile sınırlandırmam gerektiğinden, uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuk kavramlarından dilediğimce derinlemesine söz edemediğimi ifade etmeliyim. Kitabın ilk yayımlandığı tarihten beri bu alanlardaki uzmanlığımı geliştirdim. Bugün kitabı yeniden düzenleyecek olsam, anayasal modelin uluslararası hukuka uygulanmasına dair yürüttüğüm Kelsen, Habermas ve Hart tartışmasını Koskenniemi, Teubner ve diğer düşünürlerin hukuki çoğulculuk ve hukuki fragmantasyonun neden olduğu sorunlara ilişkin son araştırmalarını da dâhil edecek şekilde genişletirdim. Ayrıca insan hakları kavramına ve insan hakları, bağımsızlık ve uluslararası ticaret hukuku arasındaki kurumsal uyumsuzluklara dair bir bölüm de eklerdim. *World Crisis and Underdevelopment* (2018) ve *Ethics of Development* (2018) adlı eserlerde yayımlanan hukuk ve uluslararası kalkınmaya ilişkin son çalışmalarım uluslararası hukukun bu ekonomik, politik ve insani yönlerini bir araya getirmektedir.

Türk okurlarımın özellikle ilgisini çeken, karşılaştırmalı anayasa hukukuna ilgimin artması oldu. Bu bağlamda,

Türkiye ve İran'daki anayasal gelenekler ve siyasi hareketler üzerine detaylı çalışmalar kaleme almış olan eski meslektaşım Güneş Tezcür'ün araştırmalarına katkısı büyüktür. Bu konulara giriş niteliğindeki naçizane fikirlerimi karşılaştırmalı hukukla ilgili şu makalemde bulabilirsiniz: “How Secular Should Democracy Be? A Cross-Disciplinary Study of Catholicism and Islam in Promoting Public Reason”, *Politics, Religion, and Ideology* [2014] 15(3): 1-21. Türk laiklik modeline ve karşıtlıklar taşıyan birkaç İslam temelli anayasaya göndermeler barındıran bu çalışmanın temelleri özellikle Endonezya'nın bağdaştırıcı anayasal geleneğine odaklandığım üç yıllık bir uluslararası çalışmaya katıldığım sırada atıldı. Bu makalede ve *World Crisis and Underdevelopment* kitabının sonuç bölümünde dile getirdiğim üzere, ılımlı İslam yönetim çeşitlerini de içeren dinî kozmopolitizmin ayrıştırıcı –kutuplaştırıcı ve güçsüzleştirici– küresel kapitalizmin etkilerine karşı koyabilecek seküler bir demokrasinin (belirli şartlarda) koruyucusu ve destekleyicisi olabilmesini ümit ediyorum.

DAVID INGRAM
Loyola Üniversitesi, Şikago
25 Şubat 2019

TEŞEKKÜR

Bu kitap okura hukuk felsefesindeki anahtar kavramların kapsamlı bir incelemesi olduğuna inandığım bir bütünü sunmaktadır. Kitabın yazım sürecinde, giriş niteliğinde iki kaynak kitabı model olarak kullandım: Andrew Altman'ın *Arguing About the Law*, David Adams'ın ise *Philosophical Problems in the Law* başlıklı kitapları. Başta Justin Schwartz, Iris Young, Tom Wren ve Dan Hartnett olmak üzere meslektaşlarım ve arkadaşlarımla gerçekleştirdiğim sohbetlerden de büyük ölçüde faydalandım. Diğer meslektaşlarım Heidi Malm, Daviz Ozar ve Olufemi Taiwo ise araştırmalarıyla bana ilham kaynağı oldular. Kitabın ilk taslağı üzerine ayrıntılı yorumlarını esirgemeyen Brian Buckley'e; ilk dört bölüme ilişkin önemli geri bildirimler yapan Ike Balbus'a; altıncı bölüm hakkındaki ayrıntılı yorumlarıyla ekonomik kuramın dalgalı sularında yolumu bulmama yardım ettiği için David Schweickart'a; metni yayımlanacak hâle getirmeme yardımcı olan Paul Leisen'e en derin teşekkürlerimi sunuyorum. Kitaba ilişkin vizyonumu desteklediği için editörüm Sarah Douglas'a minnettarım. Son olarak kitabın ikinci taslağını baştan sona özenle okuduğu ve takıntılı, dalgın anlarımda bile beni koşulsuz sevmeye devam ettiği için hayat arkadaşım ve felsefeci meslektaşım Jennifer Parks'a hayatımı borçluyum.



Yasa'nın önünde bir bekçi durur. Bir gün taşradan bir adam bu bekçiye gelir ve Yasa'ya girmek için izin ister. Bekçi adamın şu an girmesine izin veremeyeceğini söyler. Adam biraz düşünür ve daha sonra girip giremeyeceğini sorar. Bekçi: "Mümkün. Ama şimdi olmaz." diye cevap verir. Yasa'nın kapısı her zaman açık durduğundan, Bekçi bir adım kenara çekildiğinde adam kapıdan içeri bakmak için hafifçe eğilir. Bekçi bunu görür ve gülerek der ki: "Eğer içerisi bu kadar çekici geliyorsa yasağıma karşı gelip girmeyi dene. Ama şunu da unutma: Ben güçlüyüm ama buradaki yalnızca en küçük bekçilerden biriyim."¹

FRANZ KAFKA

¹ "Before the Law", *The Trial*, Parables and Paradoxes içerisinde, New York: Schocken, 1970, s. 61; çeviri değiştirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM HUKUK NEDİR?

Çoğumuz kanunlara aşınayız ama kanunların gerçekten ne olduğunu çok azımız biliriz. Yaygın kanaate göre kanunlar, yaptırım tehdidi olan “Bunu yap” ve “Bunu yapma”lardan müteşekkildir. Bu durumun gündeme getirdiği bir soru var: Peki, bu şekilde tasavvur edilen kanunlar ile istediklerini yapmazsak bizi zarar vermekle tehdit eden güçlü zorbalarmın emirleri arasında ne fark vardır?

İlk anda buna cevap olarak zorbalığın aksine kanunların ahlaken gerekçelendirilmiş ve kabul edilebilir olduğunu söyleme eğiliminde olabiliriz. Örneğin kanunların cinayeti ve hırsızlığı yasaklıyor olması makul ahlaki buyruklar gibi görünüyor. Ancak bazı durumlarda bir kanun bize ahlaken yanlış ve kabul edilemez olduğunu düşündüğümüz bir şeyi yapmayı emredebilir. Bu durumda bu kanun artık bir kanun olmaktan çıkar mı?

Bazı kanunlar ise otomatik park sayacına ödeme yapmak gibi makul olan ancak ahlaken zorunlu olmayan şeyler emreder. Dahası, evlenmek gibi çeşitli izinler bahşeden bazı kanunlar¹ bize herhangi bir şey yapmamızı emretmez. Bunun yerine bazı eylemlere *yetki verirler* veya yapıp yapmayacağımızı seçebileceğimiz bazı eylemlerin gerçekleştirilmesi için gereken prosedürleri belirlerler. Bazı kanunlar ise herhangi bir emir veya yetki vermez, onun yerine *yargı* ifade

¹ Evlilik merasiminin yapılabilmesi için merasim öncesinde izin alınmasını gerektiren hukuk sistemlerinde bulunan kanunlar kastediliyor. (Yay. Haz.)

eder². Kesin olarak bir emir veya yetki verdikleri söylene-
mez; çünkü geçmişte gerçekleşmiş eylemlerden (vakalardan)
söz ederler. Bir yargının mevcut bir eylemi yasaklaması veya
eyleme izin vermesi, söz konusu eylemin geçmişteki eyleme
olan benzerliğine dayanır. Bunun yanı sıra, bu yargıların
bazıları hukuki geçerlilik kazanmak için kanun koyucunun
veya hâkimin yasal otoritesi yerine, geleneğin anonim otorite-
sinde de başvurabilir. Dolayısıyla hukukun müşterek, onu
tanımlayan (veya ayırıcı nitelikteki) bir özelliğini bulmak
'ilkel' denen hukuk (kabile toplumlarını yöneten kurallar)
veya tüm ülkeler tarafından aynı şekilde ve evrensel olarak
kabul görmemiş olan uluslararası hukuk söz konusu oldu-
ğunda daha da karmaşık hâle gelir.

Böyle düşününce hukukun tanımlayıcı müşterek bir özelli-
ği olmadığı sonucunu kolaylıkla ulaşılabilmek mümkündür.
Böyle olunca da, tıpkı bir ailenin üyesi fertlerin bazı müşte-
rek özelliklere sahip olması gibi, 'hukuk'un da sadece örtüşen
benzerlikler sergilediğini söyleyebilirdik. Ancak bu doğru ol-
saydı, hukuka ilişkin felsefi incelememiz baştan çökmüş olur-
du; çünkü artık bu konuya dair genel fikirler ileri süremezdik.
Verilecek felsefi açıdan daha ilginç bir karşılık ise hukukun
çekirdeğini temsil eden örneklerine tam anlamıyla uyan, 'ide-
al/gaye' tarzı bir şeye işaret ettiğini söylemek olacaktır.

Burada Aristoteles'in rasyonel ve etik bir varlık olarak
insan tanımından destek alabiliriz. Rasyonel ve etik olmak
insanı diğer hayvan türlerinden ayıran yegâne özelliklerdir;
ancak bu özellikler aynı zamanda insan toplumları ve tek
tek bireyler arasında da değişen oranlarda görülen gayeler-
dir. Benzer şekilde, (bu kitapta da benimsenen bir tutum
olan) 'hukuku bir ideal olarak görmek', kendisini değişen
derecelerde göreceğimiz anlamına gelmektedir.

² Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde yeri geldikçe kanun olarak çevrilen 'law'
kelimesi mahkemeler eliyle kurula bağlanmış kararlara/yargılara da karşılık
gelecek şekilde kullanılır. Burada bahsedilen 'yargı bildiren kanun' ifadesin-
deki 'kanun'u (veya belki 'kural') Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ifade
ettiğinden daha geniş anlamak gerekiyor. (Yay. Haz.)