



LİBERAL PERSPEKTİF YORUM

SAYI: 15, NİSAN 2020



HUKUK VE ADALET

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan



FRIEDRICH NAUMANN
FOUNDATION For Freedom.

Türkiye



LIBERAL PERSPEKTİF YORUM

Sayı: 15, Nisan 2020

HUKUK VE ADALET

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan

© Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
© Özgürlük Araştırmaları Derneği, 2020

Bu çalışmadaki görüşler yazara aittir ve zgrlk Araştırmaları Derneği'nin kurumsal görüşünü yansıtmaz.

Bu alışma Friedrich Naumann Vakfı'nın katkılarıyla hazırlanmıştır.

zgrlk Araştırmaları Derneği

📍 Turgut Reis Cad. No: 15/4, Mebusevleri, ankaya, Ankara

☎ (312) 213 24 00 🌐 www.oad.org.tr ✉ info@oad.org.tr

f ozgurlukarastirmalari 🐦 ozgurlukar

Tasarım ve Dizgi:
Serbest Kitaplar
serbestkitaplar.com



Prof. Dr. Mustafa Erdoğan

Yüksek lisans ve doktorasını Ankara Hukuk Fakültesinde yapan Mustafa Erdoğan 1985-2016 yılları arasında sırasıyla Ankara Üniversitesi, Hacettepe Üniversitesi ve İstanbul Ticaret Üniversitesi'nde öğretim üyesi olarak çalıştı. Prof. Erdoğan bu dönem esnasında Türk anayasa hukuku, insan hakları, adalet, anayasal ve siyasal teori ve hukuk teorisi alanlarında çeşitli dersler verdi, eserler yayımladı.

Erdoğan ayrıca 1990'ların başlarından itibaren gazete, dergi ve televizyonlardaki yazı ve konuşmalarıyla öne çıkan bir kamusal entellektüel profili çizdi; bu arada Liberal Düşünce Topluluğu'nun (1992) ve Özgürlük Araştırmaları Derneği'nin (2014) kuruluşuna öncülük edenler arasında yer aldı.

Prof. Erdoğan'ın başlıca eserleri şunlardır: İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku (5. b., 2018), *Türk Anayasa Hukuku* (2018), *Hukuk ve Adalet* (2017), *Anayasa Hukukuna Giriş* (2017), *Anayasal Demokrasi* (13. b., 2017), *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset* (9. b., 2016), *Aydınlanma Modernlik ve Liberalizm* (2006), *Anayasa ve Özgürlük* (2002), *Demokrasi Lâiklik ve Resmi İdeoloji* (2. b., 2000), *Liberal Toplum Liberal Siyaset* (2. b. 1998).

Toplumsal ve siyasal teori alanında birçok kitap ve makaleyi de Türkçeye çeviren Mustafa Erdoğan bu arada sivil toplumun ve demokrasinin geliştirilmesi amaçlı muhtelif projelere yönetici veya tartışmacı olarak katkı yaptı; demokrasi, hukukun üstünlüğü ve siyasî rejimlerle ilgili olarak çeşitli sivil kuruluşlar için birçok araştırma raporu hazırladı.

İÇİNDEKİLER

A. Giriş	5
B. Hukuk Nedir?	6
C. Hukukun Adaletle İlişkisi	9
1. Hukukun Yapısal Adaleti.....	10
2. Doğal Adalet ve Usulî Hakkaniyet.....	11
D. Hukukun Maddî Adaleti ve İnsan Hakları	11
Atıf Yapılan Kaynaklar	14

*“İşleri doğru yoldan yaparsak,
muhtemelen doğru şeyi yaparız.”**

Lon Fuller

“Usul esastan önce gelir.”

Türk atasözü

A. GİRİŞ

Eskiden beri hukukun adaletle ilişkili olduğu yaygın bir düşüncedir. O kadar ki, hukuk hakkında uzmanlık bilgisine sahip olmayan kişiler bile, haklı olarak, hukukla adalet arasında kopmaz bir bağ olduğunu düşünürler. Bu bakımdan, “insanların bir hukuk düzenini keyfî yönetimden ayırt ettiklerinde akıllarında tuttıkları şey”in adalet ideali olduğunu söylemekte F. A. Hayek (2012: 285-86) gayet haklıdır.

Hukuk ile adalet arasındaki ilişkinin çeşitli sembolik anlatımlarına hukukla ve mahkemelerle ilgili birçok söz ve olguda rastlayabiliriz. Söz gelişi Türkçede mahkemeleri içine alan bina komplekslerine “adalet sarayı” deriz. Pek çok ülkede hâkimlerin ve mahkemelerin ilişkili olduğu bakanlığın adı “Adalet Bakanlığı”dır. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin binasında “Herkes için Adalet” yazar. Bütün bunlara uygun olarak, her yerde mahkemelerin “adalet dağıttıkları”ndan söz edilir; bu arada, hak aramak için dava açmak

* “If we do things the right way, we are likely to do the right thing.”

“Hukuk” denen fenomenin, silâhlı gücü sayesinde belli bir coğrafi mekânda bir şekilde kontrol sağlamayı başarmış olan bir haydut çetesinin cibrî emirlerinden ne farkı vardır?

isteyen kişiler de zaman zaman aynı anlamda olmak üzere “Adalete başvurmak” ifadesini kullanırlar.

Öte yandan, “hukuk” kelimesi köken olarak Türkçe dâhil birçok dilde “hak ve adalet”le ilişkilidir. Nitekim, Türkçemizde “hukuk” kelime anlamı olarak “haklar” demektir; “hak” ise doğruluk ve haklılıkla ilgili bir kavramdır. Latince de adalet (iustitia) kelimesi hak ve hukukla (ius) aynı kökten gelir.

Tabiatıyla, hukukçu bilim adamları da hukukun adaletle zorunlu ilişkisini teslim ederler. Bu bağlamda meselâ “hukukun asıl amacının adalet olduğu” veya hukukun normlarında “adalet değerini yansıtması” gerektiği (Aral 1988: 45) söylenmiştir. Hukukun üstünlüğünün öncü teorisyenlerinden Hayek ise hukuku doğrudan doğruya “adil davranış kuralları” olarak nitelemiştir.

Şu var ki, bütün bunlara rağmen bizim hukuka giriş niteliğindeki kitaplarımızda, hukuk genellikle hak ve adalet değerlerinden bağımsız olarak, neredeyse tamamen devlet cibriyle tanımlanır. Bu anlayışa göre, hukuk devlet destekli müeyyidelerle tahkim edilmiş normlar sisteminden ibarettir. Gerçi, bizim hukuk öğretimimizde, medenî dünyada artık taraftarı kalmamış olan bu kaba pozitivismin (“hukukun emir teorisi”nin) yanında, “adalet”ten de söz edilir ama onun daha ziyade “ideal” olma özelliği vurgulanır. Bununla uyumlu olarak da, öğrencilere adaletin pek de gerçekçi olmayan bir “ideal”i yansıttığı, pozitif hukuk sistemlerinde adalet değerinin karşılığını aramanın neredeyse hayalci bir tutum olduğu telkin edilir. Bütün bunların, Bodinci veya Hobbescu bir (mutlak) egemen devlet söylemiyle beraber gittiğini de belirtmek gerekiyor.

B. HUKUK NEDİR?

Peki, hukuk, bizim hukuk kitaplarımızda yazdığı ve devlet seçkinleri ile hatta hukuk uygulayıcılarının da varsaydıkları gibi, devletin tek taraflı olarak yaptığı ve onun tarafından cebren uygulanan herhangi bir normlar sistemi demek midir? Gerek yapılışı gerekse muhtevası bakımından yönetilenlerin irade ve rızasından, onların adalet ve esenlik beklentisinden bağımsız olarak, tamamen devletin tek-taraflı dayatması şeklinde ortaya çıkan bir cibrî normlar sisteminin varlığı “hukuk” sayılmak için yeterli midir? Eğer öyleyse, “hukuk” denen fenomenin, silâhlı gücü sayesinde belli bir coğrafi mekânda bir şekilde kontrol sağlamayı başarmış olan bir haydut çetesinin cibrî emirlerinden ne farkı vardır? Hukukun, “hukuk” kavramının insanla-



ra ne çağrıştırdığından ve onların “hukuk”a ilişkin algılarından tamamen bağımsız olarak anlaşılması mümkün müdür? Hak ve adaletten büsbütün bağımsız bir hukuk olabilir mi?...

Hukukun mahiyetine ilişkin bu sorular, kabaca, tabii hukukçularla “hukukun emir teorisi”ni benimsemiş olan pozitivistler arasındaki geleneksel tartışmanın asıl içeriğini oluşturmaktadır. Burada “tabii hukukçularla hukukî pozitivistler arasındaki tartışma” demekten bilerek kaçındım; çünkü, hukuku devletin emirleri toplamı olarak gören tezi genel olarak pozitivizme atfetmek, başta Herbert Hart olmak üzere birçok çağdaş pozitivistte haksızlık olurdu. Nitekim Hart kendi pozitivismi kurmaya “hukukun emir teorisi”ni eleştirerek başlar ve kendi hukuk tanımına vatandaşın hukuka “içsel bakış”ını da dahil eder. Hart ayrıca, hukukun zorunlu olarak “asgarî (bir) tabii hukuk içeriği”ne sahip olduğuna da dikkat çekmek ihtiyacı duymuştur.

Aslına bakılırsa, hukukun mahiyeti hakkındaki tartışma evet bir bakıma hukukun –pozitivistlerin ileri sürdükleri gibi- gözlemlenebilir bir “olgu”dan ibaret olup olmadığına ilişkin bir tartışmadır. Her ne kadar Hart ustalıkla bir manevra ile bu görüşün makul olmayan çağrışımlarından kaçınabilmiş ise de, bu kabul hukuku ister-istemez etkili olan (yani, insanların davranışlarını fiilen yönlendirebilen) kural ve emirlerle özdeşleştirmeye meyleder. Hukuka doğru bakış elbette hukukun bu fizikî gerçekliğini inkâr etmezdi; ama buradaki asıl sorun, çoğu pozitivistin bu durumu münhasıran devletin cebir gücüne bağlamasındadır. Oysa, Hart’ın kendisinin de kabul ettiği gibi, hukukun bireylerin davranışlarını fiilen yönetmesi, onların hukuk kurallarını bağlayıcı kabul etmeleriyle ilgili yükümlülük duygularından bağımsız olarak düşünülemez.

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, hukukun mahiyetine ilişkin tartışma, daha doğru olarak, hukukun fizikî bir “olgu”dan mı ibaret olduğu, yoksa onun aynı zamanda bir “fikir” veya “kavram” mı olduğu şeklinde de ortaya konabilir. Hukukun aynı zamanda bir “fikir” olması demek, onun bireylerin hukukun ne olduğuna ilişkin düşünce ve anlayışlarından bağımsız olarak anlaşılamayacağı demektir. Daha açık bir deyişle, ayakta kalmasını sadece devletin cebir gücüyle desteklenmesine borçlu olan bir kurallar ve buyruklar sistemine insanlar şu veya bu nedenle uysalar veya uymak “zorunda kalsalar” da, bu sistemin yine de “hukuk” adını hak etmediğini düşünürler. Bu, pozitivistlerle tabii hukukçular arasındaki tartışma için iddia edildiği gibi, hukukun “olan”la mı yoksa “olması gereken”le mi ilgili olduğu

tartışması değildir. Bu, hukuk adına var “olan” şeyin fiziksel bir gerçeklikten mi ibaret olduğu, yoksa “olan”ın hukukun ne olduğuna ilişkin genel-evrensel düşünceyi de içerip içermediği meselesidir. Kısaca diyebiliriz ki, hukukun ne olduğuna ilişkin olarak insanlar arasında yaygın olan düşünce de bir “olgu”dur ve hukuka içkindir.

Eğer öyleyse, o zaman hukuku sadece cebri bir normatif sistem olarak değil de, hukukun ne olduğuna ilişkin genel-evrenselci düşünceye uygun olarak, keyfi yönetim karşısında insanlara güvenlik sağlayan ve onların haklarını güvence altına alan normatif bir sistem olarak tanımlamamız gerekir. Aksi halde, olumlu anlamda “evrensel hukuk” ifadesinin neden toplumlar arasında genel kabul gördüğünü ve “hukuk” deyince insanların aklına genellikle neden “hukukun evrensel ilkeleri”nin geldiğini açıklayamayız.

Hukukun adaletle bağlantısı işte tam da bu noktada devreye girmektedir: Hukuk eğer arkasındaki devlet gücü sayesinde etkili bir şekilde işleyen bir fenomenden ibaret değilse, onu insanların hukuka ilişkin evrensel algısının ilk referansı olan “adalet” değerinden bağımsız olarak düşünemeyiz. Hukuk düşüncesi her yerde adaletle ilgilidir; başta belirttiğimiz gibi, hemen hemen bütün kültürlerde hukukun adaletle kopmaz bir şekilde bağlantılı olduğunu ifade veya ima eden sözler vardır. Bunların en yaygın olanı, mahkemelerin “adalet dağıttıkları”na ilişkin söz ve anlayışlardır. Ayrıca, birçok bağlamda hukukla adalet eş anlamda kullanılır.

Öyleyse, hukuku devlet tarafından cebren uygulanan herhangi bir normlar sistemi olarak görmek doğru değildir; hukuk kişilerde kendisine uyulması konusunda yükümlülük duygusu uyandıran, kişilerin hukukunu (haklarını) güvence altına alan ve aşağıda açıklayacağımız anlamda âdil bir ilkeler, kurallar ve kurumlar sistemidir. Bu yaklaşım, hukukun ne olduğunun “hukukun üstünlüğü”nün gereklerinden büsbütün bağımsız olarak anlaşılamayacağını ileri süren Jeremy Waldron’ın (2008: 9-10) teziyle de tutarlıdır. Bunu şöyle anlayabiliriz: Hukuku “hukukun üstünlüğü”nün (rule of law) gerekleriyle birlikte tanımlamalıyız. Hukukun üstünlüğünün çoğu gereği ise aynı zamanda hukukun adilliğinin de bir kriteri olarak görülebilir.

Elbette, adaletin asgarî gereklerini karşılamayan bir normatif sistemi devlet çoğu durumda zorla yürütebilir; ama bireylerin gönüllü olarak ve yükümlülük duygusuyla itaat etmedikleri böyle bir sistem hukuk adını hak etmez. Esasen, yüksek sesle ilân etmeye cesaret edemeseler de, insanlar

da genellikle bu tür bir “hukuk”u özünde herhangi bir çeteninkinden farklı olmayan bir kaba kuvvet uygulaması olarak görme eğilimindedirler.*

C. HUKUKUN ADALETLE İLİŞKİSİ

Toplumsal bir erdem olarak adalet, hukuk dahil olmak üzere siyasal kurum ve mekanizmaların haksızlık üretmemesini buyuran bir değerdir. “Haksızlık” derken kast ettiğimiz, kısaca, haktan sapmak, yani kişilerin haklarını çiğnemektir. Başka bir ifadeyle, adalet haksızlığın tersidir ve böylece bireylere olduğu kadar kamu otoritelerine de kişilerin haklarını tanıma ve onlara saygı gösterme yükümlülüğü yükler. Kişilerin adaletin gereği olarak tanınıp saygı gösterilmesi gereken haklarının başında “insan hakları” gelir. Adalet ayrıca, özgür bireylerin bazen “kişi”, bazen de “yurttaş” olarak hak ettiklerine ve kendi çabalarıyla sonradan kazandıkları haklara da saygı gösterilmesini gerektirir.

Eski Romalıların ünlü *Corpus Iuris Civilis* adlı derlemesinin bir parçasını oluşturan *Digesta*'da (MS. 533) yer alan bir tanıma göre de adalet “herkese hakkı olanı [veya hak ettiğini] vermek” demektir. Bu tanım da bizi yukarıdakiyle aynı sonuca götürmektedir. Nitekim herkesin “hakkı olan” veya “hak ettiği” başlıca iki unsurdan oluşur. İlk olarak, her bir birey sırf bir insan kişisi olmak itibarıyla “insan hakları”nı hak eder. İkinci olarak, her bir kişi kendi çabasının ürünü olarak meşru yollardan elde ettikleri üzerinde hak sahibidir. Başka bir anlatımla, bireylerin “insan hakları”na sahip olmaları onların insan olmalarından kaynaklanırken, bunun dışında neyi hak ettikleri onların geçmişte yapmış olduklarına bağlıdır. Kısaca, hukukun adaleti öncelikle kişilerin her iki anamdaki haklarını ve hak ettiklerini tanımayı ve korumayı gerektirir.

Bu çerçevede “âdil hukuk” biri şeklî diğeri maddî olmak üzere başlıca iki şekilde anlaşılabilir. İlk olarak şeklî anlamda âdil hukuk, hukuk kurallarının ve bir bütün olarak hukuk sisteminin belirli yapısal özellikleri taşıması ve bu kuralların hakkaniyetle (yani, tarafsızca, ayırım gözetmeyen bir şekilde) uygulanması anlamına gelir. Lon Fuller’ın doğru anlamda hukukun ölçütleri olduğunu savunduğu -aşağıda belirteceğimiz- standartlar (“hukukun içsel ahlâkî”nin gerekleri) ile Hayek’in önerdiği kriterler (genellik, soyutluk, amaçtan-bağımsızlık) adaletin bu gereklerini büyük ölçüde karşılamaktadır.

* Bu konuların daha ayrıntılı bir tartışması için, bkz. Erdoğan(2017); Erdoğan (2015).

Toplumsal bir erdem olarak adalet, hukuk dahil olmak üzere siyasal kurum ve mekanizmaların haksızlık üretmemesini buyuran bir değerdir.

**Özgür
bir toplum
için...**

Hukukun adaletle ilişkisi kendisini en belirgin bir şekilde düzeltici adalette gösterir; hukuk, mahkemeler aracılığıyla düzeltici veya telafi-edici anlamda adalet hizmet eder.

Ancak, bunlara geçmeden önce hukukun “düzeltici adalet”le ilişkisine kısaca temas etmeliyiz. Hukuk bağlamında düzeltici adalet, insanların mahkemelerin “adalet dağıttıkları”nı söylediklerinde esas olarak kast ettikleri şeydir. Hukukun adaletle ilişkisi kendisini en belirgin bir şekilde düzeltici adalette gösterir; hukuk, mahkemeler aracılığıyla düzeltici veya telafi-edici anlamda adalet hizmet eder. “*Düzeltilici adalet*”in esas başkalarına verilen zararın giderilmesi, tamir ve telâfi edilmesidir. Bir kişi sözleşmeyi ihlâl, “haksız fiil” ve suç işlemek gibi yollarla başkalarına zarar verebilir. Düzeltici adalet hem ika edilen zararın telâfi edilmesini sağlayarak, hem de zararın tazminini zarar-veren eylemin fâiline yükleyerek adaleti sağlamayı amaçlar.

1. Hukukun Yapısal Adaleti

Hukukun adaleti en başta hukuk kurallarının bazı yapısal özellikler taşımasını gerektirmektedir, bu özellikleri kısaca “kural adaleti” olarak belirtebiliriz. Lon Fuller’ın “*hukukun iç ahlâkı*”na ilişkin teorisi adaletin bu anlamdaki özelliklerinin iyi bir anlatımıdır. Fuller’a göre, hukukun iç ahlâkının gereklerinin çoğunu karşılamayan bir normlar sistemi “hukuk” olarak adlandırılmayı hak etmez. Bunun nedeni, bu gereklerle büyük ölçüde uyumsuz olan bir normatif sistemin bireylerin davranışlarını yönetmesinin mümkün olmamasıdır. Çünkü hukuk “insanların davranışını kuralların yönetimine tâbi kılma girişimi”dir (Fuller 1969: 96, 106).

Fuller “hukukun içsel ahlâkı”nın gereği olarak hukuk kurallarının özelliklerini şu şekilde belirtmiştir (Fuller 1969: 39, 46 vd.): (1) Kanunlar genel olmalıdır, (2) Kanunlar yurttaşların bağlı olacakları standartları bilmelerine imkân vermek üzere ilân edilmelidir, (3) Geçmişe yürüyen kurallar ve uygulamalar asgarîye indirilmelidir, (4) Kurallar anlaşılabilir olmalıdır, (5) Kurallar birbiriyile çelişmemelidir, (6) Kurallar muhataplarından yeteneklerini aşan davranış gerektirmemelidir, (7) Kurallar nispeten istikrarlı olmalıdır (sık sık değişmemelidir), (8) İlân edilen kanunlarla onların fiilen uygulanması arasında bir uyum var olmalıdır. Kısaca, Fuller’a göre, hukukun iç ahlâkı onun yapısal özelliğini belirlemektedir.

Öte yandan, Friedrich A. Hayek’e göre de hukuk “âdil davranış kuralları”ndan oluşan bir sistemdir. Hayek “âdil davranış kuralları” terimi ile doğru anlamda kanun veya hukuku kast etmekte ve onları bir tür “emir” olarak nitelediği yasaların (legislation) karşısında konumlandırmaktadır.* Ona

* Büyük özgürlükçü hukukçu Bruno Leoni de (1991) “kanun”la “yasa(ma)”nın aynı

göre, âdil bir davranış kuralı olması gereken kanun (i) herkes için geçerlidir, kişiler arasında keyfî ayırım yapmaz (genellik), (ii) kişiye ne yapacağını söylemez, fakat sadece onun içinde hareket edeceği özgürlük alanının sınırlarını belirler, (iii) belirlilik ve öngörülebilirlik sağlar (Hayek 2012: 165-66; Hayek 2013: 315-16).*

Bu arada başka bir hukuk düşünürü Joseph Raz, daha önce Waldron'a dayanarak hukukun kendilerinden bağımsız olarak anlaşılamayacağını belirttiğimiz "hukukun üstünlüğü"nü gereklileri arasında yargı bağımsızlığı, kamusal işlemlerin yargısal denetimi ve mahkemelere erişimin kolay olması gibi hususları da saymaktadır (Raz 1979: 214-18). Ancak, bunları izleyen alt başlıkta temas edilen "usulî hakkaniyet" in gereklileri olarak görmek daha doğrudur.

2. Doğal Adalet ve Usulî Hakkaniyet

Fakat hukukun adaletle ilişkisi "kural adaleti"nden ibaret değildir. Hukukta adalet –veya hukuk yoluyla adalet- yalnızca kuralların âdil olmasıyla sağlanamaz; ayrıca hukukun uygulanmasında da adalet ve hakkaniyetin gözetilmesi gerekir. Başka bir anlatımla, "hukukun üstünlüğü"nü standartlarını karşılayan bir hukuk sisteminin uygulamaya ilişkin de bazı gereklileri vardır. Kuralların uygulanması aşamasında söz konusu olan bu adalet bazen "doğal adalet" ama daha çok da "usulî hakkaniyet" olarak anılmaktadır. "Doğal adalet" açık duruşma, savunma hakkı ve "mahkemelerin bağımsızlığı"na uygun âdil bir yargılamayı gerektirmektedir. Yine doğal adalete göre, kimse kendi davasında yargıç olamaz. "Usulî hakkaniyet" de, buna benzer şekilde, hukuk uygulamasında taraflara eşit muamele edilmesini, onlara söz hakkı tanınmasını ve tarafsızlığı gerektirir. Hukukun uygulanmasında bu gereklere uyulmamasının, içerdiği kurallar âdil olsa da sistemin bütününe adaletini zedeleyeceği açıktır.

D. HUKUKUN MADDÎ ADALETİ VE İNSAN HAKLARI

Kanaatimce, belli bir anlamda "insan hakları", aşağıda açıklayacağım üzere, hukukun hem maddî hem de şeklî adaleti bakımından zorunlu bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Maddî anlamda adalet toplumda değerlerin,

şey olmadığı görüşündedir. Leoni'ye göre, "legislation" (yani, yasama organı tarafından kanun-koyma) üzerinde odaklanan bir hukuk sistemi sağlıklı değildir; öngörülemez ve istikrarsız olduğu için de doğru anlamda hukuku tahrip eder.

* Ayrıntılar için, bkz. Erdoğan 2019.

Hukukun içeriğinin de insan haklarıyla uyumlu olması, dolayısıyla âdil bir hukukun öncelikle bireylerin insan haklarını tanıyıp koruma altına alması gerekir.

nimet ve külfetlerin dağılımıyla ilgilidir. Daha önce belirttiğimiz gibi, “düzeltici adalet” hakları veya meşru çıkarları ihlâl edilmek suretiyle kişilere verilen zararı telâfi etmek, başka bir deyişle mağdurlara hakları olanın iade edilmesini sağlamak suretiyle bir anlamda dağıtıcı adalete hizmet eder. Bunun dışında maddî adaletin hukuk yoluyla sağlanmasının imkânı şüphelidir. Çünkü farklı dünya görüşlerine ve “iyi” anlayışlarına sahip olan insanlar arasında bireylerin neyi hak ettiklerinin hangi kritere veya kriterlere göre belirleneceği konusunda genel bir mutabakat yoktur. Joseph Raz’ın dediği gibi, günümüzün büyük ölçekli çoğulcu toplumlarında adaleti de içerecek şekilde herkesin paylaştığı geniş bir ahlâkî ilkeler setinin varlığından söz edilemez (Raz 2001: 78). Jeremy Waldron da buna benzer şekilde, adaleti önemseyen ve onu hukukta somutlaştırmak isteye insanların bile adaletin ne olduğu veya en iyi nasıl gerçekleştirileceği konusuna farklı görüşlere sahip olduklarına dikkat çekmiştir (Waldron 2000: 782-784). Mahkemeler aracılığıyla gerçekleşen düzeltici adaletin bunun istisnası olmasının nedeni, onun bireylerin zaten sahip oldukları hakların geri verilmesini sağlamasıdır.

Bununla beraber, insan haklarını, maddî adaletin gerekleri üstünde evrensel mutabakata varmanın zorluğunun kısmî bir istisnası olarak görebiliriz. Esasen, çoğulcu bir toplumda adaletin mahiyeti ve gerekleri konusunda insanlar arasında makul görüş farklılıklarının varlığı normal olmakla beraber, bu konuya ilişkin görüş farklılıklarının dışında tutulabilecek olan tek konu insan haklarıdır. Hukukun maddî anlamda adaleti, bir hukuk sisteminin kişilere “hakkı olanı veya hak ettiğini” verip vermediğiyle veya ne ölçüde verdiğiyle ilgili olduğuna göre, kişilerin en başta insan haklarını “hak ettikleri”ni söyleyebiliriz. Bu da bireylerin “insan hakları”nı tanımasını hukukun maddî adaletinin bir gereği olarak görmemiz gerektiği anlamına gelir. Kısaca, hukukun içeriğinin de insan haklarıyla uyumlu olması, dolayısıyla âdil bir hukukun öncelikle bireylerin insan haklarını tanıyıp koruma altına alması gerekir.

Böylece, maddî adaletin “insan hakları”nın dışında neleri gerektirdiği üzerinde genel bir mutabakat sağlamanın imkânsızlığı sonucuna ulaşmış bulunuyoruz. Çünkü insan hakları dışında kişilerin neleri hak ettikleri onların somut durum ve ilişkilerine (sözleşmeden, haksız fiilden vb. doğan ilişkiler gibi) bağlı olduğundan bu konuda önceden genel-soyut bir belirleme yapılamaz.



Ancak, insan haklarına saygının âdil bir hukukun zorunlu bir özelliği olduğuna ilişkin mutabakat, konu bu hakların neler olduğuna gelince hemen zayıflamaktadır. Bu bağlamda, uluslararası insan hakları hukukunun kapsamıyla ilgili olarak şöyle bir ayırım yapabiliriz: (a) kabaca sivil hak ve özgürlüklere karşılık gelen özgürlük ve dokunulmazlık hakları, (b) siyasî haklar ve (c) refah hakları (yaygın deyişle, “sosyal ve ekonomik haklar”). Şimdi, negatif karakteri ağır basan özgürlük ve dokunulmazlık hakları ile siyasî hakların bireyler arasında “nimet ve külfet” dağıtımıyla ilgisinin zayıf olduğu söylenebilirse de, büyük ölçüde dağıtımcı yapıları nedeniyle “refah hakları”nın bu nitelikleri ön plana çıkmaktadır. Dağıtım meselesi söz konusu olduğunda ise, kimin neyi ne kadar “hak ettiği” ve hak edişlerin maliyetinin ilgisiz başkalarına yüklenip yüklenemeyeceği sorunu ortaya çıkacağından, bu hakların bütünüyle “adaletin zorunlu gereği” olarak tanınmasını istemenin makul olduğu söylenemez.

Öte yandan, değer dağıtımıyla pek ilgili olmayan “özgürlük ve dokunulmazlık hakları” ise, tersine, kişileri başta devletin keyfî müdahalesine karşı koruyan güvenceler niteliğindedirler. Dolayısıyla, bu hakları kişisel güvenceler olmak itibarıyla usulî adaletin ve hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak da görebiliriz. Kısaca, bireylerin özgürlüğün garanti eden ve onlara keyfî devlet müdahalesi karşısında korunma sağlayan “insan hakları”na saygıyı âdil bir hukuk sisteminin gereği olarak görmemizin bir nedeni, bu alanda toplumda ve toplumlar arasında güçlü bir mutabakat sağlamanın mümkün olması ise, bir diğer nedeni de insan haklarının korunmasının bir yönüyle de usulî adaletle ilgili olmasıdır.

Adaletin –ve bu arada, hukukun üstünlüğünün– insan hakları güvencelerinin hukukun zorunlu bir unsuru olmasını gerektirmesi, Herbert Hart’ın “*hukukun asgarî tabîi hukuk içeriği*” dediği şeyle de tutarlıdır. Hart’a göre, insan doğasının temel özelliklerinin ve “doğal zaruretler”in dayattığı bir durum olarak; bir hukuk sisteminin bireylerin hayatlarını idame ettirmelerinin en temel şartlarını oluşturan hayat, hürriyet ve mülkiyetin korunmasını ve sözleşmelerin yerine getirilmesini temin etmesi gerekir. Öte yandan, Hart’ın bu konuyla ilgili başka bir düşüncesi de, herkesin bir tür “doğal hak” olarak görülebilecek olan “*özgür olma eşit hakkı*”na sahip olduğu fikridir. Sonuç olarak, Hart’a göre de, modern toplumlarda hukukun herkesin özgürlüğünü –ve dolayısıyla insan haklarını– güvence altına alması gerekir (Hart 1978: 189-93; Hart 1992).

Modern toplumlarda hukukun herkesin özgürlüğünü –ve dolayısıyla insan haklarını– güvence altına alması gerekir.

**Özgür
bir toplum
için...**

ATIF YAPILAN KAYNAKLAR

- Aral, Vecdi (1988), *Toplum ve Adaletli Yaşam* (İstanbul: Filiz Kitabevi).
- Erdoğan, Mustafa (2019), “Hukuk, Kanun, Yasa(ma)” *Pasajlar Sosyal Bilimler Dergisi*, No. 1, ss. 37- 49.
- Erdoğan, Mustafa (2017), *Hukuk ve Adalet* (Ankara: Orion Kitabevi)
- Erdoğan, Mustafa (2015), “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet”, Haşim Kılıç’a Armağan, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları), ss. 331-347.
- Erdoğan, Mustafa (2012), *İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku* (Ankara: Orion, 3. b.)
- Fuller, Lon L. (1969), *The Morality of Law* (Yale University Press, rev. ed.)
- Hart, H.L.A. (1992), “Are There Any Natural Rights?”, Waldron, J. (ed.), *Theories of Rights* (Oxford University Press) içinde, ss. 77-90.
- Hart, H.L.A. (1978), *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 9th impr.)
- Hayek, F. A. (2013), *Özgürlüğün Anayasası*, Çev. Çelikkaya, Y. Z., (Ankara: BigBang yayınları).
- Hayek, F. A. (2012), *Hukuk Yasama ve Özgürlük, II. Kitap: Sosyal Adalet Serabı*, Erdoğan, M. (Çev.) (İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları).
- Leoni, Bruno (1991), *Freedom and the Law* (Indianapolis, IN: Liberty Fund, 3rd. ed.)
- Raz, Joseph (2001), “Legal Principles and the Limits of Law”, Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London: Duckworth), ss. 73-87.
- Raz, Joseph (1979), “The Rule of Law and Its Virtue”, *The Authority of Law* (Clarendon Press).
- Waldron, Jeremy (2008), “The Concept and the Rule of Law”, <http://ssrn.com/abstract=1273005>.
- Waldron, Jeremy (2000), “Does Law Promise Justice?”, *Georgia State University Law Review*, Vol. 17, No. 3, ss. 759-788.

LİBERAL PERSPEKTİF YORUM

Sayı: 15, Nisan 2020

HUKUK VE ADALET

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan



Turgut Reis Cad. No: 15/4, Mebusevleri, Çankaya, Ankara

(312) 213 24 00 www.oad.org.tr info@oad.org.tr

[f](https://www.facebook.com/ozgurlukarastirmalari) ozgurlukarastirmalari [t](https://twitter.com/ozgurlukar) ozgurlukar