

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ 2

BENTHAM'IN HUKUK TEORİSİ

- Bentham'ın ahlak teorisi alanında ortaya koyduğu yaklaşım, hukuk teorisini de belirlemektedir.

<<en çok sayıda insanın en fazla mutluluğu>> nu sağlayan kural hukuk kuralı haline gelmesi gerektiğini belirtir.

- Hukuku olduğu gibi değil, olması gereken üzerinden ele almaktadır. Bu metodu O'nu tabii hukukçulara yaklaştırmaktadır.
- Bentham metod olarak tabii hukukçulara yakinken, hukuk teorisi tabii hukuk eleştirisi üzerinedir. Eleştirisi W. Blackstone'nun sözde tabii hukuk teorisi üzerinden ilerlemektedir.

Sir William Blackstone

- 1795 yılında <<İngiliz hukukunun şerhi; Commentaries on the Laws of England>> adlı eseri yayımlanmıştır. Hukuk çevrelerini büyük ölçüde etkilemiştir. ABD'de yankı uyandırmıştır.
- Metodu İngiliz hukukunu eleştirmek değil, açıklamaktır.
- Pozitif hukuku sistemleştirmeye gayret etmiştir.
- Tabii hukuka riayet edilmesi gerektiğini belirtir.

İNGİLİZ HUKUKU-COMMON LAW

- İngiliz hukukunun kaynağı teamüllerdir.
- İngiliz hukuku sadece teamüller toplamı değil, aynı zamanda tabii hukukla çakışmaktır. Bu akla dayalı bir tabii hukuktur. Bu nedenle yargıçların akla uygun düşmeyen kararları hukuk değildir. Bir yargıç akla uygun olmadığı gerekçesiyle bir emsal kararı uygulamaz ve farklı bir karar verirse, bu yeni bir karar değil, yanlışın düzeltilmesidir.
- Hukuk kural ya da kurallar sistemi olarak ortaya çıkmak zorunda değildir. Gelecekteki davranışları yönlendiren herhangi bir formda ortaya çıkabilir.

BLACKSTONE'A GÖRE TABİİ HUKUK

- <<...Tabii hukuka uygun hukuka riayet edilmelidir. Tabii hukuka aykırı hukuk kendiliğinden batıldır. Bu hukuka riayet edilmemeli, bilakis karşı konulmalıdır. Tabii haklara tecavüz edilirse her vatandaş onları müdafaa için harekete geçmelidir. Tabii haklar her insan için aşikar bir mahiyet taşır, bu yüzden onları ispata lüzum yoktur...>>
- <<...İnsanların yaptığı kanunlar tabii hukuka aykırı olmamalıdır, eğer bir kanun tabii hukuka aykırı ise bu kanunu çiğnemek icap eder...>>

ESER İKİ FİKRE DAYANIYORDU.BUNLAR; 1)İngiliz hukukunun mükemmelliği ve bu hukukun olduğu gibi korunması düşüncesi, 2)Tabii hukuk ilkelerinin edebi hakikati temsil ettiği düşüncesi

BENTHAM'IN HUKUK YAKLAŞIMI

- Tabii hukuk teorisinin reddi
- Hukukun amacı
- Hukukun müeyyideleri

TABİİ HUKUK TEORİSİNİN ELEŞTİRİSİ

- Bentham Blackstone'un İngiliz hukuku açıklamasını eleştirmiştir. İngiliz hukukunun sorgulanmayan geçmişinin temizlenmesini istemiştir.
- Sosyal sözleşme yaklaşımına karşı çıkmaktadır. Ona göre hukuk çoğunluğun faydası doğrultusunda oluşturulmalıdır.
- Bentham'a göre hiçbir hukuk, tabiattan gelmez. Hukuk devlet otoritesinden kaynak alan müeyyidelendirilmiş kurallardır.
- İnsanın tabii hakları yoktur. İnsan için tabi olan sadece haz ve acı hisleridir.
- Tabii hukuk ilkeleri belirsizdir. Herkes tarafından farklı yorumlanır. Bu nedenle neyin tabii hukuk olduğunu kestirmek zordur. Söz konusu belirsizlik tabii hukukun pozitif hukuka temel teşkil etmesine mani olmaktadır.

BENTHAM'IN HUKUK TANIMI : "EGEMENİN YAPTIRIMLA DESTEKLİ BUYRUKLARIDIR."

BENTHAM'IN KLASİK COMMON LAW ELEŞTİRİSİ

- Bentham'ın hukuk kuramı ve klasik hukuki pozitivizm klasik common law eleştirisi üzerine gelişmiştir.
- Bentham'ın Blackstone ve Common Law eleştirisi üç ana başlıkta toparlanabilir. Bu başlıklar aynı zamanda klasik hukuki pozitivizmin ya da analitik hukuki pozitivizmin de temel tezleridir.
- (Ayrılabilirlik tezi, Buyruk kuramı, Kaynaklar tezi)

AYRILABİLİRLİK TEZİ

- Hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olduğunun reddidir.
- Blackstone common law'un geçerliliğinin ölçütü olarak tabii hukukla uyumlu olmasını göstermiştir. Bentham Blackstone'u bu noktada eleştirmiş ve hukukun ahlakilik ölçütlerine bağlı olmadan da geçerli olabileceğini ortaya koymuştur.

BUYRUK KURAMI

- Hukuk insan iradesinin ifadesidir.
- Bentham klasik common law teorisinin normları belirsiz olarak ortaya koymasını eleştirmiştir.
- Klasik hukuk pozitivizm ve Bentham'a göre hukuk belirsiz ilkeler değil, belirli kural şeklinde ortaya çıkan önermelerden oluşmaktadır. Normların belirli dilsel şekillerinin olması gerekir.

KAYNAKLAR TEZİ

- Bütün geçerli hukuk normları bir hukuk sistemindeki egemen tarafından yürürlüğe konulur. Bu bağlamda normun geçerliliği egemene bağlıdır.
- Bentham'a göre hukukun geçerliliği içeriğinden bağımsızdır. Hukuk sistemi içerisindeki egemen tarafından ortaya konulması geçerliliğini sağlar. Her bir hukuk sisteminin kendine özgü bir egemen kavrayışı vardır. Demokratik bir sistemde egemen tüm vatandaşlardır.

Bentham'ın yaşamında ortaya çıkan eserleri çoğunlukla etik ve siyaset felsefesi odaklıdır.

HUKUKUN AMACI

- Bentham ahlak teorisinde ortaya koyduğu amacı hukuk kuramına da taşımıştır. Hukukun amacı toplumsal faydayı sağlamaktır.

- Toplumsal faydayı araştırmak yasama biliminin konusunu teşkil eder. Bu amacı gerçekleştirmek için araçları bulmak ise yasama sanatıdır.
- Hukukun gerçek amacı toplumsal mutluluğu gerçekleştirmektir. Bunun için toplumsal hayattaki acıyı en aza indirmek ve mutluluğu azami ölçüye getirmek esastır.

JOHN AUSTİN

- İngiltere'deki geçerli olan hukuk sistemini sert bir şekilde eleştirmiştir.
- Döneminde İngiliz hukuk sistemi bir doğal hukuk kuramcısı olan Sir William Blackstone'un felsefesini benimsemektedir.
- 1852 yılında Bentham'ın vefatından sonra en önemli eseri "Hukukun belirlenmiş alanları" yayımlanmıştır.

GENEL OLARAK; AUSTİN'İN BUYRUK KURAMI

- Bentham'ın ğrencisi olarak Austin faydacı felsefenin taraftarıdır. Çok sayıda insanın en fazla mutluluğunun siyasi egemenin belirlediği amaç olduğunu belirtir.
- Hukuk kuramını buyruklar ve gereklilikler üzerine inşa etmiştir.
- Austin'in hukuk kuramı eleştirel değil, açıklayıcıdır. (Açıklayıcı hukuk bilimi/felsefesi(analitik hukuk bilimi/felsefesi) hukukun ne olduğunu betimler, eleştirel hukuk bilimi/felsefesi(normatif hukuk bilimi/felsefesi) ise hukukun nasıl olması gerektiği üzerinde durmaktadır)

HUKUK FELSEFESİNİN ALANLARI; 1)Açıklayıcı-Betimleyici Hukuk Kuramı-Bilimi-Felsefesi(Austin) 2)Normatif-Eleştirel Hukuk Kuramı-Bilimi-Felsefesi(Bentham)

HUKUKTA KAVRAMSAL ANALİZ

- Hukuk kavramının kendisi analitik hukuk felsefesinin inceleme alanı içerisindedir.
- Hukuk kavramını analiz edenler hukukun amacıyla ilgilenmezler. Hukukun içsel amaçları ya da evrensel bir içeriği olduğunu reddederler.(Morawetz,s.16)

NORMATİF HUKUK FELSEFESİ

- Pozitif hukukun felsefi değerlendirilmesidir. Bu değerlendirmede belirli ilkeler esas alınmaktadır.
- Tabii hukuk teorisi pozitif hukuku açıklamamış, eleştirmiştir. Bu noktada Bentham da tabii hukuk teorisinin metodunu benimser. Pozitif hukuku açıklamaz, eleştirel bir şekilde ele alır.
- Tabii hukuk teorisi pozitif hukuku eleştirirken adalet değeri/ilkelerini esas alırken, Bentham toplumsal faydayı esas alarak tabii hukuktan ayrılmıştır.
- Bentham'ın hukuk kuramı hukuki pozitivisttir. Tabii hukuku eleştirmektedir.
- Bentham yargıçların keyfiliğini engelleyecek bir kuram peşindeyken, Austin yargıçlar açısından endişesi daha sınırlıdır.

AUSTİN'İN HUKUK TANIMI

Hukuk nedir? Austin'e göre hukuk: << Egemenin yaptırımına desteklenmiş buyruklardır>>

- Bu bağlamda hukuk pozitif kanunlardır. Örf ve adet kuralları, teamüller, <<uluslararası hukuk>> hukuk biliminin araştırma alanı içerisinde değildir. Zira bu kuralların yaratıcısı belirli bir egemen değildir.

POZİTİF YASA/POZİTİF AHLAK

- Pozitif yasa ve pozitif ahlak kuralları insanlar tarafında, insanlar için konulmaktadırlar.

- Pozitif ahlak kurallarına ahlak demektir. Ahlak insan davranışlarının düzenlenmesine yönelik düşünce ve duyguların ifadesidir.
- Hukuk ise siyasi üstünlüğe sahip kişilerce ya da hukuki haklara dayanarak özel kişilerce oluşturulur.
- Austin'e göre hukuk biliminin konusu içeriğinin iyi mi kötü mü olduğu tartışılmaksızın sadece hukuktur.

İlahi yasalardan ve ahlaktan farklı olarak hukuk <<doğrudan ya da dolaylı biçimde, egemen bir kişi veya organ tarafından, egemen ve üstün olduğu bağımsız bir siyasi toplumun bir üyesi veya üyeleri için konulmuştur.>>... siyasi üstünlüğü bulunan bir monark veya egemenin doğrudan veya dolaylı buyruklarıdır.>>

- Yasa siyasi bakımdan üstün bir kişi ya da grup tarafından belirlenmemişse, pozitif hukuk değil, pozitif ahlaktır.
- Bu bağlamda uluslararası hukuk Austin'e göre pozitif hukuk değildir. Sözde hukuktur.

SÖZDE YASALAR İKİYE AYRILIR; METAFOR OLARAK YASALAR(YER ÇEKİMİ YASASI) VE ANALOJİ OLARAK YASALAR(MODA,ANAYASAL TEAMÜLLER,ULUSLARARASI HUKUK)

HUKUKUN UNSURLARI

- Egemen
- Buyruk
- Yaptırım

EGEMEN

- Egemen Austin'in hukuk tanımında merkezi bir öneme sahiptir. Zira egemen bir toplumda hukukun kaynağıdır. Her pozitif yasa egemen bir kişi ya da egemen kişiler grubu tarafından, bu kişilerin egemenliği altında bulunan kişi ya da gruplar için konulmuştur.
- Austin'e göre egemenlik nüfusun çoğunluğunun geleneksel olarak egemene itaat alışkanlığı içerisinde bulunduğu siyasal toplumda mümkündür. Buna ek olarak egemen de bir başkasına itaat alışkanlığı içerisinde değil, bağımsızdır. Dolayısıyla bağımsızlık topluma değil, egemene aittir.
- Austin egemeni toplum sözleşmesi kavramıyla varsayımsal bir şekilde ortaya koymamaktadır. Onun egemenlik anlayışı olgusal bir gerçekliğe yani insanların itaat etme alışkanlığına dayanmaktadır.
- Austin'in ampirik bir gözlemine dayanmaktadır.

KURAL-ALIŞKANLIK FARKI?

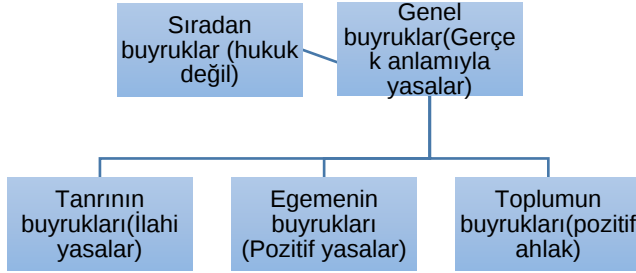
- Kırmızı ışıktaki beklemek
- Pazar günleri pikniğe gitmek

BUYRUK

- Tüm hukuksal düzenlemeler emir niteliğindedir. Şeklen emir niteliğinde olmasalar bile doğaları gereği emir niteliğindedir.
- Hukuk birinin katı kuralcı Sofi teyzesine benzemez. Zira onun ahlaki tavsiyelerine uymazsanız bir cezayla karşılaşmayabilirsiniz. Hukuk bu tür ahlaki tavsiyelere göre daha zorlayıcı bir sosyal kontrol aracıdır.
- Hukuk, düzenlemelerin muhatabı olan kişilerin ilgisini ve itaatini talep etmektedir.

- Bu buyruklar muhatabı olan bireylerin belirli bir şekilde davranmasını ve belirli davranışlardan uzak durmalarını gerektirmektedir.
- Buyruk muhataplarını belirli bir yükümlülük altına sokar. Bu yükümlülük bir ödevdir. Her buyruk bir ödevle karşılık gelmektedir.
- Buyruklar genel olmalıdır. Özel bir kişi ya da grubu esas alan buyruk pozitif hukuk olarak nitelendirilmez.

AUSTİN'İN BUYRUKLARI



YAPTIRIM

- Buyruğa itaat edilmemesi ya da ödevin yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkması muhtemel kötülüktür. Yaptırımın şiddeti ve gerçekleşme olasılığı önemli değildir. Önemli olan buyruğun yaptırımla güvence altına alınmış olmasıdır. Austin'e göre yaptırımla desteklenmemiş yasa gerçek bir yasa olarak kabul edilemeyecektir.
- Yaptırım kavramı, aynı zamanda bireylerin hukuka niçin itaat ettikleri sorusunun da cevabını vermektedir. Burada Austin yine rasyonel ya da ahlaki bir gerekçelendirme yapmadan olgusal gerçeklikten hareket ederek pozitivist karakterini ortaya koymaktadır.
- Yaptırımla desteklenmemiş yasaların gerçek yasa olarak kabul edilmemesi Austin'in uluslararası hukuk ve anayasa hukukunu hukuk bilimi içerisinde görmemesine neden olmaktadır. Uluslararası hukukta belirli bir egemenin varlığının olmaması yaptırım kavramının belirsiz olması Austin'e göre uluslararası hukukun hukuk olarak kabulünü engellemektedir.

Ya paran ya canın Austin'e göre Hukuk mu?

HAK VE ÖDEV KAVRAMLARI

- Austin'e göre hakkın kaynağı yasadır. Yani buyruktur. Başka kaynaklardan doğan haklar da vardır. Örneğin Tanrı yasaları ya da yaptırımı olan ahlak kurallarından doğan haklar da vardır. Ancak bunlar gerçek hak değildir.
- Austin'e göre her yasa bir hak yaratmaz ancak her hak mutlaka bir yasa tarafından yaratılır.
- Austin pozitif hukuk dışındaki hak kaynaklarının varlığını kabul etmekte ancak hukuki sonuç doğurmak bakımından değersiz olduklarını düşünmektedir. Bunun için hakların pozitif hukuk tarafından tanınması gerekmektedir.

İYİ HUKUK SORUNU

- İyi hukuk sorunu, hukukun ahlaktan kavramsal olarak ayrılmasıyla ilgilidir. Austin hukukun ahlaka uygun olup olmamasıyla ilgilenmez. Ona göre hukuk bilimi pozitif yasaların iyi yada kötü oluşlarını dikkate almaksızın ilgilenir.

- Böylece hukuk ahlaki içeriği açısından her türlü ahlaki sorundan bağımsız olarak ve salt şekli çerçevede ele alınmaktadır. Ona göre hukukun mevcudiyeti ile ahlaki olup olmaması farklı şeylerdir. Hukuk yani pozitif hukuk, içeriğini ister beğenelim ister beğenmeyelim hukuktur. Adil olup olmaması başka bir araştırma konusudur. Adaletle uygun olmayan hukukun hukuk olmadığı yönündeki düşünceye karşı çıkmaktadır.

HUKUKİ POZİTİVİZMİN TEMEL TEZLERİ



KAYNAKLAR TEZİ: SOSYAL KAYNAKLAR/SOSYAL OLGU/TOPLUMSAL TEZ

- İlk pozitivistler Hobbes'u takip ederek hukukun siyasal egemenin bir aracı olarak gördüler. Hukukun egemenin emirleri olduğunu belirttiler. Ancak daha sonra hukuki pozitivistler hukukun temelinde sosyal olgu boyutunun olduğunu vurguladılar. Yasamanın ve mahkemelerin hukuk yaratmasında sosyal olgular kaynak olarak kabul edilmeye başlanmıştır.
- Sosyal kaynaklar tezi hukukun öncelikle bir sosyal olgu olduğunu ve hukuku geçerlilik şartlarının toplumsal gerçekliklerden ibaret olduğunu iddia ederler.

AYRILIK/AYRILABİLİRLİK/AYRIŞIM TEZİ

- Hukuki geçerlilik şarttır. Hukuki geçerlilik için ahlakilik bir ölçüt değildir.
- Doğal hukuk teorisine göre pozitif hukukun hukuk olarak kabul edilebilmesi için evrensel ahlakiliğe uygun olması gerekir. Ayrılık tezi bu önermeyi kabul etmez. Hukukun geçerli olması ahlaki içeriğinden bağımsızdır.

HUKUKİ POZİTİVİZMİN TEMEL TEZLERİ

- **AYRILIK TEZİ**
- Ayrılık tezi bağlamında hukuk ve ahlakın alanı ayrıdır. Pozitif hukukun içeriğinin ahlaki standartlara uygun olup olmaması hukukiliğin ölçütü değildir. Austin ahlak ve din kurallarının varlığını reddetmez. Sadece hukukun alanı içinde olduğunu kabul etmez. Hukuk sadece kendi kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

- **KAYNAKLAR TEZİ**
- Austin'in hukuk tanımında yer alan kendisine itaat edilme alışkanlığı olunan taraf yani egemen hukukun kaynağıdır. Bu aynı zamanda hukukun sosyal olgu boyutunu da ortaya koymaktadır.

AÇISINDAN AUSTİN'İN HUKUK TEORİSİ

AUSTİN'E YÖNELİK ELEŞTİRİLER

- 1) Hukuk egemenden bağımsız bir sürekliliğe sahiptir. Egemen iktidardan gidince de devam eder.
- 2) Austin'in belirttiğinin aksine modern hukuk sistemlerinde hukuk hem egemen hem de vatandaşlar için bağlayıcıdır.
- 3) Austin'in teorisinde egemen kavramı güç kavramıyla özdeşdir. Ancak modern hukuk sistemlerine bakıldığında yasamanın egemenliği olmasına rağmen güç elinde değildir.
- 4) Hukuki buyrukların hepsinin yaptırım unsuru içerip içermediği tartışmalıdır.
- 5) Bütün hukuki normların emredici nitelikte olup olmadığı tartışmalıdır.

"Mahkeme... İngilizce konuşan halkın geçmişten kalan doğruluk ve adalet anlayışına aykırı olup olmadığını inceler. Bu adalet ölçütleri hiçbir yerde yazılı olmamasına rağmen bellidir."

"...1944 yılında eşinden kurtulmak isteyen bir kadın, kocasını Alman ordusundan ayrıldıktan sonra, evinde Hitler aleyhine yaptığı hakaret dolu konuşmalarından dolayı yetkililere ihbar eder. Kocanın söyledikleri 3. Reich hükümetine zarar veren veya Almanya'nın askeri savunmasını herhangi bir şekilde zayıflatan beyanları yasadışı kabul eden yasaların ihlali anlamına gelse bile, kadının eşinin eylemlerini bildirmek gibi yasal bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Adam söz konusu ihbar neticesinde yargılanmış ve idam cezası almıştır. Ancak cezası infaz edilmemiş ve cepheye gönderilmiştir. 1949'da Batı Almanya mahkemelerinden birinde kadın aleyhine, bir kişiyi yasal olmayan biçimde özgürlüğünden mahrum ettiği gerekçesiyle dava açılır. Bu çıkarıldığı zamandan itibaren kesintisiz olarak yürürlükte kalan 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu'na göre cezalandırılabilir bir suçtur. Kadın savunmasında, eşinin mahkumiyetinin Nazi yasalarına uygun olduğunu ve bu nedenle suç işlemediğini belirtir. Davanın intikal ettiği Yüksek mahkeme, koca bir yasayı ihlal etmesi dolayısıyla mahkeme tarafından mahkum edilse bile, kadının eşini ihbar etmekle onun özgürlüğünden mahrum kalmasına neden olduğu gerekçesiyle suçluluğuna karar vermiştir. Mahkemenin hükmü şöyledir: Bu yasa "tüm makul insanların vicdanlarına ve adaletin anlamına aykırıdır"

HART'IN ESNEK HUKUKİ POZİTİVİZMİ

- Hart bütün bu gelişmeler nedeniyle pozitivist hukuk teorisini kendinden önceki klasik hukuki pozitivistlerden (Bentham ve Austin) farklı kılmıştır.
- Doğal hukuki teori ile hukuk pozitivism arasındaki derin ayrımı asgari bir tabanda birleştirmiştir. (doğal hukukun asgari içeriği)
- Hukuku tanımlamaz, tanıır.

HART'IN ESNEK HUKUKİ POZİTİVİZMİNİ HAZIRLAYAN NEDENLER;

- Savaş sonrasında insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin imzalanması ve insan haklarının pozitif hukuku değerlendirecek bir ölçüt olarak ele alınması ve tanınması. Örn: Birleşmiş milletler sözleşmesi, İnsan hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan hakları sözleşmesi
- Nazi devlet adamlarını yargılayan Nürnberg Savaş Suçları mahkemelerinde, mahkeme bireylerin belli eylemlerinin pozitif hukukun hükümlerini ihlal etmesi dahi insanlığa karşı suç teşkil edeceği ilkesi uygulanmıştır.
- Yargıçların -özellikle ABD yüksek mahkemesi yargıçlarının- kararlarında insan haklarına yer vermeleri

KURALLAR SİSTEMİ OLARAK HUKUK (HART'IN DÜŞÜNCESİ DOĞRULTUSUNDA)

Yükümlü olmak- Bir Yükümlülüğü bulunmak

- Hart hukukun neden bağlayıcı olduğu sorusuna Austin'in kuramından yararlanarak açıklar.
- Austin'e göre bireyler egemen ve buyruklarına karşı itaat alışkanlığı geliştirirler.
- Hart hukukun bireyleri yükümlülük altına alma kudreti olduğunu ve Austin'in bunu göz

YÜKÜMLÜ OLMAK

- Soyguncu-bankacı ilişkisi
- Yükümlü olan kişi kendisinden isteneni yapmazsa, bazı zararlardan veya olumsuz sonuçlarla karşılaşacağına inanır.
- Psikolojik bir durumdur.

ardı ettiğini belirtiyor.

BİR YÜKÜMLÜLÜĞÜ BULUNMAK

- Hukuk-vatandaş ilişkisi
- Yükümlülüğü bulunan kişi yaptırım nedeniyle kurala itaat etmez.
- Vatandaşlar kuralın önemli olduğunu düşünürler.

İÇSEL BAKIŞ AÇISI

İÇERDEKİNİN BAKIŞ AÇISI

- Hukuk teorisyenlerinin hukuka ilişkin tespitlerinde içerdekinin bakış açısını

DIŞSAL BAKIŞ AÇISI

- Dışarıdan gözlemlenebilen davranış düzenlilikleri söz konusudur.
- Dışsal bakan kişi hiçbir şekilde kendisini o uygulamaya dahil hissetmez. O uygulamayı kendi davranışları için ölçüt olarak kabul etmez.

İÇSEL BAKIŞ AÇISI

- Kural uygun davrananlardan en azından bazılarının davranışlarını uydurmaları için kuralı gerekli bir standart görmeleridir.
- Psikoloji disiplini açısından vatandaşlar hukuku içselleştğinde kendi ve başkalarının davranışları değerlendirme ölçütü olarak kabul etmektedirler.

meşru olduğunu düşünmektedir.

- Bu meşruiyet ahlaki olmak zorunda değildir.

esas alması gerektiğine ilişkin yaklaşımı konu alır.

- Metodolojik bir konudur.
- Hermeneutik yaklaşım da denilmektedir.

İÇSELLEŞTİRİLMİŞ BAKIŞ AÇISI

- Hukuk toplumunda bireyin kuralı kabul etmesine ilişkin neden ve haklılaştırmadır.
- Kuralı içselleştiren kişi, davranışının

İLKEK TOPLUMUN ÜÇ SORUNUNA İLAÇ OLARAK ÜÇ İKİNCİL KURAL

Belirsizlik sorunu

• Tanıma kuralı

Durağanlık sorunu

• Değiştirme kuralı

Etkinlik sorunu

• Muhakeme/Yargılama Kuralları

BİRİNCİL VE İKİNCİL KURAL AYRIMI

İlkel toplum : 1)Sadece birincil kurallar

2)Hukuka bakış dışsaldır.

Yasal toplum: 1)Birincil ve ikincil kurallar
2)İçsel bakış açısı gerekli.

BİRİNCİL KURALLAR

- Kişileri isteseler de istemeseler de belirli davranışlarda bulunmak ve kaçınmak yükümü altına sokarlar.
- Kişilere ödev yükleyen özellikle ceza ve haksız fiil hukukunda görülen yükümlülük kurallarıdır.
- Bireylerin bu kurallara uyma yükümlülükleri vardır.
- Kuraldan sapana toplumsal baskı uygulanmaktadır.
- Bu kuralların otoritesinin kaynağı vatandaşlardan daha üstün bir kişi tarafından çıkarılmaları değil, bağlayıcı ya da otoriter hukuk formunda konumlanmış olmalarıdır.

İKİNCİL KURALLAR

- Yetkilere yöneliktir. Yetkilerini kullanmalarının sınırlarını belirler.
- Birincil tipteki kuralları değiştirme, eskilerini kaldırıp, yenilerini koyma, ihlalleri halinde yargılanmanın nasıl ve kimler tarafından yapılacağını belirlerler.
- Bireylere özel ya da kamusal yetki tanıyan kurallardır.
- Sadece birincil kuralların olduğu toplumlardaki sorunları gidermek için ikincil kurallar gereklidir.
- Birincil kuralların egemen olduğu toplumlarda hukuk ile ahlak kuralları farklılaşmaz. Modern hukuku ahlak kurallarından farklı kılan ikincil kurallardır.

HUKUK= BİRİNCİL KURALLAR+İKİNCİL KURALLAR



TANIMA KURALI

- Birincil kurallar rejiminin belirsizliğinin çaresi tanıma kuralıdır.
- Birincil kuralların vatandaşlar tarafından tespit edilmesini sağlayan bağlayıcı kriterleri içerirler.
- Otoriter bir metindir. Örn: Yazılı bir anayasa
- Memurlara kuralların ne olduğunu veya hangi kuralların hukuk sistemine dahil olduğunu kararlaştırma imkanı tanır.
- Tanıma kuralında yer alan standartlar memurların eylemlerinin gerekçesi olduğu gibi, aynı zamanda kendileri de bu tanım kuralının içeriğini eylemleriyle belirleyebilirler.

BİR HUKUK SİSTEMİNİN VAR OLABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ASGARI İKİ KOŞUL

- 1)Sistemin geçerlilik kriteri uyarınca geçerli sayılan birincil kurallara genel olarak itaat etmelidir.

- 2)Memurlar, ikincil kuralları genel davranış standardı olarak görmeli yani içsel bakış açısıyla benimsemelidir.

GEÇERLİLİK KRİTERİ

- Hart'a göre tüm kuralların geçerliliğini sağlayan tanıma kuralıdır.
- Herhangi bir kuralın bağlayıcılığı veya otoriter oluşu, geçerlilik kriterine denk gelen tanıma kuralıyla uyumlu olmasına bağlıdır.

HUKUK KURALLARININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

- Austin'e göre hukukun sosyal kaynağı egemene itaat etme alışkanlığıdır. Kral 1'in ölmesinden sonra Kral 2'nin egemen olması durumunda Kral 1'in buyruklarının geçerliliği nedir?
- Hart'a göre geçerlilik kriteri tanıma kuralıdır. Tanıma kuralı hukuki değil, konvansiyonel bir kuraldır. Örf adetle ve buna tabi olanların uygulamalarıyla varlık kazanır. Tanıma kuralı yargıçlar ve memurlar tarafından benimsenip uygulanan toplumsal bir kuraldır.

TANIMA KURALININ İÇERİĞİNDE AHLAKİLİĞE YER VERİLEBİLİR Mİ?

HART'A GÖRE AHLAK İKİYE AYRILIR;

1)POZİTİF AHLAK: Bir toplumda egemen olan yargılar sistemi

2)ELEŞTİREL AHLAK: Toplumsal ahlak dahil olmak üzere tüm toplumsal kurumları değerlendiren ahlaki ilkeleri kapsamaktadır.

HUKUK VE POZİTİF AHLAK

- Toplumsal kurallar içerisinde hukuka en fazla benzeyen ahlaki yükümlülük kurallarıdır.
- Önemli noktalarda hukukla örtüştükleri görülmektedir. Ancak ahlak kurallarının hukuktan ve diğer toplumsal kurallardan farklılıkları;

1)Önem: Önemsiz bir pozitif ahlak kuralı toplumsal ahlakın bir parçası görülmezken, önemsiz bir hukuk kuralı ilga edilene kadar hukuk kuralı olma niteliğini devam ettirecektir.

2)Planlı değişimin Yokluğu: Ahlak kurallarının değişimi önceden belirli ve planlı değildir. Ancak hukuk kurallarının değişikliği belirli bir kuralı ve sistemi gerektirmektedir.

3)Ahlaka aykırılıkların gönüllü oluşu: Ahlaki kurallara uymama durumunda ortaya çıkan yaptırım dışsal olabildiği gibi esası içseldir. Hukuk dışsaldır.

HUKUK VE ELEŞTİREL AHLAK

- Katı hukuki pozitivizm ya da dışlayıcı hukuki pozitivizm pozitif hukukun belirlenmesi için ahlaki ilkelere başvurulmasına karşı çıkar.
- Esnek hukuki pozitivizm ya da kapsayıcı hukuki pozitivizm pozitif hukukun belirlenmesinde ahlaki ilkelere başvurulma olasılığı olduğunu kabul eder. Ancak bir zorunluluk değildir.

ZORUNLU DEĞİL, RASTLANTISAL

- Ayrılık tezi hukuki geçerlilik kriteri olarak ahlaki ilkelere yer verilip verilmemesiyle ilişkilidir. Katı hukuki pozitivistler ahlaki kriterleri geçerlilik kriteri olarak yer verilemeyeceğini savunurken, Hart bu tür kriterlere yer verilebileceğini düşünmektedir.

Hart hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı olduğunu reddetmektedir. Ancak rastlantısal bir bağlantı olabileceğini kabul etmektedir.

Kapsayıcı pozitivistlere göre

-hukuk ve ahlak kavramsal olarak farklıdır.

-hukuki geçerlilik kriteri ahlakilikten arındırılabilir. Ancak tanıma kuralı içerisinde ahlaki normlar olabilir. Bu zorunluluk değil ama bir olasılık.

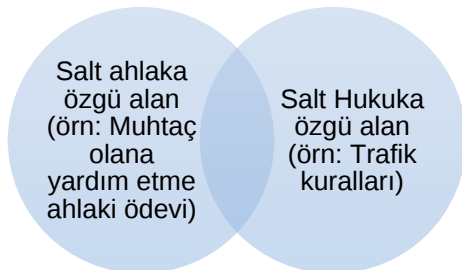
HART'A GÖRE ELEŞTİREL AHLAK

- Hart'a göre hukuk ve eleştirel ahlak arasında ciddi ama zorunlu olmayan bir bağ olduğunu kabul eder.
- Hukuk ve eleştirel ahlak birleştiğinde pozitif ahlak geride kalabilir. Ancak normal durumda hukuk pozitif ahlakı takip eder. Ancak Hart'a göre esas olan eleştirel ahlakla bağ kurmuş bir hukuk düzeninin pozitif ahlak yaratmasıdır.

DOĞAL HUKUKUN ASGARİ KAPSAMI

- Tabii hukuk konusunda Hart, "doğal hukukun asgari kapsamı" kuramıyla yaklaşmaktadır. Hart'a göre hem hukuk hem de ahlak insanın hayatta kalması için düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle ortak bir alana-kesişim kümesine-sahiptirler. Ancak hukukun ahlakla ilişkili olması ya da hukuk ve ahlak arasında ortaklıkların olduğunu kabul etmek başka, hukukun tanımında ahlaka yer vermek başka bir şeydir. Hart hukukun tanımında sadece birincil ve ikincil kurallardan bahsetmektedir.
- Ancak kuralların tek merkezde toplanması gücün olumsuz kullanılması ihtimalini doğurabilir. Bunu engellemek için doğal hukukun asgari kapsamı yardımcı olabilir.

HUKUK VE AHLAK İLİŞKİSİ



- Hart bu ayrımı ahlaka ve hukuka ilişkin normlardan çıkarmaktadır.
- A priori değil, ex posteriori çıkarımlarıdır.
- Hart'a göre birincil kurallar ve ahlak arasında bir kesişim olabilmektedir. Bu kesişimden kaynaklanan problemler nedeniyle Hart'a göre ikincil kurallar ortaya çıkmaktadır. Zira yetkililerin ahlak ve hukuk kuralları arasında ayrım yapma gerekliliği bulunmaktadır.

- Sonuç olarak hukuk ve ahlak arasındaki ilişki Hart'a göre rastlantısalıdır. Bu iddia mantıksal değil, tarihseldir.

KESİŞİM ALANI

- Hart'a göre hukuk ve ahlakın kesişeceği 6 olası koşul vardır. Bunlar; 1)Hukuka uyma nedeni, 2)Ahlağın pozitif hukuk üzerindeki etkisi 3)Yorum 4)Hukukun eleştirisi 5)Hukukiliğin ve adaletin ilkeleri 6)Hukuki geçerlilik ve hukuka karşı koyma

1)HUKUKA UYMA NEDENİ

- İnsanlar hukuka niçin itaat ederler?

-Ahlaki bir ödev olduğu için

-Hukukun zorlayıcı gücü nedeniyle

- Hart her ikisinin de muhtemel olduğunu belirtir. Hukuka itaat etme nedeni olarak ahlaki yükümlülükten bahsetmek zorunluluk değildir. Bireyler ahlaki yükümlülük olarak görmedikleri kurallara da uyabilirler.

2) AHLAKIN POZİTİF HUKUK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

- Yasama faaliyetlerinde toplumsal ahlakın etkileri görülmektedir.
- Yasalar ahlaki değerlere açıkça atış yapmaktadır.
- Hart'a göre hiçbir hukuki pozitivist hukuk düzenlerinin sürdürülmesinde bu tip ahlaki etkileri reddetmez.

3) YORUM

- Hukukun açık metni gereği hukuk uygulamacısı anlamın şüpheli olduğu yerde ahlaki değerlere başvurabilir.
- Bu nedenle yargı kararlarında ahlaki ilkeler görülmektedir.

AÇIK DOKULULUK

- Hart hukukun açık dokulu olduğunu belirtmektedir. Yani hukuk kuralı herhangi bir soruna uygulanırken, bazı durumlarda çok net ve tek bir sonuca zorunlulukla götürülemez. Her hukuk kuralının ideal denilebilecek biçimde uygulanacağı geniş bir alan vardır. Ancak bu alanın çevresinde alacakaranlık bölge yer almaktadır. Bu karanlığın nedenleri; 1)Dilin belirsizliği 2)Kamu yararı, kamu düzeni, hakkaniyet gibi genel ölçütlere gönderme yapması 3)Özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde içtihatlarla yapılan göndermelerde sınırlandırma ve genişletme konusundaki belirsizlik. Benzer şekilde Kara Avrupası Hukuk sisteminde hangi yorum metodunun kullanılacağının belirsiz olması.

HART NEREDE?

KOLAY/STANDART DAVALAR

- Bu davalarda bir belirlilik ve kesinlik sağlanabilir.
- Klasik formalist mantık kullanılabilecektir. "Kırmızı ışıktaki geçilmez" şeklindeki bir kuralın uygulanacağı bir dava kolay bir davadır. Zira bu kuralın içeriği herkes için aynı ve açıktır. Belirsiz bir kavram

ZOR DAVALAR

- Davaya ilişkin kurallar içinde soyut ve belirsiz kavramlar olduğunda hukuki sonucu doğrudan belirlenemeyebilir.
- Hart bu tür davalarda hakimın takdir yetkisini kullanabileceğini belirtmektedir.
- Formalist mantık kullanılmayacaktır. Bu durumda hukuki girdi hukuki çıktıyı belirlememektedir.

Formalistler
: Hukukun
her tip
soruya
verecek
tatmin edici
bir cevabı
vardır.

Hukuki
Realistler:
Hukuk
hiçbir
soruya tam
bir cevap
getiremez.

ZOR DAVA; Büyük önerme: x yerine taşıt giremez. Olabildiği takdirde y cezasına hükmedilir.

- Küçük önerme: x bisikletle z yerine girmiştir.
- Hüküm: Belirsizdir. Zira taşıt kavramı belirsizdir. Bisikletin araç olup olmadığına hakim takdir edecektir.
- Dolayısıyla bu bir zor davadır. Hukuki girdi hukuki çıktıyı kesin bir şekilde belirleyememektedir.
- Zor davalarda hukukun ne olduğu konusunda birden çok argüman ortaya koyan davalardır. Ancak kolay davalara baktığımızda hukukun ne olduğu açıktır. Kolay davalarda hukukun ne olduğunun bütünüyle belirsiz olduğuna ilişkin karşıt bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Zor davalarda ise hukukun belirsizliğini desteklemektedir. Zor davalarda en önemli özelliği hakimın takdir yetkisine sahip olmasıdır.

4)HUKUKUN ELEŞTİRİSİ

- Hukuk ve ahlak arasındaki ilişki pozitif hukukun ahlakın gerekleriyle ne ölçüde uyumlu olduğuyula ilişkilendirilmektedir.
- Hart'a göre birincil ve ikincil kurallar birliğine sahip hukuk sistemleri adalet ilkeleriyle uyuşmasalar da varlıklarını sürdürdükleri gerçektir.

SOSYAL KAYNAKLAR TEZİ

- Tanıma kuralının içeriğinin yetkilerinin eylemleriyle belirlenmesi

AYRILABİLİRLİK TEZİ

- Hukuk ve ahlak arasında rastlantısal bir ilişkinin bulunduğunu belirtmesi. Zorunlu bir ilişki olduğunu belirtmiyor. Belirtseydi tabii hukuk teorisinin içerisinde yer alması gerekirdi.

HUKUKİ POZİTİVİZMİN TEMEL TEZLERİ AÇISINDAN HART'IN HUKUK KURAMI

QUIZ SONRASI

DWORKİN'İN HART ELEŞTİRİSİ

DWORKİN'İN HUKUK KURAMI

- Dworkin'in hukuk kuramı Hart'ın hukuki pozitivizm anlayışına yönelik eleştirileriyle biçimlenmiştir.
- Ancak Dworkin'in hukuk yaklaşımı sadece hukuki pozitivizm eleştirisiyle sınırlandırılmaz. Kendisi aynı zamanda liberal siyasal düşüncenin de önemli isimlerinden birisidir.
- Dworkin'in yaşadığı dönem ile Hart'ın yaşadığı dönem arasında kültürel, siyasal ortamlarda farklılık bulunmaktadır.
- Hart, 2.Dünya Savaşı sonrası ve Soğuk Savaş'ın başlangıcı ve olgunlaşma döneminde yazmıştır.

HART'IN YAŞADIĞI DÖNEM VE SİYASİ ORTAM

- 2. Dünya savaşı sırasında Batılı müttefikler arasında bireyin özgürlüğü yolunda savaştıkları ve bunun da pratikte liberal demokratik kurumların korunması anlamına geldiğine dair güçlü ortak bir duygu vardır.
- Siyaset felsefesi alanında savaş sırasında yazılmış olan başlıca eser Karl Popper'ın 1945'de yayımlanan "Açık toplum ve düşmanları" adlı eserdir.
- Savaştan sonraki birkaç on yıl boyunca Batı demokrasilerinde liberal bir görüş birliğine benzer bir şey ortaya çıkmıştı. Herkes sanki temel sorunlar üzerinde hiçbir siyasal tartışma kalmamışçasına ideolojinin sonu>>ndan söz edilmeye başlanmıştı. İngiltere akademik çevrelerinde slogan "siyaset felsefesi öldü" idi.
- Bu gelişmeye sağdan ve soldan iki yönden tepki geldi. Muhafazakarlar birey için şu ya da bu nedenle çok fazla özgürlük olduğunu, örneğin cinsel serbestlik, pornografi, uyuşturucu madde kullanımının, suçları arttırdığını belirttiler. Sol ise gelir dağılımının adaletsizliğinden, ırk ve cinsiyet ayrımına dayalı bir yönetim anlayışı olduğunu belirtti.

DWORKİN'İN TANIK OLDUĞU DÖNEM; TARİHİN SONU MU?

- Sağdan ve soldan gelen tepkiler soğuk savaşın sona ermesiyle birlikte liberalizmin sözde zaferiyle sonuçlandı. 1989 yılında Francis Fukuyama "Tarihin sonu" adlı bir eserinde insanoğlunun ideolojik evriminin son noktasına ve insan yönetiminin son

biçimi olarak Batı liberal demokrasisinin evrenselleşmesine ulaştığını ilan etti. Ancak kısa bir süre sonra tarihin olmadığı ortaya çıktı.

- Bosna-Hersek’de iç savaş ve etnik soykırım; Rusya’nın Çeçenya’da giriştiği yıkım; Azerbaycan, Ermenistan, Makedonya ve Yunanistan’da milliyetçi çatışmalar, neofaşist hareketler, köktendinciliğin yükselişi liberal demokrasinin evrensel olmadığını tüm dünyaya göstermiştir ve tarihin henüz sonuna gelinmediği kanıtlanmıştır.

DWORKİN'E GÖRE HUKUKİ POZİTİVİZM

- Hukuki pozitivism'e göre hukuki standartlar kurallardan ibarettir. İlkeler pozitivism açısından hukuki standart değildirler.
- Dworkin'e göre hukuki pozitivismde hukuki geçerlilik ölçütü kuralın şekli özelliklerine bağlıdır. Kuralların içeriğiyle ilişkili değildir.

DWORKİN'İN HUKUK TANIMI

- Dworkin'e göre hukuk kural, ilkeler, politikalar ve diğer standart türlerinden oluşmaktadır.
- Bu çerçevede Dworkin hukuku sadece kurallardan ibaret görmemekte ve hukuk tanımı içerisinde ilkeler ve politikalara da yer vererek, ilkeler ve politikaları hukuk dışı bir standart görme eğiliminde değildir.
- Politika bir toplumun politik, sosyal veya ekonomik gelişimiyle ilgili ulaşılabilecek amacdır.
- İlke ise ahlakiliğin bir gerekliliğidir. Masumiyet karinesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz, hiç kimse kendi yanlışından kazanç sağlayamaz gibi adalet değerinin somutlaşmış halleri ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

HART-DWORKİN

- Hart'a göre; Hukuk=Kurallar
- Dworkin'e göre; Hukuk=Kurallar+İlkeler

İlkeler; Hakları tanımlar

Politikalar; Amaçları tanımlar

- Dworkin'e göre modern demokratik hukuk sistemleri hukuki pozitivistlerin belirttiğinin aksine, ahlakiliğe yer vermektedirler.

Ahlaki ilkelerin geçerliliğini sağlayan nedir?

Hart'a göre; Hukuki geçerlilik kriteri tanıma kuralı içerisinde yer almaktadır. Tanıma kuralının içeriği de yetkililerin bu kuralı içselleştirmeleriyle oluşmaktadır. Yani toplumsal bir kaynağa bağlıdır.

Dworkin'e göre; İlkelerin geçerliliği sosyal kaynağa bağlı değildir.

- İlkeler belirli bir değeri gerçekleştirir ve korurlar. Geçerlilikleri de bu değere bağlıdır.
- Hukuki pozitivism bu tür bir geçerlilik kriterini benimseyemez.
- İlkeleri geçerli kılan tanıma kuralı altında belirlenmeleri değil, adalet değerini somutlaştırmış olmalarıdır.

AYRILIK TEZİNİN İHLALİ

- Dworkin'e göre rastlantısal da olsa ahlaki ilkelerin hukukun parçası olması ayrılık tezinin ihlalidir.

HUKUKİ BELİRSİZLİK

- Hukuki kesinliğin olmadığına ilişkin yargı hukuki belirsizlik probleminin tartışılmasına neden olmuştur.
- Hukuki belirsizlik hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir.
- Somut hukuki uyuşmazlıkların sonucunu hukuk mu belirler?
- Hukuki realistler bu soruya olumsuz cevap vermektedirler. Hukuki sonucu sadece hukuk belirlemez.
- Bunun tam tersi yaklaşım hukuki formalistlerden gelmiştir. Onlar hukuki sonucu hukukun belirlediğini vurgularlar.
- Mark Tushnet formalistlere şu soruyu sorar; Yüksek mahkeme kararları neden her zaman oy birliğiyle çıkmaz?

DWORKİN'İN ZOR DAVA ÖRNEKLERİ

- ABD'de Riggs'e karşı Palmer davasında büyükbabasının vasiyeti gereği mirasçısı olan genç, büyükbabası yeniden evlenince, vasiyetin değiştirilmesinden korkup büyükbabasını öldürmüştür. New York eyalet yasalarına göre katil mirastan pay alabilecektir. Ancak yargıç hiç kimse kendi hilesinden kazanç sağlayamaz ilkesinden hareket ederek katilin mirastan pay almasını engellemiştir.
- Büyük bir satranç ustası, rakibine sürekli olarak sırtarak onun dikkatini bozmaktadır. Rakip buna itiraz eder. Sırtmak satranç kurallarının ihlali midir?

DWORKİN'İN YORUM YAKLAŞIMI

- Yargıç zor bir davayla karşılaştığında söz konusu uyuşmazlıkla ilgili tüm yargısal örnekleri göz önünde tutarak en iyi olanaklı yorumlama metoduna karar vermelidir.
- Burada yargıcın sadece geçmiş içtihatları bakarak yorumlama yapabileceği sonucunu çıkarmamak gerekir. Yargıç geçmiş kararları göz önünde bulundurur ve bugünün koşullarına uyarlar. Böylece tek bir romanın bir parçası olabilir.
- Bunun olabilmesi için yargıçların kuralların yanı sıra ilkelere de hakim olması ve bunlara uygun kararlar veriyor olmaları gerekir. Bunu yapabilen yargıca "herkül" adını vermektedir.

DWORKİN'E GÖRE TAKDİR YETKİSİ

- Dar anlamda takdir yetkisi
- Geniş anlamda takdir yetkisi

III.Hakimin takdir yetkisi

Madde 4: Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hakim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.

Madde 1: Kanun, sözüyle veya özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hakim karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.

SONUÇ

- Geleneksel hukuki pozitivizm hukuki formalizmle birleşerek hukuku kurallardan ibaret saymaktadır. Ancak esnek bir hukuki pozitivist olan Hart ahlaki ilkelere hukukun tanımı içerisinde yer vermeğe çalışmaktadır.

- Dworkin bu görüşe bazı açılardan karşı çıkmış ve kendi farklı hukuk yaklaşımını ortaya koymuştur. Dworkin ilkelere hukuk tanımı içerisinde tartışılırken, bazı açılardan hukuki pozitivizm içerisinde tartışılmaktadır. Ancak Dworkin'i hukuki pozitivist olmayan olarak tanımak daha doğru olabilir.
- Dworkin pozitivist olmayan hukuki uyumsuzlukların sonucunu hukuk belirler argümanını temellendirmiştir.

NORMATİVİST HUKUKİ POZİTİVİZM

GENEL OLARAK

- Hukuki pozitivizmi diğer bir görünümü normcu pozitivizm ya da normativist pozitivizmdir.
- Normativist pozitivizm analitik pozitivizme benzer şekilde hukuku kendiliğinden oluşmuş bir şey olarak değil, konulmuş ve yaratılmış bir şey olarak kabul eder.
- Ancak onlar diğer pozitivistlerden farklı olarak hukuku tanımlarken belli bir iradenin ürünü olarak değil, normları kaynak göstererek bir tanım yapmaktadırlar.
- Normlar yine normların öngördüğü kurum ve kişiler tarafından yine normların öngördüğü usulce ortaya çıkmaktadırlar.
- Hukuk normlarının temelinde yine hukuk normları bulunmaktadır.

HANS KELSEN

- Normcu pozitivizmin en önemli temsilcisidir.
- 1881-1973 yılları arasında yaşamış Avusturyalı hukuk akademisyenidir.
- Salt hukuk kuramı ile ünlenmiştir.

"Bir kuram olarak Hukukun saf kuramı, sadece kendi inceleme konusunun, nesnesinin bilisini hedef alır. Hukukun ne olduğu ve hukukun nasıl yapıldığı sorularına cevap aramakla uğraşır sadece, hukukun nasıl olması gerektiği veya hukukun nasıl yapılması gerektiği soruları ile değil. Hukukun saf kuramı hukuk bilimidir, hukuk politikası değil."

HUKUK VE DOĞA

- Hukukun saf kuramı pozitif hukukun kuramıdır. Herhangi bir hukuk sisteminin kuralı değildir. Belirli bir ulusal ya da uluslararası hukuk normlarının yorumu değildir.
- 19. Ve 20. Yüzyılda hukukçular hukuku psikoloji, biyoloji, etik ve teolojiyle birlikte ele almaktadırlar. Kelsen'e göre hukuk bu disiplinler içerisinde kaybolmuştur.
- Hukuki kararların özünde fiziksel bir devinim vardır.
- Hukuk bu devinimleri yorumlar ve ortaya hukuki bir karar çıkar.
- Örneğin bir kişi yaptığı bir eylemle bir başkasının ölümüne neden olursa bu maddi dünyada bir harekettir. Ancak yasa koyucu bu eylemi insan öldürme olarak kavramlaştırabilir. Bu haliyle hukuk dünyasında da bu eylem yer almaya başlar.
- Doğada yer alan bir eylem, o eylemi gerçekleştirenler için farklı bir anlam, hukuk sistemi için farklı bir anlam ifade edebilir. Kelsen'e göre bir eylemin taraflar için anlamı sübjektif anlam, hukuk sisteminin attığı anlam objektif anlamdır.

Radbruch Formülü

Gustav Radbruch;

- İkinci Dünya savaşı öncesinde katı hukuki pozitivist olan Radbruch savaş sonrası doğal hukuk teorisi içerisinde yer almıştır.

- Hukuka uygun olmayan kurallara itaat edenlerin cezalandırılması meselesine getirdiği çözüm önerisi Radbruch formülü olarak ele alınmış ve hukuk pratiğinde kendini göstermiştir.

Yasaya İtaat

- Yetkili mercilerce usulüne uygun olarak çıkarılmış kuralların hukuk sayılabileceği ve bu nedenle Nazi hukukunu uygulayanların sorumlu tutulamayacağı gerekçesi kabul edilebilir mi?
- Radbruch hukuki gerekçelerle bu kişilerin sorumlu tutulabileceğini ortaya koymaya çalışır.

Askerler emir için emir emirdir. Hukukçu da “yasa yasadır”, der. Asker için sorumluluk ve hak, emredilenin suç ya da cünha olduğunu öğrendiği anda sona ererken hukukçu, son doğal hukukçuların da öldüğü yüzyılı aşkın bir süredir yasanın geçerliliğine ve yasanın uyruklarının itaatine ilişkin böyle bir ayırık durumdan bihaberdir. Yasa, yasa olduğu için geçerlidir ve yasa ancak kural olarak güç sahibi merci tarafından yürürlüğe konmuşsa yasadır.

- Radbruch bu paragrafı İkinci Dünya savaşı sonrası kaleme aldığı “1945 Çöküşünden sonra birinci görüş bildirimi” makalesindendir.
- Söz konusu makalede iyi insanların ister halk, ister resmi görevli olsun kötü yasalara itaat etmeme yükümlülüğü olduğu belirtilir.
- Bu sadece itaat etmeme haklı değil, itaat etmeme yükümlülüğüdür.

“1944’te bir Alman asker, ordudan izinli olarak evini ziyaret ettiği sırada zaten bir başka erkekle ilişkisi olan ve kocasından kurtulmak isteyen kadın bunu fırsat bilerek -Nazi rejimini eleştirdiği ve Hitler hakkında hakaret içeren sözler sarfettiği gerekçesiyle- onu Nazi yetkililerine ihbar eder. Yürürlükteki geçerli Nazi kanunlarına Hitler ve rejimi hakkında hakaret eden bu sözleri sarfetmek açıkça hukuka aykırıdır. Askeri mahkemede yargılanan koca ölüme mahkum edilirse de bir süre hapisshanede kaldıktan sonra cezası infaz edilmeyip tekrar cepheye gönderilir. Nazi rejimi yıkıldıktan sonra kocasını ihbar ederek hapisshanede kalmasını sağladığı gerekçesiyle mahkeme önüne çıkarılan kadın kendini “hiçbir suç işlemediği, aksine yaptığı ihbarın Nazi rejimi dönemindeki 1934 ve 1938 tarihli iki yasaya da uygun ve hukuken meşru bulunduğunu ileri sürerek, eyleminin suç oluşturmadığı savunmasında bulunur.

Bu davada Bamberg istinaf mahkemesi, kocanın yargılanıp mahkum edildiği Nazi dönemi yasalarını vicdan ve adalet hislerine aykırı bulduğu için dikkate almamış ve kadını (Nazi dönemi öncesi kanunun olan) 1871 tarihli Alman ceza kanununa göre “bir kimseyi yasaya aykırı şekilde özgürlüğünden mahrum ettiği gerekçesiyle suçlu bulmuştur. Kocanın cezalandırıldığı söz konusu yasalar dikkate alınmadığından, kocanın özgürlüğünden yoksun bırakılmasına yani hapsedilmesine neden olan kadının eylemi 1871 tarihli Alman ceza kanununa göre cezalandırılmıştır. Şayet kocanın cezalandırılıp mahkum edildiği yasaların geçerli olduğu kabul edilseydi, kadının ihbarı 1871 tarihli Alman ceza kanununa göre suç sayılmayacaktır.

Puttfanker davası

- Kocasından kurtulmak için onun Hitler’e hakaret ettiği iddiası ile yargılanmasını sağlayan kadının davasının yargıçı Puttfanker ile birlikte savaş sonrası yargılamalarda suçlu bulunması üzerine Radbruch bir inceleme yapar. Vardığı sonuç yine aynıdır. “Adaletsiz yasalar itaati hak etmezler”. Adaletsiz yasalara uymamak sadece hak değil, aynı zamanda bir sorumluluktur.

Radbruch’a göre

- "Açıktır ki en kötü yasa bile değer, çelişkilere karşın hukuku sağlamak değerini içerir. Açık ki insani yarım kalmışlık yasaları her zaman üç değer de-ortak amaç, hukuk güvenliği ve adalet" ahenkli bir şekilde birleşmesine olanak tanımaz. O zaman da üzerinde düşünülmesi gereken önemli bir mesele kalır geriye. Acaba kötü, zararlı ve adaletsiz yasalara karşı hukuk güvenliğinin yüzü suyu hürmetine yine geçerlilik atfedilecek midir ya da adaletsizlikleriyle topluma verecekleri zarar yüzünden geçerlilikleri reddedilebilecek midir? İşte bu halkın ya da hukukçuların vicdanlarında iz bırakır. Öylesine adaletsizlik ve toplumsal zarar içeren yasalardır ki bunlar, onların geçerlilikleri ve hatta hukuk olma karakterlerinin yadsınması gerekir.

Radbruch'a göre

- "... hukuki düzenlemelerden daha güçlü olan hukuk ilkeleri vardır. Öyle ki onlar çelişen bir yasanın geçerliliği söz konusu olmaz. Bunlara doğal hukuk ya da aklın hukuku denir. Bunlar elbette ki bazı noktalarda çelişkiler barındırabilir, ama yüzyılların çalışması ile tutarlı ve sağlam bir konum elde edilmiştir. Bu içerik **"insan ve yurttaş haklarının içeriği konusunda çok büyük çaplı uzlaşından bize kalan ürünlerdir"**

Hart'ın görüşü

- 1958 tarihli makalesinde Hart, Radbruch Formülüne dayanarak Alman mahkemelerinin ihbar yasalarını başından beri geçersiz ve yok hükmünde sayan uygulamalarına karşı tutum almıştır.
- Hart mahkemenin kararının, buna uygun benzer kararların yanlış olduğunu zira 1934 tarihli Nazi yasasının (12 Temmuz 1934 tarihli yasa, Alman anayasasını değiştirerek Hitler'e Anayasaya aykırı kararnameler çıkarma yetkisi vermiştir) >>tanıma kuralının>> gereklerini karşıladığı için geçerli bir yasa olduğunu savunmaktadır.

Hart'ın önerisi

- Hart'a göre bu durumda Alman mahkemesinin yapabileceği iki şey vardı. Mahkeme ya kadını cezasız bırakacaktır ya da geriye yürürlük gücüne sahip ve bu suretle ihbar yasalarını yürürlükten kaldıran bir yasa çıkararak, kadını bu yolla cezalandıracaktı. Geriye dönük bir yasa yapmadan intikamcı muhbiri cezalandırmanın, onun cezasız kalmasına izin vermekten daha kötü olacağını düşünen Hart, ikinci yolun daha çok hizmet edeceği düşüncesindedir. Hart bu olayda kadını cezasız bırakmak kötülüğüyle suçta ve cezada kanunilik ilkesini terk etme kötülüğü arasında kendince ehven-i şer olan suçta ve cezada kanunilik ilkesini feda ederek, geçmişe etkili bir kanun yapma faaliyetiyle kadının cezalandırılmasını tercih etmektedir. Bu tercihle de Hart, Alman istinaf mahkemesinin 1934 ve 1938 tarihli yasaları görmezden gelerek geçersiz saymasını kabul etmemek suretiyle hukuksal pozitivizmin ayrılabilirlik tezine sadık kalmıştır. Hart'a göre, her toplumun hukuku tanıdığı kendine özgü sosyolojik bir pratiği vardır. Nazi Almanyasının'da da yapılan yasalar, baskıcı veya ahlaka aykırı oluşlarından bağımsız olarak biçimsel bakımdan tanıma kuralına uygun olarak yaratılmışlardır.

Alman Federal mahkemesi ve Alman federal anayasa mahkemesi bir çok ülke kararında Radbruch formülü olarak ondan bir ölçütü benimsemiştir.

Radbruch Formülü

- Radbruch "Yasal adaletsizlik ve yasa üstü hukuk" makalesinde kötü yasalara itaat etmemenin bir yükümlülük olmasını vurgular.
- Yasaya itaatsizlik keyfi reddetme ve yadsıma hakkı değildir.

- Her durumda uygulanabilecek bir ölçüt olarak “Radbruch Formülü” ne bakmak gerekir.
- 1) İki ilke aracılığıyla Nasyonel Sosyalizm, bir yandan asker öte yandan hukukçuları kendine bağlayarak itaat edebileceğini biliyordu. “Emir emirdir” ve “yasa yasadır”. <<Emir emirdir>> ilesi sınırsızca geçerli değildir. Suç niteliğindeki amaçlara uymayı hedefleyen emirlere ise itaat yükümlülüğü bulunmaz. “Yasa yasadır” ilkesi buna karşın sınır tanımaz. Onlarca yıl boyunca Alman öğretisini hakimiyeti altına alan pozitivist düşüncenin bir vurgusudur. Yasal haksızlık bu nedenle yasa üstü hukuk gibi kendi içinde bir çelişkidir. He iki sorunda sık sık uygulamanın önüne gelir.

“...pozitivizm “yasa yasadır” önermesiyle Alman hukukçularını keyfi ve suç niteliğindeki yasalara karşı korumasız bırakmıştır. Bu nedenle pozitivism kendi gücüyle yasanın geçerliliğini onun erk tarafından çıkarılmış olması sayesinde aldığını düşünür. Ama erkin de üzerinde belki bir zorunluluk bulunmalıdır, bir geçerlilik ya da yükümlük değil. Bu da yalnızca yasanın içindeki bir değer üzerinde temellenir. Kuşkusuz, her pozitif yasa içeriğine bakılmaksızın bir değer barındırır. Yine de bir yasanın olması hiç olmamasından iyidir, çünkü en azından bir hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır. Ama hukuk güvenliği de hukukun gerçekleştirmek zorunda olduğu birlikte ve kesin değer değildir. Hukuk güvenliğinin yanında iki başka değer de vardır, bunlar ereğe uygunluk ve adalettir.

Sonuç olarak ve çare olarak: Radbruch Formülü

- Radbruch’a göre yasanın hukuk olma karakteri bakımından ölçütü, adaletin ve eşitliğin kasıtlı hiçe sayılmasıdır. Bu anlamda formül iki ana sava dayanılarak incelenebilir.
- 1)Tahammül edilemezlik
- 2)Yadsıma savı

Tahammül edilemezlik(dayanılmazlık); İnsan hakları ve adalet düşüncesine dayanılmayacak derece aykırı olan yasalardır.

Yadsıma; Hukukun biçimine bakılır, böylece adaleti kendisine amaç olarak belirlemeyen bir hukuk düşüncesinin geçerliliğini yitireceği belirtilir.

Tahammül edilemezlik; “Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki çelişki şu usulle çözülebilir olmalıdır: meriyet ve iktidarla güvence altına alınmış pozitif hukuk, içerik bakımından gayri adil ve amaca namünasip olsa bile, yine de öncelikli olmalıdır, zira pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi o denli tahammül edilemez bir ölçüye ulaştığında kanunda artık doğru olmayan “hukuk” olarak adaletle boyun eğmek durumunda kalacaktır”

Yadsıma; “Adaletin çekirdeğini oluşturan eşitliğin pozitif hukuk düzenlemeleri sırasında bilinçli olarak yadsınması durumunda, kanun sadece “doğru olmayan hukuk” olarak kalmaz. Bundan fazlası olarak hukuki tabiatından yoksun kalır. Hukuku evet pozitif hukuku da kendi anlamını adaletle hizmet noktasında bulabilecek olan bir düzen şeklinde tanımlamaktan başka yol yoktur.”

Hukuk devleti

- “Yasasızlık ve keyfilikten yeniden yasanın egemenliğine, hukuksuz bir devletten yeniden hukuk devletine dönüş yapmak zorundayız. Daha önceleri istemsizce ve solunacak hava gibi zorunlu olan yasalarla bağlı hukuk devletine Alman halkını yeniden adapte etmeliyiz ve alıştırmalıyız. Geriye baktığımızda yasaların adaletsizliği, açıkça suçu cezalandırmakla yükümlü olduğu bir zamandan geçtik. Alman hukukçularda egemen olan düşünce, hukuki pozitivism, usulüne uygun olarak çıkarılmış her yasanın hukuk ve yasa niteliğini taşıdığı görüşü böylesi adaletsiz ve

suç içerikli yasalar karşısında işe yaramaz. Bizler her yasanın üzerinde bulunan insan hakları düşüncesi, adalet düşmanı yasaların geçerliliğini yadsıyan doğal hukuk düşüncesi üzerinde yeniden çalışmalıyız.”

Adalet

- Radbruch’a göre adalet geçerli yasaların sınaı ölçütüdür.
- Adalet hukukun yönelmesi gereken idesidir.
- Adalet bu konuda tek değildir. Amaca uygunluk ve hukuk güvenliği adalete eşlik eder. (Hukukun üç yüzü; Adalet-hukuk güvenliği-Amaca uygunluk)
- Ancak adalet diğerlerinden daha önceldir.

Amaca uygunluk

- Adaletin iğinin doldurulmasıdır.
- Amaca uygunluk hukukun kendisine bir amaç olarak belirlediği şeye nasıl ulaşacağının açıklanmasıdır.
- Hukuk kurallarının anlaşılması için adaletin amaca uygunluk açısından iğinin doldurulması gerekir.
- Hukukun amacından anlamamız gereken ampirik bir amaç değil, aksine olması gereken bir amaç idesidir.
- Hukuk amaç idesi etikle ilişkilidir. Hukukun amacı hem ahlaki kazanım hem de ahlaki ödevlere ilişkindir.

Hukuk güvenliği

- Hukuk güvenliği adaletin bir parçasıdır.
- Hukuk güvenliği hukuki öngörülebilirlik ve hukuki istikrarı sağlar.
- Hukukun muhataplarının ne zaman ve hangi durumlarda yasanın içinde kalıp, ne zaman ve hangi durumlarda yasanın dışına çıkacaklarını bilebilmelerini zorunlu kılar.

Çelişki

- Radbruch hukukun bu üç unsurunun arasında bir çatışma ve çelişki olduğunun farkındadır.
- Önemli olan bunların farkında olmak ve çelişkilere rağmen bir denge sağlamaktır.
- Ancak adalet fonksiyonunun öncel olduğu bir gerçektir.

“Biz çelişkileri çözmeksizin onları gösterdik. Biz burada sistemin bir sorununu görmüyoruz. Felsefe bir düşüncüyü nihayete erdirmemeli, onu geliştirmeli ve ilerletmelidir. Yaşamı daha da kolaylaştırmamalıdır, aksine sorunsallaştırmalıdır.

Felsefi bir sistem, birbirleriyle çelişen yığınları sırtlanmış gotik bir katedral olmalıdır...”

VİZE SONRASI- 30 KASIM 2016

LON L. FULLER:HUKUKUN İÇ AHLAKI

- Hukukun bir iç ahlaka sahip olduğunu belirterek, seküler bir doğal hukuk yaklaşımı geliştirmiştir.
- Hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı kurmuştur. Bu bağlantı klasik tabi hukuk teorisinin kurduğu bağlantıdan farklıdır.

İKİ ÖNEMLİ EKSİKLİK

- Hukukun ahlakı adlı kitapta Fuller hukuk teorisindeki iki önemli eksikliğe dikkat çekmiş ve çözüm bulmaya çalışmışır.

Bunlar;

1) Hukuk kavrayışlarındaki hukuk ve ahlak ayrımına ilişkin yaklaşımlardaki "ahlak" kavramının belirsizliği

2) Hukuku mümkün kılan ahlak nedir? Hukukun iç ahlakı

ÖDEV AHLAKI-AMAÇ/İDEAL/ARZU AHLAKI

- Fuller "ahlak" kavramı konusunda belirsizliği ödev ahlakı ve amaç ahlakı ayrımı üzerinden açıklığa kavuşturmuştur.
- Fuller'e göre hukuk ödev ahlakıyla ilişkilidir. Hukukun bir insanı kendi yetkileri dahilinde mükemmelliğe ulaştırmaya zorlaması mümkün değildir.

AMAÇ/İDEAL/ARZU AHLAKI

- İnsanın kapasitesini gerçekleştirmesine ilişkindir. "İyi" insanın mükemmeliyetini gerçekleştirmesine bağlıdır.

ÖDEV AHLAKI

- Toplumsal yaşam için gerekli olan kurallara uygun olanı tayin eder.

2.EKSİKLİK

HUKUKU MÜMKÜN KILAN AHLAK NEDİR? / HUKUKUN İÇSEL AHLAKI

- Hukukun iç ahlakı yasallık ilkeleridir.
- Bu ilkeler hukuk kurallarının sahip olduğu birtakım özelliklere ilişkindir.
- Fuller 8 ilke saymaktadır.
- Hukukun iç ahlakını oluşturan bu sekiz ilke hukukun dışında değil, içerisinde.
- Fuller'in doğal hukuk yaklaşımına göre hukuk; hukuk dışında bir ahlakılığı kendisi için bir ölçüt olarak ele almaz. Bu nedenle klasik doğal hukuk teorisyenlerine göre Fuller daha ılımlıdır.
- Fuller'in doğal hukuk yaklaşımı hukukun prosedürel cephesiyle ilgilidir.

KRAL REX MASALI

<<...Rex bir reformcunun gayretiyle tahta geçer, Rex'e göre kendisinden önce gelenlerin en büyük başarısızlığı hukuk alanında olmuştur. Davalara ilişkin prosedürler çok yavaş ve elverişsizdir. Kuralların dili sanki başka bir çağa ait gibidir. Adalete ulaşım pahalıdır. Rex bütün bu sorunları çözmeye ve tarihe ismini büyük bir kanun koyucu olarak yazdırmaya karar vermiş olmasına rağmen, bariz bir şekilde başarısız olmuştur.

Fuller Kral Rex'in <<ahlak>> masalını ve hukuk yapmayı başaramamasının sekiz şeklini anlatmaktadır. İşler kötü gider. Çünkü

- 1)Kral başta kural koymayı beceremez. Bundan dolayı her olay ad hoc bir biçimde kararlaştırılmak zorunda kalır.
- 2)Tebaasına uyması gereken kuralları ilan etmez.
- 3)Geriye etkili kanunlar ile yasama yetkilerini kötüye kullanır.
- 4)Kuralları anlaşılabilir.
- 5)Çelişkili kuralları yasalaştırır.
- 6)Kurallar etkilenen tarafın gücünün iradesinin ötesinde bir tutum gerektirir.
- 7)Kurallarda çok sık değişiklikler yapar. Tebaası kurallara ayak uyduramaz.

- 8) İlan edilen kurallar ve bunların fiili idaresi arasında örtüşmeyi sağlamaz.

Fuller'a göre hukukun içsel ahlâkiliğini sağlayan sekiz adet ilke vardır ve bu ilkeler aynı zamanda hukuk devletinin de açılımıdır.

- Genellik,
- İlan edilme,
- Geriye yürümezlik,
- Anlaşılabilirlik/Açıklık (Belirlilik),
- Çelişmezlik,
- İmkânsız istememe,
- Süreklilik,
- Resmi eylemler ile ilan edilen kuralların (kurallarla bu kuralların uygulanmasının) örtüşmesi

GENELLİK

- Hukuk kuralları belirli bir genellik düzeyinde çıkarılmalıdır.
- Tek tek bireyler ya da tekil olaylar için hukuk kuralı çıkarılamaz.
- Tarafgirlik ve adam kayırmayı engeller.

YAYIM/İLAN

- Kanunun ilan edilmesi gerekliliği o kadar açıktır ki, daha fazla bir açıklamaya gerek duyulmaz.
- Ancak kimi durumlarda kanunların yayımlanmaması mağdurun menfaatine olabilir. Ev-içi şiddet olaylarında mağdurlar ölmek için kendilerine şiddet uygulanma kişileri öldürmektedirler. Uygulamada <<battered women's sendrome>> gerekçesiyle kadınlar cinayetten sorumlu tutulmamaktadır. Ancak bu kural ilan edilmemektedir.

GERİYE YÜRÜMEZLİK

- Kurallar geçmişe dönük olmamalıdır.
- Gelecekteki davranışı yönlendirmesi için gelecekteki davranış tarzlarının tanımlanması gerekir.

KURALLARIN AÇIKLIĞI

- Kurallar ve düzenlemeler, ancak muhatapları kuralların gerekliliğini anlayabildiği durumda insan davranışını yönlendirirler.
- Düzenlenmiş olması yeterli değildir. Muğlak ve karmaşık düzenlemeler anlaşılmadığı için içeriğinde eylemin gerçekleşmesi zordur.
- Bu nedenle kurala riayet edilmesi için belirli bir düzeyde anlaşılır olması gerekmektedir.

ZAMAN İÇERİSİNDE İSTİKRAR

- Kuralların devamlılığı uygulanması açısından önemlidir.
- Belirli bir davranışa ilişkin bir kural sürekli değişiyorsa, riayet edilmesi güçleşir.
- Elbette kurallar değişebilir. Bu normal ve gereklidir ancak makul sürelerde değişmesi gerekmektedir.

KURALLAR VE UYGULAMALARI ARASINDA İSTİKRAR

- Kanunlarda yazan hukuk ile uygulanan hukuk arasında uyum olması gerekir.
- Kurallar var ama uygulanmıyor şikayeti sıklıkla işitilmektedir.

Fuller'a göre bu ilkelerin herhangi birisine uymayan veya büyük oranda bazılarını sağlayamayan bir sistemin olduğu bir toplumda hukukun varlığından söz edilemez.

Bu sekiz ilkenin ahlaki olduğunu belirtmektedir. Ancak bir çok düşünür bu ilkelerin yasama için prosedürel kılavuzlar olduğunu belirtmektedirler (Hart,Raz) Bazı hukuk felsefecileri ise söz konusu ilkelerin yöneten ile yönetilen arasında hakkaniyeti tesis ettiğini belirtmektedir.

HART'IN İTİRAZI

- Hart'a göre Fuller ilkeleri iyi zanaatkarlığın ilkeleri olarak görülebilir. Nasıl marangozculuğa ilişkin ilkeler bir marangozun hastane yatağı mı yoksa işkence aleti mi yapması gerektiğiyle ilgilenmiyorsa, Fuller'ın ilkeleri de hukukun maddi araçlarıyla ilgilenmemektedir. Bu nedenle Fuller'ın söz konusu ilkeleri hukukun içsel ahlakının ilkeleri değil, yasallığın ilkeleridir. Hart'a göre Fuller ahlakilik ile etkililiği karıştırmaktadır.

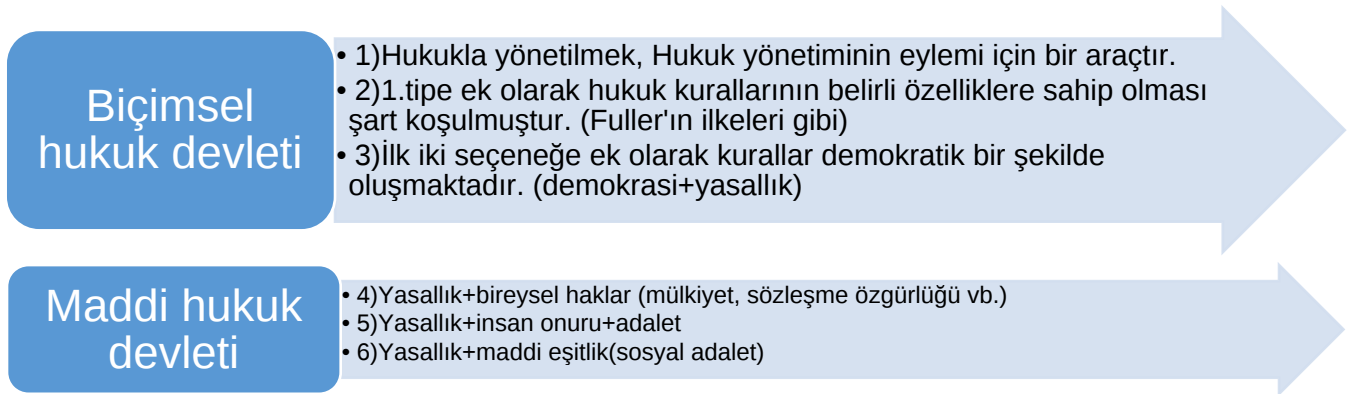
HART'A İTİRAZ

- Örneğin Andrei Marmor'a göre Fuller'ın belirttiği ilkeler özünde işlevsel olmasına rağmen, aynı zamanda ahlaki-siyasi erdemlerdir.
- Bu ilkeler hukukun kontrol aracı olmasını sağladığı gibi, bireyler ve devletin erdem anlamında adil olmasını da sağlar.
- Hukukun geçerliliği için Fuller'ın 8 ilkesi iyi hukukun da zorunlu unsurlarıdır.

HUKUK DEVLETİ İDEALİ AÇISINDAN FULLER

- Genel olarak biçimsel/şekli anlamda hukuk devletinin koşulu, devletin kurallardan oluşan bir hukuk sistemine bağlı olmasıdır. Yasallık (lagality) temel ölçüttür.
- Maddi anlamda hukuk devleti ise hukuk kurallarının içeriğinin adalet ve ahlaki ilkelerin uygunluğu üzerinde durur.
- Fuller ilk anlamıyla biçimsel hukuk devletinden farklı olarak yasallığın belirli bir biçimi olduğunu ileri sürmektedir. İleri sürdüğü 8 ilke ile bu biçimselliğinin ölçütleridir. Ancak kuralların içeriğinin ahlakilikle ilişkili olup olmadığını tartışmaz.

HUKUK DEVLETİ



SEKİZ İLKE, ETİK İLKE MİDİR?

- Etik ilkeler insanın yapısal olanaklarını gerçekleştirilmesiyle ilgili ilkelere.
- Sekiz ilke kişinin özerkliğe saygı göstererek, öngörülebilir bir çerçeveye sağlayarak, vatandaş korku ve kaostan uzak tutarak, aslında insanın yapısal olanaklarını geliştirmesine dolaylı yoldan hizmet ettiği için etik ilkelerle ilişkili ilkeler olarak kabul edilebilir. Ayrıca sekiz ilkenin, insanın yapısal olanaklarının gelişimine hizmet eden bir

hukuk sistemi oluşturmak için etik ilkeler yanında gerekli ilkeler olduğu da unutulmamalıdır.

HUKUKİ REALİZM

- Aralarında çok ortak nokta olmamakla beraber, hukuk teorisinde kendisini realist olarak tanımlayan iki düşünce okulu bulunmaktadır. Bunlar:

1)Amerikan Realist hukuk okulu

2)İskandinav realist hukuk okulu

- Realist kavramının kullanılması pozitif hukukun gerçek yapısını saklayan yanıltıcı teorilerin, hukuk metodlarının reddi ve hukukun gerçeklikte nasıl işlediğine ilişkin bir analizi ifade etmektedir. Bu yaklaşım sadece realistlere özgür değildir. Örneğin, Bentham da benzer yaklaşım içerisinde olmuştur. Ancak hukuk gerçekliğine odaklanmak ve bu noktadan teoriyi oluşturmak bağlamında kimse realistler kadar belirgin bir duruş sergilememiştir.
- Amerikan realizmi Oliver Wendell Holmes'un düşüncelerinden kaynaklanmaktadır. Holmes'un çalışmaları mahkemelerin gerçeklikte ne yaptıklarına odaklanmaktadır.
- İskandinav realistleri hukuku psikoloji disiplininin bilgileri bağlamında ele almaktadır. İskandinav realizminin temel tezi >>sorumluluk<<, >>geçerlilik<< gibi hukukun temel kavramlarının objektif bir gerçekliğinin olmadığıdır. Bireylerin psikolojik durumlarına göre söz konusu kavramların içeriklerinin değiştiklerini belirtmektedir. İskandinav realizmi hukuk teorisi alanında çok fazla tartışılmamaktadır.

AMERİKAN HUKUKİ REALİST AKIMI

- Formalizmin reddi
- Şüphencilik
- Gerçek hukuk

FORMALİZMİN REDDİ

- Amerikan hukuki realist akımı düşünsel temelini formalizmin reddinden almaktadır.
- Formalizme göre bir yargıç belirli bir hukuki uyumsuzluk konusunda karar verirken kuralın etkinliğini, meşruiyetini sorgulamaz. Kuralı dedüktif akıl yürütmeye olaya uygular ve sonuca ulaşır. Bu durumda her benzer durumda benzer sonuca ulaşılabilir. Hukuki sonuç önceden belirlenebilir. Hukuk belirlidir.
- Realistler gerçekçi olunması gerektiğini belirtirler. Hukuki sonuç önceden belirlenemez ve hukuk belirsizlik söz konusudur.
- Harvard hukuk fakültesi akademisyenlerinden Christopher Columbus Langdell'e göre hukuki akıl yürütme ile bilimsel akıl yürütme yakındır. Hukuki akıl yürütme tekniklerini ortaya koyanlar bilimsel akıl yürütme tekniklerinden yararlanmışlardır.

BÜYÜK ÖNERME; MADDE 81; (1) Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

KÜÇÜK ÖNERME; A, B'yi kasten öldürmüştür.

Sonuç; A müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır.

Formalizmde hukuki girdi hukuki çıktıyı belirlemektedir.

ŞÜPHECİLİK

- Kural ve olay şüpheciliği Amerikan realist hukuk akımının temel özelliklerinden birisidir.
- Kural ve olay şüpheciliği birbirlerinden farklı eleştiri noktalarıdır.
- Realist yaklaşım mahkeme odaklıdır.
- Kural şüpheciler gerçek kuralların ne olduğunu araştırırlar.
- Olay şüphecileri ise sisteme daha çok şüpheci ve eleştirel yaklaşırlar. Sadece kurallar değil, olayları ortaya koyan kurumlara karşı da şüpheyile yaklaşırlar.
- Hukuk sisteminin en önemli unsuru olan yargıya şüpheyile yaklaşımları reformcu yaklaşımlarına şüpheyile bakılmasına neden olmaktadır.

YAZILI HUKUK İLE YAŞAYAN HUKUK

- Amerikan realist hukuk akımı içerisinde yer alan hukukçuların diğer bir tartışma konuları yargısal kararların gerçekliğe nasıl ulaştığıdır.
- Hukuki kararları hukuk kuralları mı belirler? Yoksa farklı faktörler devreye girer mi? Yaşayan hukuku keşfetmek için bu faktörleri göz önünde bulundurmak gerekir mi?
- Realistler hukuki kararın ortaya çıkmasına etki eden kural dışında birçok faktör olduğunu belirtir ve bu hukuk kuralı dışındaki (non-legal) faktörlerin de göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtirler. Ancak bu şekilde hukuki kararın önceden tahmin edilebileceğini iddia ederler.

AMERİKAN REALİST HUKUK TEORİSYENLERİ

- Oliver Wendell Holmes
- Jerome New Frank
- Karl Llewellyn

OLİVER WENDELL HOLMES (1841-1935)

- Holmes'u etkileyen düşünürlerin arasında pragmatist düşünürlerden James ve Wright bulunmaktadır.
- Bentham ve Mill'in sosyal fayda hakkındaki görüşlerini de benimsemiştir.

GENEL OLARAK

- Amerika Birleşik devletleri yüksek mahkeme yargıçısı olan Holmes realist hukuk akımının kurucusudur.
- Hukuki karar verme sürecinde pragmatik yaklaşımı benimsemektedir.
- Kuralların hukuki sonucu belirlediği yönündeki formalizme karşı kural şüpheciliğini savunmaktadır.
- Holmes'a göre hukuk mahkemelerin yaptığı şeydir.

HOLMES "COMMON LAW" ADLI ESERİNDE...

- <<Hukuk yaşamı mantık değil, deneyim olagelmıştır. İster açıkça dile getirilmiş olsun, isterse bilinçaltında kalsın zamana göre hissedilen ihtiyaçlar, öne acıkan ahlaki ve siyasi kuramlar, kamusal politikanın öngörülleri, hatta hakimlerin önyargıları, insanları yönetecek kuralların belirlenmesinde kıyastan (mantıksal akıl yürütmeden) daha çok iş yapmıştır.>>
- << Hukuk bir toplumun yüzyıllar boyunca devam eden gelişiminin öyküsünü vücuda getirir ve bir matematik kitabının aksiyomlarını içeriyormuş gibi ele alınmaz.>>

Hukuku oluşturan nedir? Şeklindeki temel soruyu ele alalım. Buna cevap olarak, Massachusetts ya da İngiltere mahkemelerinin verdiği kararlardan farklı bir şeyi, onun bir akıl sistemi olduğunu, ahlak ilkelerinden ya da kabul görmüş aksiyomlardan yapılan bir

çıkarsama olduğunu söyleyen yazarlar bulacaksınız. Fakat dostumuz <<kötü adamın>> gözleriyle bakarsak, aksiyomlara ya da çıkarmaya hiç de önem vermediğini görürüz. Onun asıl bilmek istediği şey, Massachussets ya da İngiltere mahkemelerinin gerçekte erebileceği karardır. Ben de onun gibi düşünüyorum. (Holmes 189-aktaran Uzun, 2014)

SONUÇ OLARAK

- Hukuk mahkemelerin fiilen yapacaklarına ilişkin tahminlerdir.
- Klasik hukuki muhakeme anlayışını reddeder. Söz konusu formalist yaklaşımın bir tür hukuk fetişizmi olduğunu kabul eder.
- Hukuk keşfedilmez yaratılır. Her bir olay bazında hukuk yeniden yaratılır.
- Hukukta tek bir doğru cevap iddiasının tam karşısındadır.
- Hukukun yargısal yoldan yaratıldığına inanır.
- Hukukta önceden belirlenmiş iyi ve kötü yoktur. Ahlakilikle bağlantısı zorunlu değildir. Doğal haklar doktrinini reddeder.

1930'larla birlikte Amerika'nın 30 eyaletinde kısırlaştırma yasaları kabul edilmişti, tedavisi gerekli görülenler arasında alkolikleri ve uyuşturucu bağımlılarını ve hatta körlük ve sağırılığı da ekleyip genişlettiler. Bu kampanya 1927'de Yüksek mahkemenin buck-bell davasında Virginia kısırlaştırma yasasının sekize karşı bir oyla kabul edilmesiyle doruğa ulaştı. Bu dava Saralılar ve geri zekalılar devlet kolonisine kendi rozası dışında kapatılmış olan Carrie Buck isimli on sekiz yaşında beyaz bir kız hakkındaydı, yasaya göre kısırlaştırılacak ilk insan oydu. ("Bugünkü mevcut nüfusumuzun en değersiz onda birini" yok etmek isteyen) Ojenik kayıt bürosu şefi Harry Laughin'e göre bu kız, kız kardeşi ve annesinin genetik zihinsel geriliklerinden ötürü seçilmişti. Bu bilgi büyük ölçüde, daha sonra daha sonra tamamen yanlış olduğu kanıtlanan Stanford Bimet IQ testlerinden elde edilmişti. Dava yargıcı Q. W. Holmes "üç kuşak embesil yeterlidir" demiştir. Carrie'nin kız kardeli Doris de aynı yasaya göre gizlice kısırlaştırılmıştı. Carrie'nin çocuğu Vivian 1932'de hastalıktan öldü. Vivian'ın öğretmenleri onu çok parlak bir öğrenci olarak tanımlıyorlardı.

JEROME NEW FRANK VE HUKUKİ REALİZM

- Brian Leiter'a göre "Hukuki realislerin" temel tezi, hakimlerin kurallara göre değil, somut uyuşmazlık konusunda neyin adil olduğunu düşünüyorlarsa, o şekilde karar verdikleridir.
- Frank realistlerin olayların değerlendirilmesinde iki farklı şüpheleri olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle kendisinin de dahil olduğu realist olarak adlandırılan gruba realist değil, yapıcı şüpheci terimini ikame eder.
- Frank yapıcı şüphecileri iki gruba ayırmaktadır. Bunlar: Kural şüphecileri ve Olay şüphecileridir.

KURAL ŞÜPHECİLERİ

- Llewellyn'in temsil ettiği kural şüphecileri hukukta belirlilik ve kesinliği sağlama amacını güderler.
- Bir hukukçunun mahkemenin ne yönde karar vereceğini önceden kestirip, müvekkiline haber vermesinde sosyal fayda bulunduğunu belirtirler.
- Ancak kurallar bu tahmini sağlayamazlar. Bunun yerine bu kararların gerisindeki "gerçek kuralları" keşfetmek gerekir.
- Araştırmalarını temyiz mahkemeleri üzerinden yürütürler.

OLAY ŞÜPHECİLERİ

- Frank'ın temsil ettiği ikinci grup ise şekli hukuk kuralları ne kadar açık olursa olsun, kararın önceden kestirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Zira kararların dayandığı olaylar son derece değişkendir.
- Hukukta kurallara bağlılıkla belirlilik ve kesinliğin sağlanması mümkün değildir. Bu nedenle adaletin sağlanması için farklı metodlar denenmelidir.
- İlk derece mahkemelerine odaklanılmalı ve yargıç, jüri ve avukatların tutumları, psikolojileri, düşüncelerini etkileyen sosyal, siyasi, iktisadi, felsefi fikir ve akımların incelenmesi ön plana alınmalıdır.

HUKUKTA KESİNLİK EFSANESİ

- Frank 1930 yılında Law and Modern Mind adlı eserinde hukuku psikoloji disiplini metodlarıyla ve bilgileriyle ele almıştır.
- Bu kitapta temel efsane dediği hukukta kesinliği ve istikrarı, belirliliği sağlama arzusunu eleştirmektedir.
- Frank hukukta kesinliği sağlamak için kuralların ve kavramların değişmez nitelikte olduğu yönündeki düşünceye yani "hukuki dogmatizme" karşı çıkmaktadır.
- Frank'a göre hukuk değişmez değil, değişken bir karakter taşımaktadır. Bu talihsizlik değil, sosyal fayda teşkil etmektedir. Hukukçunun görevi bu değişmeyi gerçekleştirmektir. Ancak değişmeye karşı hukukçularda bir direniş vardır. Bunun nedeni nedir?

"...1890 tarihinde ABD kongresi "ticari kısıtlayacak... her sözleşme ve düzenlemeyi" yasa dışı kılan "Sherman Kanunu"nu vazetmiştir. 1896-1904 tarihleri arasında Yüksek mahkeme, kendine gelen davalarda bu hükmü "ticareti gayri-makul surette kısıtlayacak akitlerin men edilmesi" gerektiği şeklinde yoruma zorlamışsa da, çoğunluk ısrarla bu "makuliyet kuralını" kullanmaktan kaçınmıştır. Fakat 1911'de Standart Oil vs. Tobacco davalarında bahsi geçen hüküm ticareti makul sınırlar dışında kısıtlayacak sözleşmelerin yasa dışı olduğu şeklinde yorumlanmaya başlanmıştır. Bunun sebebi 1911'de ilk kararlara iştirak eden yaşlı üyelerin bir kısmının ölümü ve bir kısmının da emekli olmaları sonucunda yerlerine modern fikirli genç üyelerin tayin edilmeleridir."

FRANK'IN HUKUK TANIMI

- Frank hukukun tam bir tanımının yapılmasının mümkün olmadığını düşünmektedir.
- Ona göre hukuk bir tahmin sanatıdır. Bir mahkemenin gelecekte nasıl karar verebileceğine ilişkin tahminlerden ibarettir.
- Dolayısıyla hukuk tanımı geçmişte mahkemelerin nasıl karar verdiğine ilişkin bir betimleme değil, gelecekte nasıl karar verebileceğine ilişkin tahmindir.
- Geçiş kararlar yol göstericidir ama kesinliği sağlamazlar. Bir yargıcın daha önce verdiği kararlar onun şahsiyetini ortaya koyar. Bu nedenle önemlidir.

HUKUKİ OLAYLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE YARGICIN KİŞİLİĞİNİN ROLÜ VE ÖNEMİ

- $K(\text{Kural}).O(\text{olay})=MK(\text{Mahkeme kararı})$

Klasik hukuk metodu söz konusu formüller K ve O'nun bilinmesiyle MK'nın önceden bilinebileceğini ve hukukta belirlilik sağlanabileceği öne sürülmektedir.

Frank bu formülü şu şekilde değiştirmiştir.

- $K.SO(\text{Sübjektif olay})=MK$

Sübjektif olaylar: Yargıcın kararına etki eden faktörler ve yargıcın kişiliğinin karışımı olan olaylar.

Frank'e göre yargıçlar ya da jüri benzer davalarda benzer karar vermelerinin mümkün olmadığını düşünmektedir. Gerçekliğe rasyonel bir şekilde yaklaşma kabiliyetlerinin olmadığını belirtir.

EMSALLERE BAĞLILIK

- Frank mahkeme kararların sıkı sıkıya bağlılığı da eleştirmektedir. Zira mahkeme kararları belirli bir sosyal sorun karşısında verilmektedir.
- Ancak bu sorunlar zaman ve mekana göre değişiklik göstermektedir. Her birinin farklı şekillerde değerlendirilmesi gerekmektedir.
- Bu nedenle mahkemelerin ne söylediğine değil, ne yaptığına bakmak gerekir. Bir olay hakkında verilen karar başka bir olay hakkında farklı bir sonuç verebilir. Ancak nasıl karar verdiği önemlidir.
- Mahkeme kararlarının gerekçelerinde sadece kararın normatif temellendirilmesi verilir. Ancak bu kararın nasıl verildiği belirtilmez. Önemli olan günün olaylarını günün koşullarına göre karar vermektir.

KODİFİKASYON

- Kodifikasyon yani kanunlaştırma hukuk normlarının sistemli bir şekilde yazılı hale getirilmesi ya da pozitifleştirilmesidir.
- Bu bağlamda kodifikasyon hareketleri hukukta güvenliği ve istikrarı sağlamak içindir.
- Ancak Frank'a göre hukuk alanında tam ve güvenilir bir kodifikasyon çalışması mümkün değildir. İyi bir kod bütün sosyal sorunlara cevap verebilir nitelikte olması gerekir.
- Bunun için ciddi hukuk sosyolojisi çalışmalarına dayanılması gerekmektedir. Aksi halde iyi bir kod ve kodifikasyon çalışması mümkün olmayacak ve kodlar sosyal problemleri gidermek konusunda yetersiz olacaktır.

GERÇEĞE ULAŞMA YOLU

- Frank'a göre öncelikle çocukluktan kurtulmak ve kesinliğe ulaşma amacından vazgeçmek gerekir. Tahminlerle yetinmeği bilmek gerekir. Bu şekilde insanlar baba otoritesinden dogmatizmden ve muhafazakarlıktan kurtulursa yetişkin hale gelebilir. Bütün dogmalara karşı şüpheyi yaklaşmak gerekir.

KARL Llewellyn

GENEL OLARAK

- Llewellyn Amerikan realist hukuk hareketinin en bilinen isimlerindendir. Hem teoriye katkıları hemde teorinin tarihçesini ortaya koyduğu için önemli bir düşünürdür.
- Hukuk ve toplumsal hayat arasındaki ilişkinin sağlanabilmesi için yargısal hukuk yaratımının önemli olduğunu düşünmektedir.
- Toplumsal ihtiyaçların karşılanması için hukukun geçmişe değil, geleceğe yönelik olması gerekir.
- Realistler hukukun toplum üzerindeki etkileri üzerine odaklanmalıdır. İlkesel olarak hukuk toplum üzerindeki etkisi bağlamında değerlendirilmelidir.

HUKUK İŞLERİ

1)Çatışmaların çözümü

2)Çatışmaları önlemek amacıyla davranışlara yön verme

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

4)İktidarı belirleme ve iktidarın eylemleri belirli bir usule bağlama

5)Toplumsal hayatı düzenleme (Bunun için toplumsal hayatın gerçekliğini göz önünde bulundurması gerekir)

6)Yargısal yöntem işi

Bir Kızılderili kabilesi olan Cheyenne'lerde ferdi avlanma yasaktır. Fakat bir gün Kızılderililerden biri bu yasağa karşı geleceğini bildirir. Kırkdörtler Konseyi toplanarak bu davada davalıyı kabilenin bütünlüğünü tehdit ettiği gerekçesiyle "kabile dışı" ilan eder. Kabileden hiç kimse onunla konuşmayacak ve yardım etmeyecektir. Aksine hareket eden kişi de "güneş dansı" cezasına çarptırılacaktır. Güneş dansı kabile için son derece zevkli bir merasimdir. Bu merasimi düzenlemek son derece pahalı ve pahalı olduğu derecede itibar arttırıcıdır. Nitekim seneler sonra davalının suçu idrak edip ıslah olduğu kanaatine varan kayınpederi güneş dansı cezasını yerine getirerek onun kabileye dönmesini sağlamıştır.

- Llewellyn'in hukukun işlerini ortaya koymak için belirlediği liste hem betimleyici hem de normatiftir.
- Hukuku bir bütünsellik içerisinde ele almaktadır.
- Hukuk normlardan ibaret değildir. Hukuk toplumsal bir olgudur. Bu bağlamda hem toplumun temeli hem de toplumun içerisinde.

AMERİKAN HUKUKİ REALİZMİNİN ETKİSİ

- Amerikan hukuki realizm akımı Amerikan hukuk akademisini büyük ölçüde etkilemiştir. We are all realists now sloganı egemen oluyor.
- 2.Dünya savaşından sonra Amerikan realist hukuk akımı etkisini yitirmiştir. İnsan hakları ve hukuk ilişkisi konusunda realistlerin katkısının olmaması tam tersine insan hakları ihlallerinden öjenizm (sağlıksız ceninleri ayırıp, sağlıklı ceninler yetiştirmenin yollarını arayan bilimselliği tartışmalı bir düşüncedir) hareketlerini desteklemeleri Amerikan realist akımının eleştirilmesine neden olmuştur.
- Hart realizmin İngilizce konuşulan ülkelerde felsefi bir şaka olduğunu belirtmiştir. Ona göre ARH Amerikan Hukuk felsefecileri tarafından unutulmaması gereken bir akımdır.

ELEŞTİREL HUKUK ÇALIŞMALARI

İDEOLOJİ NEDİR?

- İdeoloji her şeyden önce bir dünya görüşüdür. İçinde yaşadığımız dünyanın nasıl bir dünya olduğunu bize anlatmaya çalışır.
- Toplumsal gerçeklik insanlar için oldukça karmaşıktır. Birey tek başına toplumsal gerçekliği açıklayamaz.
- İdeolojiler bireylere bu konuda yardımcı olurlar. Bireyin etrafında olup biteni açıklar ve nasıl davranması konusunda yol gösterici olabilirler.
- Dolayısıyla ideolojiler inançlar, normlar, bilgiler içeren yol haritalarıdır.

İDEOLOJİ KAVRAMININ OLUMSUZ ANLAMI

- İdeoloji kavramı Tracy'nin olumlu anlamından farklı olarak olumsuz bir anlamda içermektedir. Bu olumsuz anlam Fransa'da öncelikle çıkmıştır ancak en ünlüsü Marx'tan gelmiştir. Marx'ta ideoloji iki anlamda kullanılmıştır.

- İdeoloji toplumsal gerçekliğin insan bilincinde yansımasıdır. Buna göre ideoloji din, siyaset, hukuk gibi bir üst yapı kurumudur.
- Mistifikasyondur. Toplumsal gerçekliğin çarpıtılmasıdır. Marx'ta ideoloji genellikle bu anlamda kullanılmaktadır.

HUKUK VE İDEOLOJİ

- Hukuk açısından baktığımızda hukukun ideolojik olduğunu ortaya koymak, hukukun nötr olmadığını ve bir ideolojik yaklaşım içinde olduğunu belirlemektir.
- Ne kanun koyucu ne de hakimler hukuku uygularken nötr değillerdir. Hukukun muhataplarına ve taraflara belirli bir ideolojiyle yaklaşmaktadırlar.
- Alt yapı unsuru olan üretim tarzları üst yapı unsuru olan devlet tipini ve onun hukukunu da belirlemektedir. Kapitalist üretim tarzı, burjuva devletini ve onun hukukunu belirlemektedir. Bu Marksist yaklaşımın eleştirel hukuk çalışmalarıyla ilgilenen hukukçularda da benzer şekilde yer etmiştir. EHÇ ideoloji ve hukuk arasında bir tür ortaklık kurulmaktadır. Hukuk devletin ideolojisini yansıtmaktadır. Liberallerin ortaya koyduğu gibi hukuk nötr karakterde değildir.

1)NÖTRLÜK

- Eleştirel hukukçular modern ve liberal hukuk teorilerinin tarafsız ve nötr olmayacağını ortaya koyarlar. Modern ve liberal hukuk teorileri formalist yaklaşımları doğrultusunda hukukun tarafsız ve nötr olduğu varsayımına dayanırlar.
- Eleştirel hukukçulara göre hukuk pratiği asla nötr ve tarafsız olamaz. Sözcüklerin nesnel bir anlamı yoktur. Metinlerin anlamını ortaya çıkaran yorumcudur. Yorumcu yorumunu ortaya koyarken kendi iyi anlayışını ve ideolojik tutumunu kararında somutlaştıracaktır.
- Hukuk-ideoloji ilişkisinin diğer bir boyutu normların oluşturulma safhasıdır. Norm oluşturulmasından norm koyucunun kendi ideolojisini normlardan somutlaştırdığı belirtilmektedir.

LİBERAL HUKUK TEORİLERİ

- Formalizmle nötrlüğü sağlanabileceğini
- Hukukun belirli olduğunu
- Evrensel ilkeler olduğunu
- Evrensel ve soyut hak tanımlamaları

2)FORMALİZME SALDIRI

- Formalizm bir hukuksal haklılaştırma teorisidir.
- Hukuk kurallarından hareketle yapılan akıl yürütme sonucu varılan yargısal kararlar haklılaştırılmış olur.
- Yargısal karar olarak sonuç, tamamen hukuk kurallarının gereği kabul edildiği için meşru kabul edilmektedir.
- Takdir yetkisini ve Amerikan Realist yorum teorisini bir tarafa bırakırsak, kural olarak yargıcın görevi mekanik bir niteliktedir. Başka bir anlatımla yargıcın karar verirken, kişisel ve politik düşüncelerinden bağımsız olarak hareket ettiği varsayılır.

3)HUKUKİ BELİRLİLİK MİTİ

- Formalizme bağlı modern hukuk anlayışı bakımından hukuk kuralları kendileriyle ilgili olası bütün uyuşmazlıklara uygulanacak niteliktedir.

- Bazı Formalistler (katı pozitivistler) açısında hukuk sistemi boşluk içermeyecek derecede mükemmeldir.
- Bazı formalistlere göre hukuk open texture bir yapı arz eder. Bu nedenle hukukta boşluk olabilir. Bu durumda yargıç hukuk yaratabilir ya da takdir yetkisini kullanabilir.
- Ancak modern hukuk sistemleri kural olarak belirlidir ve hukuk kuralları hukuki sonuçları belirleyecek yapıdadır.

2.1.2007 tarihinde Türkiye Adalet akademisi 2007-2008 eğitim-öğretim açılış töreninde Yargıtay başkanı Osman Arslan yargıç adaylarına seslenirken;

"Hakimliğin temel ögesi tarafsız olmaktır. Ancak bazı kararlarınızda Türkiye Cumhuriyeti `nin korunması ve yaşatılmasında taraf olacaksınız. Buradaysak bu Cumhuriyet `in kazanımları sayesinde. Cumhuriyet `in insan onur ve haysiyetine en uygun rejim olduğunu bilmelisiniz, bilmek zorundasınız. Demokratik, laik, hukuk devletine sahip çıkmada tarafsınız, ay yıldızlı bayrağa sahip çıkmada, o bayrağı daha yükseklerle çıkarmada taraf olacaksınız. Buralarda tarafsız olma lüksünüz yok" diyerek bir taraftan tarafsızlık etik ilkesine vurgu yapıyor, diğer taraftan da bu ilkenin sınırlarının nerede bitmesi gerektiğini işaret ediyordu." Demiştir. (Sınıfta tartışıldı)

...301. Maddeyle ilgili davalar, örneğin Hrant Dink'in davası, ben olsam açmazdım, ama İstanbul savcısı açtı. Dolayısıyla uygulamada davaya bakacak olan Cumhuriyet Savcısının kişiliğine göre değişiyor. Döneme göre de değişebiliyor. Milliyetçi duyguların çok kabardığı bir dönemde bu suçtan davayı açabilirsin; daha demokratik, düşünce özgürlüğünün yaygınlaştığı, toplumun refah düzeyinin yükseldiği dönemlerde açmayabilirsin. (Sınıfta tartışıldı)

13. HAFTA

FEMİNİST HUKUK TEORİSİ-EHÇ İLİŞKİSİ İŞLENDİ.

FEMİNİST HUKUK TEORİSİNİN TEMEL TARTIŞMA KONULARI

- 1)Ayrılık-farklılık yaklaşımları
- 2)Kamusal-Özel alan ayrımı
- 3)Feminist hukuk metodolojisi4

FARKLI FEMİNİST HUKUK YAKLAŞIMLARI

- Eşitlikçi Feminist hukuk teorisi
- Farklılık yanlısı feminist hukuk teorisi
- Kültürel feminist hukuk teorisi
- Radikal feminist hukuk teorisi
- Postmodern feminist hukuk teorisi

EŞİTLİKÇİ FEMİNİST HUKUK TEORİSİ

- Asimilasyoncu feminist hukuk yaklaşımı
- Androjenik feminist hukuk yaklaşımı

Asimilasyoncu feminist yaklaşıma göre kadınların erkeklerle aynı hukuksal statüye kavuşmaları için erkekler gibi olmaları gerekmektedir. Bu durumda daha önce erkeklere nasıl davranılıyorsa, kadınlara da bu şekilde davranılması ve hukukun buna uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Asimilasyoncu feminist yaklaşım Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş aşamasından kadın haklarını savunuları tarafından sıklıkla ele alınan bir yaklaşımdır. Hamide Topçuoğlu

kadınların iş hayatına ilişkin olarak yapmış olduğu araştırmasında söz konusu yaklaşımı ortaya koymaktadır. Ona göre "...eskiler, (erkek işi) ile bütün memleket işlerini, bütün cemiyet işlerini murad etmişlerdir. Bugün ise kadınlar bu işlere iştirak hakkına sahiptirler. O halde "erkek işine karışmak" hakkı bir emri vaki olduğuna göre biraz erkeğe benzemek, biraz onun anladıklarından anlamak, onun muhakeme şeklini benimsemekte lazımdır."

Androjenik feminist yaklaşıma göre kadınlar ve erkekler birbirlerine büyük ölçüde benzemektedirler. Androjenik feminist yaklaşımı savunan hukukçulara göre hukukta androjenik bir insana nasıl davranılması öngörülüyorsa, her iki cinsiyete de o şekilde davranılmalıdır.

FARKLILIK YANLISI FEMİNİST HUKUK TEORİSİ

- Özel haklar yaklaşımı
- Uzlaşma yaklaşımı

Kimse Üstün değil-AMA FARKLI

- Adalet etiği (erkekler)
- İhtimam Etiği (Kadınlar)

RADİKAL FEMİNİST HUKUK TEORİSYENLERİ

- Hukuk teorisine tahakküm yaklaşımı getirmişlerdir.
- Tahakküm yaklaşımı "ayrılık ve farklılık" yaklaşımlardan farklı olarak toplumsal cinsiyet eşitliği meselesine "iktidar" kavramı üzerinden yaklaşmaktadır. Bu bağlamda toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin temeli eril tahakküm ve dişil ikincilleştirmedir.
- İnsan hakları, zarar kavramından yola çıkıyorlar.
- Tahakküm yaklaşımı hukukun toplumsal cinsiyet eşitsizliğiyle bağlantılı görmediği bir çok alanı tartışılır duruma getirmiştir;

-Cinsel saldırı suçlarında toplumun ya da ailenin namusu ya da kadınların mağduriyetleri

-Fuhuş

-Pornografinin yasaklanması

-Çocukların cinsel istismarı

POSTMODERN FEMİNİST HUKUK TEORİSİ

- Hukuk dili erildir.
- Bireyin özerkliğinin temeli olan makullük, rıza, seçim gibi hukuki standartların toplumsal cinsiyet perspektifinden yapılandırılmaktadır.

KAMUSAL-ÖZEL AYRIMI

Kişisel/özel olan politiktir

- Cinsellik, üreme, çocuk bakımı, ev-içi sorumluluklar gibi aile hayatına ilişkin durumlar politiktir.
- Geleneksel olarak özel, kişisel, siyaset dışı ve bu nedenle politikanın ve hukukun ilgi alanı dışında kabul edilenler politiktir. Bu nedenle eşitsizlik ve adaletsizlikten korunmalıdır.
- Hukuk metodları hukukçuların belirli bir amaca ulaşmak için kullandıkları araçlardır.
- Eleştirel hukukçular geleneksel hukuk metodolojilerine alternatif geliştirmek ve söz konusu ana akım metodlarla mücadele etmek isterler.

- Barltlett'in altını çizdiği feminist metodların her biri hem eleştirel hem de yapıcıdır.
- Geleneksel hukuk metodolojilerin atladığı ya da görmezden geldiği hukuki meseleleri ortaya çıkarmaya aracılık etmektedirler.

HART VE HUKUKİ AHLAKÇILIK

- 1963 yılında Hart "Hukuk,Özgürlük ve Ahlak" başlığı altında üç tane konferans metnini yayımlamıştır. Bu makalelerde Hart hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye odaklanmaktadır.
- Hukuk ve ahlak arasındaki ilişki çok yönlüdür. Hart'ın konferans metinlerinde ele aldığı ilişki türü ahlakın hukuki dayatımıyla ilişkilidir. Bu bağlamda şu soruları sormaktadır.

-Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlaka aykırı olması, bu davranışın hukuk tarafından cezalandırılmasını meşrulaştırır mı?

-Kendi başına ahlakın dayatılması ahlaken kabul edilir mi?

-Kendi başına ahlaksızlık suç olmalı mıdır?

- Hart bu soruları cevaplarken John Stuart Mill'in teorisinden büyük ölçüde etkilenmiştir ve Mill'i desteklemektedir.

JOHN STUART MİLL'İN ÖZGÜRLÜK ANLAYIŞI

- Mill "Özgürlük üstüne" adlı denemesinde Hart'ın sorularını cevaplamaktadır. Cevabı olumsuzdur. Mill'e göre:

-Devletin bir kişinin özgürlüğüne müdahale edebilmesi için sadece başkalarına zarar verilmesini önlemeyi amaçlaması gerekmektedir.

-...Kendisinin fiziksel ya da ruhsal iyiliği yeterli bir haklı neden değildir. Öyle yapmak onun için daha iyi olacağı için, onu daha mutlu kılacağı için, başkalarına göre böyle yapmak iyi, hatta doğru olacağı için yapmaya ya da kaçınmaya haklı olarak zorlanamaz.

Mill'in özgürlük anlayışı : 2'ye ayrılır; **Zarar ilkesi (Anti hukuki ahlakçılık)** ve **Anti paternalizm**

MİLL VE ZARAR İLKESİ

"...Uygar bir toplumda o toplumun bireylerinin biri üzerinde, kendi arzusu dışında, güç kullanılmasının tek meşru amacı başkalarına gelebilecek olan zararın önlenmesidir. (Anti hukuki ahlakçılık).

MİLL VE ANTİ PATERNALİZM

- <<...insanlığa bireysel ya da toplu olarak başkalarının eylem özgürlüğüne karışma yetkisi verilmesinin tek amacı öz savunmadır>> (anti paternalizm)
- Paternalizm kişiyi kendisinden korumaktır. Birisinin kendi iyiliği için onun eylem özgürlüğüne karışmayı gerektirir. Ancak Mill'e göre birisinin eylemlerine karışmak için onun iyiliği gerekçe göstermek meşru bir temellendirme değildir.
- Ancak burada şunu belirtmek gerekir ki toplum içerisinde dezavantajlı olan kişilere, örneğin çocuklar ya da engelliler söz konusu olduğunda yani özerkliği olmayan kişilere onların iyiliği için devletin eylem özgürlüklerine müdahale edilmesi kabul edilebilir.

<<...ne tek bir kimse ne de birden çok kişiden oluşan bir topluluğun, yetişkin bir insana, hayatını istediği gibi tanzim edemeyeceğini söyleme yetkisi vardır...>> (Mill 2009:159)

<<...bu düşüncenin, bencilliği ve umursamazlığı esas alan ve insanoğlunun bizzat kendi çıkarı için içine girmedikçe hayatta birbirlerinin hareketlerine hiç karışmamaları ve başkalarının iyilik ve mutluluğu ile ilgilenmemeleri gerektiği ileri süren bir doktrin olduğunu zannetmek yanlış olur. Başkalarının iyiliğini korumak için fedakar çabaların azalmasına değil, artmasına daha çok ihtiyaç vardır. Fakat insanları bu fedakar çabaların kendi iyiliklerine olduğuna inandırmak için ne hakiki ne mecazi anlamda bir kamçı veya kırbaça ihtiyaç vardır.>>

Mill'in özgürlük yaklaşımında zarar ilkesi hukuki ahlakçılıkla karşıttır.

HUKUKİ AHLAKÇILIK NEDİR?

- Toplumsal ahlak kurallarıyla çatışan davranışların yasal olarak sınırlandırılmasıdır. Bu davranışların fiziksel ve ruhsal olarak başkalarına zarar verip vermediği ölçütü bu sınırlandırmada temel alınmaz. Önemli olan davranışın "toplumsal ahlak" kurallarıyla çatışmasıdır. Bu bağlamda bir insanın özgürlüğü toplumsal ahlak kurallarına aykırı davrandığı takdirde sınırlandırılması meşrudur. Devletin toplumsal ahlak kurallarını zorlamak konusunda bireylere zor kullanma yetkisi bulunmaktadır.

HUKUKİ AHLAKÇILIK VE CEZA NORMLARI

- Hukuki ahlakçılığa göre ceza hukuku sırf ahlaka aykırılığı cezalandırmada kullanılmalıdır. Ahlakın hukuk aracılığıyla dayatılması olarak değerlendirilebilir.
- Bu problem İngiltere'de 1954 yılında yetişkin erkekler arasında rızaya dayalı aleni olmayan eşcinsel ilişkinin suç olup olmadığı bağlamında tartışılmıştır. (1953'te ünlü bir aktör, 1954'te ise bir Lord, kuzeni ve bir gazeteci eşcinsel ilişkiye girdikleri için yargılanmışlar ve 12 ay ile 18 ay arasında hapis cezası almışlardır.
- Hükümet Wolfenden Komitesi olarak anılan bir komisyon oluşturup, söz konusu meseleye ilişkin bir rapor hazırlanmasını istemiştir. 1954 yılında Sir John Wolfenden başkanlığında kurulan komite Eşcinsellik suçları ve fahişelik hakkında komitenin çalışmalarına başlamıştır. (komisyon 14 erkek, 3 kadın olmak üzere, din adamları, yargıçlar, bürokratlar ve psikiyatlardan oluşmaktadır.)

1957-Wolfenden Raporu

- "Bu alanda, gördüğümü gibi, toplumsal düzeni ve terbiyeyi korumak, vatandaşı incitici ya da zarar verici olandan korumak ve başkalarının istismarına ve yozlaşmasına karşı yeterli teminat sağlamak, hukukun görevidir...Bize göre kanunun görevi ana hatlarını açıkladığımız amaçları yerine getirmenin ötesinde, vatandaşların özel hayatlarına karışmak ya da herhangi bir davranış biçimini bulmaya çalışmak değildir. Kısa ve inceliksiz bir şekilde söylemek gerekirse, hukukun işi olmayan bir özel ahlaklılık ve ahlaka aykırılık alanı kalmalı"

WOLFENDEN RAPORU

1)Eşcinsellik bağlamında on ikiye bir çoğunlukla yetişkinler arasında rızaya dayalı aleni olmayan eşcinsel fiillerin artık suç olmaması gerektiği yolunda görüş bildirilmiştir.

2)Seks işçiliği bağlamında ise, oybirliği ile bizzat fiilin yasadışı kılınmaması gerekse de, alenen cinsel ilişki önermenin sıradan vatandaşlara karşı rahatsız edici bir musibet olduğu gerekçesiyle bunu sokaklardan temizlemek için yasama işlemi yapılması gerektiği yolunda tavsiyede bulunmuştur.

<<Bize göre ceza hukukunun işlevi kamu düzenini ve adabını korumak, vatandaşı rahatsız edici ve zararlı şeylerden korumak diğerlerinin zehirlenmesine ve bozmasına karşı, özellikle genç bedence ya da akılca zayıf ya da tecrübesiz oldukları için savunmasız olanlara yeterli korumayı sağlamaktır>>

- Bu raporun felsefi temellendirilmesine bakıldığında Mill'in özgürlük yaklaşımıyla ortak olduğu görülmektedir.
- Bu nedenle liberal felsefeden etkilenmiş bir rapor olduğu söylenebilir.
- Daha sonra bu rapora Yüksek mahkeme yargıcı olan Lord Patrick Devlin 1959 yılında vermiş olduğu konferansla eleştiri getirmiştir.
- Devlin "Ahlakın dayatılması" adlı konferansta Wolfenden raporuna yönelik eleştirisi Stephen'in görüşleriyle oldukça benzer noktaları vardır. 100 yıl sonra iki ceza hukukçusu benzer argümanlarla ceza hukuku hakkında benzer yaklaşımları sergilemişlerdir.

STEPHAN'DAN LORD DEVLİN'E

- Stephen'e göre hukuk ahlakı meşru olarak dayatabilir. Ona göre "hukuk büyük kötülöklere bir eziyet olabilir."
- Stephen'a göre <<<...belirli ahlaka aykırı eylem türleri öylesine onur kırıcıdır ki, söz konusu eylemlerin rızaya dayanıp dayanmadığına ve herhangi bir kimseye zarar verip vermediğine bakmadan "toplum" faileri cezalandırmak suretiyle bu eylemlerden duyduğu nefreti ve tiksinimeyi ifade etmek zorundadır... Cezalandırma belirli suçları ahlaksızlıklardan dolayı kınamak, ayıplamak zorundadır.

DEVLİN'İN WOLFENDEN RAPORUNUN CEZA HUKUKUYLA İLİŞKİLİ KISMINI ELEŞTİRİSİ

- **Hukukun işi olmayan özel bir ahlak ve ahlaksızlık alanı yoktur:** Toplumun uyulmasına gerekli kıldığı bazı davranış standartları ya da ahlaki ilkeler bulunmaktadır ve bunların ihlal edilmesi sadece zarar görene karşı değil, bütün bir topluma karşı işlenmiş suçtur. Özel ahlak ve kamusal ahlak anlayışını reddeder. Devletin özel ahlak alanına karışamayacağı fikrini kabul etmez. Devlet her alana müdahale edebilir. Devletin bu konuda sınırı yoktur.
- **Ceza hukuku ahlak ilkesi üzerine inşa edilmiştir:** Pek çok suç ahlaki bir ilkeye hukuki boyut kazandırma işlevi içerisinde. Örneğin ötenazi, rızaya dayalı ensest bunlarda hiç kimse zarar görmez. Ancak her biri genel ahlaka aykırı eylemlerdir. Ceza hukuku bunları suç olarak değerlendirir. İngiliz ceza hukuku Mill'in yaklaşımlarından etkilenmemiştir. Hristiyan ahlakı ve günahlar ceza hukuku içerisinde gömülü kalmıştır. Devlin'e göre İngiliz ceza hukuku günahı ve ahlaksızlığı paralel bir şekilde ele almıştır. Günah ve suçlarda ortaklık söz konusudur.
- **Eşcinsellik hakkında fikirlerini şu şekilde özetlemiştir:** İlk fırsatta kendimize sakince ve serinkanlılıkla şu soruyu sormalıyız: eşcinsellik varlığı suç olacak kadar çok tiksindirici bir kusur mudur? Eğer bu içinde yaşadığımız toplumun ortak hissiyse, toplumun bunu yok etme hakkının elinden alınmasını anlamıyorum.
- Toplumu fiziksel olarak bir arada tutan bir şey yoktur. Ortak düşüncenin görünmez bağlarıyla bağlıdır. Eğer bağlar gevşerse, üyeler kopup gider. Genel ahlak bu bağın parçasıdır. Bağ toplumun bedelinin bir parçasıdır. Topluma ihtiyacı olan bu bedeli ödemek zorundadır.

HART'IN DÜŞÜNCELERİ

- Mill'in argümanını Hart büyük ölçüde desteklemektedir. Dolayısıyla Wolfenden Komitesinin raporunun da yanındadır ve Devlin'e karşıdır. Ona göre ahlakın ya da genel ahlakın ceza hukuku aracılığıyla dayatılması yanlış bir yöne doğru

ilerlemektedir. Ona göre, insan hayatında özel bir alan vardır ki, bu alana ceza hukukunun dokunmaması gerekmektedir.

- Ancak Hart Millci liberal yaklaşımı biraz farklı bir şekilde ele almıştır. Hart ikili bir ayrıma gitmiştir. Toplumun faydası ile bireyin faydasını ayırmaktadır. Ona göre sadece bireyin faydası esas olduğunda devlet müdahalesi meşru kılınabilir. Ancak toplumsal değer yargılarının ceza hukuku aracılığıyla toplumsal fayda esas alınarak uygulanmasını ya da zorlanmasına karşı çıkmaktadır. Toplum kendi üyelerini başkalarından gelebilmesi muhtemel zararlara karşı koruyabilir. Aynı zamanda kendine zarar vermesini de engelleyebilir. Ancak toplum kendi geleneklerini iyi olduğunu gerekçesiyle bireylerine dayatamaz.

HART VE MİLL

- Hart bireyin kendine vereceği zarardan da korunması gerektiğini düşünmektedir. Ancak Mill bireyin kendine vereceğini zararı engelleme için devletin işi olmadığını düşünmektedir. Örneğin uyuşturucu kullanımı Mill için suç olamaz. Ancak Hart için suç olmalıdır. Zira birey kendisine de zarar veremez. Mill sadece başkalarından gelecek zarara karşı bireyi korumaktadır.
- Hart'a göre Devlin paternalist hukuk ile hukuki ahlakçılık arasındaki ayrımı belirsizleştirmektedir. Bu ayrım insanların kendilerini korumaları için olan hukuk ile ahlaki standartları dayatan hukuk arasındaki ayrımdır. Devlin ahlaksızlığın cezalandırılmasını isterken, bunun başkalarına zarar verip vermediğini sorgulamamaktadır.

HUKUKİ PATERNALİZM

- Hukuki paternalizme göre bir insanın özgürlüğüne meşru bir şekilde müdahale etmekte ölçüt o bireyin iyisi, mutluluğu, ihtiyaçları, çıkarları ve değerlerini korumaktır. Örneğin hukuk bireye motosiklet kullanırken kast takmasını istemektedir. Bu yasanın gerekçesi sürücünün güvenliğini sağlamaktır.
- Bireyin korunmasının gerekçesi genel ahlakın gereklilikleri değildir.

HART-DEVLİN TARTIŞMASI

- Hart Devlin eleştirisinde bir diğer Mill eleştirisi olan James Fitzjames Stephen eleştirisine de yer vermektedir. Stephen'e göre tüm kötülükler ceza hukuku tarafından cezalandırılmalıdır. Mill'in özel alan sınırlamasını kabul etmemektedir. Stephen Mill'in zarar ilkesini reddetmektedir. Zira bu ilke ceza hukukunun temel yaklaşımını reddetmektedir. Hart Devlin'in yaklaşımını Stephen'in yaklaşımına oranla daha ılımlı bulmaktadır.
- Hart'ın Devlin ve Stephen'a yönelttiği en temel eleştiri toplumun değer yargılarını yansıtan ahlak kurallarının sabit ve değişmez olduğuna yönelik kabulden hareket etmelidir. Hart'a göre toplumlar sürekli değişim içindedirler ve toplumsal ahlak da değişebilir. Bunun korunması için ceza normlarının oluşturulması gereksizdir.

RAHATSIZ ETME İLKESİ

- Joel Feinberg ifade özgürlüğüne ilişkin olarak rahatsız etme ilkesi olarak adlandırdığı ilenin özellikle saldırgan olan ifadelerin yasaklanmasını sağlamak için kullanılmasını önermektedir.
- Feinberg rahatsızlık vermenin zarar vermekten daha az ciddi olduğunu ve bu nedenle verilecek cezanın ağırlığının daha az olması gerektiğini savunmaktadır.

- Örneğin ABD'de rızaya dayalı ensest ilişki cezalandırılmaktadır. Rızaya dayalı ensest ilişki mağduru olmayan bir suçtur. Feinberg'e göre burada zarar değil rahatsızlık cezalandırılmaktadır.