

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

NEIL MACCORMICK’TE HUKUKUN
KURUMSALLIĞI TEORİSİ

Miran ÇETİNER
2501170509

TEZ DANIŞMANI
Doç. Dr. Sevtap METİN

İSTANBUL - 2021

ÖZ

NEIL MACCORMICK’TE HUKUKUN KURUMSALLIĞI TEORİSİ

MİRAN ÇETİNER

Çalışma İskoç düşünür Neil MacCormick’in Hukukun Kurumsallığı Teorisi hakkındadır. Kuram hukukun, kurumsallaşmış bir normatif düzen olduğu iddiasını temellendirme amacındadır. Bu doğrultuda düşünürün hukuk felsefesinin çağdaş tartışmalarındaki pozisyonu ortaya konmuştur. Akabinde düşünürün hukuk felsefesi literatürüne kazandırdığı kavramlar eşliğinde kuramı analiz edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Neil MacCormick, Hukukun Kurumsallığı Teorisi, Kurumsal Olgu, Gayri Resmi Normatif Düzen, Kurumsal Normatif Düzen.

ABSTRACT

NEIL MACCORMICK’S INSTITUTIONAL THEORY OF LAW

MİRAN ÇETİNER

The study is about Neil MacCormick's Institutional Theory of Law. The theory aims to justify the claim that law is an institutional normative order. In this direction, the position of Neil MacCormick in the contemporary discussions of the philosophy of law has been revealed. Subsequently, the theory of the philosopher was analyzed with the concepts that he brought to the philosophy of law literature.

Keywords: Neil MacCormick, Institutional Theory of Law, Institutional Fact, Informal Normative Order, Institutional Normative Order.

ÖNSÖZ

Neil MacCormick, 20. yüzyılda yaşamış, İskoç hukuk felsefecisidir. İskoçya'nın özel konumu nedeniyle hem Kıta Avrupası hem Anglo-Amerikan hukuk dünyalarını hitap edebilecek bir alt yapıya sahiptir ve hukuki pozitivizmin en önemli simalarından H.L.A. Hart'ın öğrencisidir. Çağdaş hukuk felsefesi yaklaşımlarına dahil olmak bakımından önemli bir hukuk kuramı geliştirmiş ve birçok eser yayınlamış olmasına rağmen Türkçede hakkında yazılanlar yok denecek kadar azdır. MacCormick'in geliştirdiği hukukun kurumsal teorisi, hususi olarak normatiflik sorununu gündemine alması ve bu mefhumun kavranmasında farklı bir perspektif öneriyor olması dolayısıyla değerlidir.

Bu çalışma, kendisiyle hukukun mahiyetinin daha iyi anlaşılacağı bir düzlemin oluşturulabileceği ümidiyle, Neil MacCormick'in kurumsal hukuk teorisi hakkında betimleyici tarzda yazılmış bir yüksek lisans tezidir.

Bu çalışma son halini alıncaya kadar, kitapların ve tezlerin önsözlerindeki teşekkür fasıllarını biraz abartılı bulduğumu ve bir çalışma için bu kadar çok insanın emeğinin geçmiş olabileceğine inanmadığımı itiraf etmeliyim. Şimdi, bu sürecin bana öğrettiği bir çok şeyin arasında, bu husus, özellikle öne çıkıyor gibi görünüyor. Bu sebepten katkılarını yazılanlarla sınırlamaksızın, tez konusunun seçimi konusunda yol gösterici olan Prof. Dr. Mehmet Tefvik Özcan'a, yazım sürecindeki zorlukların yarattığı psikolojik engelleri aşmamı sağlayan Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç'a, tezin esasının yazılması ve savunmaya hazırlanması sürecinde desteklerini esirgemeyen danışman hocam Doç. Dr. Sevtap Metin'e, bitmeyen sorularıma cevap aramak adına kapılarını aşındırdığım Doç. Dr. Sercan Gürler, Doç. Dr. Ülker Yükselbaba ve Dr. Öğr. Üyesi Osman Vahdet İşsevenler'e, verdikleri destek için şükran duyduğumu ifade etmek isterim.

Miran Çetiner

İstanbul, 2021

KISALTMALAR LİSTESİ

A.e.	: Aynı eser/yer
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
cm	: santimetre
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
Ed.	: Editör/Yayına hazırlayan
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
s.	: sayfa/sayfalar
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1
I.NEIL MACCORMICK'İN HAYATI, DÜŞÜNCE DÜNYASI, METODOLOJİSİ ve ESERLERİ	6
A. Neil MacCormick'in Hayatı	6
B. Düşünsel Kaynakları	8
1. İskoç Aydınlanması ve Hukuk Düşüncesi	8
2. Çağdaş Analitik Felsefe ve Gündelik Dil Felsefesi	11
C. Neil MacCormick'in Eserleri	13
1. Legal Reasoning and Legal Theory(1978) (Hukuki Muhakeme ve Hukuk Teorisi)	13
2. H.L.A. Hart : Jurist Profiles in Legal Theory (1981) (2007)	14
3. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism (1986)	15
4. Questioning Sovereignty (1999)	19
5. Rhetoric and the Rule of Law (2005)	21
6. Institutions of Law (2007)	22
7. Practical Reason in Law and Morality (2008)	23
II.MACCORMICK'İN HUKUKUN KURUMSALLIĞI TEORİSİ	26
A. MacCormick'e Göre Çağdaş Hukuki Pozitivizmin Sorunları	26
1. Norma Tabi Olanın Perspektifi ve İçsel Bakış Açısı	28
2. Kural Alışkanlık Ayrımındaki Kusurlar	32

B. Maccormick'in Çözümü: Kurumsal Hukuk Teorisi.....	42
1. Normatifliğin Kaynağı Olarak: Kurumsal Olgu.....	42
a) Kaba Olgular-Kurumsal Olgular ayrımı.....	43
b) Kurumsal olguların oluşumunda Kurucu kurallar-Düzenleyici kurallar ayrımı	44
c) Gündelik Hayatta Normu Görmek	46
2. Norm ve Normatif Düzen.....	48
a) Gayri Resmi [İnformal] Normatif Düzen	50
b) Kurumsallaşmış Normatif Düzen	54
III.KURUMSALLIK TEORİSİNİN HUKUKA UYGULANMASI.....	62
A. Kurumsal Normatif Düzende Kural Fikri	62
1. Açıkça Düzenlenen Normlar: Kurallar [Expressly Articulated Norms]	63
a) Kuralların Çok Katmanlılığı.....	63
b) Kuralların Yapısal Özellikleri	65
B. Kuralların Uygulanması	67
1. Uygulamada Kurallar: Mutlak-Katı-Takdiri Kurallar.....	68
2. Kuralların Uygulanması: Takdir Yetkisi Bağlamında Değerler ve İlkeler	72
C. Kurumsallaşmış Normatifliğin Etkileri.....	77
D. Kurallaştırmanın Zorluğu	83
E. Teoriyle Pratik arasındaki Boşluk	87
SONUÇ.....	93
KAYNAKÇA	98

GİRİŞ

Hayata İskoçya'nın Glasgow gibi önemli bir şehrinde, ülke siyaseti içerisinde önemli yere sahip milliyetçi bir ailenin mensubu olarak başlayan Donald Neil MacCormick, hukuk felsefesi ile bu alanın kayda değer başkentlerinden olan Oxford Üniversitesi'nde hocası H.L.A. Hart aracılığıyla tanışmıştır. MacCormick'in Hart ile ilişkilerinin ilk yıllarında Oxford'da hakim olan, felsefe camiası tarafından sonraları "Oxford felsefesi" olarak da bilinen gündelik dil felsefesi, bu dönemde mantıkçı pozitivizm ile birlikte analitik felsefenin önemli bir sac ayağını oluşturmuş, yöntem ve yaklaşımları ufuk açıcı bulunmaya ve rağbet görmeye başlamıştır.

Gündelik dil felsefesi yaklaşımının bir uzantısı olan ve Hart'ın hukuk felsefesi için çok önemli görülen kavramsal analiz fikrinden yola çıkan *Hukuk Kavramı* [The Concept of Law] kitabı ve yazarı yoğun bir ilgiye mazhar olmuştur. Böyle bir ortamda doğal olarak Hart'tan çok etkilendiği görülen MacCormick, akademik yazın hayatı boyunca Hart'ın kuramıyla eleştirel bir ilişki içerisinde olmuştur.

MacCormick'in "Hukukun Kurumsal Teorisi" ismiyle bilinen yaklaşımı, düşünürün yaklaşık otuz altı senelik akademik hayatının ilk yıllarında oluşturup yıllar içinde değiştirip geliştirerek son haline ulaştırdığı bir teoridir. Bu çalışmada çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarına dahil olmak bakımından önemli görülen bu teorinin tanıtılması ve betimlenmesi amaçlanmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde MacCormick'in hayatı, ailesi, eğitimi ve entelektüel kaynakları, geliştirdiği kuramı ve hukuk felsefesi yapma tarzını etkilediği düşünülen boyutları öne çıkartılarak anlatılmış, akabinde düşünürün temel eserleri yazım kronolojisi takip edilerek tanıtımı aşmayacak seviyede okuyucuya sunulmuştur.

İkinci bölümün ilk alt başlığında MacCormick'in kuramının anlaşılması için gerekli bağlamı oluşturmak üzere düşünürün içinde bulunduğu hukuki pozitivizm ekolü çok genel bir portre ile kısaca tarif edilmiş; düşünürün pozisyonu, çağdaş hukuk

felsefesi tartışmalarına girebilmek için gerekli zemini, bir kalkış noktasını oluşturacak kadar anlatılmıştır. Bu zeminde temel kavramlardan olan “ayrılabilirlik tezi” ve “sosyal kaynak tezi”nden kısaca bahsedilmiş olsa da esas ilgi, MacCormick’in teorisindeki asli yeri dolayısıyla bir farklılığa işaret edecek olan perspektif meselesine yöneliktir. Normatifliğin anlaşılmasında farklı bir perspektifi öne çıkardığını gördüğümüz bu yaklaşım, bu alt bölümde, yalnızca Hart’ın kuramına getirdiği kısmi bir düzeltme ve katkı ile oluşturulan hermenötik bakış açısı ve MacCormick’e göre Hart’ın yaklaşımında kusurlu şekilde ele alınan kural-alışkanlık ayrımı hakkındaki inceleme kapsamında ele alınmıştır.

İkinci bölümün ikinci alt bölümünde düşünürün hukukun kurumsallaşmış normatif düzen olduğu şeklinde özetlenebilecek teorisinin anlatılmasına girişilmiştir. Bu hususta öncelikle düşünürün esas aldığı gündelik dil felsefesi temelli sosyal ontolojik yaklaşım tanıtılmıştır. Felsefi realizme dayanan bu yaklaşıma göre öncelikle içinde bulunduğumuz dünyanın sadece fiziksel kaba olgulardan ibaret olmadığı söylenmiştir. Fiziksel-kaba olguların ötesinde, varlıklarını insanların kolektif yönelimselliğine ve nihayetinde kurucu kurallara borçlu olan kurumsal olgulardan bahsedilmiştir.

Toplumsal hayatın sürdürülmesini sağlayan bir çok yapının bu kurumsal olgular ve nihayetinde kurallar üzerinde yükseldiğine işaret edilirken, bunun esasında “X, C bağlamında Y’dir.” şeklinde ifade edilebilecek bir kurala dayandığı anlatılmıştır. Bu kurala göre, X’in özdeşlik ilkesine aykırıymış gibi görünecek şekilde X değil de Y olabilmesi, öyle algılanabilmesi, kendisine ancak C bağlamı ve şartlarının yerine getirilmesi dolayısıyla sahneye vuran özel bir bir ışık altında bakılmasıyla mümkündür. Bu az görülen, zıpır bir ışık oyunu değildir. Küçük bir kağıt parçasına para denmesine sebep olacak yaygın bir oyundur.

MacCormick’e göre, “Hukukun Kurumsal Teorisi”nin temel yaklaşım metotlarından birinin, hukukun ne olduğunu anlamak için, bugün karşılaştığımız ve amacı, normların kaynağı yani kim tarafından ne uğruna oluşturulduğu gibi norm koyucu perspektifle ilgilenmek olan ana akım görüşün yanında; norma tabiiyetin kaynağına, yani norma tabi olanların onları algılayış ve kullanım şekillerine de bakmak

gerektiği söylenmelidir. Bu yüzden “Hukukun Kurumsal Teorisi”nde hukuka, norma tabi olanların perspektifinden bakılması büyük önem taşımaktadır. MacCormick’in kullanımına göre norma tabiiyet melekese, insanın düzenlilikler bulmak, düzenliliklere uymak ve düzenlilikler yaratabilmek konusunda sahip olduğu bir yeteneği ima eder. İnsan, ancak bu yetenek sayesinde dile, öğrenmeye ve iş birliğine; dolayısıyla gelişime açıktır. Bu yeteneğin başka birçok şeyin temeli olduğu iddiası üzerinden düşünöldüğünde insanın normla ilişkisinin ne zaman başladığını tespit zorlaşacaktır. MacCormick tam da bu yüzden normatifliğin toplumsal hayata içkin olan yaygın halini göstermeyi anlatısının temeline yerleştirmiştir.

MacCormick, normatifliğin bu yaygın halini anlatmak için gündelik tecrübeden herkesin bildiği bir örnek tasarlayıp örneğe çeşitli ilaveler yaparak geliştirirken, anlatımını bu gelişen örnek üzerinden sürdürmektedir. Söz konusu örnek gündelik hayatta karşılaştığımız alelade bir sıraya girme tecrübesidir. Ulaşmak istediği herhangi bir hizmeti talep ettiği için biraraya gelmiş kişilerin bu hizmetin herkese aynı anda verilemediğini anladıkları vakit, belli belirsiz bir şekilde bir sıra oluşturduklarından bahsedilmiştir. Günlük hayatta sıkça rast geline bu tip sıralar hakkında MacCormick’in iddiası, bu gibi kendiliğinden gelişen sıralarda açıkça düzenlenmemiş de olsa normatif bir yön olduğudur. Bu mezkur normatiflik, o tecrübeyi yaşayan kişilerin birbirlerini ve isteklerini fark edip bu durum hakkında birbiriyle uzlaşan ortaklaşa bir yorum geliştirmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu konvansiyonel örtük normatifliğe uyulduğu için, işleyen bir sıradan bahsedilebilmekte, istisnai olarak düzeni ihlal eden kaçaklara ve sırayı bozmaya çalışanlara değışen şiddetlerde anlık tepkiler gösterilmekte, sıranın düzeni bir şekilde korunmaktadır.

Bu aşamaya kadar insanların birbirleriyle uzlaşan yorumlarından kaynaklanan ve kendiliğinden oluşan örtük bir normatiflikten bahsedildiği söylenebilir. Bu normatifliğin, belirli bir kurucusu ve koruyucusu olmaksızın, sıraya giren kişilerin zihinlerinde ortaklaşa ürettikleri örtük, düzenlenmemiş, gayri resmi bir normatif yapı olduğu not edilmelidir. Metnin akışı MacCormick’in de anlatımına paralel olarak normatifliğin bu gayri resmi formu üzerindendir.

Sıraya girme örneğindeki gibi gayrı resmi, örtük bir normatiflikle var olan bir düzenin işleyişinde bir sorunla karşılaşıldığında bu aksaklığı çözmek için düzenin de oluşturulduğu gibi uzlaşma, kendi kendine çözülmesine başvurulabilir ama bu pratik çözüm yeterli olmayacaktır. Sıranın mantığı gereği sıraya girenler gelip geçicidirler, bu yüzden düzeni sürdürmek konusunda yapılabilecekler de tıpkı bu düzen gibi sınırlı, geçici ve şahıslara bağlı olacaktır. Bu yüzden kendiliğinden oluşan gayrı resmi normatif düzenler sorun çözme konusunda yetersiz ve istikrarsız yapılardır.

Bu yetersizlikleri aşabilmek için kurumsallığa, formel normatif düzenlere ihtiyaç vardır. MacCormick'in bu fikri düzene eklenen yeni aksaklıklar aracılığıyla gösterilmiştir. Formel bir normatif düzen içinse daha fazla normatif malzemeye, aksaklıkların yönetilmesinde yetersiz kaldıkları örneklerle gösterilen normlara ilaveten onların üzerinde, doğrudan sırayı değil ancak sıra düzeninin yönetilmesi ile ilgilenen yeni bir katmana ihtiyaç vardır.

3. bölümde anlatımın akışı kesilmeksizin formelleşmenin kurumsallaşmaya dönüşümünden söz edebilmek için uygulamanın neleri gerektirdiğinden bahsedilmiştir.

Normatif malzemenin çok katmanlı bir yapı oluşturduğu bu aşamada formelleşmenin tamamlanabilmesi için düzene rengini veren örtük normatifliğin ortaya çıkarılması, düzenlenmesi ve alenileştirilmesi gerekmektedir. Hayatın akışkanlığı içerisinde dengesini katılımcıların ortaklaşa ürettikleri bir düzlemde bulan normatifliğin kurallaştırılması diyebileceğimiz bu hamle zorlu, ancak artısı eksisinden çok olan bir dönüşümdür. Bu dönüşüm sonucu ortaya çıkan yapıya artık kural denebilecektir.

MacCormick'in gelişen örneğine göre sıraya girme pratiğindeki düzenin, örtük normlarla değil, çok katmanlı bir yapı içerisinde kurallarla sağlanması aşaması önemli ancak yine de yeterli bir aşama değildir. Kuralların yönetiminde de bazı pürüzlerin çıkabileceği yine sıra örneğinin bu gelişmiş formuna eklenen aksaklıklar ile gösterilmiştir. Burada devreye ilk anda yeni kurallar üretilmesi fikri gelir. Ancak hayat bitmek tükenmek bilmeyen yeniliklerle gelmekte, her bir durum için yeni kural

retmenin zorluğu karşısında, pratiğin akışını kapsayan genel normlara başvurulduğu görülmektedir.

3. bölümün 2. alt başlığında pratikte karşılaşılan aksaklıklar karşısında yol gösterici olan kuralların sınırsız sayıda yeniden üretilemeyecek olmaları dolayısıyla içerdikleri ifadelerin doğru yorumlanması meselesi gündeme gelecektir. MacCormick'in kuramında kurallar, kanun koyucu tarafından kendilerine uygulamada nasıl başvurulmasının istendiğinde göre değişen bir tasnife tabi tutulmuşlardır. Bu tasnife göre belirli tip kurallar hakkında takdir yetkisine başvurulması gerekli görülebilir; bu takdir yetkisinin kullanımı aşamasında kuralın yorumlanması sürecine, bir takım değer ve ilkeler de eşlik edebilecektir.

3. bölümün 3. alt başlığında hukukun kurumsallaşmış bir normatif düzen oluşu fikrinin yukarıda belirtilen temel özellikleri nasıl taşıdığı modern hukuk sisteminden örnekler üzerinden izah edilmeye çalışılmıştır. Gayri resmi halde soyut ve yönlendiricilik boyutundaki örtük normatifliğin, kurumsal düzende nasıl sert ve keskin sınırlara dönüşebildiği ayrıca bazı hukuki kurumların daha kuruluşundan bazı değerleri ne çıkarmak üzere kurgulanmış bir yapıya sahip olduğu gösterilmiştir.

3. bölümün 4. ve 5. alt başlıkları ise MacCormick'in teori ile pratik arasında kapanmaz olduğunu kabul etmemiz gereken bir boşluk olduğu hakkındaki düşüncelerine ayrılmıştır. Bu boşluğun sebeplerinden biri yazılı, sınırlı ve statik kural fikrinin uygulamasının; hayattaki dinamiklik, canlılık ve anlam genişliği karşısında bazen bocalayabilir olması olarak gösterilmiştir. 4. alt başlık bu fikrin işlendiği güncel bir örneğin anlatılmasına ayrılmıştır. 5. alt başlıkta ise hukukun teorik ve pratik boyutlarının farklılıklarından kaynaklanan boşluğun diğer sebepleri ve bunların hangi faktörler üzerinden nasıl dikkate alınmaları gerektiği anlatılmıştır.

I. NEIL MACCORMICK'İN HAYATI, DÜŞÜNCE DÜNYASI, METODOLOJİSİ ve ESERLERİ

A. Neil MacCormick'in Hayatı

Donald Neil MacCormick, 27 Mayıs 1941 Glasgow doğumlu İskoç hukuk felsefecisidir¹. Babası John MacCormick, bir avukat ve siyasetçi olarak kuruluşunda da rol aldığı bugünkü adıyla İskoç Milliyetçi Partisi'nde (SNP) uzun yıllar çalışmış, ülkesindeki ulusal yönetimin güçlendirilmesini ve İngiltere'ye karşı daha bağımsız olunmasını sağlamaya çalışmıştır². Siyasete ve ülke meselelerine ilgisi parti çalışmalarıyla sınırlı olmayan John MacCormick, İskoç milliyetçi hareketlerinin serüvenini anlatan ve ülkesinde kendisine halen çok satanlarda yer bulan bir de kitap yazmıştır³. İskoçya için büyük önem taşıyan Glasgow Üniversitesi'nde bir dönem (1950-53) rektörlük yapmış olan baba MacCormick'in ülke çapında saygın bir figür olduğu söylenebilir. Oğul Donald Neil MacCormick'in akademik serüveni de aynı üniversitede felsefe ve edebiyat lisanslarıyla başlamıştır⁴.

Neil MacCormick Glasgow Üniversitesi'nde başladığı lisans eğitiminde felsefe ve edebiyat bölümlerinden mezun olduktan (1963) sonra hukuk eğitimi için Oxford'a gitmiştir. Oxford Üniversitesi'nde lisans ve yüksek lisans programlarını hukuk felsefesi (jurisprudence) alanında tamamlayan MacCormick mezuniyetinin hemen ardından bugün St. Andrews Üniversitesi diye bilinen Queen's College

¹ Biyografik bilgiler için bkz.: William Twining, "Donald Neil MacCormick", *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy*, C. 11, 2012, ss. 449-471.

² 1999 yılında bağımsız bir İskoç parlamentosunun kurulması ile neticelenen ılımlı İskoç milliyetçilerinin yerinden yönetim talebi, bir görüşe göre John MacCormick'in başını çektiği bir oluşumun kazanımıydı. Bu hareketin ve John MacCormick'in politika tarihine geçmiş fakat mahkemede kazanılamamış bir başka itirazı, bugün II. Elizabeth diye bilinen İngiliz Kraliçesi'nin İskoçya'da II. Elizabeth resmî ünvanını kullanmaya hakkı olmadığı, zira I. Elizabeth döneminde İskoçya'nın monarşiye bağlı olmadığı hatırlatmasıyla İskoç Krallığı'na karşı açılmış bir dava için bkz: Hector McQueen, "A Post-Positivist Outlook From the Thistle", *MacCormick's Scotland*, Ed: Neil Walker, Edinburgh University Press, 2012, s. 8; ayrıca bkz.: *MacCormick vs. Lord Advocate* (1953) SC 396.

³ John MacCormick, *The Flag in the Wind: The Story of the National Movement in Scotland*, London, Victor Gollancz Ltd., 1955.

⁴ McQueen, "A Post-Positivist Outlook From the Thistle", s. 3-4.

Dundee’de hukuk felsefesi derslerini vermeye (teaching post) başlamıştır. Burada İngiliz Hukuk sistemine dair bilgisini iyice geliştirme şansı bulan düşünür 1971’de İngiliz Barosu’na kabul edilmiştir. Genç yaşta sahip olduğu bu mesleki ve entelektüel yetkinlikle beraber prestijli bir ailenin mensubu olması dolayısıyla bir sonraki yıl otuz altı sene görev yapacağı Edinburgh Üniversitesi’ndeki pozisyonuna atanmıştır. Birleşik Krallık’ta az sayıda bulunan ve doğrudan hanedan eliyle kurulan birkaç makamdan biri olarak çok muteber görülen bu kürsüye, en genç atanan akademisyen olmuştur. Geleneksel ismi dolayısıyla bugünkü kürsü ve anabilim dalları isimlendirmelerinden farklı olan “Regius Chair of Public Law and the Law of Nature and the Law of Nations” kürsüsündeki çalışmalarını emekliliğine kadar sürdürmüştür⁵.

Çalıştığı süre zarfında çeşitli onur ödüllerine ve iltifatlara layık görülen MacCormick 1986 yılında İngiliz Akademisi’ne kabul edilmiştir. Hukuk felsefesinin yanında, ailesinden gelen birikimle siyasete ve siyaset teorisine de ilgi duyan İskoç milliyetçisi MacCormick bu ilgisini hayata geçirme şansı bulmuş, ulusal ve uluslararası seviyede aktif siyaset yapmıştır. Babasının kurucu üyesi olduğu SNP’de uzun yıllar başkan yardımcılığı ve Avrupa Parlamentosu’nda İskoçya’yı temsilen (1999-2004) beş yıl delegelik yapan MacCormick, bu süreçte üç kez yılın İskoç parlamenterleri seçilme başarısı göstermiştir. Hukuk bilimi ve eğitimine katkılarından dolayı 2001 yılında kendisine şövalyelik nişanı verilmiş, bu tarihten sonra isminin önüne “Sir” ünvanı eklenmiştir. 2004 yılında İskoç Kraliyet Birliği tarafından üstün başarı ödülüne layık görülüp altın madalya ile taltif edilmiştir. 2008 yılında emekli olup üniversiteden ayrılan düşünür bir yıl sonra vefat etmiştir.

MacCormick’in kendi ifadeleriyle 1963’te Oxford’a bir öğrenci olarak gittiğinde karşılaştığı felsefi yaklaşım Glasgow’dakinden biraz farklıdır. Glasgow’da gündeminde Kant felsefesi, felsefe tarihi, ahlak felsefesi ve İskoç aydınlanması ve düşünürleri varken, Oxford’da düşünsel anlamda daha hareketli bir ortam vardır⁶.

⁵ Twining, “Donald Neil MacCormick”, s. 449.

⁶ Neil MacCormick, “My Philosophy of Law”, The Law in Philosophical Perspectives, Ed: Luc J. Witgens, C. 41, 1999, s. 141.

Bu dönemde özellikle İngiltere’de felsefi ilgi, neyin var olup neyin olmadığı veya neyin bilinip bilinemeyeceği niteliğindeki temel sorular yerine; bütün bu soruların ifade edilme imkanı olarak görülen dilin ve zihnin sınırlarına, neyin ifade edilip neyin ifade edilemez olduğu hakkındaki tartışmalara kaymıştır⁷.

Dil felsefesinde bir devrim kabul edilen dile dönüş [linguistic turn] fikri gelişmiş, analitik felsefenin doğuşu olarak görülen bu gelişme felsefe metodolojisinde hemen her konuda yeni gelişmelere zemin hazırlamıştır⁸.

“Gündelik dil felsefesi” anlayışının önem kazandığı bu ortam ve yıllarda MacCormick’in hukuk teorisi derslerine hukuk felsefecileri için tanınmış bir sima olan H.L.A. Hart girmektedir. Hart’ın baş yapıtı kabul edilen *The Concept of Law* kitabı yeni yayınlanmış ve teorisi geniş bir yankı uyandırmıştır. MacCormick ve H.L.A Hart arasında bu dönemde başlayan hoca-talebe ilişkisi MacCormick’in fikri dünyasında ciddi etkiler bırakmış, kendisini Hart’ın takipçisi olarak görmüş, onu ve teorisini tanıtan kitaplar yazmıştır⁹. Bu karşılıklı ilişki MacCormick’in entelektüel dünyada Hart’ın temsilcisi olarak görülmesine sebep olmuştur. Yaklaşık yirmi yıl süren bu ilişkide MacCormick’in Hart’ın teorisi hakkında çeşitli eleştirilerinin olduğu ileriye bölümlerde ele alınacaktır.¹⁰

B. Düşünsel Kaynakları

1. İskoç Aydınlanması ve Hukuk Düşüncesi

MacCormick’in düşünsel gelişimindeki en önemli unsurlardan birinin İskoç aydınlanma¹¹ düşüncesi olduğu görülmektedir. Bu tarihi dönemin ve önde gelen düşünürlerinin incelememize konu olacak etkisini saptamak için Neil MacCormick’in

⁷ A. Ayhan Çitil, *Çağdaş Felsefeden Kesitler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Auzef Yayınları, 2014.

⁸ Kişisel gelişimini ve hukuk felsefesi yöntemini analitik felsefeyle bir şekilde ilişkilendirdiğini gördüğümüz MacCormick için bu dönem hocası H.L.A. Hart ve onun da etkisinde kaldığını söylediği Wittgenstein ve John L. Austin’in etkisi altındadır. Bkz: Aşağısı: s.12

⁹ Neil MacCormick, “The Concept of Law and “the Concept of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 14, S. 1, 1994; Neil MacCormick, *Jurist Profiles: H.L.A. Hart*, London, Arnold, 1981.

¹⁰ MacCormick, *Jurist Profiles: H.L.A. Hart*, s. 14 vd.

¹¹ Bkz: Ali Taşkın, *İskoç Aydınlanması*, Ankara, Liberte Yayınları, 2.baskı, 2019.

aile bağları, siyasi görevleri ve kişisel tercih ve sözleriyle de bir İskoç milliyetçisi olduğunu belirttiği göz önünde bulundurulmalıdır. İskoç aydınlanması, Avrupa ve dünya tarihini çok derinden etkileyen aydınlanma düşüncesinin önemli bir ayağını oluşturmaktadır. İngiltere, Fransa ve Almanya'nın aydınlanma adıyla bilinen aklın uyanışı sürecinde oynadıkları rol az çok bilinip takdir edilmektedir. Ancak aydınlanma sürecinin gelişimine doğrudan katkı sahibi olan Francis Hutcheson, David Hume, Adam Smith ve Thomas Reid gibi pek çok filozofu barındırmasına ve bu isimlerin birbirlerine ve düşünce hayatına katkıları izi sürülebilir bir açıklıkta olmasına rağmen bu düşünürlerden yakın bir tarihe kadar ortak bir isimle bahsedilmemesi dikkate değerdir. İskoçya'ya özgü hemen her şeyin İngiliz kültürel egemenliği tarafından yutulma tehlikesi altında olduğunu düşünme eğiliminde olan bazı İskoçlar için bu görmezlikten gelme daha da can sıkıcıdır. Hal böyleyken bir İskoç milliyetçisi olarak entelektüel tarihte önemli bir ağırlığı olan yurttaşlarının bir devamı ve savunucusu olmak, eleştirilerine rağmen bu fikirleri gündemde tutmak MacCormick gibi bir düşünür için kaçınılmazdır.

Bu zemine bir de MacCormick'in hukuki akıl yürütmenin aslında pratik akıl yürütmenin bir türü olarak gördüğü bilgisi eklenince “**practical reason**” düşüncesinin temellendirilmesinde kurucu etkiye sahip olduğu düşünülen David Hume ve Adam Smith'in, MacCormick'in gölgesinde yetiştiği büyük düşünürlerden olduğu sezilebilmektedir. Gerçekten de MacCormick'in çalışmalarında David Hume ve Adam Smith'in düşüncelerine sürekli atıflar ve yer yer düzeltmeler yaptığı görülmektedir¹².

MacCormick'in entelektüel gelişim sürecinde İskoçya'nın tek etkisi aydınlanma düşüncesine katkı yapan İskoç filozoflar üzerinden olmamıştır. Yazarın birçok çalışmasına damga vurduğunu gördüğümüz kurum fikri ve en önemli kitabı olarak görülen “**Institutions of Law**” esasında, bugün İskoçya'da halen yürürlükteki hukukun bir kaynağı olarak görülen, ünlü temyiz mahkemesi başkanı Lord Stair'in

¹² MacCormick, “My Philosophy of Law”, s. 128 vd. Ayrıca bkz: Neil MacCormick, **Practical Reason in Law and Morality**, Oxford University Press, 2008.

İskoç Hukukunun Müesseseleri [**Institutions of Laws of Scotland**] kitabından (1681) ilhamla yazılmıştır¹³.

Buna ilaveten İskoçya'nın siyasi tarihi ve egemenlik mücadelesi de entelektüellerinin zihnini çok önemli oranda etkilemiştir. İskoçya'nın bağımsız, özgür bir devlet olması rüyası ile İngiliz hakimiyeti altında, kültürünü ve özünü yitirmiş bir kalabalığa dönüşmesi kâbusu arasında kalmış bir İskoç entelektüeli kendisini doğal olarak bir teyakkuz halinde bulmaktadır.

İskoç siyasi tarihi incelendiğinde, İngilizlerin siyaseten güçlü bir konumda oldukları vakit baskın olan yayılcı politikalarına karşın adada yalnız kalan İskoçların sürekli olarak bir destek bulma ihtiyacı içerisinde olduğu söylenebilir. Bu destek arayışı tarih boyunca İskoçya'nın Kıta Avrupası dünyasıyla güçlü ilişkiler kurmasına sebep olmuştur.

Bu ilişkilerin yarattığı çok sayıda sonuçtan biri de İskoç hukuk sistemi üzerinde görülmektedir. İskoçya'da hukuk sistemi, İngiliz *common law* geleneğinin yanında Roma ve Kilise Hukukundan da beslenen özel bir sisteme dönüşmüştür. Nitekim 1707'de İskoçya ve İngiltere'nin birleşerek Büyük Britanya Birleşik Krallığı'nın kurulmasıyla sonuçlanan [**Treaty of Union**] anlaşmada bile, İskoç hukuk sisteminin özel yapısının korunacağı hükme bağlanmıştır. Bu tarihi süreç ve ilişkilerin bir uzantısı olarak günümüzde de İskoç hukuku kaynakları bakımından hem Kıta Avrupası [**civil-law**], hem Anglo-Amerikan [**common law**] hukuk geleneklerinden beslenen kendine özgü melez bir yapıya sahiptir¹⁴. Bu yapı dolayısıyla İskoç hukuk teorisyenleri ve özelde MacCormick'in sahip olduğu karşılaştırmalı düşünebilme avantajının, bu farklı hukuk dünyalarının güçlü ve zayıf noktalarını ortaya çıkarmakta etkili olduğu bunun da teorik bir güce dönüştüğü söylenebilir¹⁵.

¹³ Taşkın, **İskoç Aydınlanması**, s. 82; Esin Özücü, "Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 15, S. 18, 1990, s. 73; McQueen, "A Post-Positivist Outlook From the Thistle", s. 14.

¹⁴ Özücü, "Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi", s. 74.

¹⁵ Twining, "Donald Neil MacCormick", s. 470.

2. Çağdaş Analitik Felsefe ve Gündelik Dil Felsefesi

MacCormick'in kurumsalcı yaklaşımını geliştirmesiyle sonuçlanan entelektüel serüveninde incelenmesi gereken bir başka mesele, analitik felsefenin sac ayaklarından dil felsefesi temelli bir yaklaşım olan gündelik dil felsefesidir.

Hocası Hart ile ilişkilerinin ilk yıllarında Oxford'da hakim olan bu yaklaşımın gelişmesinde Hart'ın da hukukçu olarak katkı sunduğu görülmektedir¹⁶. Felsefe camiası tarafından sonraları "Oxford felsefesi" olarak da bilinen gündelik dil felsefesi, bu dönemde mantıkçı pozitivizm ile birlikte analitik felsefenin önemli bir sac ayağını oluşturmuş, yöntem ve yaklaşımları ufuk açıcı bulunmaya ve rağbet görmeye başlamıştır¹⁷.

20. yüzyılın ikinci yarısında Oxford'da hareketli bir felsefi ortam bulunduğu bahsedilebilir. Bu dönemde analitik felsefe ve onun bir görünümü olan gündelik dil felsefesinin, kavramlar incelenirken klasik felsefenin detaylı bir tanıma ulaşmaya çalışan soru sorma tarzının terk edilmesi teklifiyle geldiği görülür. Bu teklife göre kavramların farklı bağlamlar ve farklı cümleler içerisinde değişen anlamlar kazandığı göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle yapıldığında çoğu zaman kavramın anlamını ıskalamaktan kaynaklanan felsefi sorunlar, bu kullanım farklılıklarının dikkate alınarak doğru anlamların ortaya çıkarılmasıyla giderilebilecektir¹⁸.

Gündelik dil felsefesinde, felsefi olduğu düşünülen bazı problemlerin aslında kavramların zihinde sahip olduğu anlam genişliği ve farklılığından kaynaklandığı dolayısıyla çoğu zaman çözümün de burada-kavramlar aracılığıyla zihinde- olduğu düşünülür. Kavramlar hakkındaki soruşturma, dilin farklı kullanım tarzları incelenerek yapılırsa, birçok uyuşmazlığın çözüleceği iddia edilir¹⁹. Kavramların farklı dile

¹⁶ Saim Üye, "Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 114, 2014, s. 361-362

¹⁷ Sally Parker-Ryan, "Ordinary Language Philosophy", **Internet Encyclopedia of Philosophy**, <https://iep.utm.edu/ord-lang/#H4> 01.09.2021

¹⁸ Lynd Forguason, "Oxford and the "Epidemic" of Ordinary Language Philosophy", **The Monist**, Vol. 84, No. 3, The Epidemiology of Ideas, s. 325 vd., Ayrıca bkz: Üye, "Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik", s. 362.

¹⁹ Analitik felsefenin temel kabullerinden biri sayılabilecek bu yaklaşım Ludwig Wittgenstein tarafından Tractatus Logico Philosophicus'da dile getirilmiştir.(TLP,4003) Detaylı bilgi için bkz:

getirilme biçimlerinden kaynaklanan sorunlarla hemen her disiplinde karşılaşılır. O halde gündelik dil felsefesinin teklifinin birçok farklı alanı ilgilendirdiği söylenmelidir.

Bu teklifin cazip bulunduğunu söylediğimiz Oxford çevrelerinde, John Longshaw Austin'in dil felsefesi seminerlerinde bizi tanıdık bir sima karşılamaktadır. MacCormick'in hukuk anlayışının gelişmesinde çok etkili olan H.L.A. Hart, dil felsefesinin bu teklifine kayıtsız kalmamış ve hukuk felsefesi ile olan ilişkisi üzerinde çalışmalar yapmıştır²⁰.

Hart'ın baş yapıtı olarak bilinen “Hukuk Kavramı” [**The Concept of Law**] gündelik dil felsefesi yaklaşımından etkilenmiş kavramsal bir analizden faydalanmaktadır: “Kavramsal analiz düşünce, kavram ve önermeleri açıklamakta kullanılan felsefi bir yöntemdir. Amacı, kavramları başka kavramlar aracılığıyla tanımlamaktır.”²¹

Bilindiği üzere 1961 yılında yayınlanan bu kitap hukuk dünyasında geniş yankı uyandırmış, çağdaş hukuk felsefesi tarihinde önemli bir referans noktası olmuştur. Bu eser, gerek kitabın zayıflıklarını ortaya koymak için gerek getirdiği yeni açılımları takip ederek hukuki pozitivizmi geliştirmek için olsun, yayınlandıktan sonraki dönem hukuk felsefecilerinin kayıtsız kalamadığı bir etki yaratmıştır²². Tam da bu dönemlerde (1963) MacCormick'in yolu Oxford Üniversitesinde H.L.A. Hart'la kesişir. İleride daha detaylı şekilde anlatılacağı üzere gündelik dil felsefesi yaklaşımı MacCormick'in kurumsalcılık fikri için önemli bir kalkış noktasını oluşturmaktadır.

Biletzki, Anat and Anat Matar, “Ludwig Wittgenstein” **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/wittgenstein/> 01.09.2021

²⁰ A.e., s. 362.

²¹ Şule Şahin Ceylan, **H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, İstanbul, On iki Levha Yayınları, 2014, s. 8.

²² Bkz: Neil MacCormick, **H.L.A. Hart : Jurist Profiles in Legal Theory**, Stanford University Press, 2007.

C. Neil MacCormick'in Eserleri

1. Legal Reasoning and Legal Theory(1978) (Hukuki Muhakeme ve Hukuk Teorisi)

1978 yılında hocası H.L.A. Hart'ın editörlüğünde basılan bu 298 sayfalık eser, MacCormick'in ilk kitabıdır. İlk baskısı "**Clarendon Law Series**" hukuk kitapları dizisi kapsamında yayınlanan bu eser büyük rağbet görmüş; Fransızca, İtalyanca, Portekizce ve Çinceye çevrilmiş ve MacCormick'in hukuk felsefesi camiasında hızla tanınmasına katkı sağlamıştır. Bu kitapta ifade edilip çeşitli eleştiriler sonrası değiştirip geliştirdiği düşüncesi, MacCormick'in 4 kitaplık "**Law, State and Practical Reason**" serisinde de yeni bir kitap olarak "**Rhetoric and the Rule of Law**" ismiyle kendine yer bulmuştur.

MacCormick mezkûr eseri hakkında, Robert Alexy'nin 1978'de yayınlanan ve İngilizceye çevirisini bizatihi kendisinin yaptığı "**Theorie der juristischen Argumentation**" kitabı arasındaki paralelliği ortaya koyacak şekilde "farklı süreçlerden benzer yollara çıktık" ifadesini kullanır²³.

Kitapta temel olarak hukuki argümantasyon/gerekçelendirme konularını ele alan MacCormick, hukuki muhakemede hakimın soyut kuraldan, somut olaya uygulanacak olan hüküm verme/çıkarma sürecini incelemektedir²⁴. MacCormick bu süreçte hakimın eyleminin basitçe bir tümdengelim (**deduction**) olarak nitelendirilemeyeceğini ve hukuki akıl yürütmenin (**legal reasoning**) pratik aklın (**practical reasoning**) bir görünümü olduğunu altını çizer.²⁵ Hukukun üstünlüğüne/hukuk devletine²⁶ sahip olma iddiasının hayata geçirilebilmesi için

²³ Neil MacCormick, **Rhetoric and The Rule of Law**, s. 17, dp. 10.

²⁴ MacCormick, hukuk felsefesi çalışmalarında görmeye alışık olmadığımız bir tavırla iddiasını delillendirmek için dava dosyalarına ve mahkeme içtihatlarına başvurur, hakimlerin tavrını ve hukuki akıl yürütme metotlarını örnekleyebilmek için bu kitapta yüzün üzerinde karardan ve bu kararlarda kullanılan normatif düzenlemelerden yararlanmıştır.

²⁵Bkz: Neil MacCormick, **Legal Reasoning and Legal Theory**, Oxford, Clarendon Press, 1994, s. 9.

²⁶ Türkçe hukuk yazınında hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü ilkesi adlarıyla karşılandığını gördüğümüz bu kullanım hakkında biri diğerinin yerine kullanılamayacak denli farklı felsefi arka planlara sahip oldukları yönündeki görüşler için bkz: Mustafa Yaylalı, "Hukuk Devleti ve Hukukun

gerekli olan unsurlardan bir tanesi de yargılama sürecinde hakimin, hukuken meşru görülebilecek muhtemel iki sonuçtan birini neden seçtiğini açıklayabilmesi, bu seçimi dahi keyfi yapmadığını ispat edebilmesidir.

2. H.L.A. Hart : Jurist Profiles in Legal Theory (1981) (2007)

William Twining editörlüğünde hazırlanan “Jurist Profiles” serisindeki önemli isimlerden biri olan H.L.A. Hart hakkında bir kitap yazma işinin uzun yıllar öğrenciliğini yapmış MacCormick tarafından üstlenilmesi şaşırtıcı değildir.

Hukuk felsefesi yolculuğuna ve Oxford yıllarına damgasını vurmuş bir isim olan H.L.A. Hart hakkında yazdığı bu kitapla MacCormick, Hart’a kişisel; hukuk felsefesi camiasına bilimsel bir armağan bırakmıştır.

Hart’ın henüz Türkçeye çevrilmemiş büyük eseri “The Concept of Law” kitabı ekseninde geliştirdiği hukuk felsefesi yaklaşımının MacCormick gözüyle anlatıldığı bu kitapta, Hart felsefesinin anlaşılmasına katkı sağlanacağı düşünülen biyografik detayların da yer aldığı görülmektedir.

Modern hukuk felsefesinin en etkili isimlerinden Hart, gerek kitapları gerek içinde bulunduğu popüler tartışmalar dolayısıyla hakkında çok fazla şey yazılmış ve sadece bu tartışmaları tüketmenin bile çok zor olduğu bir külliyat bırakmıştır. Özellikle Ronald Dworkin ile karşılıklı eleştirileri, iki düşünürün de yazın hayatında etkili değişikliklere sebep olmuş, teorilerinin yenilenmesine katkı sağlamıştır. Bu karşılıklı etkileşimin belki de en önemli kanıtı Hart’ın Dworkin’in eleştirilerine cevap vermek için yazdığı bilinen ancak yayınlanmayan metinlerdir. Metinlerin taslak halinde oluşu ve bazı ciddi revizyonlar içermesi²⁷ bir takım tartışmalara sebep olmuştur.

Hart’ın vefatı sonrası Joseph Raz ve Penny Bulloch tarafından derlenip asıl kitaba bir eklenti olarak yayınlanan “Postscript’in yarattığı bu tartışmalara açıklık getirecek ve kendi görüşünü belirginleştirecek ilavelerle MacCormick, 2007 yılında

Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", **Liberal Düşünce Dergisi**, C. 23, S. 91-92, 2018, ss. 95-111.

²⁷ Engin Arıkan, **Sert Pozitivizm**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 44.

H.L.A. Hart hakkındaki bahse konu kitabının 2. baskısını yapmıştır²⁸. İkinci baskısı ile son halini aldığını düşündüğümüz bu kitap 255 sayfa 14 bölümden oluşmaktadır.

3. An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism (1986)

Söz konusu eser, MacCormick'in hukukun kurumsal kuramı²⁹ düşüncesini anlamak için temel bir öneme sahiptir. Neil MacCormick ve Ota Weinberger'in beraber kaleme aldıkları bu kitap, yazarlarının benimsedikleri düşünceler dolayısıyla iki farklı felsefi dünyadan beslenmektedir. Günümüzde Kıta Avrupası ve Anglo Sakson hukuk düşüncesinin en önemli isimleri arasında sayılan H.L.A. Hart ve Hans Kelsen'in öğrencileri ve ekollerinin takipçileri olduğu düşünüldüğünde³⁰ MacCormick ve Weinberger'in bu eseri hukuk felsefesi için heyecan verici bir buluşmadır³¹. Daha önce yazılmış makalelerinin hukukun kurumsal kuramı temasıyla derlenmesi sonucu oluşan bu kitap eklektik bir üsülden ziyade birbirini tamamlayan makalelerden oluşmaktadır. Yazarları ortak bir kitap yazma fikrine iten ise, hukukun mahiyetine dair hali hazırda üretilmiş açıklamaların yetersizliklerini benzer bir perspektiften görmeleri olmuştur.

Bilincimize konu ettiğimiz nesnenin ne olduğu ve bu soruya verilecek herhangi bir cevabın meşruluğunun sorgulandığı, kısaca “nedir?” ve “nasıl bilinir?” sorularıyla ifade edilebilecek ontoloji ve epistemoloji sorularını hukuka yönelttiğimizde cevaba ulaşmak için uzun bir yolculuğa katlanmak zorunda kalırız. Tutarlı bir düşünce ve

²⁸ MacCormick, **H.L.A. Hart : Jurist Profiles in Legal Theory**, s. 16.

²⁹ Hukuk felsefesi için kurumsalcılık fikri yeni bir yaklaşım değildir. Klasik formunu Fransız Maurice Hairou ve İtalyan Santi Romano'da bulabileceğimiz bu yaklaşım, 19.yüzyılın sonlarında etkili olmaya başlayan formalizme eleştirel bir duruşu savunur. Yazarların itiraz ettiği formalist yaklaşım, hukuk ve hukuk bilimi kavramlarının aşırı dar yorumlanması dolayısıyla birçok probleme yol açmaktadır. Hukukun egemenin buyruğuna indirgenmesinin yanında, hukuk biliminin normlar ve kurumlar hakkında salt mantıki ve sistematik değerlendirmelerle sınırlı tutulması, bu problemlerin başında gelir. Bkz.: Massimo La Torre, **Law as Institution**, Dodrecht, Springer, 2010, s. 97-99; Massimo La Torre, “Institutional Theories and Institutions of Law: On Neil MacCormick's Savoury Blend of Legal Institutionalism”, **Law as An Institutional Normative Order**, Ed. Maksymilian del Mar, Zenon Bankowski, Ashgate Publishing, 2009, s. 67-68.

³⁰ Mehmet Tevfik Özcan, **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 317.

³¹ Alexander Peczenik, **On Law and Reason**, 2. Baskı, Springer, 2008, s. 190.

hukuk sistemi için bu ilk sorulara verilen cevaplarla çelişmeme zorunluluğu dolayısıyla, bu cevap arayışında karşılaşılabilecek ekollerin en azından kabataslak eskizlerini çıkarmanın meşru olduğu söylenebilir. Örneğin, MacCormick incelemesinde böyle geçici bir kategorizasyon yapmaktadır. Eserinde, Hukukun normatif bir şey olduğunda hem fikir olan pozitivist (Kelsenci) ve doğal hukukçu yaklaşımlar ile normatiflik düşüncesini kanıtlanamaz bulan, dolayısıyla normatiflik üzerinde konuşmayı sadece bir gizemin büyütülmesine yaradığı iddiasıyla reddeden realistleri ayırır³². Bu tip eskizler/ideal tipler doğal olarak gerçeği tam olarak yansıtmaz ve aynı sebepten biraz indirgemecidirler. Bu yüzden bu tür ideal tiplendirmelerle çalışmak veya onlar aracılığıyla düşünmek, ancak onları ne zaman terk etmesi gerektiğini bilenler için faydalıdır. MacCormick ve Weinberger, bu kitapta hukuk felsefecilerinin bu türden indirgemeciliklerine karşı çıkma iddiasındadırlar³³.

Örneğin hukuki pozitivistin değerleri reddettiğine/ değer tanımaz olduğuna yönelik iddiayı bir çeşit indirgemecilik olarak gören MacCormick, bunun doğru bir yaklaşım olmadığını söyler. Ona göre Hukuki pozitivistin değerlerle ilişkisi, hukuku değerlerden bağımsız bir şekilde inceleyebilme kabiliyetine sahip olmasıdır:

*“Bir hukuki pozitivist olarak ben Güney Afrika apartheid hukukunu en ince detaylarına kadar analiz edip, bugün orada yaşayan insanların çeşitli fiilleri karşısında nasıl bir hukuki muamele göreceğini izah edebilirim. Yasanın doğru anlaşılması için gösterdiğim çaba benim apartheid rejimini desteklediğim veya ırkçılığı savunduğum anlamına gelmez.”*³⁴

MacCormick’in ırkçılığa karşı çıkıyor olması, açıkça ırkçılıkla yönetilen bir ülke hukukunun teorik analizini yapmasına engel olmamıştır. Ona göre hukuki pozitivistin değerden bağımsız çalışabilmesi böyle anlaşılmalıdır.

Kitabın yazıldığı dönemlerde yazarların, özellikle Amerikan hukuk felsefecileri arasında daha çok rağbet gördüğünü söylediği bazı yaklaşımlara da aynı bağlamda değinmek isabetli olacaktır. İlk örneklerini 1930’larda gördüğümüz hukuki

³² Neil MacCormick, Ota Weinberger, **An Institutional Theory Of Law, New Approaches to Legal Positivism**, 2. Baskı. Dordrecht, D. Reidel Publishing Co., 1992, s. 3.

³³ Ahmet Halûk Atalay, "Geç Pozitivizm Olarak Kurumsal Kuram", **Hukuk Araştırmaları**, C. 10, S. 1-3, s. 319.

³⁴ MacCormick, Weinberger, **An Institutional Theory Of Law**, s. 4.

realizmin gelişmiş bir formunun ve Eleştirel Hukuk ekolünün bu dönemde kıtadaki hukuk felsefecilerinin de gündeminde bir yer tutmaktadır. Kendi aralarındaki farklılıklara rağmen yazarlarımız tarafından anti normativist özellikleriyle ortaklaştığı düşünülen bu yaklaşımlar, (hukuki realizm ve eleştirel hukuk ekolü) normatiflik düşüncesini bir şekilde barındırdığı için klasik düşüncenin (doğal hukuk ve hukuki pozitivizm) her iki tarafındaki yaklaşımlara da bir şekilde cephe almış durumdadırlar.

MacCormick ve Weinberger'e göre normativist ve anti-normativist (realist) görüşler arasındaki farklılık, ileri sürüldüğü gibi felsefi ve sosyolojik yaklaşım arasındaki farklılıkla paralel değildir³⁵. Yazarlar, hukuki realistlerin kendi pozisyonları hakkında normatifliğin gizemli ve kaygan dünyasından kaçıp somut sosyal olguya dayandıkları iddiasını ancak indirgemeci bir sosyoloji anlayışıyla mümkün görmektedirler. Hukuki Realistlerin normativist yaklaşımlar hakkında gerçekte var olmayan yapılar üzerine tutarlı bir hukuk sistemi kurma hülyası içerisinde oldukları şeklindeki eleştirisine; realistlerin sahip olduğu gibi indirgemeci bir sosyoloji anlayışının ancak para, mülkiyet, sözleşme, evlilik, yargıç, devlet gibi kavramlara başvurmadan hukuk sosyolojisi yapması gerektiğini, çünkü belirtilen kavramların sosyolojik olarak açıklanmaya muhtaç olduklarını ve dolayısıyla bu halleriyle başka bir sosyolojik açıklamada kullanılamayacağı cevabını verirler.

Hukuki realizm gibi anti-normativist görüşlerin kusuru hukuk felsefesini sosyal olguyu hesaba kattıklarını iddia etmelerine rağmen hukuk felsefesini aslında kendi anladıklarından ibaret bir çeşit sınırlı sosyolojiye indirgemektir. Bu, hukukun sosyal olgıyla ilişkisinde sosyal ve ekonomik ilişkilere odaklanmayı, bu olguların hukuk düşüncesi hakkında sorulmaya değer yegâne alanı oluşturduğu iddiasını taşıyan bir indirgemeciliktir.

Eserde yer alan karşı çıkışlar bir yana, temelde yazarlar “Hukuk üzerine felsefi ve sosyolojik bütün yaklaşımların malul olduğu temel bir ontolojik problemi çözme.” teşebbüsünde bulunurlar³⁶. Bu ontolojik problem hukukun kendine özgü mahiyetinden

³⁵ A.e., s. 6.

³⁶ MacCormick, Weinberger, *An Institutional Theory Of Law*, s. 7.

kaynaklanır. Hukuk üzerinde doğa bilimleri aletleri ile çalışabileceğiniz bir şey, bir kaba olgu değildir. O zihni bir yapı ve kurumsal bir olgudur. Yazarlar burada ontolojik bir tercih olarak G.E.M. Anscombe ve John Searle'ün geliştirdiği kaba olgu-kurumsal olgu ayrımını kullanmaktadırlar.

“Hukukun kurumsal kuramı” normların ve hukuki kurumların varlığını, zihni bir yapı olarak ortaya koyarken bir yandan realistler ve materyalistlerin haklı olarak eleştirdiği idealizme düşmemeye öte yandan hukuki realizmin indirgemeciliğinden kaçmaya çalışmaktadır³⁷.

İşte bu ve benzeri sebeplerden ötürü bu kitapta yapılmaya çalışılan sosyal gerçekliğe uygun, ayakları yere basan bir normatif hukuk teorisi geliştirmektir. Yazarlar bu yaklaşımın kendilerini, beslendikleri iki ana kaynak olan Kelsen ve Hart ekolleri arasında -Kelsen'in saflaştırma çabası dikkate alındığında- Hart'a daha çok yakınlaştırdığını düşünmektedirler³⁸. Viyana Okulu'nun hukuk felsefesi yapma şeklini eleştiren Weinberger, normlar mantığı şekline büründüğünü düşündüğü Viyana Okulu yaklaşımının bu şartlar altında mantık anabilim dalında çalışılması gereken ve hukuk bilimi için önemli ancak asli değil yardımcı bilim olarak kullanılabileceğini, hukuk bilimin-felsefesinin bunun aksine sosyolojik tahlile daha çok önem vermesi gerektiğini düşünür³⁹. Weinberger, bu hususu “*Sosyal gerçekliği hesaba katmayan bir hukukbilimi düşünülemez*” şeklinde ifade etmektedir.

Hukuk felsefesi ve hukukun genel teorisi çalışmaları için kayda değer bir alternatif yarattığını düşündüğümüz “Kurumsal Hukuk Kuramı” yaklaşımının nüveleri bu kitapla atılmış, yazarların sonraki çalışmalarıyla geliştirilmiştir. MacCormick'in değiştirip geliştirdiği yaklaşımın detayları ise takip eden bölümde anlatılmaktadır.

³⁷ A.e., s. 6.

³⁸ A.e.

³⁹ A.g.e., s. 46.

4. Questioning Sovereignty (1999) ⁴⁰

MacCormick'in Oxford yayınlarından çıkan dört ciltlik serinin ilk kitabını oluşturan *Questioning Sovereignty* (Egemenliği Sorgulamak), yazarın ulus devlet, federal devlet, egemenlik, özerklik, demokrasi, milliyetçilik, vb. kavramlar üzerinden yürütülen siyasi tartışmaları teorik bir zemine çekerek, Avrupa birliği fikri ile kıyasladığı, Avrupa Anayasası ve entegrasyon gibi bazı güncel tartışmalara cevap oluşturmaya çalıştığı bir kitaptır. Kendi tabiriyle "ılımlı İskoç milliyetçiliği" için teorik bir çözüm arayışıdır. Yazarın hukuk felsefesi zemininden aktüel siyaset ve hukuk-siyaset ilişkisine geçiş yaptığı bu kitap konusu bakımından diğer kitaplarından farklılaşmaktadır⁴¹.

Öte yandan kitabın yazıldığı dönem, Birleşik Krallık'ta, Krallık'ı oluşturan unsurlar için klasik egemenlik anlayışının sorgulandığı, ulusların yerinden yönetim talebinin arttığı hatta bağımsızlık çağrılarının yapıldığı bir dönemdi. Bu dönemde Birleşik Krallık parlamentosunda İskoçya lehine bir yetki devri anlamına gelen süreç (**Scottish Devolution**) başlamış ve 1997'de gerçekleşen referandum sonucu 1998 İskoçya Sözleşmesiyle sınırlı yetkili de olsa bir İskoç parlamentosu ve yürütme organı kurulması kararlaştırılmıştı.

Üniter devletin parlamentosundan ayrı bir parlamento ve ayrı bir yürütme organı kurulmasıyla sonuçlanan bu ve akabinde yaşanan tarihsel gelişmeler ışığında Birleşik Krallık'ın üniter devlet olma statüsünü zora soktuğu şeklindeki yaklaşımın MacCormick tarafından da paylaşıldığından bahsedilebilir⁴². Gelişmeler sonrasında hukuk-devlet kuramcıları tarafından üniter devlet sınırlarını aşan özellikler taşıyan Birleşik Krallık'ın özel bir çeşit birleşmiş devlet olarak görülmesine ve bunun yalnız

⁴⁰ Neil MacCormick, **Questioning Sovereignty**, Oxford, Oxford University Press, 1999.

⁴¹ Neil MacCormick(ed), *The Scottish Debate: Essays on Scottish Nationalism*, Oxford University Press, 1970, s.1-2.

⁴² Serkan Çınarlı, "İskoçya Yerinden Yönetim Deneyimine Genel Bir Bakış", **Ege Akademik Bakış**, C. 11, S. 2, 2011, s. 299 – 307.

bir görünüm değil, anayasal başka sonuçlar doğurması gereken bir gelişme olduğuna dair tartışmaları da konu edinmektedir bu kitap⁴³.

MacCormick, hukukun kurumsal normatif düzen olduğunu tekrar ederek ve bu haliyle ahlak ve siyaset kategorileriyle ilişkisini inceleyerek başladığı eserinde, ahlakın da normatif bir düzen olduğu ancak kurumsallıktan mahrum olduğu, siyasetin ise kurumsal bir düzen olmasına rağmen normatifliği haiz olmadığını, bir güç ilişkileri düzeni olduğunu belirtir⁴⁴. Bu kavramlar kesişen çalışma alanları olmasına rağmen birbirinden farklıdır. Yazara göre ahlaktan, ancak bireyin otonom şekilde karar verme kabiliyetine sahip olduğu durumlarda bahsedebileceğimiz için, özellikle siyaset ve kısmen hukukta egemen olan heteronom yapı, bir diğer deyişle emir-talimat ilişkisi, bu kategoriler arasındaki ilişkiye kavramsal bir sınır çekmektedir.

Hukuk ve siyaset ilişkisinin bir başka görünümü sayılabilecek bir yaklaşım, MacCormick'te hukuk ve devlet kavramları arasındaki ilişki biçimlerinde görülebilir. Yazarın geliştirdiği bir tasnife göre, hukuk ve devlet arasındaki ilişki 4 farklı şekilde incelenebilir. Bunlar sırasıyla:

- a. Hukuka dayalı devlet,
- b. Devlete dayalı hukuk,
- c. Hukuk ile devletin işbirliği,
- d. Hukuk ile devletin özdeşliği⁴⁵.

MacCormick'e göre hukukun tek formu bir ideal kavramlaştırma olan "hukuk devleti" ifadesinde gördüğümüz şekli değildir. Nasıl her devlet, hukuk devleti sayılmıyorsa, her hukuki yapı da devlet için kurgulanmamış olabilir. Örneğin, Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FIFA) belirli bir alanda egemenliğe sahip, uyulması gereken kuralları belirleyip bunların ihlaline yaptırım uygulayan, ancak herhangi bir devletle ilişkisi olmayan bir hukuka sahiptir. Bu örnekler çoğaltılabilir; hukukun ve devletin klasik formlarını aşan yapılara bir başka örnek, klasik hukuk

⁴³ MacCormick, **Questioning Sovereignty**, s. 49-63.

⁴⁴ **A.e.**, s. 30 vd.

⁴⁵ Bu tasnifin açıklanması ve isabetinin değerlendirilmesi başka bir çalışmanın konusunu oluşturacağı için burada değinilmeyecektir. Detaylar için bkz: **A.e.**, s. 17-26.

devleti ve onun egemenlik anlayışıyla örtüşmeyen çok uluslu ve çok hukuklu Avrupa Birliği olgusudur.

Avrupa Birliği üyeleri için, ulusal parlamentonun yanında bir Avrupa Parlamentosu; ulusal yürütme organı temsilcileri-bakanların ayrıca katılıp karar aldıkları bir Avrupa Komisyonu; ulusal mahkemelerin uygulamaları ile Avrupa Birliği kanunlarının yorumlanması arasındaki uyumsuzlukları çözmek için bir Adalet Divanının varlığı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler için AİHM kararları vb. yapı ve süreçlerin -bağlayıcılık sorunları bir kenara bırakıldığında bile- en azından bir uyum sürecini gerektirdiği düşünüldüğünde, Avrupa Birliği'nin, klasik egemenlik anlayışından ciddi anlamda farklılaşmayı doğuracak bazı gelişmeleri himaye ettiği ve klasik egemenliği savunanlar için bir tehdit olarak görüldüğü söylenebilir. MacCormick'in bu kitabı yazdıktan sonraki süreçte İskoçya adına Avrupa Parlamentosu'nda vekillik yapması ile inancını iyice arttırdığı bir ulusalüstü hukuk anlayışına sahip olduğu ve klasik egemenliğin geride kaldığını söyleyen tavrını, bu eserin bütününde görmek mümkündür⁴⁶.

5. Rhetoric and the Rule of Law (2005)

MacCormick'in 1978'de yazdığı, yukarıda kısaca değindiğimiz, **“Legal Reasoning and Legal Theory”** isimli kitabına ve takiben yayınladığı makalelere gelen eleştirilerin etkisiyle 25 yıl boyunca değişip geliştirdiği düşüncesinin tamamlanmış nihai hali bu kitapta önümüze çıkmaktadır⁴⁷. “Hukukun kurumsal kuramının”/ “Kurumsal Normatif Düzen olarak Hukuk”un anlaşılmasında önemli bir yer tutacağını düşündüğü bu hukuki akıl yürütme incelemesi, daha ünlü bir deyişle argümantasyon teorisi, hukuki akıl yürütmenin bizzat pratik aklın bir görünümü olarak anlaşılması gerektiğini söylemektedir⁴⁸.

⁴⁶ MacCormick, **Questioning Sovereignty**, s. 120 vd.

⁴⁷ Bkz: MacCormick, **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**. Kitaba ismini veren makale ilk olarak 1998 Boston/Dünya Felsefe Kongresinde Chaim Perelman'a ithafen yapılan bir sempozyumda sunmuştur. Bkz: MacCormick, **Rhetoric and The Rule of Law**, s. ix.

⁴⁸ **A.e.**, s. vii.

Eserin ana gündemi hüküm kurma sürecini anlamak ve bu sürecin neredeyse bütünüyle tümdengelimle indirgenerek anlaşılmasının hukuk felsefesine ve hukuku anlama çabasına çok şey kaybettirdiğini göstermektir.

Bu yaklaşımın bir uzantısı olarak MacCormick'te hukuki gerekçelendirme birbirinden ayrı iki form olarak incelenir. Hukuki gerekçelendirmenin klasik formu olarak tümdengelimci bir akıl yürütmeye ilaveten MacCormick, ikincil düzey bir gerekçelendirmenin daha hesaba katılması gerektiğini söylemektedir. Bu ayrımla amaçlanan, modern hukuk felsefesinin asli problemlerden biri olan, yargıcın doğrudan bir kurala dayandırılmayacak nitelikte olduğunu düşündüğü olaylar karşısında, yani çetin davalar söz konusu olduğunda, vereceği kararı rasyonel zeminde nasıl gerekçelendirmesi gerektiği meselesine odaklanmaktır⁴⁹. Birincil düzey yani dedüktif gerekçelendirmenin kullanılabileceği vakalardan farklı olarak, ikincil düzey gerekçelendirme hangi yorumun neden tercihe şayan olduğunu göstermek için yapılan bir gerekçelendirmedir, Haliyle bu aşamada artık tümdengelim metodu tek başına kullanılamayacaktır. Bu aşamada verilecek kararların gerekçelendirilmesi ancak uyumluluk, tutarlılık veya sonuçsalcı argümanlar aracılığıyla yapılacaktır⁵⁰.

“MacCormick'in yargı kararlarının gerekçelendirilmesi hakkındaki teorisi tasviri olduğu kadar normatiftir. Teorinin tasviri yönü İngiliz common law sistemindeki yargı kararlarının gerekçelendirilmesinde kullanılan çeşitli argüman tarzlarının analizini içerir. Böyle bir analiz yargıcın yerleşik kuralların ötesine bakmasını gerektiren ve mevcut kuralları yorumlamasını veya yeni kurallar formüle etmesini gerekli kılan davalarda hangi argüman tarzlarının rasyonel savunma oluşturabileceği sorusu temelinde yapılmıştır. Teorinin normatif yönü ise bu analiz temelinde, yeterli gerekçelendirmeye dayanan hukuki argümanlara dair normların yeniden inşa edildiğini söyler. Teorinin nihai hedefi, yeterli hukuki argümanların yetersizlerden nasıl ayrılabilirliğini göstermektir.”⁵¹

6. Institutions of Law (2007)

İsmi İskoç mahkemelerinde halen referans verilen, hukuk düşünürü Lord Stair'in “Institutions of Law of Scotland” (1681) adlı eserine borçlu olan bu kitap, ilk

⁴⁹ Eveline Feteris, **Hukuki Argümantasyonun Temelleri**, Çev. Ertuğrul Uzun, 2. Baskı, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2019, s. 152 vd.

⁵⁰ A.e., s. 165.

⁵¹ A.e., s.164.

olarak MacCormick'in Weinberger ile birlikte 1986'da yazdıkları "Hukukun Kurumsal Kuramı" [**An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**] isimli kitabında ileri sürdüğü iddialarının mütekâmil halini içerir. Tabi olarak söz konusu eser, düşünürün kurumsal yaklaşımının öğrenileceği esas kaynak niteliğindedir ve çalışmamızın da ana materyalidir. Çalışmamız bu bağlamda söz konusu eserin tetkiki niteliğinde görülebileceğinden burada hususen hikayesinden sarfı nazar edilmiştir.

7. Practical Reason in Law and Morality (2008)⁵²

"Practical Reason in Law and Morality" (Hukukta ve Ahlakta Pratik Akıl) kitabı 2008 yılında yayınlanmıştır. Neil MacCormick'in dört kitaplık serisinin son halkası aynı zamanda yazarın son kitabı olan eser, vefatına yakın tarihte yayınlanmıştır. Yukarıda MacCormick'in İskoç aydınlanması düşünürlerinden çok etkilendiğinden bahsedilmiş olup, bunun sadece bir etkilenmenin ötesinde; İskoç düşünürün, ulusunun entelektüel önderlerini ve onların felsefe tarihindeki pozisyonlarını öne çıkarma eğilimi içinde olduğu eklenebilir. Bu minvalde "Practical Reason in Law and Morality" kitabı, düşünürün pratik aklın mümkün olup olmadığı sorusu etrafında şekillenmeye başlıyor. David Hume'un, aklın, ancak tutkuların kölesi olabileceği ve bu anlamda tutkulara ulaşma çabasına hizmet eden bir araçtan daha fazlası olmadığı şeklindeki meşhur açıklamasını MacCormick, pratik aklın imkanı sorusuna verilmiş olumsuz bir cevap olarak görüyor⁵³.

Hume düşüncesinde, insan davranışının temel belirleyicisi arzular ve duygulardır. Akıl, bu duyguların emrindeki bir araçtır. Buna mukabil MacCormick'in katılabileceği görüş tam olarak bu değildir. İnsan eylemlerinde duygular gibi aklın da bir yol gösterici olduğundan bahseden düşünür, bir başka İskoç Adam Smith'in duygu kuramları sürecine katkısını "tarafsız gözlemci" tabirine ve dolayısıyla öznelararasılık ve (s)empati kavramlarına hayat verişini hatırlatır⁵⁴. MacCormick'e göre bu katkılar

⁵² Neil MacCormick, **Practical Reason in Law and Morality**, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁵³ **A.e.**, s. 1.

⁵⁴ Adam Smith'in bu konudaki görüşleri için bkz. **Ahlaki Duygular Kuramı**, Çev: Derman Kızılay, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2018. s.198-226.

olağanüstü önemdedir ve Hume'daki saf duyguculuğun (**pure sentimentalism**), özellikle ahlak alanındaki ampirizminin, rasyonalizm yönünde düzeltilmesidir⁵⁵.

MacCormick, Adam Smith'in katkısının altını çizerken, bu görüşte yalnız olmadığını da ekler. Dogmatik uykularından yine bir İskoç tarafından uyandırılmış olan Alman filozof Immanuel Kant -MacCormick'in de katıldığı bir görüşe göre- Adam Smith'in bu katkısından etkilenmiş ve eserlerinde kullanmıştır⁵⁶. Bu etkinin, gerçek sonuçlarının ortaya çıkmasına engel olan şey, ikilinin en azından karşılıklı bir iletişim halinde olamamasıdır⁵⁷.

İşte MacCormick'in bu kitapta yapmaya çalıştığı temel şeylerden biri de bu etkileşimi gerçekleştirmek, Kant ile Adam Smith'in pratik akıl hakkındaki düşüncelerinin bir sentezini oluşturmaktır⁵⁸.

Adam Smith'in duygular kuramında kendine yer bulan, kişiye telkinde bulunma, huzurunu kaçırma vb. kabiliyetleri dolayısıyla vicdan gibi tamamen psikolojik ve kişisel bir tecrübe olarak görülebilecek tarafsız gözlemci mefhumunun, diğer taraftan ait olduğu bedenden bağımsız şekilde bir gözlemci-bir yargıç gibi konuşabilmesi dolayısıyla kişisel tecrübeyi aşabilen, herkeste bulunduğu için bir nevi akıl gibi evrenselleştirilebilir bir zemin-imkan yarattığı düşünülmektedir.

⁵⁵ MacCormick, **Practical Reason in Law and Morality**, s. 2.

⁵⁶ Duygularda eylemlere geçişimizin doğrudan olmayışı, bunun bir süreç içerisinde gerçekleşirken, yine duygulardan hareket eden ancak mecburen bir kıyaslamanın, vicdanda yer etmiş bir yargıcın yaygın tabirle “kendini ötekinin yerine koyma” konusundaki çabasının eşlik ettiği bir süreci ortaya koyduğunu söyleyebileceğimiz bu düzeltme, Fleishacker'a göre de Kant felsefesinde etkili olmuştur. Bkz: Samuel Fleischacker, “Philosophy in Moral Practice: Kant and Adam Smith”, **Kant-studien**, C. 82, S. 3, 1991, s. 249–69.

⁵⁷ Kant'ın, Adam Smith'in Ulusların Zenginliği (**The Wealth of Nations**) kitabından bahsettiği bilinmekte ancak Ahlaki Duygular Kuramı (**The Theory of the Moral Sentiments**) kitabını okuyup okumadığı ve özellikle kategorik emperatif yaklaşımının “ tarafsız gözlemci”den ne kadar etkilendiği tartışmalıdır. Bu konuda detaylı bilginin Susan Meld Shell'den aktarımı için bkz: Fleischacker, “Philosophy in Moral Practice: Kant and Adam Smith”, s. 251; Ayrıca bkz: Guy Richardson, “Adam Smith in Immanuel Kant's moral philosophy”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Digital Library of Adelaide University, 2017, (Çevrimiçi), <https://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/bitstream/2440/113100/2/02whole.pdf> , 16.01.2021.

⁵⁸ Benzer bir yaklaşım için bkz: Mehmet Tevfik Özcan, “Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism” **Philosophy Study**, C. 4, S. 30, 2014, s.77-80.

MacCormick, duygular kuramının bir kavramı olan “tarafsız gözlemci”yi Kant’ın rasyonalizminin aracı olan kategorik emperatifle buluşturarak “Adam Smith’in kategorik emperatifi”⁵⁹ tabirini kullanmakta ve insan eylemini mümkün kılan karar verme ve pratik akıl bilmecesinin ancak bu sentezle anlaşılabilceğini söylemektedir.

Kantçı rasyonalizm ile Hume’un dostu ve öğrencisi olan Adam Smith tarafından düzeltilmiş duyguculuk [**sentimentalism**] arasında bir orta yol bulma çabası olarak adlandırılabilir bu yaklaşım, MacCormick’e göre ahlaki öznen bahsedilmek için özgürlüğü, Kant diliyle “otonomi”yi temel varsayım olarak görür. İnsan, davranışlarını yönlendirme ve alternatifleri arasından bazı davranışları seçerek onu eyleme dönüştürme kabiliyetine sahiptir. Bu özgürlük varsayımı, Adam Smith’te de görülür⁶⁰.

MacCormick’in bu kitap özelinde bir başka gündemi, otonom ahlaki özne olarak insanın karar verme ediminin -pratik aklın işleyişinin- modern devlet organlarıyla kıyaslandığında yargıcın mı yoksa yasa koyucunun faaliyetine mi benzediği sorusudur. MacCormick’in cevabı, yine Adam Smith’in kategorik emperatifi usulünce, yargıç gibi eylediğimizdir.⁶¹

Özetle hem Kant’tan hem de Adam Smith’ten esinlenen bazı yaklaşımların MacCormick nezdinde biraraya getirilmesine ve ahlakta ve hukuki akıl yürütmede kullanılabilmesine dair bir denemeyi içeren bu eserde ortaya konan yaklaşımın Kant ve Smith’i aşarak artık MacCormick’e ait olduğu söylenmelidir⁶².

⁵⁹ MacCormick, **Practical Reason in Law and Morality**, s. 63 vd.

⁶⁰ **A.e.**, s. 90 vd.

⁶¹ **A.e.**, s. 4, 171 vd.

⁶² Maksimilian del Mar, “The Smithian Categorical Imperative: How MacCormick Smithified Kant”, **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy** , C. 98, S. 2, 2012, s. 234.

II. MACCORMICK'İN HUKUKUN KURUMSALLIĞI TEORİSİ

A. MacCormick'e Göre Çağdaş Hukuki Pozitivizmin Sorunları

MacCormick'in kurumsal hukuk teorisi, tabiri caizse hukuki pozitivizm kanonu ile girilmiş bir iletişimin ürünüdür. Bundan ötürü, kurumsal hukuk teorisini izaha girişmeden önce, yerleştiği bağlamı izah etmek gerekmektedir. Bu aşamadan sonra söz konusu sorunları aşma teşebbüsü olarak kurumsal hukuk teorisini kendi başına ele alınabilecektir. Bağlamı ifade edebilmek adına, adı hukuki pozitivizm altına yazılan belirli düşünürlerin argümanlarını kavşak kavramlar dolayımında hatırlamak doğru olacaktır. Bu kavramları ele alırken MacCormick'in söz konusu kavramlar aracılığıyla hukuki pozitivizm külliyyatıyla girdiği iletişim ortaya serilirken hukukun kurumsal teorisinin, hukuki pozitivizme eklendiği yer belli olacaktır. Ama elbette söz konusu kavramlar, teori kendi başına ele alınırken de önemlerini korumaya devam edecektir.

Her ne kadar birbirinden çok farklı pozitivist yaklaşımlar olsa da, MacCormick'e göre bu yaklaşımları ortak bir başlık altında toplamamızı mümkün kılacak bazı temel kabullerden bahsedebiliriz.

Bu kabuller, hukukun kaynaklarını tespit etmede toplumsal olguya başvurma, doğal hukuktan ayırt etmeyi sağlayan ayrılabilirlik tezi [**the separability thesis**]⁶³ ve nihayetinde hukuki pozitivizmin kendi içindeki tekamülünde beliren içsel bakış açısıdır.

Hukuki pozitivizm'in uzak atası diyebileceğimiz Thomas Hobbes'u ve hatta kimilerine göre Thomas Aquinas'ı düşünmezsek, yukarıda belirtilen temel kabulleri ilk kez açıkça formüle eden İngiliz hukukçular Jeremy Bentham ve John Austin'i hukuki pozitivizmin kurucusu olarak gösterebiliriz.⁶⁴ Nitekim anılan kabullerin ilk

⁶³ Hart'ın 1958 yılında yayımlanan "Positivism and the Separation of Law and Morals" adlı makalesinden hareketle "separability" ifadesinin kullanıldığı söylenmektedir. Bkz. "Legal Positivism", (Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/#FallThes>, 20 Ağustos 2021.

⁶⁴ Brian Bix, "Hukuki Pozitivizm" **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi**, Çev: Yusuf Umur Çil, Ankara, Işık Yayınları, s. 67-68. Ayrıca bkz. MacCormick, Weinberger, **An Institutional Theory Of Law**, s. 127.

formülasyonunu da MacCormick'in de işaret ettiği üzere İngiliz Hukukçular Jeremy Bentham ve John Austin'de bulabiliriz⁶⁵. Nitekim Austin'e göre:

*“Hukukun varlığı bir şeydir; onun erdemi ya da erdemsizliği başka bir şey. Onun olup olmadığı bir araştırma konusudur; kabul edilmiş bir standarda uygun olup olmadığı ise başka bir araştırma konusudur. Fiilen var olan bir yasa sevmesek de, beğenmemizi ve beğenmememizi esas aldığımız metinlerden farklı olsa da, yasadır.”*⁶⁶

Bu açıdan hukuki pozitivistizmin hukukun doğasına dair salt betimleyici bir araştırma olduğu, yani hukuki düzenlemelerin uyması gerektiği düşünülen ahlaki, siyasi, ideolojik kabullerle doğrudan ilgilenmediği söylenebilir. Bu yaklaşımda hukuku ayrı ve bağımsız bir bilim haline getirme çabası hissedilmektedir⁶⁷.

Austin'in bu formülasyonundan hareketle MacCormick'in hukuki pozitivistizm içerisindeki yeri tartışılırken, hukuki pozitivistizme damgasını vuran iki temel özellik olduğunu söylediği not edilmelidir: MacCormick bunların ilkinden ontolojik ikincisinden ise metodolojik tez olarak bahseder⁶⁸. İlk özelliğe göre hukukun izah edilmesinde başka herhangi bir alana -hukuk dışı bir alana- müracaat etmeye gerek yoktur. Bu yaklaşım bilimsel pozitivistizmin bilimlerin konusunu belirlemek ve kendisi için yeterli sınırlar içerisinde tutma yönündeki eğilimiyle de uyumludur. Bu özelliğin zorunlu bir sonucu olarak, hukuki pozitivistizm hukuk ile ahlakın farklı araştırmaların konusu olduğundan hareketle, hukuki mülahazalara ahlaki yorumların karıştırılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşım hukuk ile ahlakın ayrılığına dayanmaktadır. Her ne kadar normatiflik bakımından birbirleriyle kesişen alanlara sahip olsalar da, bu iki alan arasında zorunlu bir bağdan bahsedilemeyecektir. Bu durumu vurgulayan özelliğe de kapsayıcı bir ifadeyle ayrılabilirlik tezi denmektedir.⁶⁹

⁶⁵ MacCormick, Weinberger, **An Institutional Theory Of Law**, s. 127.

⁶⁶ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1994, s. 157'den aktaran Bix, “Hukuki Pozitivistizm” Çev: Yusuf Umur Çil, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi**, Ed. Golding ve Edmundson, Ankara, Isık Yayınları, s.68. Ayrıca bkz: John Austin, **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çev: Ülker Yükselbaba, Umut Koloş, İstanbul, Tekin yayınevi, 2015.

⁶⁷ Bkz: Bix, “Hukuki Pozitivistizm”, s. 68-69.

⁶⁸ MacCormick, Weinberger, **An Institutional Theory Of Law**, s. 128. Ayrıca bkz: Vittoria Villa, “Neil MacCormick's Legal Positivism”, **Law as An Institutional Normative Order**, Ed. Maksymilian del Mar, Zenon Bankowski, Ashgate Publishing, 2009, s. 46.

⁶⁹ Ayrılabilirlik tezi, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantının olmadığı fikrine dayanmakta olup, hukuk ve ahlakın ayrı olmasa bile ayrılabilir nitelikte olduğunu vurgulamaktadır. Kısaca, hukuk ve

MacCormick bu özelliği şöyle ifade etmektedir: Herhangi bir yasanın geçerliliği, herhangi bir ahlaki ilkeye uygunluğuna bağlı değildir. Veleve ki bu ahlaki ilkenin evrensel olduğu düşünölsün⁷⁰. MacCormick söz konusu yaklaşımın hukuki pozitivist kulöbe girmek için sahip olunması gereken ilk özellik olduğunu söylemektedir⁷¹.

Austin'in mezkur formölasyonundan türetilbilecek ikinci temel özellik ise hukukun toplumsal bir olgu olduğudur. Bu tabirle hukuka kaynaklık edenin, tanrısal buyruk, genel geçerliğe sahip olduğu düşünölen akli yasalar veya evrensel ahlaki ilkeler olmadığı söylenmektedir. Aksine hukuk kurallarının beşeri iradenin ürünü olduğu vurgulanmaktadır. Bu özelliğe sosyal kaynak tezi de denmektedir⁷².

MacCormick'e göre hukukun sosyal kaynakları tezi, modern pozitivist düşünörlere tarafından revize edilmiştir. Sosyal kaynaklar tezi, en rafine haline H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı [**Concept of Law**] eserinde kavuşmuştur⁷³. Ancak Hart'ın bu yaklaşımı mantıksal sonuçlarına vardiırlmak üzere geliştirildiğinde, MacCormick'e göre hukuki pozitivizmin ilk özelliğinin kapsamında kalınması yani ahlaktan bağıışıklık zorlaşacaktır⁷⁴.

1. Norma Tabi Olanın Perspektifi ve İçsel Bakış Açısı

Hukukun kurumsal kuramının temel yaklaşım metotlarından birinin, hukukun ne olduğunu anlamak için, normun oluşturulmasına ve kanun koyucu perspektifle ilgilenme konusundaki ana akım görüşe karşı çıktığı yukarıda belirtilmişti. Hukukun kurumsal bir normatif düzen oluşu, düzenin yapı taşları olan normların oluşturması ve formalizasyonu kadar, bu normların uygulamadaki varlığına, norma tabi olanların onları algılayış ve kullanım şekillerine de borçludur. Bu yüzden hukukun kurumsal

ahlak arasındaki zorunlu ya da kurucu bir ilişkinin inkarını ifade etmektedir. Bkz.: Jules L. Coleman, "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, C. 11, 1982, s. 140-141.

⁷⁰ MacCormick, Weinberger, *An Institutional Theory Of Law*, s. 128.

⁷¹ A.e.

⁷² Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi*, C. 52, S. 3, 2003, s. 150.

⁷³ MacCormick, Weinberger, *An Institutional Theory Of Law*, s. 130.

⁷⁴ A.e.

kuramı anlatısında hukuka, norma tabi olanların perspektifinden bakılması büyük önem taşımaktadır.⁷⁵

MacCormick'e göre normatif düzeni anlamak için, hukuk felsefesinde klasik bir yaklaşım olan norm koymaya değil, "norma uyma"ya odaklanmalıyız. İnsanlar doğaları gereği normlarla hareket ederler. Norma uyma kabiliyeti olmasaydı, ne konuşabilir, ne iş yapabilir ne de toplumsal iş bölümünde bir yer edinebilirdik.

Bu norma uyma kabiliyetini merkeze aldığı için hukukun kurumsal kuramı, o yada bu şekilde kanun koyucunun -egemenin iradesi benzeri, norm koyucu perspektifli alternatiflerinden daha açıklayıcıdır. Norm koyucu perspektif bu normatif düzenin pozitifliğini açıklamada çok başarılıdır, ama normatifliğini açıklamada çaresizdir⁷⁶.

Norm'a tabi olanların perspektifi, hukuk felsefesi ve sosyolojisi camiasının çok yabancı olmadığı bir kavramdır. Hatırlatmak gerekirse Hart'ın, John Austin'in buyruk/emir kuramını eleştirirken değindiği temel noktalardan bir tanesi de buyruk kuramının, norma uyanın perspektifini hesaba katmama hatasına düşmesiydi⁷⁷. Hart'a göre hukuka uymayı, "yaptırımla desteklenmiş buyruğa" uyma davranışı olarak açıklamak, soyguncunun talebinin hukuk sanılmasına sebep olabilecek indirgemeci bir açıklamadır⁷⁸. Halbuki hukuka uyan kişilerin "içsel bakış açısı" hesaba katılırsa, hukuki bir taleple salt zorlamaya dayalı bir talep arasında ciddi farklar olduğu görülecektir.

Hart'ın bu yaklaşımı esasen doğa bilimlerinde kullanılan metodolojinin toplumbilimlerini incelemekte yetersiz kalacağını söyleyen daha üst bir epistemoloji/metodoloji tartışmasının sonucudur⁷⁹. Hart'ın hukukun anlaşılması sürecine dahil ettiği "içsel bakış açısı", kendisinin sonraları MacCormick'in de

⁷⁵ A.e.

⁷⁶ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 245.

⁷⁷ Hart'ın büyük eserinin ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümleri Austin'in eksik ve hatalı yaklaşımlarını izah etmeye ayrılmıştır. Bunların kısa bir özeti için H.L.A. Hart, **The Concept of Law**, Clarendon Press, 2.baskı, 1994, s.79

⁷⁸ A.e

⁷⁹ Ernest Hırş, "Hukuk Bir Bilim Kolu Mudur?", **AÜHFİM**, C. 2, S. 1, 1944, ss. 19-61; Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2011, s.10 vd.; Şahin Ceylan, **H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, s. 87 vd.

katkılarıyla hermenötik⁸⁰ yaklaşım dediği bir yöntemin ürünüdür⁸¹. Bu yöntemin izini sürmek gerekirse, Şule Şahin Ceylan'ın tespitiyle Max Weber ve Peter Winch'e gitmek gerekebilir. Ancak burada hem Türk okuyucusuna daha tanıdık geleceği, hem de Hart'ın esinlenişini itiraf etmediği için⁸² gecikmiş de olsa bir iade-i itibar düşüncesiyle Max Weber'den faydalanılması uygun görülmüştür. Weber'in anlayış sosyolojisinde toplumsal davranışın anlaşılması için gerekli gördüğü şartlar arasında davranışın sübjektif saikini ve bu saik ile kurulan anlam bağlantısını bilmekten bahsettiği görülebilir. Işıқтаç'ın aktarmasıyla:

“..Çeşitli biçimlerde ortaya çıkan olayların saiklerini de bilebildiğimiz bu aşamada, olgu ve olayları "anlayış", artık bilimsel bir kimlik kazanmaya başlamıştır. Olayın saik'i ile olay arasında bir "anlam bağlantısı" kurulabildiğinde olayın "anlaşılması" ve "açıklanması" mümkün olacaktır. Weber, "açıklamak" terimini pratik olarak anlaşılabilir bir eyleme verilen sübjektif anlamın, ait olduğu "anlam bağlantısı" içinde kavranması biçiminde tanımlar.”⁸³.

Weber'in toplumsal davranışı açıklamak-anlamak için gerekli olan şartlar hakkında bir başka görüşünü Ceylan şu sözlerle aktarmıştır: “[K]ültürel bir fenomenin sadece analitik yasalarla açıklanamamasının nedeni, değer yönelimli oluşudur...İnsan davranışını anlamanın yolu, sadece gözlemlemek yerine, bu davranışın nedenini teşkil eden özel amacı kavramaktan geçer.”⁸⁴.

⁸⁰ Dışsal ve içsel bakış açıları arasındaki farkı ve MacCormick'in eleştirileri sonrası geliştirilen 3.bir pozisyon olarak hermenötik yaklaşım tartışması için bkz: B. Z Tamanaha, **Realistic Socio-Legal Theory** Oxford, Clarendon Press, 1997, s. 180–181; Ayrıca bkz.: Roger Cotterel, **Hukuk Biliminin Politikası**, Çev: Saim Üye, İstanbul, Pinhan Yayınları, 2018, s. 156 vd.

⁸¹ MacCormick, **Institutions of Law**, s.295.; Şahin Ceylan, **H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, s. 89. dipnot 57.

⁸² Bu iddialı sözlerin kaynağı bir başka ünlü hukuk felsefecisi John Finnistir. Hart hakkında yazılmış en kapsamlı eserlerden olan Nicola Lacey'nin Hart biografisinde Finnis'in ilgili anısına yer verilir: Finnis, Hart'ın şahsi kütüphanesinden istediği bir Weber kitabında, ismen “**on Law in Economy and Society**” Hart'ın almeti farıklarından içsel bakış açısı fikriyle çok yakından ilgili satırların Hart'ın tarzıyla çizildiği ve üzerine fikirlerin isabeti ve kullanışlılığı ile ilgili kişisel notlar alınmış olduğunu gördüğünü söyler. Bu meseleyi Hart'a açıp, içsel bakış açısı fikrinde Weber'den esinlenip esinlenmediğini sorduğunda Hart, olumsuz cevap verir ve bu fikirleri Peter Winch'ten aldığını söyler. Finnis'in bu imalarına konu olan Hart'ın Weber kitabı, bugün Kudüs Musevi Üniversitesi Kütüphanesinde Hart'ın diğer şahsi kitaplarının arasındadır. Detaylı bilgi için bkz: Nicola Lacey, **A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**, Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 230-231.

⁸³ Yasemin Işıқтаç, “Max Weber'in "Anlayış Sosyolojisi" Yönteminin Hukuka Uygulanması Üzerine Bir Deneme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 53, S. 1-4, 1990, s. 275.

⁸⁴ Şahin Ceylan, **H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı**, s. 89-90.

Hart'a göre hukukun anlaşılması sürecinde, toplumsal davranışlara dair yapılacak bir gözlem, yalnızca insanların belirli tekrarlar ve bir düzenlilik içerisinde kurallara uygun davranıp davranmadıklarını tespitinden ibaret olmamalıdır. Hukuki bilgiyi kesinleştirmek ve onu daha nesnel, daha “bilimsel” kılmak konusundaki faydalı tutku, seçilen “bilimsel” yöntemin araştırma konusuna dayatılması ile sonuçlanmamalıdır. Kurumsal bir olgu, toplumsal bir fenomen olan hukukun, doğa bilimlerindeki gibi her objektife aynı şekilde görünecek bir fotoğrafı çekilebilir. Ancak hukuku, o fotoğrafta görülen nesneden ibaret sanmak hatalı olacaktır.

Bunun ötesinde insanların kuralları nasıl anladıklarına ve onun hakkında ne düşündüklerine dair içeriden bir bakıştan da faydalanılmalıdır. Bu içsel bakış açısı hesaba katılmazsa, insanların hukukla, kuralla olan ilişkisinin emir-itaat davranışı yalınlığında gerçekleştiği, bir süre tekrarlanan bu itaat davranışının akabinde bir itaat alışkanlığına dönüştüğü söylenebilir⁸⁵.

Hart, hukuku anlamada içsel bakış açısı hesaba katılmadığı takdirde, bir toplumsal davranış hakkında gözlem yapan kimsenin, o toplumun sahip olduğu alışkanlıklar ile o toplumda uygulanmakta olan kuralları birbirinden ayırt edemeyeceğini söyler. Bu durumun anlaşılması için trafik ışıklarındaki gözlemci örneğine başvurulabilir. Bu gözlemci kendisini dışarıdan gözlemlenebilir olanla sınırlarsa, sürücülerin trafik ışığını kırmızı görünce istatistiksel olarak %99 oranında durduklarını tespit edebilir.⁸⁶ Kırmızı ışığın sürücüler için bir anlamı olduğunu, bir kuralın sinyali olduğunu bilmeyen gözlemci, sürücülerin ışıқта durmasını bu konuda geliştirdikleri bir alışkanlıkla izah edebilir. Hart'a göre Austin'in hukuku itaat ve alışkanlıkla açıklamasının sebebi budur.

Halbuki Hart'a göre sürücülerin “içsel bakış açısı” hesaba katılsaydı manzara bambaşka olurdu. Zira sürücüler, alışkanlık gereği durmamakta, karşılaştıkları norma

⁸⁵ Üye, “Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik”, s. 368.

⁸⁶ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 61.

dair “eleştirel reflektif” bir tutum sergileyerek, onu bir kural olarak tanımakta ve gereğini yerine getirmek konusunda bir yükümlülük⁸⁷ hissetmektedirler.

MacCormick’e göre Hart’ın alışkanlık ile kural arasında yaptığı ayırım ve bu ayırım çerçevesinde geliştirdiği Austin eleştirisinin bazı zayıflıkları bulunmaktadır. Hukukun anlaşılmasında norma tabi olanın perspektifinin anlaşılmasını çok önemli gören bu yaklaşım için, kural ve alışkanlık ayırımına dair hatalı görüşlerin gözden geçirilmesi ve zayıflıklarının giderilmesinin önem taşıdığı açıktır.

2. Kural Alışkanlık Ayırımındaki Kusurlar

İskoç düşünür öncelikle Hart’ın içsel bakış dışsal bakış ayırımını hatırlatarak, alışkanlık kavramının ancak pratiğin anlamına uzak, dışarıdan bakan ve olan biteni kusurlu gören bir gözlemcinin kavram dünyasında yer bulabileceğini söylediğinin altını çizmektedir. Yani Hart’a göre alışkanlık ancak, bir dışsal gözlemcinin, insan davranışlarını kendini tekrar eden düzenlilikler ve istatistikle açıklamaya çalışan, anlamadan uzak kaba bir bakışın tarifinde kendine yer bulabilir⁸⁸. Austin’in Hart’ın yoğun eleştirilerine maruz kalmasının sebebi de, hukukun ve insan davranışının açıklanmasında çok yetersiz olduğunu düşündüğü bu alışkanlık kavramına yer vermesi olmuştur⁸⁹.

MacCormick, Hart’ın Austin’i eleştirirken kantarın topuzunu kaçırdığı, onun alışkanlık kavramını bağlamından kopararak, hatalı aktardığı görüşündedir. Bu anlamda hem Austin’i hem de alışkanlık kavramını savunduğu söylenebilir.

MacCormick’in Martin Krygier’den aktardığı bir görüşe göre, Hart’ın söylediğinin aksine alışkanlıklar da tıpkı kurallar gibi kullanıcıların içsel bakış açısı geliştirmelerine müsait kavramlardır⁹⁰. Hatta insan davranışını etkilemek bakımından kurallarla benzer bir düzlemde bulunurlar. Aralarında farklar vardır ancak bunlar da

⁸⁷ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 2.baskı, 1994, s. 82 vd.

⁸⁸ A.e., s. 55 vd.

⁸⁹ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 62.

⁹⁰ A.e., s. 63; ayrıca bkz: Martin Krygier, “The Concept of Law and Social Theory” *Oxford Journal of Legal Studies*, C. 2, S. 2, 1982, s. 170.

yalnızca içsel bakışla bakanların fark edebilecekleri seviyededir. İnsanlar alışkanlıkları hakkında da düşünür ve onlara çok bağlılık hissedebilirler. Hatta davranışlarını, kurallara başvurmaksızın, onlarla uyumlu olup olmadığıyla ilgilenmeden ve düşünüp eleştirel bir tutuma bağlamadan, içinde rahat ettikleri alışkanlık dünyasına uygun şekilde gerçekleştirebilirler. Kuralların ihlalinde gösterdiklerine benzer şekilde alışkanlıklarını bozan bir şey olduğunda veya bunlardan taviz vermek zorunda kaldıkları zaman buna itiraz edip, tepki gösterebilirler. Kuralları önemsedikleri gibi alışkanlıkları da önemser ve eylemleri için sebep teşkil edebilirler. Sonuç olarak toplumsal davranışın anlaşılmasında içsel bakış açısının önemi vurgulanmalı ancak ona alışkanlıkla kuralı birbirinden ayıran bir mihenk taşı muamelesi yapılmamalıdır.

MacCormick'e göre Hart'ın teorisinde insan, davranışlarını eleştirel reflektif bir tutum alarak, nasıl eylemesi gerektiği hakkında sürekli düşünerek, karar veren bir canlı olarak resmedilir. Evet, insan davranışları hakkında düşünür ve bunları yönetme kabiliyetine sahiptir, ancak Hart'ta bu özelliğe yapılan vurgunun şiddeti çok yüksektir. Bu vurgu farkının ve Austin eleştirisinin hukukun ve insan davranışının doğasından değil, belki Hart'ın yaşadığı dönemde hâkim olan birey ve politik özne anlayışından kaynaklandığı söylenebilir⁹¹. Hart'ın hukuk teorisi hakkındaki görüşlerinde ve dahi Austin eleştirisinde politik konjonktürden etkilenme temayülü içerisinde olduğu başka yazarlarca da söylenmiştir⁹².

MacCormick'e göre insan'a yaraşır olanın ancak aktif bir düşünme ve sürekli eleştirel reflektif bir tutum sergileyerek karar almak olduğu şeklindeki insani iyiye dair olan görüş ve vurgu, Hart'ın kuramında alışkanlıklara yer olmamasına sebep olmuştur. Halbuki bu görüş genel felsefe içerisinde tartışmalı bir pozisyonadadır. MacCormick, Hart'ın alışkanlık kavramını indirgemeci ve negatif bir yaklaşım ile ele almasını örneklendirmek için alışkanlığın pozitif görülebilecek başka bir bağlamını örnek göstermektedir⁹³. Örneğin Aristoteles'te,

“Biri düşünce erdemi, diğeri ise karakter erdemi olmak üzere iki tür erdem vardır. Bunlardan, düşünce erdemi daha çok eğitimle oluşur ve gelişir; karakter erdemi ise

⁹¹ Üye, “Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik”, s. 378.

⁹² Cotterel, **Hukuk Bilimin Politikası**, s.154-155; Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.39.

⁹³ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 63 vd.

alışkanlıkla edinilir, adı da bu nedenle küçük bir değişiklikle alışkanlıktan [‘ethos’tan] gelir... Demek ki erdemler ne doğal olarak, ne de doğaya aykırı olarak edinilir; onları edinebilecek bir doğal yapımız vardır, **alışkanlıkla** da onları tam olarak geliştiririz... adil şeyler yapa yapa adil insan, ölçülü davranma davranma ölçülü, yiğitçe davranma davranma da yiğit insanlar oluruz. Kentlerde olan biten de bunu doğruluyor, yasa koyucular yurttaşları **alıştırmakla** iyi kılarlar, her yasa koyucunun da istediği budur; bunu iyi beceremeyenler amaçlarına ulaşamaz; iyi yönetimlerin kötü yönetimlerden farkı da işte buradadır... Erdemler konusunda da bu böyledir, insanlarla ilişkilerimizde eylemde bulunurken kimimiz adil kimimiz adaletsiz olur, tehlikeler karşısında şunu ya da bunu yapmakla ve korkmaya ya da yiğit olmaya alışmakla, kimimiz yiğit kimimiz de korkak olur... Tek cümleyle söylersek, benzer etkinliklerden **huylar** oluşur... Demek taa gençlikten beri şöyle ya da böyle **alışmak** arasında az değil, çok büyük fark oluyor, daha doğrusu her şey buna bağlı.”⁹⁴.

Aristoteles’te karakter erdemine sahip kimsenin iyi davranışı neredeyse kendiliğinden, alışkanlık ile yaptığı söylenir. Aktif bir düşünüp taşınma ile farklı ihtimallerin hesaplandığı ve insanın kendini iyiye zorladığı bir karar verme süreci değildir bu. İyi davranış özelliklerini bir karakter erdemine dönüştürmüş kişi için cesur, cömert, adil davranmak artık bir meleke haline gelmiştir. Bu kişi doğru şekilde davranmak için kendisiyle bir mücadele içine girmemekte, hiç düşünmeksizin iyi olanı yapabilmektedir. MacCormick, doğru davranışı-sorumluluklarını doğal akışı içerisinde gerçekleştiremeyip, kendileriyle bu konuda bir mücadeleye giren kişilerin, çoğunlukla söz konusu işi yapmadıkları şeklinde bir tespitte bulunur⁹⁵. Aristoteles’in insanın bu karakter erdemlerini nasıl kazandığı ile alakalı görüşlerinde ise, bunun öncelikle eğitim ve insanın kendisini zorlamasıyla başlarken; zamanla, doğru şekilde eyleye eyleye ve eylemin ahlaki sebepleri üzerinde düşünerek insanın bu konuda bir kabiliyet ve yatkınlık kazandığı ve doğru davranışı gerçekleştirmek konusunda eskisi kadar zorlanmadığı; sürecin sonunda ise erdemli şekilde eylemeye dair bir alışkanlık sahibi olduğu, kişinin bu alışkanlık sayesinde ilgili erdemi karakterine taşıdığı söylenir.

MacCormick’e göre Aristoteles’in vurgusu gerçekten iyi insanların, doğru davranmak konusunda ustalaştıkları ve bunu alışkanlık haline getirmiş olduklarıdır. Onlar, doğru davranışlar hakkında düşünüp taşınmayan insanlardır; bunu asli bir karar

⁹⁴ Aristoteles, **Nikomakhos’a Etik**, , 4. Baskı, Çev: Saffet Babür, Ankara, BilgeSu Yayıncılık, 2012, 1103A-B,. (Vurgular tez yazarına aittir).

⁹⁵ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 63.

verme meselesi olarak yaşamamakta, her seferinde yeniden, nasıl davransam diye düşünmeksizin eylemektedirler⁹⁶.

Buna karşılık Kant etiğinde, bir erdem olarak bahsedilmeye degecek en önemli kavram iyi niyettir. Kişi, saf bir niyetle, ödev ve sorumluluklarını ancak o işi ödev olarak gördüğü için ve ödevin gereklerini yerine getirmek niyeti içindeyken yaparsa, yaptığıının iyi, doğru olduğundan bahsedilebilir. MacCormick bu karşılaştırmadaki zıtlığın, kurgusal bir itirazda örneğin Aristoteles'in erdemli karakterinin alışkanlıklarını ödev etiği ve kategorik emperatife uygun şekilde eylemek üzere kazanmış olduğu varsayımında Kant'ın bu kişinin ödev etiğine uygun davrandığını söyleyebilecek olmasına rağmen çözülemeyecek olduğuna düşünür. Bu şekilde hazırlanmış bir örnekte bile, Kant'taki otonom bireyin her an aktif bir karar alma halinde oluşu ile Aristoteles'in erdemlisinin kategorik emperatife uyumlu da olsa alışkanlık üzere eylemesi arasındaki fark açıktır. Sonuç olarak bizim için ahlaki karar alma sürecinde alışkanlığın bir değere sahip olup olmadığı sorusu hala müphemliğini korumaktadır. Zaten MacCormick'in bu tartışmalara değinmesinin sebebi bu kadim ahlak felsefesi sorusuna nihai bir cevap bulmak değil, Hart'ın hiç böyle bir soru yokmuş gibi davrandığını göstermektir.

Hart'ın Austin eleştirisi üzerinden hukukun işleyişinde kural ve alışkanlığın karşılaştırıldığı bu bölümde MacCormick, Austin'in *Hukukun Belirlenmiş Alanı* kitabı kapsamında, “egemen” ve “itaat alışkanlığı” kavramlarını ve bu kavramlaştırmalar hakkındaki eleştirilerin bilindiğini hatırlattıktan sonra, Austin'in daha az bilinen görüşlerini içeren bir eseri gündeme getirir. [A Plea for the Constitution] isimli bu eserde Austin Birleşik Krallık'taki anayasal reform süreci hakkındaki aşırı muhafazakar görüşlerini paylaşmaktadır. Bu eserde MacCormick'i ve dolayısıyla bizi ilgilendiren alternatif bir alışkanlık tarifi vardır. Austin, Egemen varsa hukuk da vardır, kendisine itaat alışkanlığı duyulan kişi, yapı da egemendir, dememektedir. Onun yaklaşımı daha çok, insanların hukuka alışkanlıktan ötürü uymalarının iyi bir şey olduğunu söylemektedir. Austin'e göre, hukuklu toplum olmanın yegane güvenli şekli,

⁹⁶ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 63-64.

halkın üstlerinden gelen talimatları çok sorgulamadan kabul etme alışkanlığı taşıdıkları yerlerde görülür⁹⁷.

MacCormick Austin'in bu yorumunda ciddi bir David Hume etkisi gördüğünü belirttikten sonra Austin'in özetle, eğer aradığınız anayasal istikrarsa, eğer bir hukuk sistemini daha etkili şekilde çalışmasını neyle sağlayabiliriz diyorsanız, ihtiyacınız olan, eleştirel düşünme kapasitesine sahip bir halk değil; sorgulamaksızın hukuka boyun eğme alışkanlığına sahip bir halktır, dediğini söylemektedir⁹⁸. Birleşik Krallıkta üst orta sınıfın 1832 reformu ile oy hakkı sahibi olmasını yeterince kötü bulan Austin, bu eserin yazıldığı dönemde, koşulsuz serbest ticaret ile hızlanan başka anayasal reformların da gündeme gelişine bu şekilde muhalefet etmiştir.⁹⁹ Austin'e göre reform hakkında konuşmak, halkın, devlet düzeninin mantığını sorgulamasına, bu da şimdi olduğu gibi yığınların bu mantığı yanlış anlamalarına sebep olacaktır. Sıradan halkı, hayattaki konumları hakkında düşünmeye ve belki de bu düşüncelerle toplumsal faydaya ve dolayısıyla kendi mutluluk arayışlarına zarar verecek eylemlere girişmeye sevk edecek, aslında kendi çıkarları için değişmemesi gereken şeyleri değiştirmek istemelerine sebep olacaktır¹⁰⁰.

MacCormick, Austin'in bu aşırı muhafazakâr fikirlerini onlara katıldığı için gündeme getiriyor değildir. Ona göre de tepkisel ve rahatsız edici bir üslupla sunulan bu görüşlere yer vermesinin sebebi, alışkanlık ile kural arasındaki farkın Hart'ın izah ettiği kadar belirgin ve açık olmadığını ortaya koymaktır. MacCormick'in bu görüşler etrafında dile getirdiği bir başka mesele, klasiklerden Aristoteles'te veya daha modern inceltilmiş bir üslupla Hayek'te benzer görüşlerin, alışkanlıkların genel ifadeyle toplum bilimleri açısından kurallardan daha önemli olduğu iddiasının, bulunabileceğidir. MacCormick'e göre en azından şu söylenebilir ki alışkanlık kavramının hukuk ve siyaset teorileri içerisindeki yeri son yarım asır ana akım hukuk felsefecilerinin müsaade ettiğinden çok daha fazlasıdır.¹⁰¹

⁹⁷ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 64.

⁹⁸ **A.e.**, s. 64-65.

⁹⁹ Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 32.

¹⁰⁰ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 63-64.

¹⁰¹ MacCormick, **Institutions of Law**, s.64-65.

Hukuk sisteminde kuralların ve alışkanlıkların yeri hakkındaki bu tartışmaya MacCormick'in kayda değer bulduğu bir katkı, Sundram Soosay'den gelir. Soosay doktora çalışmasında¹⁰² bu tartışmaya, modern psikoloji ve bilişsel bilim'in [cognitive science] bugünkü verilerini kullanarak yaklaşmayı önermektedir.

MacCormick'in de jürisinde bulunduğu doktora tezinde Soosay, analitik yöntemi benimseyen hukuk felsefecilerinin, hukukun bir kurallar sistemi olduğu hakkındaki sözlerine özellikle sosyolojik gözlem varsayımı veya ispatlanmamış psikolojik tezlere dayanma iddiasında oldukları vakit, olağanüstü bir temkinle yaklaşılması gerektiğini söylemektedir. MacCormick çok önemli bulduğu bu iddiayı örneklendirmek için Hart'ın [Concept of Law] eserinden Kelsen'e getirdiği bir eleştiriye odaklanmaktadır.¹⁰³

Hart, Kelsen'in hukukun asli formunun yaptırım uygulayan normlardan oluştuğunu düşündüğünü söyler; Hart'a göre bu düşünce yanlıştır. Kelsen düşüncesinin anlaşılması için hırsızlık meselesini örnek göstermektedir. Hırsızlık karşısında hukukun iddiası, hırsızın cezalandırılacağıdır¹⁰⁴. Basitçe, bu suçu işleyen hapsi boylar. Kelsen'e göre hukukun asli karakteri bu sosyal teknikte kendini açıkça gösterir. Hapse girme yaptırımının asliliğinin yanında, hukukun insanlara yüklediği söylenen “çalmama ödevi” çok tali/ikincil, deyim yerindeyse suyunun suyudur. Hukuken tanınan yetkiler meselesi de bunun gibi, yaptırımların uygulanması sürecinin bir parçası olarak, yaptırımın şartlarını belirlemek için vardır.

Hart'ın bu yaklaşıma karşı geliştirdiği itiraz, “Sosyal hayatta yetki veren kuralların, ödev yükleyen kurallardan farklı bir yer tuttuğu, farklı işlevleri görmek üzere düşünülüp kullanıldıklarıdır”¹⁰⁵. Hart'ın bu cümledeki iddiasını sosyal hayat ibaresi gibi tam olarak anlaşılamayan bir çeşit sosyolojik gözleme dayandırmaya çalışması MacCormick/Soosay için kabul edilemezdir. MacCormick/Soosay bu iddiayı dayanaksız olarak nitelendirdikten sonra, konuyu Hart'ın vefatı sonrası

¹⁰² Sundram Soosay, **Skills, Habits and Expertise in the Life of the Law**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Edinburgh: Edinburgh Üniversitesi Doktora Tezleri, 2005.

¹⁰³ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 65.

¹⁰⁴ Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 36.

¹⁰⁵ Hart, **The Concept of Law**, s. 41'den aktaran MacCormick, **Institutions of Law**, s. 65.

yazılmış biyografisinden kendisinin de itiraf ettiğini öğrendiğimiz bazı zaafllara getirmektedir¹⁰⁶.

Bilindiği gibi [Concept of Law]'un önsözünde Hart, teorisinde kullandığı çalışma yöntemi için betimleyici sosyoloji ibaresini kullanmaktadır. Ancak daha sonra gelen eleştiriler üzerine kendisi de bu ifadenin yanlış olduğunu kabul etmiştir¹⁰⁷. Soosay'e göre Hart'ın sosyolojisi gibi, kurallar hakkındaki ampirik iddiaları da ampirik verilere dayanmamaktadır. Günümüz modern psikoloji ve bilişsel bilim uzmanlarının araştırmalarında ortaya çıkan şey, kurallar ve alışkanlıklar meselesiyle ilgili olarak, insan beyninin, işlem yaparken veya karşılaştığı problemleri çözerken meseleleri rutinleştirme ve aşına olduğu usüllere, alışkanlıklara dönüştürme yöntemini kullandığıdır. İnsan zihninin bu kabiliyetini anlatmak için öğrenilmesi yoğun çaba ve yetenek gerektiren bir iş, araba sürmeyi öğrenme süreci örnek gösterilebilir. Bilişsel davranış hakkındaki çalışmalar göstermiştir ki, bu tarz aktiveteler esnasında beyin, kişinin öğrenmesini kolaylaştırmak için işlemler sırasında harcanan eforu azaltmaya, bunu da bilişsel kısayollar kullanarak yapmaya çalışmaktadır. Bu bilişsel kısayollar kullanılırken yani öğrenme gerçekleştikten sonra, başlangıçtaki kuralları takip etmeye çalışma ve uyum-alışma sürecinde gerekli olan yüksek efor ve bilinçlilik haline ihtiyaç duyulmaz.¹⁰⁸

Araba kullanmanın yeni öğrenildiği dönemde trafik ışıklarının duygusal açıdan aşırı yoğun/kaygı dolu bir tecrübe yaşattığı söylenebilir. Acemi bir şoför için ışığa yaklaşılrken diğer araçların pozisyonlarını ve hızlarını kontrol etmek, debriyaja basarak vites küçültmek veya aracı tamamen boşa almak, geçmeye hazırlanan yayaları göz ucuyla izlerken ışık yanarsa zamanında ve doğru yerde durmak için hazır bulunma zarureti, sürekli bir düşünme ve kontrol; aktif bir bilinç ve koordinasyon gerektiren yorucu bir süreçtir. Örneğin geçiş hakkının trafik işaretleriyle belirlendiği bir kontrollü kavşakta, sadece trafik işaretlerini bilmek yetmez. Hem araç sürme tekniği bakımından

¹⁰⁶ Detaylı bilgi için bkz: Nicola Lacey, **A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**, s. 229 vd.

¹⁰⁷ Cotterel, **Hukukbilimin Politikası**, s. 149-150, 422.

¹⁰⁸ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 66.

hem de hukuken doğru şekilde ve doğru yerde yapılması gereken bir sürü işi, neredeyse aynı anda yapmanız beklenir. Bu gerçekten zor bir iştir.

Bu ve benzeri duygusal kaos hallerini tecrübe ettikten sonra aşağı yukarı herkes sakin ve düzgünce araç kullanmayı öğrenebilmekte; bu işi günlük hayatının sıradan bir parçası haline getirebilmektedir. İnsan davranışının bilişsel yönüyle ilgilenen uzmanlar bu durumun, beynin çalışma ve öğrenme yönteminden kaynaklandığını söylemektedirler. Günlük hayatta yeni ve karmaşık bir olayı tecrübe eden beyin, benzeri tecrübenin her tekrarlanışını aynı derecede yorucu bir şekilde yaşamaz.

Bu olağanüstü süreçte yaşananların kabaca özeti, insan beyninin yeni beceriler geliştirme sürecini aşinalıklar ve rutinler yaratarak yönettiğidir. Bir beceriye dair teknik gerekliliklerin ve kuralların başkası tarafından öğretilmesiyle başlatabileceğimiz bu süreçte, bir noktadan sonra öğrencinin artık teknik yeterliliklere sahip olduğu ve kuralları içselleştirdiği bir aşamaya geldiğinden bahsedilebilir. Bu aşamada söz konusu beceriyi gerçekleştirmek artık aktif bir zihin eforu gerektirmemekte, ustalaşılan becerinin daha az eforla gerçekleştirilebilmesi dolayısıyla insan başka işlere enerji ayırabilecek hale gelmektedir. Örneğin artık debriyaj ve kavrama noktasını nasıl kullanacağınız yerine, varış yerinde işlerinizi nasıl halledeceğinizi düşünebilirsiniz. MacCormick'e göre bir beceride ustalaşmaya denk gelen bu aşamada artık o beceriye dair kurallar gözden kaybolmaya başlayacaktır. Wittgenstein'in öğrenmeye dair süreci anlatırken kullandığı merdiven metaforundan ilhamla -bir kere tırmanıldıktan sonra çıkılan yerde kendisine ihtiyaç duyulmayan ve atılması gereken bir merdiven gibi- becerilerin geliştirilmesi sürecinde kuralların önemli araçlar olduğu ancak gelişim tamamlanınca kurallara ihtiyaç kalmayacağı söylenmektedir.¹⁰⁹

Beynin çalışma metoduna dair bazı tespit ve iddialar da içeren bu cümleler hakkındaki teknik ve bilimsel tartışmaları bir kenara ayıran MacCormick, araba kullanmak gibi fiziksel beceriler söz konusu olduğunda, bu iddiaların sadece gündelik bilgiye dayanan bizler için de ikna edici olduğunu söylemektedir. MacCormick'i ve

¹⁰⁹ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 66.

dolayısıyla bizi ilgilendiren esas soru, kurallar ve alışkanlıklar hakkındaki bu tespitlerin kurala ve normativiteye dayandığını bildiğimiz hukuk gibi bir alanda geçerli olup olmadığıdır.

Cüzdanlarımızdaki renkli plastiklerin, alışveriş yaparken bizlere kredi sağladığını hepimiz biliriz. Kartlar bu özelliklerini borçlar hukuku temelinde inşa edilmiş devasa düzenlemelere dayanan sözleşme hukuku ilişkilerine ve hepimizin imzaladığı ancak pek azımızın okuduğu metinlerde belirtilen sözleşme şartları sayesinde icra ederler.

Bu karmaşık sürecin sorunsuz çalışabilmesi için düzenlenmiş onlarca kanun ve mevzuat, bu mevzuat çerçevesinde etki etmek üzere hazırlanmış sayısız alt sözleşmeyle oluşturulmuş kurallar manzumesine rağmen bırakın tüketicileri hukukçuların bile bu yoğun normatif malzemedan hakkıyla haberdar olduğu ve bunları bir kural olarak görüp tanıyıp ona göre eylediğinden bahsedemeyiz. Ancak tüketicilerin büyük çoğunluğunun bu kurallardan habersiz oluşu, kredi mekanizmalarının içinde yer almalarına engel değildir. Bu yasal mevzuat hakkındaki bilginin yerine tüketiciler, gündelik tecrübe ve alışkanlıklara sahiptir. Soosay, sözü edilen bilişsel psikoloji bulgularından faydalanılırsa bu pratik hakkında hukukçuların neredeyse refleks olarak “yine de bu pratiğin altyapısını kurallar oluşturur, kurallar olmazsa olmazdır” deme eğilimini eleştirir. MacCormick’in de kabul ettiği bu eleştiri ekseninde, günlük hayatın her yerine nüfuz etmiş kredi endüstrisi örneğinde insanların gerçek anlamda “kuralı kural olarak gördüğünden” ve ona dair bir refleksiyon ve içsel bakış açısı geliştirdiğinden bahsetmek zor olacaktır. İnsanlar basit şekilde kartlarını nasıl kullanacaklarını ve bu işlemle kabaca bir borç aldıklarını ve bunu vaktinde ödemeleri gerektiğini bilirler. Endüstrinin çarklarını döndüren insanların kurallar hakkındaki bilinci-düşünceleri değil, belki de düşünmemeleridir¹¹⁰.

Soosay ve MacCormick tarafından dile getirilen bu argümanlara göre, yeniden Hart’ın teorisine dönersek, yukarıda değindiğimiz ve Hart’ın da son dönem yazılarında kabul ettiği üzere, Hart’ın metodunun özellikle sosyolojik betimlemeye dayanma

¹¹⁰ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 67.

iddiası bir kere daha yara almaktadır. İnsanlar hukukun gündelik hayatı düzenlemek iddiasıyla getirdiği kural ve mevzuat yığına Hart'ın tespitindeki gibi bir dikkat göstermemektedir. Gündelik hayatın doğal akışı, insanların dikkatle anlayıp, bilinçlice itaat etmesi gereken kurallarla yönetiliyor değildir. Hart'ın beklentisinin aksine bu, insan zihninin çalışma fonksiyonuna da uyumlu değildir. Zihin meyvenin özüne ulaşacak yolu bulduktan sonra, yüksek verim motivasyonu ile meyvenin posası ve kabuğuyla ilgilenmeme eğilimindedir.

Alışkanlığın doğası ve insan davranışındaki yeri hakkında Aristoteles, Austin, Krygier ve Soosay'den aktardıkları göz önünde bulundurulunca MacCormick'in, Hart'ın hukukun ne olduğunu izah çabasında biri diğerini dışlayan kural veya alışkanlık dikotomisinin değişmesi gerektiğini düşündüğü görülmektedir. Ona göre alışkanlıklar, insan zihninin içinde bulunan çevresel faktör ve değişimleri fark edişinin, farklılıklar arasında bir şekilde benzerlik kurarak kendini tekrar eden dokulara dönüştürebilmesinin sonucudur. Zihnin bu yeteneği sayesinde biz gündelik hayatta sürekli şaşırtıcı sürprizler yaşamak zorunda kalmadan, daha az eforla, alıştığımız gibi eyleyebiliriz¹¹¹. Bu anlamda kendilerine güvenebileceğimiz alışkanlıklara sahip olmamız ve sürprizleri azaltmamız, bize enerjimizi başka yerlere kanallandırmak imkanı tanımaktadır.

MacCormick'in Hart'ın geliştirdiği içsel bakış açısı fikrinin ve buna bağlı kural-alışkanlık ayrımı hakkındaki bazı karşı çıkışlarının ortaya konmasıyla birlikte, MacCormick'in teorisinin eleştirel yanından, inşai yanına geçmemizin önünde bir engel kalmamıştır.

¹¹¹ A.e.

B. MacCormick'in Çözümü: Kurumsal Hukuk Teorisi

1. Normatifliğin Kaynağı Olarak: Kurumsal Olgu

MacCormick'in, 1973 tarihli "Kurumsal Bir Olgu Olarak Hukuk" [**Law as Institutional Fact**] isimli makalesinden, 2008 yılında Oxford Üniversitesi yayınlarından çıkan "Hukukun Kurumları" [**Institutions of Law**] adlı eserine varıncaya dek sürdürdüğü ve geliştirdiği yaklaşım "hukuk, kurumsal normatif bir düzendir" cümlesiyle özetlenebilir. Düşünür, bu epik ifadeye eserlerinin giriş bölümlerinde yer vermekte, ilgili bölümlerdeki anlatı, söz konusu tanım cümlesiyle başlamaktadır.

Ne var ki hukukun kurumsallaşmış bir normatif düzen olduğu şeklindeki bu tanım, Türk hukukçusuna tanıdık gelecek ifadeyle "efradını cami, ağyarını mâni" bir tanım değildir. Yazar, kullandığı tanımın açıklayıcı bir tanım [**explanatory definition**] olduğunu söylemekte¹¹², tanımı öğelerine ayırmakta ve her bir öge önce tek tek parçalar halinde, sonra parçaların birleştirilmiş formları üzerinden bütüne varıncaya dek tarif etmektedir¹¹³.

Hukukun mahiyeti gibi çetrefil bir mevzuyu anlatmaya bir tanımla başlama yaklaşımı hocası Hart ve birçok Anglo-Amerikan hukuk teorisyeni tarafından eleştirilen ve terk edilen bir tutum olmasına rağmen kendisi bu yöntemin olumlu taraflarını izah edip, yöntemini savunmaktadır¹¹⁴.

¹¹² MacCormick, **Institutions of Law**, s. 11.

¹¹³ Neil MacCormick, "Concluding for Institutionalism", **Law as An Institutional Normative Order**, Ed. Maksymilian del Mar, Zenon Bankowski, Ashgate Publishing, 2009, s. 191.

¹¹⁴ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 13. Ayrıca metodolojik tartışmalarla metni boğmamak ve anlatım akışını bozmamak adına "**Institutions of Law**" kitabının son bölümünde kendi yöntemini de açık yüreklilikle tartışmaya açmaktadır. Bu tanımı kullanma tercihinin savunusu için bir miktar alıntı yapmayı gerekli görmekteyim: "*Normatif düzen tabiri hukukun ait olduğundan daha genel bir kategori olup, hukuku normatif düzenlerin bir çeşidi olarak konumlandırmak mümkündür. Norm-normatif düzen-kurumsallık gibi -kapsamlı- kavramları açıklamaya çalışmak muğlaklık ya da kendine referans verme gibi kusurlara takılabilir. Ancak yine de bu açıklayıcı bir tanımın kusurudur, onun kullanılmaması gerektiğinin bir ispatı değildir.*" (bkz: A.e., s. 281 vd.)

MacCormick'in tanımındaki ögeler bir sıraya sahip olduğu ve anlatı birikerek gelişen bir formda kurgulandığı için bu bölümde de genel hatlarıyla düşünürün teorinin anlatılması için uygun gördüğü sıralamaya sadık kalmaya çalışılarak ilerlenecektir.

a) Kaba Olgular-Kurumsal olgular ayrımı

MacCormick, G.W. Moore, G.E.M. Anscombe, J.Longshaw Austin ve çağdaş temsilcisi John Searle'e mal edilebilecek dilbilim kaynaklı ontolojik bir yaklaşımı¹¹⁵ esas almaktadır. Bu yaklaşımda insan tecrübesinin salt fiziksel nesnelerle karşılaşmadığı bilgisi hesaba katılarak yeni bir ontolojik yaklaşım üzerinde çalışılmaktadır. Bu yaklaşıma göre, doğa bilimlerinin konusunu oluşturan fiziki nesneler, "kaba olgular" (**brute facts**) olarak tanımlanmaktadır. Bunun ötesinde kaba olguların oluşturduğu somut alemin üzerinde kurulmuş bir başka dünya, kurumsal olguların (**institutional facts**) dünyasının bulunduğu söylenmektedir¹¹⁶. Kaba olgular gibi, kurumsal olguların da gösterilebilir, tarif edilebilir, üzerinde düşünülebilir, kısaca bilinebilir olması dolayısıyla bilim yapmaya elverişli bir olgusal zemin sağlayabileceği savunulmaktadır.

Kurumsal olgular, uzayda-mekânda değil zamanda var olmaktadırlar. Fiziksel gerçekliğin ötesinde yapılar oldukları için, büyüklük, uzunluk gibi ölçülere gelmemekte ancak zamansal olarak varlıklarından ve yokluklarından, ne kadar süredir var olageldiklerinden bahsedilebilmektedir¹¹⁷.

Kurumsal olgu yaklaşımının bizim için özel yanı, olgunun doğal değil kurulmuş, somut değil soyut, mekânda değil zihinde olmasına rağmen belirsiz olmaması, insanların anlaşılabilmek-hakkında konuşulan nesnede uzlaşılabilmek için fiziksel gerçeklik alemine, kaba olgulara mahkum olmadığını savunulabilir hale

¹¹⁵ Bu yaklaşıma belki de sosyal ontoloji demek daha doğru olacaktır. John Searle'ün bir kitabına da isim veren bu yaklaşımda "*Sosyal ontoloji, sosyal gerçeklik alanıyla, doğal gerçeklik alanının nasıl uzlaştırılacağı problemiyle başlayan felsefi sorunlar alanıyla ilgili*" görülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz: Abdulhan Ünlüsoy, "Sosyal Ontoloji Açısından Dil ve Yönelimsellik", **Route Educational and Social Science Journal**, C. 4, S. 4, 2017, ss. 72-83.

¹¹⁶ John R. Searle, **Zihin Dil ve Toplum**, Çev: Alaattin Tural, 2. Baskı, İstanbul, Litera Yayıncılık, s. 140 vd.

¹¹⁷ Peczenik, **On Law and Reason**, s. 191.; MacCormick, **Institutions of Law**, s.292.

getirişidir. MacCormick'e göre ise kurumsal olguların katkısı, uzlaşa için kaba olgulara mahkumiyetten kurtarmanın ötesindedir. İskoç düşünür kurumsal olgu fikrini hukuki normatifliğin anlaşılması için çok elverişli bir imkan olarak görmektedir.

Kurumsal olgu, olgu denebilmek yani algılanabilmek için öncelikle kurulmalı ve bu kurulum bir takım kurallar aracılığıyla yapılmalıdır. Bu kurallara uyması koşuluyla olgu, muhatapların algısına -yaklaşık eşit olarak- konu olma imkanına kavuşacaktır¹¹⁸.

MacCormick tarafından önümüze sunulan yaklaşıma göre hukuk felsefesinin temel meselelerinden birinin çözümü uğruna dil felsefesine kadar uzanmamız gerekecektir. Bu süreçte de esasında J. Longshaw Austin tarafından üretilen ve ardından John Searle tarafından geliştirilerek bugün dil felsefesi temelli bir toplum felsefesi kurmaya varmış olan söz edimleri kuramının bazı temel kavramlarına (kaba-kurumsal olgu ve kurucu-düzenleyici kurallar ayrımlarına) biraz daha yakından bakılması gerekmektedir.

b) Kurumsal olguların oluşumunda Kurucu kurallar-Düzenleyici kurallar ayrımı

John Searle, kurumsal olguların bir takım kurallar aracılığıyla kurulmuş olgular olduğunu söyler. Kurumsal olguları oluşturan bu kurallar da, kurucu kurallar [**constitutive rules**] ve düzenleyici kurallar [**regulative rules**] şeklinde bir ayrıma tabi tutulur¹¹⁹. Bu ayrıma göre düzenleyici kurallar, hali hazırda mevcut olan bir olayı düzenlemektedir, o olay varlığını düzenleyici kurallar olmasa da sürdürür. Oysa kurucu kurallar, kendi nesnelerini kurarlar¹²⁰. Düzenleyici kurallara örnek verilecek

¹¹⁸ Searle, **Zihin Dil ve Toplum**, s. 143.

¹¹⁹ A.e., s. 140 vd., Düzenleyici kuralların da aslında kurucu kurallar olduğunu söyleyen karşıt görüş için bkz: Jaap Hage, **The Deontic Furniture of the World: An Analysis of the Basic Concepts that Embody Normativity**, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/8, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2031556> ya da <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2031556>, 01 Eylül 2021.

¹²⁰ Çitil, **Çağdaş Felsefeden Kesitler**, s. 143.

olursa, “Trafik sağdan işler” kuralı, kuraldan önce de mevcut olan bir olayı, bu örnekte trafiği düzenlemektedir¹²¹.

Bu kural tipleri arasındaki ayrımı netleştirmek adına Searle’ün ve MacCormick’in de kullandığı örneklerden yararlanarak, satranç oyunu düşünülebilir. Bir satranç turnuvasında, katılımcı grubun tecrübe ve becerileri hesaba katılarak karar verilen, her oyuncunun maç boyunca yapacağı hamlelerin toplam süresini belirleyen maç saati kuralı düzenleyici bir kuraldır. Öte yandan satranç oyununun kendisi kurucu kurallara bağlı bir olgudur. Oyunu yaratan kurallar olmaksızın kimse satranç oynayamaz. Bir kişi eline aldığı taşların yerini istediği kadar değiştirsin, rakibini “mat etmek” için o oyunu satranç; o hamleyi şah çekmek anlamına taşıyacak kurucu kurallara ihtiyaç duyulacaktır.

Satranç oynamak demek bu kurallara uymak demektir. Bu kuralların değiştiği ve bütün taşların piyon özelliği (tavladaki gibi) sergilediği bir oyuna dönüştüğü düşünülecek olursa, bu oyuna artık satranç denemeyecektir. İşte 32 taş ve işaretli bir zemin üzerindeki belirli faaliyeti satranç oyunu kılan şey bir kurucu kurallar sistemidir.

Bu bağlamda satranç kurucu ve düzenleyici kurallardan müteşekkil kurumsal bir olgudur. Satranç gibi diğer kurumsal olgular da ancak bir “kurucu kurallar” bağlamının- sisteminin içinde var olabilirler. Bu yaklaşımın formüle edilmiş hali: “C bağlamında X, Y’dir”¹²².

Kurumsal olgular, şeylerin, olayların, davranışların bir normatif sisteme-bir takım kurucu kurallara- referansla yorumlanması sonucu oluşurlar¹²³. Örneğin ancak kurucu kurallara bağlı normatif bir çerçeveden bakanlar; elimde tuttuğum yarı saydam, küçük, ince kağıdın “para” olduğunu söyleyebileceklerdir.

Kurumsal olguların anlaşılması için verilecek bir başka örnekte, muhatabın sorusuna “-Evet” demek, kişiyi bir bağlamda M.K. 142 gereği evli kılar; başka bir

¹²¹ S. Atakan Altınörs, “John R. Searle’e Göre Toplumsal Gerçekliğin Kuruluşunda Dilin Rolü” **Akademik Araştırmalar Dergisi**, S. 62, 2014, s. 72.

¹²² John R. Searle, **The Construction of Social Reality**, London, The Penguin Press, 1995, s. 43.

¹²³ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 11.

bağlamda kullanıldığında, örneğin sıkışık trafikte “-Abi, su vereyim mi?” sorusuna karşı, aynı “-Evet” kişiyi bir satış sözleşmesinin tarafı kılar.

Burada olağanüstü olan “-Evet” demek değil, bu basit davranışın kurucu kurallar sayesinde oluşturulan bağlamda evlilik veya satım sözleşmesine taraf olma iradesinin açıklanması gibi bambaşka anlamlara gelebileceği özel bir kurumsal olguya dönüşebilmesidir.

“Evet” demek (X); nikah memuru, şahitlerin huzurunda bulunma vb. Medeni Kanun şartlarının sağlandığı ortamda (C bağlamı), evlilik birliğinin kurulması (Y) sonucunu doğurur.

c) Gündelik Hayatta Normu Görmek

Kurumsal olguların bizim için taşıdığı esas önem, kurumsalcı hukuki pozitivizm yaklaşımının hukuk normlarını da kurumsal olguların bir örneği olarak görmesidir¹²⁴. Ancak bu hususa geçilmeden önce MacCormick’in normatiflik hakkındaki görüşlerine, normatifliğin bir türü, belki temeli olarak gördüğü bir boyutunun gündelik hayata dağınık olduğu iddiası üzerinde durulmalıdır. İddiasını gündelik tecrübeyle açıklarken insanın, norma tabi olma özelliğinin öne çıkarılması gerektiğini varsayan bu yaklaşım, bazı toplumsal davranışlarda özel bir çeşit düzenlilik görmektedir. MacCormick’in bu iddiasını anlatmak için geliştirdiği gündelik hayat örneği incelenmelidir.¹²⁵

Kalabalık kent hayatının getirdiği gündelik yaşam pratikleri dolayısıyla kendimizi pek çok kez istediğimiz bir hizmete ulaşmak için sıraya girmiş şekilde bulmaktayız. Otobüse-vapura binmek, trafikte bir yere gitmek, yemekhaneye girmek, hastanede muayene olmak veya banka veznesinde işlem yapmak gibi farklı sebeplerle bu sıralarda yer alırız. Bu anlarda kimi zaman rastgele dizilmiş olur, kimi zaman da kurallı sayılacak şekilde bir sıraya girmiş oluruz. MacCormick’e göre, bu sıkıcı bekleme tecrübesinin bizim için olağan ve kabul edilebilir oluşunun bir sebebi, özel

¹²⁴ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 12., A.g.e. s.293

¹²⁵ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 17 vd.

bir anlamı vardır. İskoç düşünür, bu tecrübenin insan doğasının anlaşılmasına dair önemli ipuçları taşıdığını düşünmektedir.

Talep ettiğimiz şeye-hizmete ulaşmak için girdiğimiz bu sıralarda beklemekten yakınsak da çoğu zaman isyan etmez, sırayı bozmayız. Hatta usul usul sıraya girer, zayıfları dışarı atmak bir yana, çoğu zaman bu geçici sıra düzenini sahiplenerek onu bozma teşebbüslerine de tepki gösteririz.

Burada ütöpik yahut ideal bir düzenden değil, alelade gündelik bir deneyimden bahsedilmektedir. Karşılaştığımız birçok farklı türden sırada, düzeni bozmak isteyip bunu başaranlar; örneğin fiziksel sıralarda fark ettirmeden “kaynak” yapanlar, trafikte şerit değiştirip önünüze kıranlar, bir tanıdık vasıtasıyla öncelik elde eden veya çeşitli ayrıcalıklara yaslanıp özel muamele koparanlar da olmaktadır. Ancak tüm bu aksaklıklara rağmen bir hizmeti talep edenlerin bunu belirli bir öncelik usulüne göre yapmaları anlamına gelebilecek olan sıra sisteminin varlığı inkâr edilemez derecede açık, gün aşırı deneyimlediğimiz bir tecrübedir. Sistemin bazı kusurlarının oluşu, onun hiç çalışmadığı anlamına gelmemektedir.

Öyle zamanlar da gelmektedir ki, bir anda başkasının önüne geçme talebi meşru, sıranın bozulması handiyse herkesin rıza gösterebileceği bir şey olmaktadır. Trafikte dörtlülerini yakarak yol isteyen bir şoföre, sağlık problemi yaşadığı aşikâr olan kimseye, sınava yetismeye çalışan bir öğrenciye, bazen market kasasında elinde az ürün olduğunu görüp beklemesine kıyamadığımız kibar müşteriye; ellerden özenle koruduğumuz sıramızı duraksamadan verebilmekteyiz.

Bazı durumlarda da insanlar sıralarının zorla alınmasına tepki gösteremeyip, düzenin kaçaklarına ses çıkartmamayı tercih edebilirler ama bunun da bir sınırı vardır. Ortada hala bir sıra olduğundan söz edilebilmesi için firelerin kabul edilebilir eşiği geçmemesi gerekmektedir. Zira sıraya girmek tek başımıza yapabileceğimiz bir şey değildir, en azından dahil olunabilecek bir sıra düzeni varsa onu işler kılan bir topluluk tecrübesinden söz edilmelidir¹²⁶.

¹²⁶ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 14.

2. Norm ve Normatif Düzen

MacCormick’e göre, işte bu özellikleri öne çıkarılarak betimlediğimiz sıraya girme işi/eylemi/tecrübesi normatif bir tecrübedir. Sanki sıra, talep ettiği hizmet için bekleyen insana bu beklemenin nasıl olması gerektiğine dair bir şeyler söylemektedir. Sıra bir şekilde, beklemekte olan insana bu beklentinin hangi meşru yollarla karşılanacağını anlatmaktadır. Sıraya giren insan ise buna, “bu bağlamda yapılması gereken davranış budur” benzeri bir düşünceyle “düzenlilik” içerisinde “uymaktadır”.

MacCormick’in gündelik olaylar üzerinden örnekleyerek anlattığı üzere insani tecrübenin büyük kısmı normatif yapılarla ilişki içerisinde geçmektedir. Biz bu durumun farkında olalım ya da olmayalım, her bir faaliyetimiz farklı normatif alemlere özel anlamlar barındırmaktadır. Kurumsalcı yaklaşım için norm ile olan ilişkisi insan için temel bir öneme sahiptir. Bu doğrultuda insandan bahsederken norm-user ve norm-giver ifadeleri kullanılır. Bu ifadeler insanın hayatını her daim normatif yapılar içerisinde sürdürdüğünü ima eder. Diğer bir ifadeyle insan hayatını kendi koyduğu, yahut keşfettiği fakat her halükarda davranışlarına gerekçe veren normlara referansla idame ettirir. Öte yandan yine MacCormick norma yönelik ilgisini yine bu bağlamda sürdürür ve normun kaynağı ile alakalı akut tartışmaları bir kenara bırakarak, normun hayatımızı nasıl etkilediğine odaklanmayı tercih eder¹²⁷. Burada normun gündelik hayatımızı şekillendirmede oynadığı özel role değinmek gerekiyor. Bir hukuk fakültesi mensubu norm denince hemen yaptırım düşünmeye meyilli olabilir. Ancak normun asli faaliyeti yaptırım değil düzenlemedir, normali belirlemektir. Bu yüzden normlarla ilişkimiz sadece anormalliğin sorgulandığı sınır durumlarında değil, çok daha geniş boyutuyla hayatımızın tümüyledir. Normatiflikle kurulan yoğun ilişkiyi örneklendirmek için insanın en hayrete düşürücü vasıflarından iletişim kabiliyetine odaklanmak yeterli olacaktır. Zira dil, açıkça normatif bir kurumdur¹²⁸. İnsanın bütün özgürlüğüne rağmen neyi nasıl söyleyebileceğini dil belirlemektedir. Hitabet veya belagat gibi üstün vasıflar bir kenara, sadece anlaşılma için dahi uyulmak zorunda

¹²⁷ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 245.

¹²⁸ Atakan Altınörs’ün aktardığına göre Searle’ün **Speech Acts** (Söz edimleri) kitabındaki temel tezi, “bir dili konuşmanın, aslında kurallara uygun bazı davranışlarda bulunmak olduğudur.” Bkz.: Altınörs, “John R. Searle’e Göre Toplumsal Gerçekliğin Kuruluşunda Dilin Rolü”, s.74.

olunan asgari kurallar vardır. Bu sürece John Austin etkisiyle yaptırım üzerinden bakmak gerekirse, dil meselesinde anlaşılmamak norma uymamanın bir yaptırımı olarak görülebilir¹²⁹.

Normun sosyal bilimlere ilgilendiren boyutuna dair getirilen alt açıklamalarda¹³⁰ “*dogru eylemi belirleyen kural, uygun davranış için standart, eylemde temele alınan davranış ilkesi...*” vb. şekilde çeşitli tarifler görmek mümkündür. Bu açıklamalarda gördüğümüz ortak şey, normun, davranışa dair hem bir mihengi noktası hem de bir saik oluşturmastır.

İşte MacCormick’in yukarıda anlatılan sıra örneğinde olduğu gibi bir yapılması gerekene dair, insan davranışını yönlendirme kabiliyeti olan içeriklerin normatifliğinden bahsedilebilir.

Yukarıda çeşitli açılardan, özellikle normatif yönünü vurgulayarak aydınlatmaya çalıştığımız sıraya girme tecrübesinin bir diğer vechesi bu tecrübenin düzen fikrinin de bir örneğini oluşturmastır. Bu düzen sadece dışarıdan bakarak gözlemlenemeyen ve istatistiklerin konu edinebileceğinden daha fazlasını barındıran normatif bir düzendir.

Bu bağlamda MacCormick iki çeşit normatif düzenden bahsetmektedir. Bunlardan ilki sıraya girme pratiği üzerinden anlattığı gelişigüzel, gayri resmi normatif düzenken, diğeri ise kuramını üzerine inşa ettiği kurumsallaşmış normatif düzendir. Gayri resmi bir normatif düzende, bir normatif düzenin dayandığı ortak normatif görüş, çeşitli şekillerde belirsizlik barındırabilmektedir. Örneğin, bu düzen tipinde hiç kimse gerekli davranış modelinin içeriği hakkında tastamam bir fikre sahip olmayabilir. Ayrıca katılımcılar arasında bu içerik dile getirildiğinde bu bir uzlaşıdan

¹²⁹ Dilin normatifliği hakkındaki bu sözler aslında çok daha temel ve önemli bir tartışmayla ilgilidir. Burada tartışmaktan imtina ettiğim bir konu olarak, dilin mi normatifliği yarattığı yoksa normatifliğin mi dili yarattığı sorusu sorulabilir. Hatta kuramında kullandığı varsayımların mantıksal öncülünü oluşturacağı düşüncesiyle haklı olarak bu soruyu MacCormick’in açmasını ve tartışmasını bekleyebiliriz. Ancak MacCormick’in kuramında bu soruya açık, doyurucu bir cevap verilmemektedir. O, toplumsal tecrübeyi de mümkün kılan dil dahil birçok sistemin bir çeşit normatif yapı üzerinde var olduklarını, bu anlamda insanın normatiflik kapasitesinin dile dahi öncü olduğunu söylemekle yetinmektedir. Bkz.: MacCormick, **Institutions of Law**, s. 245.

¹³⁰ Ahmet Cevizci, “norm”, “normatif”, **Felsefe Sözlüğü**, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.1172.

çok anlaşmazlığa sebep olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, gayri resmi normatif düzen, yalnızca normatif görüşlerin bir eşik derecesinde örtüştüğünün göstergesidir. Üçüncüsü, hiç kimse, herkesin izlemesi gereken davranış modelinin, yani normatif içeriğin belirli bir kısmının uygulanmasını sağlamakla görevli değildir. Sıradaki bölümde ayrıntılı olarak göreceğimiz gibi, kurumsal normatif düzenler, resmi olmayan normatif düzenlere özgü bu çeşit belirsizliklerin büyük bir kısmını ortadan kaldırmaktadır¹³¹.

a) Gayri Resmi [İnformal] Normatif Düzen

MacCormick'in gayri resmi normatif düzeni, bir normatif düzen türüdür. Ona göre normatif düzen, ortak bir normatif görüş etrafında organize edilen etkinliktir. Bu ortak normatif görüş, katılımcılar arasında herkesin izlemesi gereken belirli davranış kalıpları olduğuna dair genel bir algıyı ifade etmektedir.¹³²

Bir şeye veya hizmete ulaşmak için kendiliğinden gelişen bir sıraya girme örneğinde ilginç olan buradaki düzenliliğin belirli bir kurucusunun ve koruyucusunun olmaksızın, sıraya giren kişilerin zihinlerinde ortaklaşa ürettikleri örtük bir normatif yapıya uyma eğilimi olmasıdır. Kişilerin sıraya dair yaklaşımında normatif bir eğilim vardır. İlginç olan şu ki insanların bu tip bir normatif düşünce veya eğilime sahip olmaları, çoğu kez nasıl davranmaları gerektiğine dair açık bir formülasyon veya kuralın yokluğuna rağmen gerçekleşmektedir¹³³. Normatifliğin açık bir kural şeklinde olmayıp, yalnızca “örtük” bir norm olarak sezilebilir halde oluşuna rağmen etkili oluşunun üzerine gitmeyi tercih eden düşünür, bir hukukçu refleksiyle burada insan davranışını yönlendiren şeyi açık bir kural olarak formüle etmeye çalışmıştır.

“İnsanlar, herkese aynı anda sunulamayacak bir hizmet veya fırsata erişmek istediklerinde, her bir kişi, o hizmeti almak için hizmet noktasına kendisinden önce gelmiş kişinin arkasında sıra olmalı, ve her bir kişi hizmet noktasına kendisinden sonra gelen kişinin önüne geçmeye, başkalarının bu sıralanışa dair zamanlamayı

¹³¹ Stefan Sciaraffa, “The Underlying Value of MacCormick's Post- Positivism” **Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought**, C. 1, S. 1, 2010, s. 123.

¹³² A.e., s. 122.

¹³³ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 15.

*gözlemlemesini beklemeye ve sırayı bozma teşebbüsüne karşı eleştirel ve dahi engelleyici bir tutum içinde olmalarını beklemeye yetkilidir.*¹³⁴”

Bir hukuk kuralını çağrıştıran bu ifadelerin sıraya girme pratiğinde örtük olan normatif veçheyi yakaladığı, ve onu doğru şekilde formüle etmeyi başarabildiği iddiası en iyi ihtimalle tartışmalıdır. Yazar, bu durumun gayet farkındadır ve maksadı örtük olmasına rağmen sıraya girme pratiğini anlamlı kılan normatifliğin, bu veya üzerinde daha çok çaba sarfedilmiş, herhangi bir açık, aleni kural formülasyonuna ihtiyaç duymaksızın çalışıyor olduğunu vurgulamaktır.

MacCormick, alalede bir sırada karşılaşılabileceğimiz bu örtük normun nasıl formüle edilerek kurallaştırılacağı hakkında iki kişinin tam olarak uzlaşmasının zor olduğunu, bunun başarıldığı varsayımında bile, üçüncü kişilerin bu “başarılı” formülasyonu ne kadar kabul edilebilir bulacağının kestirilemeyeceğini söylemektedir¹³⁵.

Bu zorluğun sebebi olarak sıraya girmedeki normatif yönün doğası gereği bireyleri aşan, ve ancak ortaklaşa üretilen bir normatif tavrın eseri olması nedeniyle önceden hazırlanmış herhangi bir kalıba sığmayacağı söylenmektedir. Bu örtük normatiflik, yorumcu kavramlara benzer şekilde dengesini, değişen bir ortalama bulduğu için; bireysel ve önceden varsayılan yaklaşımlarla açıklanamamaktadır. Ancak bir toplamın ürünü olan bu ortak tavır, bütünün, kendisini oluşturan tekillerden farklı bir şey oluşturmasına benzetilebilir.

Nerede bir hizmete ulaşmak için bir kuyruk olsa, taliplerin o hizmeti almak konusunda benzer bir yaklaşım içinde olduğundan, ve kuyruktaki insanların, birbirlerini ve aynı anda aynı şeye talip olduklarını fark ettiklerinden bahsedebiliriz. Eğer bir sıra oluşturabilirlerse bu, çatışmaktansa taleplerine göreli bir huzur içinde ulaşmalarını sağlayacaktır. İşte sıraya giren insanların bu duruma dair ortak bir anlayış içerisinde oldukları ve birbiriyle örtüşen ortak bir normatif tavır geliştirdikleri söylenebilir. MacCormick, kendisini ancak bu şekilde, katılımcıların etkileşim içerisinde geliştirdikleri ortak tavırdan-yorumdan, tanıyabildiğimiz kavramlara

¹³⁴ A.e.

¹³⁵ A.e.

Ronald Dworkin'e referansla “**interpretative concepts**” yani yorumcu kavramlar demeyi tercih etmektedir¹³⁶.

Söz konusu düzenlilik içerisindeki bireylerin her biri için normatiflik, sadece kalabalığa uymaktan farklı olarak, diğerlerinin de davranışlarını “yapılması gereken budur” diye düşündükleri bir referans noktasından hareketle yönlendirdiklerinin ve bunu başkalarından da beklediklerinin farkına varılmasına dayanmaktadır.¹³⁷

MacCormick, açıkça belirlenmiş kuralların veya uzlaşının yokluğuna rağmen, sıraya girme pratiğinin düzenliliğini göz önüne alırsak burada insanların davranışına içten içe yön veren ortak bir anlayış olduğunu düşünmenin yanlış olmayacağı fikrindedir. Gerçekten de kişisel tecrübelerimiz sıraya girme pratiğinin hali hazırda uygulandığını doğrulamaktadır. “İlk gelen ilk alır” şeklinde soyutlanabilecek bu kurallılığın temellerini eşitlikçi yaklaşımdan aldığını düşünmek, hizmete ulaşmak isteyenler arasında kişisel farklılıklardan çok, pratiğin talep edilmesiyle ilgili salt zamansal bir ayırım yapıldığı gerçeğiyle uyumlu olacaktır. MacCormick pratiğin evrensel yaygınlığının ve geçerliliğinin anlaşılması için de eşitlik düşüncesiyle ilgisini kurmayı tercih etmektedir. Bu tercihe itiraz olarak eşitliğe aykırı hiyerarşik bir yapının olduğu bu yüzden “ilk gelen ilk alır” şeklinde basitleştirilen kuralın çalışmadığı düşünülen durumlarda bile, hiyerarşik üst yapının aynı kulvarında bulunanlar için benzer kuralın uygulandığından; bu durumun da yine eşitlik düşüncesinin bir uzanımı olan eşitler arası eşitlik anlayışının bir sonucu olduğundan bahsedilebilir.

Sıraya girme pratiğinin genel bir tür olarak düşünürsek, değişik ortamlarda türün örneklerinin farklılaşabileceği açıktır. İnsani yardım sırasıyla, tuvalet sırası; tiyatro salonuna giriş sırasıyla, futbol stadına giriş sırası arasında farklar vardır. Bizler bu çeşitli sıralara girerken ortamdaki farklılığı kavramaya ve uyum sağlamaya

¹³⁶ MacCormick bu kavramın “**interpretative**” tabiriyle daha iyi karşılanacağını düşünse de, kavramın geliştiricisi olduğundan bahisle Dworkin'in tercihi olan “**interpretive**” tabirine de yer veriyor. Kavramın Türkçe karşılığı için “Yorumcu Kavramlar” tercihi, Ronald Dworkin'in “Hukukun Hükümleri” kitabı çevirmeni Ertuğrul Uzun'a aittir. Dworkin, yorumcu kavramlar hakkında bu tip kavramlara dayanak olan yaklaşımın semantikten değil, insanların uzlaşan yorumlarından kaynaklandığını söylemektedir. (Yorumsal kavramların “Nezakete” ve “Adalet” üzerinden anlatımı için bkz.: Ronald Dworkin, **Hukukun Hükümleri**, **Hukukun Hükümleri**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora, 2018, s. 72 vd.

¹³⁷ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 16.

çalışırız. Aleni/açıkça belirtilmiş kuralların yokluğuna rağmen bu böyledir. Bazen kural basitçe ilk gelen ilk alır şeklindeyken bazen istisnalar dolayısıyla süreç karmaşılaşır. “Önce büyükler”, “Önce kadınlar ve çocuklar”; “Önce yetişkinler, sonra çocuklar” “Yaşlı ve gazilere öncelik” vb örneklerini çoğaltabileceğimiz yaklaşımlarda farklılıklara rağmen düzenlilik ve normatiflik değişmezdir.

Bu gibi pratiklerin tek bir açık kurallaştırmayla tam olarak karşılanamıyor olması veya bu pratiğin evrensel bir kuralının ortaya çıkartılamıyor olması sorun teşkil etmemektedir. Doğası gereği uzlaşımsal bir yapıda olan bu pratiğin sağlıklı çalışabilmesi için katılımcıların birbiriyle örtüşen yorumlara sahip olmaları yeterlidir¹³⁸.

MacCormick bizi sıraya girme tecrübesi üzerine düşünmeye davet ederken, buradaki basit düzenliliği göstermektedir. Bu düzenliliğin sebebi olarak sıraya giren katılımcıların paylaştıkları ortak bir fikre işaret etmektedir. Bu bir topluluğun fikridir. Katılımcı tek başıma olsaydım ne yapardım diye düşünmemekte, ve şahsi davranış motivasyonunu, sırayı da gözeterek, herkesten ona uyarak davranmasının beklendiğini düşündüğü ortak bir inanişaya uydurmaya çalışmaktadır. Doğru davranış bu inaniş tarafından belirlenir. İçeriği itibariyle normatif bir yapıda olan bu inaniş, yeterince insanın bu ortak inanişaya sahip olduğu durumlarda norm olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu aşamadan sonra, topluluğun düzenine dair bu ortak inanişaya uyum sağlamayanların yanlış davrandığı söylenebilir. Bu aşamaya henüz geçilmemişken bir yaptırım içermese bile bir kişiye yanlış davrandığı imasıyla tepki göstermek, anlaşılabilir bulunacaktır. Böyle bir tepki ancak davranışa yön veren ve bir değere yaslandığı düşünülen inanişların, açıkça dışavurulmuş olmasa dahi katılımcıların ortaklaşa yorumlarıyla var ettikleri halde makul görülebilecektir¹³⁹.

Toparlamak gerekirse MacCormick’in bu örnekle şimdilik, belli belirsiz bir düzen içinde sıraya giren bir topluluğun davranışlarının nasıl ortaklaşa ve eşzamanlı ürettikleri örtük bir normatiflik tarafından belirlenebildiğini anlatmaya çalıştığını

¹³⁸ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 18.

¹³⁹ A.e

gördük. Açıkça yazılı/aleni normların yokluğuna rağmen bir normatif düzenden bahsedebiliriz. Bu düzen için yönetme, yönlendirme veya zorlama unsurlarına değil, katılımcıların ortaklaşa ürettikleri örtük normların varlığının hissedilmesine veya gözlemlenebilir olmasına ihtiyaç vardır¹⁴⁰.

MacCormick şimdiye kadar anlatılan sıraya girme pratiğinin, sadece bu faaliyete katılanlar tarafından doğal bir şekilde oluşturulmuş olması; katılımcıların davranışlarını dışarıdan bir müdahale ve yönlendirme olmaksızın örtük bir norma göre şekillendirmesi dolayısıyla bu pratiği informel “gayri resmi” olarak adlandırır. Bu pratikle şekillenen düzene de “gayri resmi normatif düzen” demektedir. Uluslararası hukukta terimleşmiş versiyonunu bir kenara bırakırsak konvansiyon kavramıyla, bir otorite kararınca değil, adeten, yapılageliş dolayısıyla olan” anlamında konvansiyonel olmakla da karşılanabilir bir normatif düzenden bahsettiğini söylemektedir.

Bir sonraki başlıkta bu gündelik toplumsal tecrübeye ortaya çıkan informel-gayri resmi normatif düzenin, pek tabi formel-resmi şekillerde de kurulabileceğini ve hatta kurumsallaşabileceğini göreceğiz. MacCormick, bu geçiş sayesinde kurumsal normatif düzenin anlaşılacağını ve hatta bunun hukukun doğasının anlaşılmasına katkı sağlayacağını düşünmektedir.

b) Kurumsallaşmış Normatif Düzen

Sıraya girme pratiğinin incelenebileceği tek durum, pratiğin gayri resmi-gelişigüzel formu değildir. Gündelik tecrübe bile bunun aksini gösteren örneklerle doludur. Üniversite yemekhanesinde öğrenci ve akademisyenlerin sırasını ayırmak için özel bölümler, hastanede muayene sırası için takip edilmesi gereken ekranlar, önce bankodan sıra numarası alınması gerektiğini hatırlatan görevli, havaalanlarında biletinizin cinsine göre geçmemiz gereken “alelade” veya “özel” sıralar bulunmaktadır.

Örneklerin ortak özelliği, sıraya girme pratiğinin gelişi güzel değil bir organizasyona, kişiye, otorite veya kurala bağlı şekilde yürümesidir. Hizmete ulaşmak

¹⁴⁰ A.e.

istediği için sıraya giren kişinin uyması beklenen normlar yine mevcuttur. Ancak bu sefer normlar örtük ve uzlaşımsal değil; açık, aleni ve genelde yetkili bir makamca konulmuş durumdadır¹⁴¹.

MacCormick, bu görece kurallı sıra düzeni örneğini biraz daha geliştirerek, sisteme sıranın yürümesiyle alakalı bir dizi aksaklık eklemektedir. Bu aksaklık dolayısıyla biz düzenin bozulması tehdidiyle karşılaşyoruz. Aksaklığı yine düzeni de oluşturduğumuz gibi uzlaşım, kendi kendimize çözebiliriz ama bu pratik çözüm yeterli olmayabilir. Çünkü sıranın mantığı gereği sıraya girenler gelip geçicidirler. Sırada bulundukları sınırlı süre içerisinde gözlemledikleri unsurlara dayanarak sorunun kaynağını ıskalayıp, bir sorun olduğunu gösteren belirtileri ortadan kaldırmaya yönelebilirler. Ayrıca buldukları çözüm, ancak uzun vadede ortaya çıkacak şekilde sıranın ikincil amaçlarına da aykırı olabilir. Bütün bu ihtimaller dolayısıyla sırada yaşanan aksaklıklara kalıcı bir çözüm bulamayacakları düşünülebilir.

MacCormick'in kurgusuna dönerek ve aksaklıkları nasıl yerleştirdiğine bakarak sorunu daha iyi anlayabiliriz. Bir üst bölümde anlatılan konvansiyonel/gayrı resmi sıralarda, sıra olunmaya ne zaman başlandığı, kimlerin sırada olduğu, hizmetin ne zaman kesileceği yani sıraya girmenin ne zaman anlamsız olacağı dahil pek çok sorunun cevabı tam olarak bilinemez, belirsiz kalır. Dahası, sıraya girmiş, yeterli miktar beklemiş ancak hizmetin verileceği anda hazır olmayan kişinin durumu ne olacaktır?

İşte bazı sıralarda bu gibi aksaklıkların ve belirsizliklerin giderilmesi için gayrı resmi sıralardan farklı olarak, sorunun çözümü için bir görevli veya çalışan tayin edilmiş olabilir. İş tanımında, yukarıda sayılan benzeri uyumsuzlukları çözüme kavuşturmanın da bulunduğu bir görevlinin, sıranın nasıl olması gerektiğine dair karar verecek olması; sıranın katılımcıları tarafından ortaklaşa oluşturulan ve örtük, uzlaşımsal bir norma dayanan “sıraya şu şekilde girmeliyim” zihni durumunun sevk ediciliğinden oldukça farklıdır.

¹⁴¹ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 21.

Yaşanması muhtemel aksaklıklar hakkında karar verici olarak böyle bir görevli bulunmasına rağmen bazı problemleri aşmakta zorluk çekmeye devam edilmesi mümkündür. Örneğimizi böyle bir görevlinin varlığına ilaveten düzen için geliştirilmiş teknik araçlardan da faydalanılacağı şekilde geliştirebiliriz. Bir kurumda sıra düzenini belirlemek için otomatlar aracılığıyla verilmiş sıra numaralarını gösteren kağıtlardan kullanıldığını düşünelim. İşlem gişesindeki görevlinin, mevcut kişinin işini bitirdikten sonra butona basması ve ekranda numarası görünen bir sonraki kişinin hizmet almak için hamle yaptığı olağan bir tecrübe olsun bu.

Örneğimizdeki kesitte kurum görevlisinin hamlesiyle sıra numarası olarak 40 görünmüş ve makul bir süre içinde kimse hareket etmediği için, görevli bir sonraki sayı için tuşa basmış olsun. Ekranda 41 numara görünür ancak, sessizlik ve hareketsizlik yine bozulmazsa bir süre boyunca bekleyen görevli tekrar tuşa basıp 42 numarayı, sonra 43 numarayı çağırmış olsun. Nihayet o sırada hazır bulunan 44 numaralı sıra sahibinin talebi karşılanırken çıkagelen ve 40 numaralı kağıdı tuttuğunu göstererek hizmet talep eden kişi için ne söylemek lazım gelir? Hali hazırda en düşük numaraya sahip ve hizmet almaya hazır olduğu için 45 numaralı sıra sahibinden önce ona hizmet verilebilir mi? Yoksa 40 artık “yanmış” bir sırayı temsil etmektedir ve yanmış sıra sahibinin tekrardan bankoya gidip kendisini sıranın en arkasına gönderecek yeni bir sıra kağıdı alması gerektiği mi söylenmelidir? Burada bir karar anı ile karşılaşılır ve bu kararı verecek kişi genelde gişedeki görevlidir¹⁴².

Toplumsal yaşamın tekrarlanan pratiklerinin benzer aksaklıklar ve sorunlara gebe olduğunu düşünürsek, benzer sorunları her seferinde yeni ve farklı bir şekilde çözme teşebbüsü, sıranın düzenini ve sürdürülebilirliğini açıkça kötü etkileyecektir.

Gişe görevlisi bu olay için hemen oracıkta bir karar verebilir, ancak bunun sık rastlanır bir aksaklık oluşu, her seferinde yeniden karar vermenin zorluğu, sorun yaşayanların farklı iddia ve tavırlarıyla doğal olarak farklılaşan kararları sıra mensuplarının bu farklı kararların uyumsuzluğunu ve ikna ediciliğini sorgulamalarına

¹⁴² MacCormick, *Institutions of Law*, s. 22.

ve duydukları rahatsızlığı dillendirmelerine sebep olabilir. Sıra düzeninin bütün bunlardan kötü etkileneceği açıktır.

Bu aksaklıkların bir düzenlilik içinde giderilememesini kabaca sıranın bozulması olarak adlandıırırsak, sıranın kalıcı olarak bozulmasını istemeyenlerin elinden ne gelir sorusuna geçebiliriz. Sırayı korumak isteyenler -ki bunlar sadece sıradakilerle sınırlı değildir- pek tabii yaşanan aksaklık ve uyuşmazlıkların çözülebilir olmasını da kalıcı hale getirmek isteyebilirler. Bunun için herhangi bir kişinin veya kuralın otoritesine başvurulabilir.

Biz örneğimizi yaşanan şikayetlerden haberdar olan bir kurum yöneticisi ekleyerek geliştirelim. Yönetici süreç yönetimini genel bir kurala bağlayabilir ve bunu sözlü veya yazılı şekillerde gişe görevlilerine duyurabilir. Sıra mensuplarının muhtemel huzursuzlukları ve adaletsizlik hislerini gidermek adına kurala dair yönlendirici-hatırlatıcı bir notu da sıra otomatlarının üzerine yerleştirdiğini düşünebiliriz¹⁴³.

Gündelik hayatta kendimizi içinde bulduğumuz sosyal ilişkilerin, bir parçası olduğumuz olay ve durumların çoğunda bizi etkileyen normların farklılıklarına dikkat etmek önemlidir. Burada temel farklılıklardan biri olarak, karşılaştığımız normların uzlaşım ile ortaya çıkmış informel normlar mı yoksa bir otorite tarafından çıkartılmış, ilan edilmiş, kurumsal normlardan mı olduğu sorgulanabilir. Hatta bu sorgulama normların genel yapısına ve kökenine doğru genişletilirse, kurumsal normların asli normlar olmadığı görülecektir¹⁴⁴.

Gündelik hayatta karşılaştığımız sıralar çoğunlukla bir otorite tarafından düzenlenmemiş şekilde, kendiliğinden oluşmaktadır; kendisine verilen kurallara ve talimatlara uymaya çalışan bir gişe görevlisi mevcut değildir. Bir otoriteye bağlı olmayan sıralar çoğunlukla gayri resmi/informal normatif düzene anlayışına bir örnek

¹⁴³ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 22.

¹⁴⁴ Bir kurumsal normun soy ağacını takip etmek ona yetki veren başka kurumsal normlarla ilişkiyi ortaya çıkarır. Ancak bu süreç kurumsal normlar üzerinden sonsuza kadar geriye götürülemez. Sürecin nihayetinde ulaşacağımız sonuç, kurumsal norma yetki verenin konvansiyonel-uzlaşım temelli bir norm olduğudur.

oluştururlar. MacCormick, konvansiyon benzeri bir temele sahip bu kendiliğinden gelişen informal normların sürdürülebilirliğinin sınırlı olduğunu düşünmektedir. Aleni bir kuralın ve otoritenin eksikliği bu tip normatif düzenlerin ömürlerini azaltmaktadır¹⁴⁵.

Bir kişi veya kuralın otoritesine başvurma ihtiyacı doğuran bir problemden bahsediyorsak, orada sıralamanın önceliği hakkında verilmesi gereken bir kararla karşılaşmışızdır. Tekrar eden problemler hakkında karar alma ve alınan kararların birbirleriyle uyum içerisinde olmasının beklendiği koşullarda, problemlerin çözümü için alınan kararlar genel kurallara dönüştürülebilir. Konvansiyonel veya gayri resmi normatif düzenlerden farklı olarak, buradaki açık kurallar aleni bir metne sahip olur¹⁴⁶.

MacCormick basitçe bir insan kalabalığına bakıp orada normatif bir düzen görmesi durumuna örnek olarak, insanlara baktığında sadece su kenarında bekleyiş duran bir yığın insanı görmediğini, sudan karşıya geçmek için gerektiği üzere vapura binmek için sıra olmuş bekleyen bir grup gördüğünü söyler¹⁴⁷. Burada olgusal gerçekliğin gözlenmesi sürecine eşlik eden normatif bir kavrayış vardır. Kişi gözlemci bu normatif gözlük üzerinden yapmaktadır. Gözlemci dünyaya bu normatif gözlük aracılığıyla bakar. MacCormick bekleyen grup hakkındaki yorumlarında, onların her birinin anlamını bildiği bir norma göre eylediklerini tahmin ettiğinin bu normun örtük veya aleni olmasıyla alakası olmadığını söyler. Ayrıca sıranın düzenini sağlayan bir yaptırım ve zor kullanımı olduğu varsayımında bile bu zor her ne şiddette olursa olsun, gözlemci burada yine katılımcılara, onların bu zoru yorumlama ve onu kendileri için nasıl bir tehdit olarak gördüklerine odaklanır¹⁴⁸.

Şimdiye kadar anlatılan çerçevede kurumsal yaklaşıma göre bir sıranın varlığı sadece kaba bir olgu değil, kurumsal bir olgudur. İnsanın dünyayı algılama şekli salt fiziksel olgular ve bu olguların bağlı olduğu fiziksel zorunluluk yasasından ibaret değildir. İnsan kurumsal olgularla karşılaştığında çıplak gözle görülmeyecek olanı, bu

¹⁴⁵MacCormick, *Institutions of Law* , s. 31.

¹⁴⁶ A.e., s. 23.

¹⁴⁷ A.e., s. 31.

¹⁴⁸ A.e.

olguların insan davranışları hakkındaki bir takım normlarla ilişkisini de görür. Ancak bu koşullarda, fiziksel olarak sadece durmak-dikilmek olarak nitelendirilebilecek hareketsizlik temelli bir hareketin aslında sıra beklemek gibi bir anlamı olduğundan bahsedilebilir. Bu anlam gözlemcinin zihnine, diğerlerinin de kendi davranışlarını ortak bir norma göre yorumladıklarına duyulan inançtan gelir. Bu toplumsal normun herkes tarafından tam olarak aynı şekilde görüldüğü söylenemezse de varlığını tespiti yetecek bir örtüşme olduğundan bahsedilebilmektedir.

Bu anlamlı görüntünün sebebi insanın norma tabi olma özelliğiyle açıklanmaktadır. (Humans are norm-users) MacCormick, ayakta dikilen bedenleri değil, sırasını bekleyen insanları görmektedir. Ayrıca baktığı yerde normu görmek insanı belirli davranış kalıplarına yönlendirmektedir. Çünkü kişi gündelik hayatta saf bilimsel bir gözlemci olarak yer almamakta, ona katılmaktadır. Bu yüzden kişisel çıkarlarımız bizi, etrafımızda olup biteni, başka insanların beklenti ve yargılarını görmeye, yorumlamaya yönlendirmektedir. Sadece gözlem yapmayı değil, sudan karşıya geçmeyi de istediğimiz için o sıraya giriyor, o vapura biniyoruz¹⁴⁹.

İnsan zihni, genel anlamda benzer veya aynı normlar tarafından ifade edilebilecek olayların belirli bir düzen içinde tekrarlanan örneklerini özel bir şekilde isimlendirebilme kabiliyetine sahiptir. Örneğin, “maraton koşmak” sıradan bir koşma fiilinden farklıdır. Kendi “sırasını beklemek” ayakta dikilmekten, “şiir okumak” veya “ders anlatmak” konuşmaktan, “evlenme teklif etmek” basitçe bir soru sormaktan farklıdır. Otobüs şoförünün dikkatini çekmek için kalkan el ile, “toplantı da oy vermek” için kalkan el her ne kadar aynı kişiye de ait olsalar, aralarında ciddi bir fark vardır.

Bu farkın dayanağı, örneğin her ne çeşitlikte olursa olsun bir soruyu “evlenme teklif etmek” sözleriyle ifade etmeye uygun düşecek bir yapıya sahip olmasıdır. Bu, bir takım kurallara ve düzenliliğe sahip olduğunu bildiğimiz bir yapıdır. Ancak kuralları açıkça sayılıp dökülüp, tüketilecek bir şey değildir. Ne eksik veya ne fazla olursa o sözler evlenme teklifi olmaz tam olarak bilemeyebiliriz. Ancak neyin evlilik

¹⁴⁹ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 32.

teklifi olduğunu biliriz. Bunun için söylenmesi muhakkak olan sihirli sözcüklere gerek yoktur. Örneğin uygun bağlamda “birlikte bir aile olalım mı?” sorusu da pek tabii evlilik teklifi sayılabilecektir.

“Ders vermek”, “şiir okumak”, “koşuya katılmak” “evlenme teklif etmek” sözlerini duyduğumuzda muhatabın ne söylediğini yaklaşık olarak anlamamıza yarayan bir yapı vardır. MacCormick bu yapıya gündelik anlamıyla “kurum” demeyi tercih ediyor. Türkçede kurum kelimesinin gündelik anlamı daha çok devletle alakalı idari bir yapıyı çağırırsa da, hukukun teorik boyutu ile ilgilenenler için bundan çok daha fazlasının olduğu açıktır¹⁵⁰.

MacCormick’in İngiliz dilinde “kurum” (institution) kelimesinin gündelik kullanımı için geçerli olduğunu öne sürdüğü anlamı, geniş anlamıyla Türkçe bir tabir olan “müessese” ile, günlük dilde ise ancak “evlilik kurumu”, “aile kurumu” gibi kullanımlarda görebildiğimiz bir “kurum” fikrini karşılamak için kullanıldığı söylenebilir. Sonuç olarak kendimizi, zihnimizi gündelik dil yaklaşımı ile sınırlandırmazsak, yukarıda sayılan örneklerin de ait olduğu “kurumlar”dan bahsedebiliriz. Bu kurumlar da, dilde ve zihinde bir konvansiyon/uzlaşım üzere var olageldiğinden, sıra örneğindeki gibi informel/gayrı resmi bir düzenlilik taşıdığı söylenebilir. Bir takım örtük kurallara sahip oldukları sezilebilmekte, ama bu kurallar tam olarak açıkça ortaya konamamaktadır. Bu bakımdan informel/gayrı resmi normatif pratiklere benzemektedirler. Bu tip normatif pratiklerde de örtük kurallar vardır, insanlar onlara uymaktadır, ancak bu kuralların açıkça dile dökülüp formülasyonu yapıldığında, bu yeni formülasyonun eski, örtük kurallar ve uzlaşım üzere var olanı doğru yansıtamayacağı düşünülmektedir. MacCormick bu durumu izah ederken Pierre Bourdieu’nun antropolojik tanımların zorluğu yaklaşımına atıf

¹⁵⁰ Tarık Zafer Tunaya henüz asistanken Maurice Hairou’dan çevirdiği ve sonraki çalışmalarına da yön vermiş olan “Müessese ve Te’sis Teorisi (İçtimai Vitalizm Denemesi)” adlı makale 1944 yılında İÜHF Mecmuasının 9. Cildinin 3-4 numaralı sayısında yayınlanmıştır. Tunaya bu mefhum ve yaklaşımın Türk Kamu Hukuku dünyasına hocası Sıddık Sami Onar tarafından tanıtıldığını ve kullanıldığını belirtiyor. bkz: **Siyasal kurumlar ve Anayasa Hukuku, Ekin yayınları** 5. Bası s.60 vd. ayrıca Tunaya’nın kurumsal yaklaşım üzere inşa ettiği doktora çalışmasına esas olan görüşü için bkz: Tarık Zafer Tunaya, “Müessese Teorisinde Fikir Unsuru ve Bazı Hususiyetleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 12, S. 2-3, 1946, ss. 537-560.

yapmaktadır¹⁵¹. Bourdieu, farklı bir kültür hakkında araştırma yapan antropologların çalıştıkları kültürdeki yerleşik kuralları tanımlama denemelerinin kaçınılmaz olarak yanlış tariflerle sonuçlandığını söylemektedir. Çünkü ilgili kültürün mensupları, bu kuralları kendileri açıkça formüle etmemektedirler. Bir gözlemci olarak araştırmacı da örtük kuralları doğru tespit edememektedir.¹⁵²



¹⁵¹ Bkz: Pierre Bourdieu, **Outline of a Theory of Practice**, Çev: R. Nice, Cambridge, Cambridge University Press, 1977. s. 2.

¹⁵² MacCormick burada bir adım daha ileri giderek bir uygulamayı mümkün kılan örtük kuralların formülasyonuna- yani alenen kurallaştırılmasına- genelde o uygulama aksamaya ve sorgulanmaya başladığı zaman başvurulduğunu söylüyor. Bkz: MacCormick, **Institutions of Law**, s. 68.

III. KURUMSALLIK TEORİSİNİN HUKUKA UYGULANMASI

A. Kurumsal Normatif Düzendeki Kural Fikri

İnsanın doğası gereği sahip olduğu bir normatif düzenlilik¹⁵³ içinde yaşama potansiyelinden bahsedilmiş olup, bu potansiyelin neredeyse kendiliğinden hayata geçme eğilimi taşıdığını örneklemek için kullanılabilir -gözleme dayalı- bir takım gayri resmi ancak normatif düzenlilik pratikleri gösterilmiştir. Bu gayri resmi normatif pratiklerle yürüyen düzenlerin uzun vadede devamlılık, sürdürülebilirlik, açıklık, belirlilik, güvenlik gibi bir sistemlilikten söz etmek için gerekli olduğu düşünülen meziyetlere sahip olmadığı, örneklere eklenen çeşitli aksaklıklarla ortaya konmuştur. Bu meziyetleri de içinde bulunduracak sistemli bir normatif düzene geçmek için daha önce kendilerine bir şekilde ulaşıp uyduğumuz normların açık olması, o normlara uygun şekilde eylemeye çalışma sürecinde karşılaşılabilecek yeni problemleri de çözme becerisine sahip yeni normlara sahip olmamız gerekmektedir. Bu yeni ve ikincil normların uygulanması ihtiyacını doğuran aksaklıkların çözümünde, bu normların anlamının tespiti ve hayata geçirilmesinin sağlanması de esas önemdedir. Bütün bunları gerçekleştirebilmek için kurulan sistem, kurumsallaşmış normatif düzeni oluşturacaktır.

Kurumsallaşmış normatif düzendeki, daha önceleri kendiliğinden gelişen, anlamını karşılıklı toplumsal ilişkide bulduğu için tam olarak ifade edilmesi zor olan informel normlar yerine kimin tarafından çıkarıldığı, amacı, kapsamı, konusu bakımından bir belirlilik taşıyan açıkça ilan edilmiş normlardan yani kurallardan bahsedilecektir.

¹⁵³ Burada “normatif düzenlilik”, içerisinde yaşama potansiyelini MacCormick’in “**norm-user**” kalıbını ifade edebilmek adına kullanılmıştır. İnsanın norm-user olarak tarif edilmesi yukarıda yer yer ifade edildiği gibi bir makamın koyduğu kurallara tabi olmasından ziyade hayatını normlarla sürdürmesine işaret etmektedir. Norma tabiyet melekesi, insanın düzenlilikler bulmak, düzenliliklere uymak ve düzenlilikler yaratabilmek konusunda sahip olduğu bir yeteneği ima eder. İnsan, ancak bu yetenek sayesinde, dile, öğrenmeye ve iş birliğine dolayısıyla gelişime açıktır.

1. Açıkça Düzenlenen Normlar: Kurallar [Expressly Articulated Norms]

Örtük, gayri resmi normların içerikleri ilk elden karşılıklı beklenti ve inançlara dayalı pratiklerin yorumlanması ile ortaya çıktığından örtük normların açıklanması için öncelikle bir pratiğin ve amacının yorumlanması gereklidir. Burada katılımcıların sahip olduğu normatif bakış dolayısıyla bu anlamın neredeyse kendiliğinden oluştuğu ve bir formülasyona veya bir metnin yorumlanmasına ihtiyaç duyulmadığı söylenebilir. Buna karşılık açık-aleni normların yani kuralların kendileriyle amaçlanan etkiye sahip olmaları için doğru anlaşılmaları gereklidir. Doğru anlaşılma konusunda olası bir ihtilafı engellemek için gerekli soruşturma yani kuralın yorumlanması hususen kural metninde seçilen kelimelere odaklanmayı gerektirir. Kelimenin aslında neye karşılık geldiğine dair bir soruşturmaya ancak tabirin anlamsız kalması veya ilk anlaşıldığı şekilde yorumlanmasının saçma bir durum yaratacağı koşullarda başvurulur¹⁵⁴. MacCormick, kural teriminin yaygın ve anlaşılır kullanımlarından birisinin de karar mercîleri tarafından resmen ilan edilen normları karşılamak için olduğunu söylemektedir. Herhangi bir tartışmada “bu konuda bir kural var” demek, tartışmaya kuralın metnini, kural koyucuyu ve bu konudaki otoritesini de dahil edecektir.

a) Kuralların Çok Katmanlılığı

Kurumsal normatif düzende, bir kural gündeme geldiğinde, biz normatif düzenin çok katmanlılığıyla karşılaşırız. Örneğe uygun şekilde anlatmak gerekirse bir fiilen sıraya geçmenin normatifliği vardır, bir de sıra düzeni hakkında insanların yönetilmesi ve sıranın sorunsuz akışının sağlanması ile ilgili bir normatifiklik vardır. Sıraya geçmenin normatifliği, -tekraren izah edildiği gibi- sırada ne yapılması gerektiği, nasıl ilerleneceği, bir sonraki sıranın kimde oluşu ile alakalıyken burada devreye ilaveten yeni bir normatif katman olan sıra düzeninin yönetilmesi meselesi girecektir. Sıraya giren kişilerin bekledikleri hizmete erişimlerinin düzgünce sağlanması, sırayı bozmaya çalışanlara engel olunması; X kişinin yarım kalan

¹⁵⁴ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 23

işlemine devam edebilmek için sıranın en arkasına geçmesine gerek olup olmadığı, hangi kişinin sırasının yandığı vb hususlar ilk katmandaki meselelerden farklıdır. Burada normatifliğin çok katmanlı yapısı görülmektedir, ilk katmanda sıraya nasıl girileceğini belirleyen normatif bir yapı varken, ikinci katmanda sıra düzeninin nasıl yönetileceğine dair kararlar vermeyi içeren bir normatif yapı vardır¹⁵⁵.

Haliyle bu farklı normatif yapılar için farklı tip kurallar öngörüldüğünden bahsedilebilir. MacCormick bu husustaki yaklaşımı farklı katmanlara mensup olmaları bakımından Hart'ın birincil ve ikincil kurallarındakine benzer bir yapı tasarladığı söylenebilir.

MacCormick bu iki katmanlı yapıdan bahsederken, bu normatif düzenin alameti farikası olarak, informel/gayri resmi normatif düzenlerdeki belirsizlikleri ortadan kaldırma kabiliyetini vurgulamaktadır. Uygulamada ortaya çıkması muhtemel aksaklıkların önünü almanın ve belirsizlik yaratacak durumları önceden karara bağlamanın bu katmanda mümkün olduğunu söylemektedir. Bu görüşünü izah etmek için örneği biraz daha geliştiren MacCormick, birincil katmandaki kuralın uygulanması sürecinde karşılaşılabilecek bir problem hakkında bir üst katmanda yer alan bir kural oluşturmaktadır:

“Eğer bir kişinin sıra numarası çağrılır ve numaralı sıranın sahibi öne çıkmazsa, gişe görevlisi net ve gür bir sesle iki çağrı daha yapmalı, buna ilaveten bekleme alanını hızlı bir şekilde gözle kontrol edip sıranın, çağrısının ulaşmadığı işitsel veya fiziksel bir engeli nedeniyle hizmet yerine gelmekte zorlanan birine ait olmadığından emin olmalı, bu kontrollere rağmen çağrıya uygun bir hamle göremezse, bir sonraki sıra numarasını çağırmalıdır.”¹⁵⁶

Çağrıya cevap vermeme durumunda gişe görevlisinin ne yapması gerektiğini bu şekilde bir kuralla netleştirmiş olduğumuzu varsayalım. Peki, tam da kuralına uygun şekilde bir sonraki sıraya geçildikten sonra çıkagelen, geçmiş sıra sahibinin durumu nasıl değerlendirilmelidir? Bu konuda karar verme sorumluluğu, uygulamada

¹⁵⁵ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 23.

¹⁵⁶ A.e., s. 24.

kendi kendine çözüleceği umuduyla, gişe memurunun sırtına yüklenmemelidir. Burada yeni bir kurala ihtiyaç duyulduğu çok açıktır: sıra mensubu sıranın en sonuna mı gönderilmelidir yoksa mevcut sıra sayılarından en düşüğüne sahip olduğu hesaba katılarak kısmi bir öncelik mi sağlanmalıdır?

İlk ihtimalin uygun görülüp kurallaştırıldığı, yani geciken kişinin sırasının yanmış olduğunu öngören ve hiç sıraya girmemiş gibi muamele görmesi gerektiği için en baştan sıraya girmesini gerektiren katı bir kuralın uygulandığı varsayımında, bu katı kuralı bazı özel zorluklar söz konusu olduğunda esnetmek için gişe görevlisine bir takdir yetkisi tanınmalı mıdır? Bu gibi zor durumlarda kuralın nasıl uygulanacağına geçmeden önce, kuralın yapısal özelliklerini incelemekte fayda görülmektedir.

b) Kuralların Yapısal Özellikleri

Şimdiye kadar anlatılanlar dolayısıyla ulaştığımız bir kural fikri var. MacCormick, kural kavramının uzanabildiği bütün anlam genişliğini karşılayacak bir tanım denemesinden kaçınarak “açıkça düzenlenmiş normlara” kural demeyi teklif etmektedir. Tabii ki burada “düzenleyicinin” ilgili konuyla alakalı otorite sahibi, meşru düzenleme yetkilisi kişi olduğu varsayılarak devam edilmektedir. Bu yetkili hem birincil katmanda örneğin sırada nasıl durulacağına dair normları veya sırada durma pratiğinde örtük olan normları alenileştirip/açıklayıp kurallaştırma kabiliyetine sahip; hem de bu birincil katman kurallar hakkında karar verme, onların nasıl uygulanacağına dair olan yani ikincil katman kurallar koyabilme yetkisine sahiptir. MacCormick bu kısımda kurallaştırma faaliyetinin kendisine odaklanmak istediği için herhangi bir yetki sorunuyla ilgilenmek yerine, anlatısını yetki problemi olmayan bir kurguya yerleştirmektedir.

Bu varsayımlar göz önüne alınmak şartıyla yetkili bir ağız tarafından “açıkça düzenlenen normlara” kural deneceğini söyledik. Bu aşamada bu kurallaştırma faaliyetine biraz daha yakından bakmamız gerekecektir.

MacCormick’in tarifine göre kuralın yapısal içeriği iki kısımdan oluşmaktadır: Bunlardan ilkinin oluşturan kısım, olgular dünyasındaki gelişmelere odaklanmış

durumda ve oradaki değişimlere duyarlıdır. İkinci kısım ise birinci kısma bağlı çalışan ve oradaki olgusal gelişmelere yeni anlamlar yükleyen, duyarlı olduğu durumlara normatif sonuçlar yükleyen bir yapıyı oluşturmaktadır ¹⁵⁷.

Olgular aleminde kuralın iş gördüğü konuyu oluşturacak, kuralın duyarlı olacağı olgulara “etkinleştirici olgu” [**operative fact**] denir, kural bağlamında bu olguların ne anlama geleceğine veya o durumda ne yapılmasının uygun görüldüğüne bağlı olarak üretilecek sonuca da “normatif sonuç” [**normative consequences**] denirse kuralımızın formüle edilmiş hali aşığıdaki gibi olacaktır.

Kural, etkinleştirici olguların varlığına, normatif sonuçlar yükler¹⁵⁸.

Şimdiye kadar geliştirilen yaklaşımla tekrar farazi uygulamaya dönersek MacCormick’in örneğindeki sıra tecrübesine dair, yetkili ağızdan çıkmak koşuluyla aşığıdaki gibi kurallaştırılabileceğini söyleyebiliriz:

- i) Her ne zaman mevcut işlem biterse, gişe görevlisi sıra listesini kontrol etmeli, bir sonraki sıra numarası sahibi için çağrı yapmalıdır.
- ii) Her ne zaman yapılan 3. çağrı ve akabinde gerçekleşen işitsel veya fiziksel engelli sıra mensubu kontrolüne rağmen herhangi bir hamle yapılmaz ise, o sıra numarasının iptal olduğuna hükmedilmeli ve bir sonraki sıra numarası çağrılmalıdır.
- iii) Her ne zaman bir sıra numarası iptal edilirse, iptal edilen sıra sahibi otomattan yeni bir sıra numarası alabilir, ancak talep ettiği hizmete ancak kişinin yeni sıra numarası usûlünce çağırıldığında kavuşabilir.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 25.

¹⁵⁸ [**when operative facts, then normative consequences.**] [When OF, then NC]: Ne zaman bir etkinleştirici olgu gerçekleşirse, o zaman normatif sonuç doğar.

¹⁵⁹ **A.e.**

B. Kuralların Uygulanması

Geciken kişiye ne yapılacağı sorusu bir kenarda durmaya devam etsin, düzeni iyileştirmek için yeni bir kurallaştırma ile sürece dahil ettiğimiz “*Çağrıya uygun bir hamle yapmamış olma*” ifadesinin de bazı durumlar için yeterince açık olmadığı söylenebilir. Yukarıdaki kural denemesinde toplam üç çağrıyı da kaçırmış olmak olarak formüle edilen durum, sırada olmasına rağmen o esnada dalgınlıktan çağrıyı duymayan kişi ile sırasını tuvalet veya bir kahve alma ihtiyacı için kısa süreliğine terk edip geri gelen kişiye de aynı şekilde mi uygulanacaktır?

Bu ve benzeri belirsizlikleri tamamen ortadan kaldırmak neredeyse imkânsızdır. Mutlak belirlilik idealinin önünde bir engel olarak sürekli yeni sorular peyda olabilir. Bu sorulara cevap için ya “sıranın başına geçmeye dair yeni kural”, “sıranın en sonuna gönderilmeye dair kural”, “sıradan çıkma sayılmayacak hallerin kuralı” vb gibi gişe görevlisinin karşılaşılabileceği farklı ihtimaller ve zor durumlar hesaba katılmaya çalışılarak kurallar çoğaltılacaktır. Ya da bir aşamaya kadar geliştirilen kurallar ışığında gişe görevlisine takdiri bir alan tanınacak ve değişmez kurallar uygulanmayacaktır.

MacCormick bu dallanıp budaklanmayı Niklas Luhmann’ın görüşüne atıfla karmaşıklığı azaltmak için metne eklenen her yeni koşulun, yeni yol ayrımları ve onların yorumlanması dolayısıyla daha girift karmaşıklıklar yaratmaya sebep olabileceği görüşüne de yer vererek izah ediyor¹⁶⁰.

Hayat, bütün ihtimallerin hukuk kuralları aracılığıyla tüketici şekilde belirlenebilmesi için fazla karmaşıktır. Kural koyucu otorite tarafından çıkarılan bütün kurallara uygulamada aynı sıklıkla başvurulmasına gerek olmayabilir. Kaldı ki kuralların ne zaman uygulanacağı, yani etkinleştirici olguların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit işinin yanında, kuralların yönetilmesi hakkında karar veren otoritenin ilgili olaya uygulanacak kurallara farklı sıklıklarda ve farklı şekillerde

¹⁶⁰ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 24.

başvurulmasını isteyebileceği söylenebilir. Burada kurallar arasında bir tasnif yapmaya ihtiyaç duyulmaktadır.

1. Uygulamada Kurallar: Mutlak-Katı-Takdiri Kurallar

Kurumsal Hukuk Teorisinde kural fikrine dair şimdiye dek söylediklerimizin yanında, işin bir de pratik veçhesini ilgilendiren bir yaklaşıma ihtiyaç duyulduğundan bahsedilebilir. Bu yaklaşıma göre kural koyucu otorite tarafından herhangi bir kurala uygulamada tam olarak nasıl başvurulmasının istendiğine göre değişen bir tasnife gidilebilir. Burada önümüze çıkacak seçeneklerin, “Kural kuraldır” gibi sıkı bir yaklaşım ile sınırsız bir keyfilikle kuralı anlamsızlaştıracak bir diğer yaklaşımdan ibaret olmadığı MacCormick tarafından üçlü bir tasnif ile izah edilmektedir.

MacCormick’e göre kurallar uygulamada kendilerinin nasıl bir takdir yetkisiyle kullanılmalarının istendiğine göre değişen niteliklere sahip olabilirler. Bu niteliklere göre “Mutlak uygulanmayı” gerektiren kurallar’ın yanında “katı şekilde uygulanması” gereken kurallar olduğu gibi “uygulanması takdire bağlı” bırakılmış kurallar da bulunabilmektedir¹⁶¹.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kural fikri için genel formül “Etkinleştirici olgular gerçekleştiğinde normatif sonuçlar doğar.”, ifadesiyle ortaya konmuştu. Mutlak uygulanması gereken bir kural söz konusu ise, aranan etkinleştirici olguların gerçekleştiği her anda istisnasız şekilde normatif sonuçların doğduğundan bahsedilmelidir. Öyle ki böyle bir kuralda bahsedilen normatif sonucun doğmuş olması da, ancak aranan olguların gerçekleşmesiyle mümkündür; meğer ki başka bir kurala da aynı normatif sonuç bağlanmış olsun. Bu kural tasnifine, temel matematiksel kurallar veya satranç gibi kural bazlı var olan bir oyunun kuralları örnek verilebilir¹⁶².

Normal koşullarda bir kuralın, kendisiyle amaçlanan normatif sonuçları doğurması, kuralın koruduğu değerlere zarar veriyorsa ve bu zararın sebebi etkinleştirici olguların bulunmasına bağlanan normatif sonuçlar ise yani kuralın lafzı

¹⁶¹ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 26.

¹⁶² A.e., s. 26.

uygulanmasını ancak ruhu uygulanmamasını gerektiriyorsa kuralı uygulamakla görevli kişi kendisine böyle bir takdir yetkisi tanınmışsa, yalnızca bu özel koşullar altında o kuralın istisnaen uygulanmayacağına hükmedebilir. Bu durum katı şekilde uygulanacak kurallar alanını tarif eder¹⁶³.

Örneğin, can güvenliği nedeniyle su kanalına girmeyi yasaklayan bir kural varsayalım. Bu su kanalında boğulmakta olan bir kişinin kurtarılması amacıyla kanala girmek, kuralın lafzına aykırı olmasına rağmen, kuralın ruhuna aykırı olmayacaktır. Bu kuralın uygulanması sürecinde sınırlı bir takdir ile bu gibi bir takım istisnalara imkan tanınmışsa, kuralın uygulanmayacağına hükmedilebilecektir.¹⁶⁴

Uygulanması takdire bağlı kurallar ise, karar merci olan kişilerden ilgili kuralla düzenlenmeye çalışılan organizasyon hakkında kendisine verili amaçlar ve değerleri de hesaba katıp, bütün ihtimalleri değerlendirerek karar vermesi beklenen durumlar içindir. Bu koşullarda yetkili, bütün ihtimalleri gözetmesine rağmen, organizasyonun değer ve amacı için kendisine hala eşit derecede uygun görünen alternatiflerden birini seçmek için bu kurala yardımcı kaynak olarak başvurur¹⁶⁵.

Görüleceği üzere uygulamadaki kuvvetine göre sıralandığında başını ve sonunu, mutlak şekilde uygulanması beklenen kurallar ile takdire uygulanması beklenen kuralların oluşturduğu bir yelpaze mevcuttur. Bu ikisinin arasında ise geçişliliği oluşturan ve değişen bağlayıcılıklara sahip katı uygulanma kategorisinin olduğundan bahsedilmektedir¹⁶⁶.

Kanala girmek yasaktır, etkinleştirici olgulara bağlanmış normatif sonuçları ifade eden bir kuraldır. Fakat bu kuralın hangi katılıkta uygulanacağı kuralın içeriğinde yer alan bir bilgi değildir. Nitekim kanalda boğulan birisi olduğunda kanala girmek ve

¹⁶³ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 27.

¹⁶⁴ A.e.

¹⁶⁵ A.e.

¹⁶⁶ Takdirin nasıl kullanılacağı hususuyla alakalı olarak geliştirilen bu kural kategorilerinden MacCormick'in Hart-Dworkin tartışmasını takip ettiği görülmekte ve bir çok hususta üzerinde büyük etkisi olan Hart'a rağmen bu konuda Dworkin'in yaklaşımına kısmi bir öncelik verdiğini söylemektedir. Bkz: Neil MacCormick, "Norms, Institutions, and Institutional Facts" **Law and Philosophy**, C. 17, S. 3, 1998, s. 319. Bu hususun Türkçedeki en açık anlatımı için bkz: Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.28, 2011

yasağı uygulamamak gerekebilir. Bu durum ikincil katmanı gündeme getirir. İşte kurallar için düşünürün oluşturduğu söz konusu ayrımlar bu katmanda yer almaktadır.

Bu tasnif hakkında kuralların bu farklı kategorilere nasıl yerleştirileceğinin belirsiz olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten de kurallar kanonik formülasyon olarak birbirinin benzeridir ve ileri sürülen ayrımları haklılaştıracak bir içeriğe sahip değildirler. İskoç düşünür bu yüzden ayrımın, bir pratiği doğrudan düzenleyen birincil katman kurallardan değil, onlar hakkında da karar vermeyi sağlayacak - yetkilendirmeleri de içeren- ikincil katman kurallardan kaynaklandığını söylemektedir¹⁶⁷. Bu yaklaşıma göre, aslında kuralların tasnifi ile alakalı bu işin, kanun koyucuya¹⁶⁸ (**decision-maker**) yüklenerek çözülmesinin teklif edildiği görülmektedir¹⁶⁹.

Kuralların “sıkı uygulama” gerektiren kategorisinde, kuralın nasıl uygulanacağına karar verecek kişiye istisnai durumlar için sınırlı bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu tip kurallarda ve daha ziyade uygulanması “takdire bırakılmış” kurallarda, karar vericinin takdir yetkisini kullanırken olguları ve etmenleri doğru anlamış olmasını sağlamak önemli görünmektedir.

Öte yandan mutlak uygulama ve sıkı uygulama gerektiren kurallar, Joseph Raz’ın “dışlayıcı sebepler”¹⁷⁰ [**exclusionary reasons**] veya daha sonraları “dokunulmaz sebepler” dediği bir kategoriye girmektedir¹⁷¹. Sebeplerin kişinin eylemine dayanak olması bakımından birbiriyle yarış içerisinde olduğu bir zihin

¹⁶⁷ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 27.

¹⁶⁸ Burada kanun koyucu ile karşıladığımız ifade orijinal metinde “**decision maker**” olarak geçmektedir. Nitekim yukarıda zaman zaman birebir karşılayacak şekilde karar verici ifadesini tercih ettik. MacCormick, alelade bir banka kuyruğu ile modern gelişmiş hukuk sistemlerini aynı karede görmeyi mümkün kılacak kadar yüksek bir nazariye kurma teşebbüsünde olduğu için **decision maker** bağlama göre bir veznedar yahut bir yargıç olabilmektedir. Buradaki bağlamda ise kuralların nasıl uygulanacağına dair verilen bir karardan bahsedildiği için failin yargıca konuşan yasama olduğu kanaatindeyiz.

¹⁶⁹ A.e.

¹⁷⁰ Dışlayıcı sebepler ifadesi için bkz: Arıkan. **Sert Pozitivizm**, 2019.

¹⁷¹ Joseph Raz, bu kavramdan bahsettiği kitabının 2.baskısına yazdığı Post-Script’te kavrama özel bir bölüm ayırarak, kavram hakkındaki bazı tartışmalara açıklık getirmeye çalışmış, bu hususta nihayet kavramın kapsamını biraz daraltarak dışlayıcı sebeplerin bir kısmını (otoritenin emirleri bağlamı) “**protected reasons**” olarak adlandırmayı teklif etmiştir. Bkz.: Joseph Raz, **Practical Reason and Norms**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2002, s. 182.

durumu düşünülürse, bazılarının diğerlerini yarıştan dışlama kabiliyetine sahip olduğu veya bazılarını bu yarıştan dokunulmaz kılan özel bir korumaya sahip olduğu¹⁷² kabilinden benzetmeler daha iyi anlaşılacaktır. Burada dışlayıcı olma, kuralın mutlak veya katı şekilde uygulanmasını talep eden yetkilendirmeyle sağlanmaktadır. Dışlayıcılıktan, söz konusu olaya uygulanması mümkün görülen birkaç kuralın varlığı halinde, kendilerinin mutlak veya katı şekilde uygulanmaları gerektiği bilgisiyle donatılmış kuralların, karara sevk edilişi muhtemel olan diğer sebepleri dışlama kabiliyetine sahip oldukları anlaşılmalıdır.

Bir kuralın mutlak uygulanma kategorisine ait olduğu durumda, kuralı uygulamakla yükümlü olan kişinin tek sorumluluğu etkinleştirici olguların gerçekleştiğinden emin olmaktır. Kural dolayısıyla ortaya çıkacak normatif sonuçların mevcut durum için uygun olup olmadığı vb diğer faktörleri de hesaba katması beklenmemektedir. Böyle bir kuralın uygulanması hakkında karar verici olarak tayin edilen kişiden her şeyi hesap ederek doğru karara varması değil, bilakis hiçbir şeyi hesap etmeden etkinleştirici olguların sağlanıp sağlanmadığına bakması beklenir.

Katı şekilde uygulanması talep edilen kurallar kategorisinde ise karar vericiden yine tam anlamıyla her şeyi hesap etmesi beklenmemektedir. Etkinleştirici olguların sağlanıp sağlanmadığını kontrol yine asli önemini sürdürmektedir. Yalnız burada varlıkları durumunda hesaba katılması gereken bazı istisnai durumlar düzenlenmiş olabilir. Bu istisnai durumlar dolayısıyla örneğin Etkinleştirici Olgular tam olarak sağlanamıyor olsa da Normatif Sonuçların doğabileceğinden veya tam tersi durum olarak Etkinleştirici Olgular sağlanmasına rağmen Normatif Sonuçların eksik doğması veya hiç doğmamasından söz edilebilecektir¹⁷³.

Uygulanması takdire bırakılmış kurallar için ise diğer kategorilerdekine benzer bir dışlayıcılık kabiliyetinden bahsedilemez. Fakat bu çeşit bir takdir yetkisi ile kullanılacak kurallar, diğer faktörler hesaba katılmasına rağmen çözülemeyen, bir nevi başa baş giden bir yarış için burun farkı etkisi yaratacaktır. Bu sınırlı etkiye rağmen

¹⁷² Raz, **Practical Reason and Norms**, s. 182.

¹⁷³ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 28.

karar verici için bir bahane ya da kılıf olarak hazırda tutulacak bir kural kategorisi olarak düşünülmemesi gerektiği belirtilmektedir. MacCormick bu kategorideki kuralların durumuna örnek olarak İngiltere’de bir davanın hakkaniyete uygun şekilde çözümü için başvurulabilecek birçok emsal dava olsa da hakimin uygun emsallerden hangisine başvuracağını kendi takdirine bırakılmış olması durumunu göstermektedir¹⁷⁴.

2. Kuralların Uygulanması: Takdir Yetkisi Bağlamında Değerler ve İlkeler

MacCormick bu safhada takdir yetkisi konusunun üzerinde biraz daha durmayı gerekli görmüştür. Elinde sınırlı takdir yetkisine imkan veren bir kuralı uygulama ve karar verme pozisyonundaki kişinin, elindeki durumun farklı veçhelerini değerlendirerek en kestirme/pratik çözüme ulaşmak isteyebileceği gibi; en hakkaniyetli çözümü veya en verimli yahut en eşitlikçi çözümü arzu edebileceğinden bahsetmektedir. Ulaşılmak istenen çözümlere yönelik olarak farklı değerleri esas alan yaklaşımlar dolayısıyla bütün bir sürecin yönetilmesi de farklılaşacaktır¹⁷⁵.

MacCormick bir kuralın uygulanması sürecindeki karşılaşılmaları mümkün çeşitli veçheleri detaylı tahliller ile ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu minvalde bir kuralın uygulanması konusunda yetkili kişiye tanınan farklı seviyedeki takdir yetkisi kullanımlarının yanında o takdir yetkisiyle işletilecek kuralın hangi değerleri gerçekleştirmeye matuf olduklarının tespiti de önem taşımaktadır. Nitekim kurallar bir takım ilke ve değerleri korumak için çıkartılmış olabildikleri gibi, farklı kurallar aracılığıyla farklı ilke ve değerlere ulaşılmasını sağlamak amacıyla da çıkarılmış olabilirler.

Bir kuralın hayata geçirilmesi, yorumlanması, takdir yetkisi kullanılmasını, bu da ilke ve değerlerden istifade edilmesini gerektirebilir. İskoç düşünürüne göre bu

¹⁷⁴ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 28.

¹⁷⁵ A.e., s. 29.

sınırsız bir takdir yetkisi değil, kanun koyucunun yönlendirmesine uygun şekilde kullanılacak dolayısıyla sınırlı bir takdir yetkisidir¹⁷⁶.

İskoç düşünür bunu, kendi tecrübesinden hareketle türettiği bir örnekte tartışmaktadır. Söz konusu örnekte karar vermeyi gerektiren bir durum ve karar vermesi gereken bir kişi vardır. Kanada Toronto havaalanında yılın belirli bir dönemi yolcuların büyük kısmının güneşli Miami tatilinden dondurucu soğukluktaki memleketlerine dönenlerden oluştuğunu aktaran MacCormick¹⁷⁷, burada havaalanı yönetiminin yolcuların terminal çıkışında yaşadıkları ani soğuk çarpması ve taksi izdihamını bir nebze hafifletmek için yolcuların sıralarını, görece ılık bir ortamda, terminalin içinde beklemesini sağlayacak bir çözüm geliştirdiğinden bahseder. Terminalin içinde taksi sırası bekleyen yolcuların sıralarını takip edebilmesi için - bugün Türkiye’de bankalar ve bazı devlet dairelerinde de uygulamasını gördüğümüz- sıra numaralarını gösteren kağıtlara sahip oldukları bir sistem uygulanmaktadır.

MacCormick bu soğuk ve kalabalık ortamda, iş tanımında taksi kuyruğunu en verimli şekilde yönetmek olan bir çeşit taksi âmiri¹⁷⁸ olduğundan bahseder. Bu yetkili taksi âmirinin, mümkün olan en kısa sürede kalabalığı eritme amacı onu, araçların yolcu alabilecekleri yerlere giriş ve çıkışları, yolcuların kişisel eşya ve valizlerinin yüklenmesi, bazı taksicilerin gidilecek rotayı bilmeme veya tercih etmeme konusundaki olumsuz tavırları vb. problem yaratabilecek süreçleri kesintisiz bir akış içerisinde, en verimli şekilde gerçekleştirilmesini sağlamaya yöneltecektir. Dışarıda bekleyen yolcuların soğuktan hasta olabilecekleri ihtimalini de ekleyeceğimiz bu şartlarda, taksi amiri sıra numarası çağırılmasına rağmen hazır olmayan ve sırayı aksatan yolcunun beklenmemesi gerektiğine hükmedebilmektedir. Bu süreçte bir karışıklığa mahal vermemek için de doğrudan sıra numarası çağırısına cevap vermeyen

¹⁷⁶ MacCormick, “Norms, Institutions, and Institutional Facts”, s. 318.

¹⁷⁷ A.g.e. s. 310 vd.

¹⁷⁸ Orj. (taxi marshal) Taksi amiri Britanya adasında yaygın, trafiğin yoğun olduğu veya aniden kalabalıklaşması beklenen -bir etkinlik çıkışına denk geline vb.- bölgelerde, yolcuların ve taksilerin birbirlerine en hızlı şekilde ulaşmasını sağlama işini koordine eden görevliye denir. Türkiye’de bu tip bir uygulama için özel bir iş bölümü yoktur. Amir, taksi durağı yöneticilerinin kamuya bağlı ve seyyar şekilde çalışabilen, yolcu ve şöförlerin şikayetlerinin de giderilmesinden sorumlu bir versiyonu olarak anlaşılabilir bir çeşit görevlidir.

yolcunun sırasının “yandığına” yani iptal edildiğine karar verir. Sırası yanan kişi, isterse yeni bir sıra numarası ile kuyruğun sonuna gönderilir. Bu “gecikilen sıranın iptali” yaklaşımının, herkes için olmasa da sırayı dikkatlice takip edip evlerine bir an önce dönmek isteyen yolcular için verimliliğin yanında, hakkaniyetli de görüneceğinden bahsedilebilir. Ayrıca taksi amirini sıranın aksaması dolayısıyla yolcularla yaşanması muhtemel tartışmalardan da koruyacağı da düşünülebilir. Sürecin bu şekilde yönetildiği varsayımında verimlilik, önce gelenin önceliği bakımından hakkaniyete tercih edilmektedir¹⁷⁹.

Eğer süreci yöneten kişi verimliliği değil hakkaniyeti **[fairness]** esas almak isteseydi, bu düşünceenin hangi kuralın nasıl uygulanacağını belirlerken daha farklı faktörlerin hesap edilmesi gerekeceğinden bahsedilirdi. Hakkaniyet söz konusu olduğuunda sıraya giren kişilerin şahsi koşul ve beklentilerini, sırada geçirdikleri sürenin onlar adına maliyetini ve hatta zaman yönetim kabiliyetlerini de hesap etmek gerekebilirdi¹⁸⁰.

Bu sürecin hakkaniyetle değil de bir çeşit makullüğün **[reasonably]** esas alınarak yönetildiği durumda işlerin daha da karışacağı söylenebilir. Burada yöneticiden hem verimlilik hem hakkaniyet düşüncesine dair yaklaşımlardan faydalanarak bir dengelemeye gitmesi dahası, bunu sağduyuya uygun şekilde düzenlerken sıranın akışını sekteye uğratmaması beklenebilirdi.

Sürecin nasıl yönetilmesi gerektiği konusunda kısaca örneklenen niteliklerin sayısı daha da arttırılabilir. Hakkaniyet, dakiklik, merhamet, verimlilik, titizlik, ciddiyet ve makuliyet gibi birbirinden farklı değerlere uygun yönetim usüllerinden bahsedilebilir. Her bir değer kendi içerisinde bir iyiye işaret ettiği için bunların arasında tercih yapmak veya daha iyiyi bulmaya çalışmak bir değer tercihi meselesi olacaktır. Değerlerden birinin tercihi bazen bir diğerinin koruduğu şeyin yadsınması olarak ortaya çıkabilir. Bu durum değerlerin varoluş şekli dolayısıyla basitçe “var ya da yok” veya “doğru-yanlış” gibi çift değerli ikiliklerle değil, “daha iyi” veya “daha

¹⁷⁹ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 28.

¹⁸⁰ A.e., s. 29.

kötü”nün konuşulduğu çok-değerli bir mantığa göre dereceli bir nitelemeye tâbidir. Değerlerin doğası gereği değişen seviyelerde var olabilecek bu çok-değerli pozisyonu nitelendirmek için MacCormick, Hart’ı takiben standart kelimesini tercih etmektedir. Standart gereği değerler daha fazla ihmal edilemeyecekleri bir eşige sahiptir. Verimliliğin esas kabul edildiği bir uygulamada, hakkaniyet ölçütlerinin biraz düşük tutulabilmesi gibi¹⁸¹. Bu konudaki açıklamalarının isabetine rağmen söz konusu değerlerin ihmal edilse bile bunun bir standardın altına düşmeyeceği veya tam olarak yok olmayacağı gibi iddiaların dayanağının ne olduğu, örneğin değerlerin kendi doğalarından mı kaynaklandığı sorusu MacCormick’te cevapsız bırakılmıştır.

Yukarıda herhangi bir kuralın işleyişi için varlığının saptanması gereken “Etkinleştirici Olgular” olduğundan bahsedilmişti. Kuralların aksine değerler, sadece böyle sınırlı şartlarda dikkate alınmazlar. Düşünüre göre değerler geniş bir nüfuz alanına sahiptir¹⁸². Örneğin, hakkaniyet sıranın yönetilmesinde önemli olduğu gibi, hayatın başka herhangi bir alanında da dikkate alınabilecek bir kavramdır; tıpkı verimlilik, nezaket, rasyonellik, merhamet, pratiklik, öngörülü olma ve makuliyette olduğu üzere.

John Finnis, tek bir iyinin aksine temel iyilerden bahsetmiş, bunların da birbirinin yerine geçemeyecek yedi iyiden oluştuğunu ileri sürmüştür¹⁸³. Finnis’in *Natural Law and Natural Rights* [Doğal Hukuk ve Doğal Haklar] isimli kitabı hakkında yazdığı bir makalede Neil MacCormick, söz konusu bu yedi iyinin gerçekten de temel nitelikte olduğu fikrine katılabileceğini, bu görüşün son derece saygın olduğunu buna karşılık kanıtı ihtiyaç duyduğunu ve bu iyilerin tüketici bir şekilde tespit edilemeyeceğini söylemektedir¹⁸⁴. MacCormick, Finnis’in aksine, varsayımlara ihtiyaç duymaksızın anlatılabilecek, değerler hakkındaki başka bir ortak özelliği ön

¹⁸¹ A.e.

¹⁸² MacCormick, *Institutions of Law*, s.29

¹⁸³ John Finnis’in temel değerleri şu şekilde Türkçeye çevrilmiştir: Yaşam [**Life**], Bilgi/Bilgelik [**Knowledge**], Estetik [**Aesthetic experience**], Oyun [**Play**], Din [**Religion**], Arkadaşlık [**Friendship**] ve Pratik Akıl [**Practical Reasonableness**] bkz.: Sevtap Metin “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 62, S. 1-2, 2004. Finnis daha sonraki yıllarda bu yedi iyiye evliliği de eklemiştir. Bkz: John Finnis “Marriage: A Basic and Exigent Good” *The Monist*, C. 91, S. 3/4, 2008, ss. 388-406.

¹⁸⁴ Bkz: Neil MacCormick, “Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret”, Çev. Şule Şahin Ceylan, *AÜHFD*, C. 64, S. 3, 2015, ss. 915-930.

plana çıkarmanın peşindedir. Ona göre asli ya da temel olmaları tartışmalı olmakla beraber değer kabul edilmesi mümkün görülen bu kavramlar¹⁸⁵, bir takım normatif genellemeler aracılığıyla korunmakta ve bunlar aracılığıyla hayata geçirilebilmektedirler¹⁸⁶.

Kuralların aksine geniş nüfuz alanına sahip olduğunu söylememiz gereken normatif genelleştirmeler, değerlerin korunması ve hayata geçirilmesinde etkin rol oynamaktadırlar. Örneğin, “bir uyuşmazlık durumunda iki tarafın da dinlenmesi gerekir” veya “bir kişinin haklı beklentileri korunur” veya “kişi karar verirken, kararının ilgililer hakkında nasıl sonuç doğuracağını hesaplamalıdır” benzeri normatif genelleştirmeler, hakkaniyet değeri ve onun korunmasıyla ilgilidir. Bu tip normatif genellemeler, hayatın hemen her alanında kullanılacak kadar yaygın olduklarından Etkinleştirici Olgular bulunduğu Normatif Sonuçlar doğar” şeklinde formüle edilmezler. Bu normatif genellemeler, gündelik karar alma süreçlerinin neredeyse tamamında etkin olduğu için varlıklarını arayacağımız özel şartları saymaya gerek kalmaz. MacCormick yukarıda özelliklerine değinilen bu genelleştirilmiş normların, “ilke” veya “genel ilkeler” dediğimiz kategoriye oluşturduğunu söylemektedir¹⁸⁷.

İlkelerin açıkça hesaba katılmaması/dışlanması olarak yorumlanacak bazı mutlak veya katı kurallar söz konusu olabilse de genelde ilkeler için “başka bir kural tarafından dışlanmadıkça, bu...ilkesi geçerlidir” şeklinde bir nitelemede bulunulmamaktadır. Bunun nedeni ilkelerin karine olarak uygulanabilir oluşudur. Diğer taraftan “... ilkece bu konuda yapılması gereken budur, olaya bakıldığında ise...” derken uygulamada ilk bakışta ilkenin uygulanabilirliği ima edilirken, ilkeyi saf dışı bırakacak bir kuralın olabileceğine dair bir açık kapı da bırakılmaktadır¹⁸⁸.

¹⁸⁵ A.e., s. 927.

¹⁸⁶ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 29.

¹⁸⁷ A.e.

¹⁸⁸ A.e., s. 30.

C. Kurumsallaşmış Normatifliğin Etkileri

MacCormick, gayrı resmi-informel şekilde varoluşundan bahsettiğimiz normatif pratiklerin yanında bu pratiklerin oluşturacağı “düzen”in pekala formelleşebileceğini hatta kurumsallaşabileceğini söylemektedir. Bu resmi veya gayrı resmi normatif pratikler hakkındaki ikincil katmana ait kuralların, örneğin bir bankadaki sıra düzenini tesis eden gişe görevlisinin, bu düzeni nasıl sağlaması gerektiği hakkında talimatlar verip kararlar alan banka yöneticisinin, bu ikincil katmandaki faaliyeti alenen formüle edilmeyi gerektirir. Normlar birincil katmandayken örtük şekilde de bulabilirken ikinci aşamada alenen formüle edilmeleri gerekmektedir. Bu aşamada artık örtük kurallardan veya konvansiyonlardan değil, açıkça düzenlenen kurallardan bahsedilir. Bu ikincil katmandaki kuralların oluşturulması ve ilan edilişi süreci de, zaten özel olarak görevleri belirlenmiş, yetkili bir kişi tarafından gerçekleşmektedir. Anlaşılabileceği üzere bu aşamada düzen, örtük kurallar ve konvansiyonlarla değil, açıkça belirlenmiş yetkililer tarafından oluşturulup ilan edilen kurallar aracılığıyla yönetilmektedir. Bu aşama kurumsal normatif düzen aşamasıdır. Burada artık formel kurumlar vardır ve normatif düzen kurumsallaşmıştır.

Sıraya girmenin insanların koordinasyon problemini çözmek için gelişmiş güzel bir şekilde oluşturdukları bir düzenden fazlası olup kurumsal bir form kazandığı durumlarda bu formelleşmenin pratik sonuçları da olmaktadır. Bu pratik sonuçların açıklanabilmesi için geliştirilen bir örneğe göre, bu sefer kendini, alelade halktan üstün gördüğü için mevcut sıraya girmek istemeyen bir kişi olduğu varsayılmalıdır. Bu kişinin ayrıca sıranın varlığı, meşruluğu veya yerindeliği konusunda itirazlara da sahip olduğu düşünülebilir. Kurumsallaşmış normatif düzen aşamasında gişe görevlimiz kuralına uygun şekilde sıraya girmediğini gördüğü bu kişiye hizmet vermeyi reddedebilecektir. Kişinin sıraya girmemekte ve hizmeti alma isteğinde ısrar etmesi ve taşkınlık çıkarması ise gişe görevlisinin değil artık güvenlik görevlilerinin ilgileneceği bir husus olacaktır. Normal koşullarda sırayı bozan, başkasının önüne geçerek haklarını gasp etme eğilimi veya adeti olan kişiler, burada kayıtsız kalamayacakları bir olguya çarpacak, sıra düzeni gibi soyut kurumsal bir olgu; acı, somut bir gerçeğe dönüşecektir. Daha önceleri başkalarının davranışlarının bir şekilde gözlenmesine

bağlı olduğu için tavırlarımızın serbestliği-otonom hareket etme kabiliyeti-bakımından ancak bir yönlendiricilik niteliği taşıyan örtülü normlar şimdi kişinin önüne engeller koyan, kolayca aşılamayacak sert sınırlara dönüşmüştür¹⁸⁹.

MacCormick, sıraya girme gayrı resmi normatif tecrübesinin kurumsallaşmış bir normatif düzen için organize edilmiş halinde karşılaşılan ve pasif yönlendiriciliği, düzenleme ve sınırlandırma lehine aşan yukarıdaki kabiliyetin, formelleşmenin bir üst aşamaya taşındığı kurumlar ağı içerisinde daha organize ve etkili sonuçları olacağını söylemektedir. Kurumsallaşmış bir normatif düzeni mümkün kılan bu formel ve organize kurumlar ağı için verilecek en güzel örnek modern toplumun, hayatın her alanını düzenleyen modern hukuku içerisinde olacaktır. Kurumsallığı oluşturan kurallı yapının çerçevesinin bir devletin kanunları tarafından belirlendiğini düşünmek, tespitin anlaşılmasını kolaylaştıracaktır. Bir örnek olarak, yaşadığı şehirden, ebeveynini ziyaret edeceği şehre uçakla ulaşmak isteyen bir kişinin neler yapması gerektiği üzerinde düşünülebilir.

Kişi uçağa binmek için bilet almalı, vaktinde hava alanına gitmeli, güvenlik kontrol kapılarındaki röntgen cihazlarında, üzerinde ve valizinde ateşlemeli, kesici, yaralayıcı herhangi bir alet veya bu amaçlar doğrultusunda kullanılabilecek demir benzeri materyaller taşımadığını göstermelidir. İlk güvenlik kapısı geçilebilirse, kişi, adına bilet alınmış yolcunun kendisi olduğunu, uçağa binme iradesinin sürdüğünü ve uçuşa hazır olduğunu belirterek biniş-kontrolleri [check-in] işlemine geçmelidir. Biniş-kontrolü işlemi uygun bölmedeki yetkili gişe görevlisi veya elektronik doğrulamalar aracılığıyla bu iş için ayrılan sınırlı sürede yapılmalıdır. Bu işlemten sonra uçağa biniş koridoruna açılan kapı numarasının öğrenilmesi gerekmektedir. Biniş için belirlenen saat aralığı geçmeden doğru kapı numarası önündeki görevlilere ikinci kez tehlikeli madde kontrolü ve bilet-kimlik eşleştirmesi yaptırmış olmak gerekmektedir. Nihayet bu aşamalardan sonra ilgili koridoru takip ederek uçağa binilebileceğinden bahsedilir. Yaygın kullanımı nedeniyle belki de birçok kişinin

¹⁸⁹ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 33.

farkında olmadığı şey bu gerekliliklerin hiçbirinin pazarlığa açık olmadığıdır. Kişi hizmete ulaşmak istiyorsa bu şartları yerine getirmelidir.

Bugün, yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi, edimlerimiz ister istemez her daim ciddi bir kurumsal yapı içerisinde eylemek durumundadır. Bu örnekle anlatılmaya çalışılan aslında eserin başından beri sürdürdüğümüz örnekle sıraya girme pratiğinin kurumsallaşmış bir normatif düzen içerisinde neye dönüştüğünü göstermektir.

Kurumsallaşmış bir normatif düzende, birincil katmandaki kurallar, ikincil katmandaki kural, ilke ve karar alma mekanizmalarının incelikli kontrolüyle, ulaşmak istedikleri -varsa- değer ve amaçları da gerçekleştirebilme imkanına kavuşmuştur. Ebeveyninin bulunduğu şehre uçakla gitmeye çalışan üniversite öğrencisinin uçağa binışı örneğinde, sıra düzenli şekilde yürümüş ve talep edenler hizmete ulaşmışlardır. Buna ilaveten bu düzenin işleyiş sürecinde bir amaç ve değer olarak görülen güvenlik mefhumun en üst düzeyde korunduğu söylenebilir.

Öte yandan sürecin başına döner, öğrencinin uçak bileti almakla ne yaptığını düşünürsek karşımıza yine devasa bir yapı çıkacaktır. Bilet almakla “Sözleşme” kurumu tarafından tanınan bir işlem yapılmış olunur. Öğrencinin eyleminin dışında sözleşmenin karşı tarafının da eylemine zemin oluşturan muazzam bir kurumsal yapıdan ve bu yapı içerisinde bu ilişkiyi düzenlemek için çıkartılmış normlardan bazılarından bahsedilebilir.

Bugün Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde bir uçak bileti satın almakla biz sadece en genel anlamıyla borçlar hukukunun ilgi alanına giren bir sözleşmenin tarafı olmayız. Bu basit işlem **Türk Sivil Havacılık Kanunu**’na tabidir, ayrıca **Ulaştırma ve Alt Yapı Bakanlığı** ve buna bağlı **Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü** tarafından düzenlenen **“Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik”** ile çerçevesi çizilmiş bir alanda ve nihayet ilgili yönetmeliğin nasıl uygulanacağını belirlemek için çıkartılmış genelgelerden **“Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi”** aracılığıyla düzenlenen normatif alana girer. Havayolu taşımacılık şirketinin bu hizmeti yapabilme konusunda ruhsatlandırılması veya bir taşıma

sözleşmesinin tarafı olan yolcunun Türk Ticaret Kanunundan doğan haklarının da gündemde olduğu, çok geniş bir hukuk ve mevzuat aleminin kendisini konu edindiği bir işlemde bahsedilmektedir.

Sözleşme örneğinin bu veçhesinde, yolcuların sözleşmeye bağlı hizmete ulaşma süreçlerinin güvenilir, adil, etkin ve sair amaçlara uygun bir şekilde yönetilmelerine sağlamak için geliştirilmiş normatif katmanlar ve yapılar olduğu görülmektedir.

Gayri resmi normatif düzenliliğin olduğu bir ortamda, kişinin sırasını gasp etmek, hizmeti geciktirmek veya hizmeti hiç vermemek mümkün ve bu durum karşısında başvurulabilecek herhangi bir merci olmadığı için bu durum yaptırımsız kalabilirken, hava yolculuğu örneğindeki bir yolcunun, hizmetin gecikmesi vesair aksaklıklar karşısında başvuracağı sözleşmesel hakları vardır.

Kurumsal normatif düzenlerde, sözleşme ilişkilerinin nasıl-hangi değerler uğruna yönetileceğine dair yönlendirme kabiliyeti dahi kurumsallaşabilmektedir. Örneğin, yolcumuzun hizmeti geç alması gibi sözleşmeye aykırılık oluşturan ilişkileri yönetmek için geliştirilmiş Tüketici Hakları ve bunların korunması amacıyla etkin hizmet veren Tüketici Heyetleri bu süreç yönetimine dair bazı değerlerin koruma ve geliştirilme amacının dahi kurumsallaştığının göstergeleridir.

MacCormick kurumsal yapıların günlük hayattaki yaygınlığını anlatmak ve örneklendirmek üzere miladını keşfetmek için bütün bir insanlık tarihi tartışmalarına dahil olmayı gerektirecek mülkiyet kavramına da değinmektedir. Esasında mülkiyet, eşyanın özüne ait olmayan, ondan tamamen ayrı bir özellik olmasına rağmen, bizim onunla ilişkimizde asli belirleyiciliğe sahip olabilen bir mefhumdur. Nitekim bir şeyin kime ait olduğu; kimin mülkiyetinde bulunduğu, ne şekilde kullanılabileceğini ve çoklukla kullanılamayacağını-belirleme gücüne sahiptir.

Bugün mülkiyet hakkındaki mevzuat açık düzenlenmiş kurallardan oluşmakla beraber, detaylı yapısı dolayısıyla labirent karmaşıklığındadır. Burada konumuz açısından ilgileneceğimiz husus eşya ile kişi arasında kurulan bu soyut, aidiyet ilişkisinin, ancak başkaları tarafından tanınıp, görülmesi ile gerçekten kurulmuş

sayılacağıdır. Mülkiyet insanlar arası uzlaşma bağı bir ilişkidir. Eşyanın özüne ait bir şey değildir. Bir kişinin mülkiyetine konu olabilen şey, başkalarının da mülkiyetine konu olabilir, yani dolaşıma ve el değiştirmeye açıktır. Bu durum aslında bu ilişkinin soyut olduğu kadar, geçici olduğunu da göstermektedir.

Taşınır veya taşınmaz bir mülkün sahipliği, TMK tarafından düzenlendiği şekliyle kısaca her türlü “elatmaya”¹⁹⁰ karşı korunmuştur. Mülkiyetin sabitliği, başkaları için, mülkin mülkiyetine konu eşya üzerindeki her türlü izinsiz tasarruflarını bitirmeleri gerektiği anlamına gelmektedir.

Bu anlamda mülkiyet eşya ile malik arasında bir ilişki kurarken, esas gücünü malik dışında başka insanlarla kurulan ilişkide göstermekte, eşyanın kullanımına dair bir yasağı insanlara duyurmakta ve tanınmayı beklemektedir. Bu beklenti ümitsiz bir bekleyiş değil, aksine bütün toplumlarda karşılığı olan ve anlaşılan bir beklenti oluşu dolayısıyla bugün mülkiyetin belki de en büyük kurumsal yapı olarak bütün toplumlarda hukuken korunduğu görülmektedir.

Aslında soyut, ispatı zor bir aidiyet ilişkisi olan mülkiyetin, kurumsal bir yapı olarak tanınmasının doğurduğu gelişmeler ve yarattığı güvence dolayısıyla, bugün fiili hakimiyetin (zilyetlik) çok ötesinde bir mülkiyet anlayışının var olduğu açıktır.

Etrafımızdaki coğrafyanın neredeyse tamamının Türkçede “ada”, “parsel” adı verilen ve fiziksel karşılığı olmayan kurumsal ölçütlerce birbirinden ayrılarak mülkiyetin konusu olduğu herkesçe bilinir. Bunun yanında yine mülkiyete dayalı bir başka kurumsal yapı olan “vadeli işlem piyasası” aracılığıyla, henüz tohumları dahi ekilmemiş boş bir tarlada gelecek yılın mahsulatını oluşturması beklenen pamuğun alım-satımını, yani başımızdaki marketten bir paket pamuğu almaktan daha kolay hale getirebilecek yönde geliştirilmiş bir kurumsal yapıdır mülkiyet.

¹⁹⁰ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Madde 683 - Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, *her türlü haksız elatmanın önlenmesini* de dava edebilir.

Mülkiyete konu olabilen mal ve hizmetlerin el değıştirmesi sürecinde başat aktör olarak kullanılan “para” da kurumlar dünyasının önemli bir örneğini oluşturur¹⁹¹. Günümüz dünyasında bütün bir küresel ekonomik düzeni değıştirme gücüne sahip olduğu düşünülen “kripto paralar”ın kurumsal bir olgu olduğunu anlamak görece kolaydır, bunun yanında şaşırtıcı olan paranın doğrudan bir madenden oluştuğu, altından dirhem ve gümüşten akçenin kullanıldığı zamanlarda dahi “geçer akçe” mefhumunun görülebilmesi, o şartlarda dahi geçerliğin kurumsal bir olgu oluşudur.

Mülkiyet kurumu kendisiyle birçok farklı değerin gerçekleştirilmesine imkan tanıyacak şekilde geliştirilmiştir. Bazen zamanı yavaşlatacak mali bir güvence adına vakıf, tapu sicili vb. durağanlıklar yaratan kurumlar için; bazen tam aksine hız ve likiditeyi bir değer olarak görüp zaman ve mekânın sınırlarını aşabilmek için banknot, kıymetli evrak, borsa ve kripto para vb. kurumsal yapılara dönüşebilmektedir.

Akçe, kripto para, vadeli işlem piyasası, ada, parsel, para, mülkiyet ve sözleşme kurumsal olgular ve kurumsal yapıların üzerinde yükselerek oluşturulan günümüz kurumsal normatif düzeninin bazı yapı taşlarıdır. Özetle yukarıdaki farklı örneklerle anlatılmaya çalışılan, normatif düzenin kurumsallaşmış formunun, düzenin kurulması ve sürdürülmesi becerisinin yanında; getirdiği katmanlı normatif yapı sayesinde düzeni tesis edenin, ulaşmaya çalıştığı amaçlara ve değerlere duyarlı bir sistem olarak kurgulanabilmesidir.

Bir düzenin kurumsallaşması ile alakalı olarak aktarılan örneklerde tekrar ettiğini gördüğümüz eylem ve işler, MacCormick’e göre kuralların oluşturulması ve kuralların yönetilmesi olarak ayrılabilir niteliktedir. Bu ayırım kapsamında, kuralların yönetilmesi kategorisi de kendi içinde ikiye ayrılabilir yapıdadır. Bunlardan ilki, kural hakkındaki bir ihtilaf durumunda uygulanacak nihai kuralın kararlaştırılması işidir. İkincisi ise ilk aşamada kararlaştırılan bu kuralların öngördüğü koşulların hazırlanması -örneğin sıra kâğıdı verme işini gören sıramatik sisteminin

¹⁹¹ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 34.

doğru çalışması-ve daha önemlisi kuralların uygulanmasını temin etme işi olarak adlandırılabilir¹⁹².

Kurumsal bir normatif düzenin tesisi için gerekli görülen bu işler, ilgili kurumun yapısı ve kapasitesi gereği farklı kişilere gördürülebilir. Nitekim, Kurumsal normatif düzen fikrinin en gelişmiş örneklerinden olan modern anayasalı hukuk devleti anlayışında bu farklılaşma en üst düzeyde görülmektedir. Hukuk devletinin kompleks yapısında, bu kategorilerdeki işlerin yönetilmesi için yasama, yürütme, yargı adıyla bilinen kuvvetlerin ve bu kuvvetleri kullanma erkine sahip, yasama, yürütme ve yargı organlarını oluşturulduğu görülmektedir.

D. Kurallaştırmanın Zorluğu

Gündelik hayatın zenginliği ve doğal seyri içerisinde kolayca ve bir düzen içinde yürüdüğünü gördüğümüz birçok toplumsal eylem, onu bir kural veya yazı aracılığıyla formüle etmek istediğimizde ele avuca sığmayan bir karaktere bürünür. Bu tip formülasyon ve kurallaştırma çabaları, pratiğin doğasında olmayan bir sunilik içerir. MacCormick'in sıraya girme pratiği hakkındaki normatif formülasyon denemesi de kendi deyişiyle bu tip sunilik ile malüldür. Bu durumu izah bakımından faydalı olduğunu düşündüğüm bir başka gündelik örnek için İstanbul'daki metro ulaşım sistemine bakabiliriz.

İstanbul'da yeraltı ulaşım sistemini kullananların kolaylıkla hatırlayabileceği bir uyarı levhası bütün metro istasyonları süslemektedir. Üzerinde "Sarı çizgiyi geçmek tehlikeli ve yasaktır" yazan bu levha resmi makamlarca düzenlenip istasyonlarda belirli aralıklarla görülebilecek yerlere asılmıştır. Levha aracılığıyla bize duyurulan yasağın hukuki niteliğinin ne olduğu bir bahs-i diğer ancak anlamı/içeriği ilk bakışta oldukça açık görünüyor. Trenin hareketinden kaynaklanan kazalara mahal vermemek ve rayların bulunduğu oyuğa düşmemek için peronda işaretlenen sarı çizgi geçilmemelidir.

¹⁹² MacCormick, *Institutions of Law*, s. 34.

Burada bu yasağa amacına uygun şekilde uyulmasının ve kapsamının doğru şekilde anlaşılmasının formüle ediliş şekli sayesinde değil, bilakis formüle ediliş şekline rağmen gerçekleştiğini belirtmek gerekir. Zira kuralın yazılı formunda, yasağın kimleri, ne zamana kadar bağladığı belirtilmemiştir. Sarı çizgiyi geçmek tehlikeli ve yasaksa ve kimse tarafından geçilmeyecekse, istasyon görevlileri işlerini yapamaz, sarı çizgi hiçbir zaman geçilmeyecekse kuralı ihlal etmeden trene binmek imkansız olacaktır. Hatta bu levhalar trenin içindeki yolcuların da görebileceği şekilde düzenlendiği ve ifadede sadece çizginin geçilmesinden bahsedildiği için kuralın trenden inerken sarı çizgiyle karşılaşması beklenen kişiler için de geçerli olduğu düşünülebilir, yani trenden inmek isteyen yolcuların 50 cm'lik aralıkta beklemeleri gerektiğini düşünebilirdik. Bereket, kuraldan çok kuralcılık yapmıyor, kuralın kapsamını ve maksadını anlamaya çalışırken bunu, gündelik hayatın akışına ve oluşturduğu bilgiye uygun şekilde yorumluyoruz.

Gündelik bilgimiz bize hali hazırda tren kullananların büyük çoğunluğunun kendilerini tehlikeye atmamak için aşağı yukarı böyle bir mesafeyi gözetmekte olduğunu gösterir. Bu konuda açıkça bir kural ve söz konusu uyarı levhasının olmadığı yerlerde de uyarının amacına uygun şekilde bu mesafe gözetilmekte ve fiili durum neredeyse sorunsuz işlemektedir. Bu fiili durum, MacCormick'in konvansiyonel ve alışkanlık icabı geliştiğini söylediği, informel hale benzetilebilir. Hukuki formülasyon ve kural tekniğinin bazı kötü uygulamaları sonucu ortaya örnekteki gibi garip ve izaha muhtaç metinler çıkabilmektedir.

İşte sıraya girme veya çizginin arkasında bekleme pratiği örneklerinde olduğu gibi insanlar eylemlerini çoğunlukla açık/aleni formüle edilmiş bir kurala uyarak yapmamaktadırlar. Hatta bir şekilde bu pratiklerine dair bir formülasyon söz konusu olduğunda, pratiğin akışına sorunsuz şekilde katılan tarafların, şu veya bu şekilde bir formülasyon konusunda uzlaşamadıkları da görülebilmektedir.

MacCormick bu durumu izah için Pierre Bourdieu'ya başvurmuştur. Bourdieu farklı bir kültüre dair çalışan antropologların, çalıştıkları kültürdeki yerleşik kuralları tanımlama denemelerinin kaçınılmaz olarak yanlış tariflerle sonuçlandığını söylemektedir. Çünkü ilgili kültürün sahipleri, bu kurallar ile yaşamaktayken dahi

bunu açıkça formüle etmezlermiş. MacCormick ise iddialı ama makul bir genellemeyle zaten kural formülasyonuna veya somutlaştırmak gerekirse yasal düzenlemeye, çoğunlukla mevcut uygulama aksamaya veya sorgulanmaya başladığı zaman başvurulduğunu söylemektedir.

Kurumsallaşmış bir uygulama için açık kural formülasyonuna ihtiyaç duyulduğuna banka ve havaalanı sırası gibi örneklerde değinilmişti. Bunun da ötesinde bu kuralları çevreleyen ve yaşamasını sağlayan geniş bir kurallar manzumesi olduğundan; genelgeler, yönetmelikler, kanunlar ve anayasa maddelerine uzanan geniş bir silsileye dayanarak var olduklarından bahsedilmişti. MacCormick basit sayılacak bir uygulama hakkında bile bu derece fazla sayıdaki normatif malzemenin sıradan vatandaş bir kenara, hukukçular tarafından dahi hakkıyla bilinemeyeceğini söylemektedir. Hal böyleyken hukukun var oluş şeklini izahta kullanılan – sıradan vatandaşın veya hukukçunun kendisi hakkındaki normatif ifadeleri buyruk/emir değil de kural olarak anlamasını sağladığı iddia edilen bir “içsel bakış açısı” taşıdığından bahsetmek ne kadar uygun olur?¹⁹³

Bu sorunun cevabı için MacCormick yaklaşımı, hocası Hart’ın aksine kural ve alışkanlığı bir dikotomiye yerleştirmeyerek çözmek şeklindedir. Hukukun vatandaş gözünden algılanması sürecinde, içsel bakış açısının yanına hayatı ve entelektüel faaliyeti kolaylaştıran alışkanlığı da koymak suretiyle bir çözüm bulmuştur. Geliştirdiği yöntem özellikle bağdaştırmacılık eleştirisini gündeme getirebilir ancak şahsi kanaatim yaklaşımının ufuk açıcı ve faydalı olduğu yönündedir.

Kurumsallaşmış bir hukuk düzeni, mensuplarının kuralları bilme’nin yanında onlara uymak konusunda geliştirmiş oldukları alışkanlıklarla ayakta durur.

Alışkanlık burada zihni bir yaklaşımı, hukuki düzenlemelerin günlük hayatta kullanılırken kendisine atıf yapılan yaygın anlamını ve bu anlamın oluşma sürecine işaret etmek için kullanılmıştır. Bunun, kurumsallaşmış hukuki metinler ve

¹⁹³ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 68.

uygulamaların genel olarak basit, kullanışlı ve pratik şekilde algılanmasını sağlayan bir tavır olduğu söylenebilir.

Hukuki işleyiş, çerçevesi alışkanlıkla belirlenen bu kullanımın örnekleriyle doludur. Bir ceza davasında “delil yetersizliği dolayısıyla müvekkilin azlini talep ediyorum” dendiğinde veya bir iş davasında işveren vekili tarafından “işe 3 kere gelmeme haklı fesih sebebidir” dendiğinde hangi mevzuatın ne tür bir yorumunun kastedildiği ilgililer tarafından bilinmektedir. Bunun yanında bu tavrın etkinliği hukuk işleyişi içerisindeki katılımcıların, kanunlar ve ilgili mevzuatın doğru kullanımını biliyor olmalarını ve geçerli mevzuata yapılan atfı saygın bulup, kendi savunmaları söz konusu olduğu vakit benzeri atıfların geçerli ve saygın bulunması konusundaki beklentilerini de gösterir.¹⁹⁴

Yetkisini anayasadan aldığını bildiğimiz birçok kanun ve düzenlemenin, hemen her gün kendileri o mevzuata detayıyla hâkim olamayacak milyonlarca kişi hakkında sorunsuzca uygulandığına şahit oluyoruz. MacCormick, bu kuralların içeriği makul ve az çok toplumun geneli tarafından desteklenebilecek ilkelere yaslandığı müddetçe, insanların uyma davranışı gösterme konusunda tereddüt etmediklerini söylemektedir. Hocası Hart’ın aksine İskoç düşünür, bu yaygın uyumun insanların geliştirdikleri eleştirel bir tavır veya içsel bakış açısından kaynaklandığı vurgusunu yerinde ancak biraz abartılı ve eksik bulmaktadır.

¹⁹⁴ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 69.

E. Teoriyle Pratik arasındaki Boşluk

Yukarıda MacCormick'in eserleri tanıtılırken Weinberger ile beraber yazdıkları ve yazarın hukuk teorisine dair ilk kapsamlı kitabı olan **Institutional Theory of Law**'da hukuk felsefesi alanının kendine has zorluklarından ve bu zorluklara rağmen indirgemeci olmayan bir hukuk teorisi geliştirme çabasında dikkat edilmesini zorunlu gördüğü bazı hususlardan bahsedilmişti. Bunlara ilaveten yazar olgunluk dönemi eseri sayılabilecek **Institutions of Law**'da da benzer bir bölüme yer vermeyi uygun görmüştür. "**Mind The Gap**" alt başlığıyla sunulan bölümde, İngiliz okuyucuya çok tanıdık gelen bir seslenişi kullanmıştır. Yer altı ulaşımın yaygın olduğu Londra sakinleri için metrolarda sürekli anons edilen, yolcuların trene binerken tren ile peron arasındaki 5 cmlik boşluğa dikkat etmelerini hatırlatan bir uyarıdır bu.

MacCormick, tren ile peron arasında bulunup kapanmayan boşluk hakkındakine benzer bir uyarının teorik hukuk hakkında çalışanlar için de yapılması gerektiğini düşünmektedir. Hukukun kurumsal kuramı yaklaşımı da dahil olmak üzere, yasanın ve yasa yapım sürecinin doğası gereği ortaya çıkan metinler, sosyal hayatın canlılık ve zenginliğini düzenleme konusunda yetersiz kalabilmektedirler. İformel/uzlaşımsal [**Conventional norms**] şekilde, hayatın içinde ortaya çıkan normların içerikleri, bizatihi yaşanmakta olandan hareketle oluştuğu için bu kategoride pek karşılaşılmayan uyumsuzluk, formel-kurumsal bir yapıda üretilmiş hukuk normları söz konusu olduğu vakit ortaya çıkabilmektedir.

Burada teoriyle pratik arasında iki tip boşluk oluşabileceği öngörülüyor. Bunlardan birincisi hukuk uygulayıcılarından kaynaklanan boşluktur.

Hakimler, savcılar, avukatlar gibi hukukun uygulanması sürecinde yer alanların hukuk kurallarını nasıl gördükleriyle ilgili. Meslek mensuplarının zihninde hukuk kuralı meşruiyetin sınırına, davranışların kendilerine uydurulması gereken normatif yönlendiricilere, davalar ise çekişen taraflar arasındaki dengenin öngörülen adalet anlayışına uygun şekilde yeniden tesis çabası anlamına mı geliyor? Yoksa örneğin avukatlar için müvekkillerinin arzularına ulaşmalarını sağlama yolunda bir

şekilde aşılması gereken engellere; hakimler için, derece puanına zarar vermeden en kısa sürede eritilmesi gereken dosyalar yığını olarak mı görülüyorlar?

Öncelikle hakim, savcı, avukatların, yaptıkları iş her ne kadar bir tanıma, teorik alt yapıya ve yazılı kurallara sahip olursa olsun, bir meslek olması bakımından belirli bazı usüllerin her gün tekrarlanan yapısı dolayısıyla meslek mensuplarının pratikleştirme çabalarına açık yapıdadır. Bir işi tekraren gün be gün yapma hali, ister istemez o işi en kolay şekilde yapmaya yönelik güçlü bir ihtiyacı ortaya çıkarır. Pratik hayatın bu dönüştürücü etkisi yazılı kurallar ve kağıt üzerinde tasarlanandan farklı uygulamaların görülmesine sebep olmaktadır. Bu pratikleştirme ihtiyacı, teorik zeminde kendisine nerede ve hangi ağırlıkta yer verileceği henüz netleşmemiş olmakla birlikte Türkiye’de de: yargının iş yükü, hâkimin mesai saatleri, hâkimin mazereti, savunmanın salt yazılı usül üzerinden yürütülmesi vb. hukuk pratiğine dahil olanların aşına olduğu, kaynağı hukuki dayanaktan yoksun ancak gündelik meslek hayatının pratik gereklerinden olduğu öne sürülen ve sayısı hiç de az olmayan birtakım uygulamalar doğurmaktadır. Pratikliğin hatırına müsaade edildiğini düşünebileceğimiz bu minvaldeki uygulamaların usüli şartların ağırlaştırdığı süreci hızlandırmanın ötesinde; yargı süreci ve muhakemenin kendisini de etkileyecek boyutlara ulaşarak, yazılı kurallar ile elde edilmeye çalışılan bir takım hukuki güvence ve ilkeleri de zedeleyebileceğini göz önünde bulundurmak gerekir.

Hal böyleyken bir bütün olarak hukuk uygulamasının nasıl olması gerektiğine dair olan kurallara dayalı bilgiyle, gerçekte nasıl uygulandığını gözlediğimiz pratik hayat arasında bir boşluk oluşmaktadır. Bu farklılığa işaret etmek, teorik hukuk bilgisiyle pratik hukuk bilgisi arasındaki bu boşluğa dikkat çekmek için MacCormick, ünlü Amerikan Hukuki Realizm düşünürlerinden Karl Llewellyn’in anlatımını örnek gösteriyor¹⁹⁵. Fakat, hem benzer bir kavramlaştırmayı daha erken dönemde hukuki düşünceye kazandırdığı, hem de hâlihazırda Türkçe hukuk felsefesi-sosyolojisi yazınında artık iyi bilinen bir isim olması münasebetiyle daha anlaşılır olduğu için Özcan’ın aktarımıyla Eugene Erlich’e değinmek daha uygun olacaktır. “*Erlich, 1912 civarında kaleme aldığı çalışmasında hukuku toplumsal olgu sayarken, “devletin*

¹⁹⁵ MacCormick, **Institutions of Law**, s. 71.

hukuku” karşısında bir “yaşayan hukuk”tan söz etmişti.”¹⁹⁶ Özcan’ın tespitiyle, Ehrlich’in yaklaşımında yaşayan hukuk, devletin koyduğu hukuktan farklı olarak, bu hukukun meşruluk sorununa çözüm üretmek amacıyla, yeni bir dayanak noktası oluşturması bakımından önemli görülür. Bir çeşit kültürel bilgi olarak görülen “yaşayan hukuk”un tespit edilip, devletin bu bilgiyi göz önünde bulundurarak hukuk üretmesinin meşruluk sorunu açısından bir çözüm olabileceği öne sürülür.¹⁹⁷

Bizim açımızdan önemli olan hukukun teorik ve pratik boyutlarının, kitapta yazılan ile yaşanmakta olanın farklı olduğuna dair yapılan vurgudur.

“Ehrlich ile başlayan “yaşayan hukuk” eksenli yaklaşım, kaçınılmaz olarak hukuku olgusal saptamayı tercih etmiş ve bu saptamanın yapıldığı gözlem alanını da mahkemelerin yargılama davranışında toplamıştır.”¹⁹⁸

Bu çeşit bir boşluğun, Amerikan hukuki realizm düşüncesinin kalkış noktalarından birini oluşturduğunu belirtmekle yetinilmelidir. MacCormick, hukukun teorik ve pratik boyutları arasında var olan ve gözden kaçırılmaması gereken bir başka boşluk tipinden bahsetmektedir. Brian Tamanaha¹⁹⁹’ya atıfla anlattığı bu boşluk tipine etkililik boşluğu denmektedir.

Etkililik boşluğu tabiriyle odaklanılan, genel olarak hukukçuların zihnindeki hukuk algılayışıyla, hukukun kendilerine uygulanması bakımından temel çalışma alanını teşkil eden sokaktaki adamın zihnindeki hukuk algısı arasındaki farktır. İnsanların yaşam pratikleri, doğru-yanlış anlayışları, kendilerine neyi hak; neyi nâhak gördükleri üzerinde hukukun gerçekten ne kadar etkili olduğunu sorusuna dikkat kesilir. Bu sorunun erken cevabı hukuku bir meslek olarak icra edenlerin zannettiğinden çok daha az etkili olduğudur. Dahası MacCormick de Tamanaha gibi

¹⁹⁶ Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 54.

¹⁹⁷ A.e.

¹⁹⁸ Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s. 55.

¹⁹⁹ Tamanaha, toplumsal hayatın kuralları ile hukuk kuralları ile arasında oluşan boşluğu, diğer deyişle hukukun etkililiğinin azlığını her konuda bir problem, kapanması gereken bir boşluk olarak görmemektedir. Hatta ona göre, bu boşluğa bir problem gözüyle bakmanın kendisi, hukuk ve toplum ilişkisini anlamaya çalışmanın yaygın ancak problemli bir şeklidir. Ayrıca bkz: Brian Tamanaha, **A General Jurisprudence Of Law And Society**, Oxford University Press, 2001, s. 131-134.

bu boşluğun kapatılamayacağını düşünmekte ve analitik metodu kullanan bir hukuk felsefecisinin çalışmalarının bu boşluğa etki etmeyeceğini bilmesini istemektedir.

Kısaca özetlemek gerekirse, hukuk sahasında çalışmayı zorlaştıran ve hukukun teorik ve pratik boyutları arasında bulunan ve kapanması pek de mümkün olmayan birkaç tip boşluktan bahsedildi. Bunlardan ilki, hukukçuların mesleğin doğru yapılması ihtiyacına hizmet eden hukuki usul ve etik ilkelere karşın mesleğin icrasıyla alakalı gündelik ihtiyaçları da gözeten pratik çözümlere başvurmalarından kaynaklanan boşluktur. İkincisi, hukuk koyucu merkezi iktidar olarak devletin uygulanmasını tasarladığı hukuka nazaran, toplumun yeknesak olmayan ve farklı alt iktidar gruplarını barındıran yapısı dolayısıyla ortaya çıkan durum ve uygulama gözlemlendiğinde, kendisine “yaşayan hukuk” denilmesine varacak bir farklılığın oluşmasına sebep olan boşluktur. Üçüncü boşluk tipi ise hukukun etkililiğine dair hukukçunun zihnindeki hukuk algısı ile sade vatandaşın zihnindeki hukuk algısının farklılığının yarattığı boşluktur. Bu boşluk hukukun etkililiğini konu edinmekte, ve vatandaşın hukuk algısında hukukun davranışlara yön vermek, doğrunun-yanlışın; hakkın ve yükümlülüğün ne olduğunun belirlenmesinde oynadığı gücün sınırlılığına işaret etmektedir.

Hukukun teorisi ve pratiği arasındaki bu kapanmaz boşluklardan bahsedilip; toplum ve hukuk arasındaki farklılık vurgulandıktan sonra hukuka dönük analitik, kurumsalcı bir yaklaşımı sürdürmenin bir faydasının olup olmadığı sorusu akıllara gelebilir. MacCormick’in bu soruya verdiği cevap olumludur. İnsanlar üstünkörü bir bilgiyle de olsa hakları olduğunu bilmekte ve buna bir zarar geldiğini düşündükleri vakit haklarının peşine düşmektedirler. Bazı eylemlerin suç teşkil ettiğini bilmekte ve yakalanma korkusuyla da olsa bu eylemleri işlemekten kaçınmaktadırlar. Mülkiyet’in varlığını bilmekte ve korunması için hukuku harekete geçirmekten çekinmemektedirler. Kendilerine hak gördükleri bir şeyi yapmaları bir polis memuru tarafından sorgulandığında, yaptıkları şeyin bir hakkın kapsamında ve meşru olduğunu söyleyebilmektedirler. Burada halkın kullandığı dildeki hak, suç, menfaat, ihlal, meşruluk, zarar gibi kavramların popüler kültür üzerinden öğrenilmesi ve hukuki karşılıklarının çoğu zaman hatalı olması bizi yanıltmamalıdır. İnsanlar genel hatlarıyla

da olsa kendi haklarını ve başkalarının yanlışlarını tespit konusunda çok isabetli düşünmektedirler²⁰⁰. Bütün boşluk, geçiş ve etkililik zaaflarına rağmen insanların problemlerini çözmek için başvurdukları ve toplumsal hayatın akışını mümkün kılan bir hukuk sistemi işler görünmektedir.

Bunun ötesinde kurumsal hukuk kuramının bir diğer kıymeti, toplumsal bilgi ve olgu ile olan derin ilgisinden kaynaklanmaktadır. MacCormick'in bu konuda tespiti toplum üzerinde düşünmeye çalıştığımızda bunun fark etmeden Türk toplumu, İngiliz toplumu şeklindeki genellemeler içerisinde düşünüldüğüdür. Toplum devletten açıkça farklı bir kelime de olsa, Türk toplumu hakkında düşünmek, devleti ve hukuku bir kenarda tutarak yapılamayacaktır. Zira toplum denilince çoğunlukla anlaşılan ve kastedilen şey aslında sivil toplum halidir. Sivil toplum da hukukun bir başarısı, tarihsel bir getirisidir. Birbirine yabancı insanların savaşmaksızın bir arada bulunabilecekleri sivil uzlaşma ortamı hukukun bir ürünüdür. Örneğin, Thomas Hobbes'un doğa durumunda tasvir ettiği korku ve şiddet ikliminde bir toplumdan bahsedilemeyecektir²⁰¹.

Toplumsal hayat denildiğinde gizlice zihne eşlik eden kavram sivilliktir. Ancak bu sivillik ve barış ortamında günlük geçimin teminine yarayacak ekonomik aktivite ve ticaretten bahsedilebilecektir. Yine sivillik ve emniyet ortamında insanların uzlaşmazlıklarını iletişim ve müzakere ile çözebileceğinden, kısaca siyasetten bahsedilebilecektir. Ekonomik ilişkiyi ve siyaseti mümkün kılanın sivillik hali olduğunu düşünen MacCormick, bu sivil halin de ancak bir hukuk devletinde sürdürülebileceğinden bahsetmektedir. Hukuk devletinin sürekliliği ve devletin tarihsel bunalımlara karşı hayatta kalabilmesi için de sağlıklı bir ekonomik sisteme ve siyasi dengeye ihtiyaç vardır. Siyaset, ekonomi ve hukuk, biri olmaksızın diğerlerinin gelişimini ve hatta varlığını sürdüremeyeceği şekilde karşılıklı bir ilişki içerisinde tasvir edilmektedir. Bu ilişkiler ağı içerisinde çok önemli yer tutan hukuk normlarının herhangi bir içeriği taşıyabileceği, hukuki normun sadece bir form olarak algılanması şeklinde özetlenebileceğini söylediği Kelsenci yaklaşıma katılmamaktadır²⁰². Bu

²⁰⁰ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 72.

²⁰¹ MacCormick, *Institutions of Law*, s. 73.

²⁰² A.e.

hukuki normların neleri içermesi gerektiği meselesini insanlık için kolaylaştıracak, kendisine bakarak elde edilecek hazır cevapların kanunlara dönüştürüleceği bir ahlak mevzuatı, ya da insan kalbinin derinliklerinde bulunup tüm bu sorulara nesnel cevaplar verecek bir mekanizma bulunmamaktadır. Ancak normların içeriklerini belirleyecek ahlaki yönlendiriciler yok diye, ceza hukuku normlarını suçun engellenmesi ve emniyetin sağlanması fonksiyonunda, kamu hukuku normlarını siyasi müzakere ortamını sağlamak yolunda, özel hukuk normlarının ekonominin sürdürülmesinde oynadıkları hayati roller yokmuş gibi düşünmek mümkün değildir.²⁰³

²⁰³ A.e.

SONUÇ

Hukukun ne olduğunu daha iyi anlama imkanı sunan bir yaklaşım ortaya koyduğu iddiasında olan MacCormick, bu yaklaşımını normatifliğin anlaşılmasına katkı sağlayacağını düşündüğü yeni bir perspektif üzerinden geliştirmiştir.

Hukukun normatifliğini insanın norma tabiyetine dayandıran MacCormick, insanın düzenli yaşama, düzen oluşturma ve mevcut düzene uyma konusunda bir yeteneği olduğunu düşünür. Bu önemli iddiayı tartışmaksızın bir temel varsayım olarak kabul eden düşünür, normatifliği izah etmek için John L. Austin ve çağdaş temsilcisi John Searle tarafından geliştirilen sosyal ontolojik denebilecek bir yaklaşımdan faydalanır. Bu yaklaşıma göre içinde yaşadığımız olgusal dünya sadece kaba fiziksel olgulardan ibaret değildir. Kaba olguların yanında, kurumsal olgulardan da bahsedilmektedir. Kurumsal olgular, genellikle kaba olgular üzerinden yükselmiş yeni bir olgusal düzlemdir. Bilimsel kesinlik bakımından, kaba olguların sahip olduğu her imkana sahip oldukları söylenemese de, kurumsal olgular da bilişe konu olabilir, ne oldukları ve ne olmadıklarından, hatta doğaları gereği bir takım kurallar aracılığıyla kurulduklarından, hangi şart ve bağlamda mezkur kurumsal yapıyı oluşturabileceklerinden bahsedilebilmektedir. Zaten bu kurallı formları dolayısıyla normatifliğin anlaşılması için kullanışlı bir zemin oluşturmaktadırlar. “X, C bağlamında Y’dir.” şeklinde özetlenebilecek bu kural formülasyonu dolayısıyla X’ten ancak C bağlam ve şartlarını taşıdığı durumda Y olarak bahsedilebilecektir. Bu kurallı ve normatif yapı ekseninde oluşan kurumsal olgular, hayatımızın tümüne yayılmış durumdadır. Bu olgular sadece dil ve kavramlar düzeyinde kalmamış, hukuki kural, norm ve kurumlar da bu çeşit bir kurumsal olgular dünyasında var olagelmışlerdir. Normatifliğin, kurumsal olgular dolayısıyla hayatımızı zaten kuşatmış olduğu söylenmektedir.

MacCormick, günlük hayatımızın vazgeçilmez bir unsuru olan normatifliğin anlamını, gayet olağan bir insani olgu olan sıraya girme örneğiyle daha da belirgin hale getirir. MacCormick’e göre sıraya girme olgusu, ilk bakışta farkedilmese bile aslında bir normatifik barındırır. Bu normatifliğin temelinde, söz konusu tecrübeyi

birlikte yaşayan bireylerin karşılıklı olarak birbirlerinin taleplerini anlamaları ve bu taleplerin nasıl giderilebileceği hususunda aralarında bir uzlaşımın ortaya çıkması olgusu vardır. Diğer bir ifadeyle bireyler, taleplerini ve bu taleplerini hep birlikte nasıl karşılayacaklarını ortak bir yorumlama faaliyetiyle kavrar. Dahası, aralarındaki bu uzlaşma uymada ayak direyen ve sıraya girmeyeyle oluşan mevcut düzeni ihlal eden bireylere karşı da kendiliğinden oluşan şiddetli bir tepki gösterilir. Böylece sıraya girmekle amaçlanan düzen korunmuş olur.

Ne var ki bu, gayri resmi/informel bir normatif düzenlilik halidir. Bu düzende aynı normatif çerçeveyi paylaşan faillerden söz konusu ortak anlamı dile getirmelerini ifade etmelerini, alenileştirmeleri istendiğinde kuvvetle muhtemel bunu gerçekleştiremeyeceklerdir. Aynı şekilde düzenin işleyişinde bir sorunla karşılaşıldığında bu aksaklığı çözmek ve düzeni sürdürmek konusunda yapılabilecekler de sınırlı, geçici ve şahıslara bağlı olacaktır. Özetle gayri resmi normatif düzenler, kendiliğinden oluşan, sorun çözme konusunda yetersiz ve istikrarsız yapılardır. Bu yetersizlikleri aşabilmek için formel normatif düzenlere ihtiyaç vardır.

Bu kendiliğinden oluşan düzenliliğin bozulmasının engellenerek korunmasını, açık, erişilebilir, uzun ömürlü, öngörülebilir olmasını ve belki de daha iyi olması istendiğinde -ki bu tek başına bir amaç olabilir- eldeki malzeme olan insanın, hayatını zaten doğası gereği bir normatif düzenlilik içinde yaşadığını göz önünde bulundurmak faydalı olacaktır. Bu meziyetleri de içinde bulunduracak sistemli bir normatif düzene geçmek için daha önce kendilerine bir çeşit sezgi ve gözlemle ulaşıp uyduğumuz normların açık olması, o normlara uygun şekilde eylemeye çalışma sürecinde karşılaşılabilecek yeni problemleri de çözme becerisini haiz yeni normlara sahip olmamız gerekmektedir. Bu yeni ve ikincil normların uygulanması ihtiyacını doğuran aksaklıkların çözümünde, bu normların anlamının tespiti ve hayata geçirilmesinin sağlanması de esas önemdedir. Bütün bunları gerçekleştirebilmek için kurulan sistem, kurumsallaşmış normatif düzeni oluşturacaktır.

Kurumsallaşmış normatif düzende, daha önceleri, kendiliğinden gelişen, anlamını karşılıklı toplumsal ilişkide bulduğu için tam olarak ifade edilmesi zor olan informel normlar yerine; kimin tarafından çıkarıldığı, amacı, kapsamı, konusu bakımından bir belirlilik taşıyan açıkça ilan edilmiş normlardan yani kurallardan bahsedilecektir.

Geliştirilen kurallar dolayısıyla bir nebze rahatladığı düşünülebilecek sıra düzeni örneği, geliştirilen farazi aksaklıklar ile tekrar bir çıkmaza girebilir. Gayrı resmi normatif pratiğin örneği sayılacak, kendiliğinden oluşan alelde sıralardan farklı olarak formelleşmekte olan bir normatif düzende bir hizmet için sıraya girerken, örneğin yoğun bir postanede, şimdi karşımızda bir sıranın kimde olduğunu belirlemek için bankomat cihazlarından alınan sıra kağıtlarına ek olarak, hizmete ulaşacağımız yerde bir gişe memuru ve onun yönlendirmesiyle sıra numaralarını gösteren elektronik ekranlar olabilir. Her şey yolunda gider ve kişilerin talepleri nizami bir sıra içerisinde ekranlarda görülen numaralar ve sesli çağrılara göre ilerlerken, kulakları ağır işittiğinden bahisle 3 önceki sıranın kağıdını göstererek gelen yaşlı adamın sırası için ne yapmak gerekir?

MacCormick, farazi örneğe eklediği bu aksaklıkla, mevcut kurallara rağmen, kuralın yetemediği bir durumla karşılaşabileceğini ve nihayetinde sıra düzeni hakkında bir karar verilmesi gerekebileceğini göstermektedir. Kurumsal normatif düzende, kuraldan bahsedildiğinde, biz normatif düzenin çok katmanlılığıyla karşılaşırız. Sıra örneğine uygun şekilde anlatmak gerekirse bir fiilen sıraya geçmenin normatifliği vardır, bir de sıra düzeni hakkında insanların yönetilmesi ve sıranın sorunsuz akışının sağlanması ile ilgili bir normatiflik vardır. Sıraya geçmenin normatifliği, sırada ne yapılması gerektiği, nasıl ilerleneceği, bir sonraki sıranın kimde oluşu ile alakalıyken burada devreye ilaveten yeni bir normatif katman olan sıra düzeninin yönetilmesi meselesi girecektir. Sıraya giren kişilerin bekledikleri hizmete erişimlerinin düzgünce sağlanması, sırayı bozmaya çalışanlara engel olunması; yaşlı adamın geciktiği için sıranın en arkasına geçmesine gerek olup olmadığı, hangi kişinin sırasının yandığı vb. hususlar ilk katmandaki meselelerden farklıdır. Burada kurumsal normatifliğin çok katmanlı yapısı görülmektedir, ilk katmanda sıraya nasıl girileceğini

belirleyen normatif bir yapı varken, ikinci katmanda sıra düzeninin nasıl yönetileceğine dair kararlar vermeyi içeren bir normatif yapı vardır. Ancak bu ve benzeri belirsizlikleri tamamen ortadan kaldırmak neredeyse imkansızdır. Mutlak belirlilik idealinin önünde bir engel olarak sürekli yeni sorular peyda olabilir. Bu sorulara cevap için ya “sıranın başına geçmeye dair yeni kural”, “sıranın en sonuna gönderilmeye dair kural”, “sıradan çıkma sayılmayacak hallerin kuralı” vb. gibi gişe görevlisinin karşılaşılabileceği farklı ihtimaller ve zor durumlar hesaba katılmaya çalışılarak kurallar çoğaltılacaktır. Ya da değişen olaylara uygulanmak üzere kurallar hakkında bir tasnife gidilerek gişe görevlisine takdiri bir alan tanınacak ve değişmez kurallar uygulanmayacaktır.

Kuralların mutlak, sıkı ve takdiri gibi farklı şekillerde uygulanmasının talep edilebileceği üzerinden geliştirilen bu tasnife modern hukuk felsefesi problemleri ışığında bakarsak, tasnif sayesinde kanun koyucunun hakimi sınırlandırarak hangi şart ve koşullarda takdir yetkisinin kullanılmasını belirleyebileceği söylenebilir. Bu vurgunun hukuki pozitivizmin belirlilik ve öngörülebilirlik ideallerine uygun olarak, hakimin takdir yetkisi sürecinde bu yetkinin sınırını belirleyen ipleri bizzat kanun koyucuya vermesi dolayısıyla önem taşıdığı söylenmelidir.

Öte yandan takdir yetkisinin kullanımına dair, muhakeme sürecinde ilgili olayın kuralın kapsamına ve ruhuna uyup uymadığı konusunda bir tespit yapılması gerektiğinden bahsedildiği, bu tespit için de kuralla korunması amaçlanan ilke ve değerlerin de göz önünde bulundurulması gerekebileceği belirtilmiştir. Bu yaklaşım, yani MacCormick’in takdir yetkisinde ilke ve değerlerin de hesaba katılması gerektiği söylemi, Hart-Dworkin tartışmasının bu ayağında Dworkin cephesine yakın bir pozisyon aldığını düşündürmektedir. Hart’ın vefatı sonrası yayınlanan postscriptinde, ikincil kurallar kategorisinin ilkeleri kapsamayacağını söylemediği şeklindeki geri adımından hareketle tartışmanın bu cephesinin zaten sona ermiş olduğu söylenebilirse de, bu hususun MacCormick tarafından görülüp geliştirilmiş olmasının düşünürün pozisyonun tespiti açısından önemli olduğu açıktır.

Kuralların tasnifinde bazı kuralların doğru uygulanması için takdiri bir yetkinin tanınması ve bu kuralların içerikleri dolayısıyla yorumlanması gereken bazı ilke

ve değerleri barındırması sebebiyle MacCormick'in çok katmanlı kurumsal normatif yapıda değerlerin bir yeri olabileceğine dair açık kapı bıraktığı söylenmelidir. Bu hususun MacCormick'in Dworkin'den etkilendiği bir başka mesele olduğu not edilmelidir. Ancak MacCormick'in hukuk sisteminde bu ilke ve dolayısıyla değerlerin yeri sınırlıdır. Hakimin ilke ve değerlere de başvurmasını gerektiren kuralları belirli bir kategori ile sınırlı tuttuğu ve bunun tespitini de kanun koyucuya verdiği için MacCormick'te hakimlerin sınırlı bir takdir yetkisi vardır. İlkelerin varlığı dolayısıyla Herkül olması beklenenler hakimler değil, belki kanun koyuculardır.

Hukukun kurumsallaşmış bir normatif düzen olduğu ile ilgili teorik kurgusunu aktardığımız Neil MacCormick için Hart'ın kapısını açtığı ve sosyal kaynak tezinin devamı niteliğindeki hukukun bir çeşit sosyal olgu olarak anlaşılması yaklaşımını geliştirdiği söylenebilir. Normatifliğin kaynağı ve tespiti sorunsalına dair yeni bir olgusal düzlem öneren kurumsal teoriye göre, hukuki olgu klasik olgu-değer ikileminden farklı bir perspektifle incelenmelidir. Bu farklılaştırma ihtiyacının sebebi hukukun kaba olgularla değil, kurumsal olgularla çalışıyor olmasıdır.

MacCormick hukukun ne olduğunun anlaşılması sürecinde, sözüm ona kamplar arasında bir ayırım yapmadan, mevcut yaklaşımlardan faydalanmayı esas almış bir düşünürdür. Bu minvalde esas beslenme kaynağı olan Hukuki Pozitivizm ve H.L.A Hart'ın yanında, sert pozitivizm ile meşhur Joseph Raz, doğal hukukçu John Finnis ve doğal hukukuluğun yakıştırıldığı Ronald Dworkin'in kuramlarındaki temel unsurlardan çekinmeden ama belki seçerek faydalandığı söylenmelidir. Bu seçmecilik dolayısıyla düşünürün hukuk kuramına dair nihai pozisyonunu tespit etmek hem zorlaşmakta hem de nemsizleşmektedir. Semeciliği dolayısıyla eklektiklik ve tutarsızlıkla sulandığıının farkında olan düşünür, şahsi pozisyonu hakkında dönemindeki hukuki pozitivizm anlayışının kalıplarına sığmadığıından, ancak tarifte zorlandığı bu yeni yeri ifade edecek başka bir kavram da bulamadığıından olsa gerek, kendi duruşunu "post-pozitivist" olarak nitelendirmektedir.

KAYNAKÇA

- Altınörs, S. Atakan: “John R. Searle’e Göre Toplumsal Gerçekliğin Kuruluşunda Dilin Rolü” **Akademik Araştırmalar Dergisi**, S. 62, 2014, ss 61-93.
- Arıkan, Engin: Engin Arıkan, **Sert Pozitivizm**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Atalay, Ahmet Halûk: "Geç Pozitivizm Olarak Kurumsal Kuram", **Hukuk Araştırmaları**, C. 10, S. 1-3, ss. 317-322.
- Austin, John: **Hukukun Belirlenmiş Alanı**, Çev: Ülker Yükselbaba, Umut Koloş, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015.
- Biletzki, Anat., Anat Matar: “Ludwig Wittgenstein”, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/wittgenstein/> 01.09.2021.
- Bix, Brian: “Hukuki Pozitivizm” **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi**, Çev: Yusuf Umur Çil, Ankara, Isık Yayınları.
- Bourdieu, Pierre: **Outline of a Theory of Practice**, Çev. R. Nice, Cambridge, Cambridge University Press, 1977.
- Cevizci, Ahmet: **Felsefe Sözlüğü**, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010.

- Coleman, Jules L.: “Negative and Positive Pozitivizm”, **The Journal of Legal Studies**, C. 11, 1982, s. 139-164.
- Cotterrell, Roger: **Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş**, çev. Saim Üye, İstanbul, Pinhan, 2018.
- Çınarlı, Serkan: “İskoçya Yerinden Yönetim Deneyimine Genel Bir Bakış”, **Ege Akademik Bakış**, C. 11, S. 2, 2011, ss. 299 – 307.
- Çitil, A. Ayhan: **Çağdaş Felsefeden Kesitler**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Auzef Yayınları, 2014.
- Dworkin, Ranold: **Hukukun Hükümleri**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora, 2018.
- del Mar, Maksimilian: “The Smithian Categorical Imperative: How MacCormick Smithified Kant”, **Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy**, 2012, Cilt 98, Sayı. 2, 2012, ss. 233-254.
- Feteris, Eveline T.: **Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma**, Çev. Ertuğrul Uzun, 2. Baskı, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2019.
- Finnis, John: “Marriage: A Basic and Exigent Good” **The Monist**, C. 91, S. 3/4, 2008, ss. 388-406.

- Fleischacker, Samuel: “Philosophy in Moral Practice: Kant and Adam Smith”, **Kant-studien**, C. 82, S. 3, 1991, ss. 249-269.
- Forguson, Lynd: “Oxford and the "Epidemic" of Ordinary Language Philosophy”, **The Monist**, Vol. 84, No. 3, The Epidemiology of Ideas, 2001, ss. 325-345.
- Hart, H.L.A.: **The Concept of Law**, 2. Baskı, Clarendon Press, 1994.
- Hauriou, Maurice: “Müessese ve Tesis Teorisi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Çev. Tarık Zafer Tunaya, C. 9, S. 3-4, 1944, ss. 672-683.
- Hirş, Ernst: “Hukuk Bir Bilim Kolu Mudur?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 2, S. 1, 1944, ss. 19-61.
- Işıқтаç, Yasemin: “Max Weber’in "Anlayış Sosyolojisi" Yönteminin Hukuka Uygulanması Üzerine Bir Deneme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 53 , S. 1-4, 1990, ss.273 – 281.
- Kelsen, Hans: **Saf Hukuk Kuramı**, çev. Ertuğrul Uzun, Nora, 2016.

- Krygier, Martin: “The Concept of Law and Social Theory” **Oxford Journal of Legal Studies**, C. 2, S. 2, 1982, ss. 155–180.
- Lacey, Nicola: **A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream**, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- MacCormick, Neil,;
Ota Weinberger: **An Institutional Theory Of Law, New Approaches to Legal Positivism**, 2. Baskı. Dordrecht, D. Reidel Publishing Co., 1992.
- MacCormick, Neil: **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory**, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MacCormick, Neil: **H.L.A. Hart: Jurist Profiles in Legal Theory**, Stanford University Press, 1981.
- MacCormick, Neil: **H.L.A. Hart: Jurist Profiles in Legal Theory**, 2. Baskı, Stanford University Press, 2007.
- MacCormick, Neil: **Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning**, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- MacCormick, Neil: “Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret”, Çev: Şule Şahin Ceylan, **AÜHFD**, C. 64 , S. 3, 2015, ss. 915-930.

- MacCormick, Neil: **Practical Reason in Law and Morality**, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- MacCormick, Neil: **Questioning Sovereignty**, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- MacCormick, Neil: **Legal Reasoning and Legal Theory**, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- MacCormick, Neil: **The Scottish Debate: Essays on Scottish Nationalism**, Ed. Neil MacCormick, London, Oxford University Press, 1970.
- MacCormick, Neil: “Institutional Normative Order: A Conception of Law”, **Cornell Law Review**, C. 82, 1997, ss. 1051-1070.
- MacCormick, Neil: “Law, Morality and Positivism”, **Legal Studies**, C. 1, S. 2, 1981, ss. 131-145.
- MacCormick, Neil: “The Concept of Law and ‘The Concept of Law’” **Oxford Journal of Legal Studies**, C. 14, S. 1, 1994, ss. 1-23.
- MacCormick, Neil: “Concluding for Institutionalism”, **Law as An Institutional Normative Order**, Ed. Maksymilian del Mar, Zenon Bankowski, Ashgate Publishing, 2009, ss. 187- 200.

- MacCormick, Neil: “My Philosophy of Law”, **The Law in Philosophical Perspectives**, Ed: Luc J. Witgens, C. 41, 1999.
- MacCormick, Neil: “Norms, Institutions, and Institutional Facts”, **Law and Philosophy**, C. 17, 1998, ss. 301-345.
- MacCormick, Neil: “The State and The Law”, **Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth**, 2. Baskı, Oxford, 2002, ss. 17-26.
- Metin, Sevtap: “Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 62, S. 1-2, 2004, ss. 165-207.
- Örücü, Esin: “Karşılaştırmalı Hukukçu Gözüyle İskoç Hukuk Sistemi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 15, S. 18, 1990, ss. 71-81.
- Özcan, Mehmet Tefik: **Modern Toplum ve Hukuk Devleti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008.
- Özcan, Mehmet Tefik: **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Özcan, Mehmet Tefik: “Ethics and Law: Reassessment on the Legal Positivism” **Philosophy Study**, C. 4, S. 30, 2014, ss. 75-96.

- Peczenik, Alexander: **On Law and Reason**, 2. Baskı, Dordrecht, Springer, 2008.
- McQueen, Hector: “A Post-Positivist Outlook From the Thistle”, **MacCormick’s Scotland**, Ed :Neil Walker, Edinburg University Press, 2012, ss. 3-24.
- Searle, John R.: **The Construction of Social Reality**, London, The Penguin Press, 1995.
- Smith, Adam: **Ahlaki Duygular Kuramı**, Çev. Derman Kızılay, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 2018.
- Şahin Ceylan, Şule: **H.L.A. Hart’ın Hukuk Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Tamanaha, Brian: **A General Jurisprudence of Law and Society**, Oxford University Press, 2001.
- Taşkın, Ali: **İskoç Aydınlanması**, Ankara, Liberte Yayınları, 2.baskı, 2019.
- La Torre, Massimo: **Law as Institution**, Dodrecht, Springer, 2010.
- La Torre, Massimo: “Institutional Theories and Institutions of Law: On Neil MacCormick’s Savoury Blend of Legal Institutionalism”, **Law as An Institutional Normative Order**, Ed. Maksymilian del Mar, Zenon Bankowski, Ashgate Publishing, 2009, ss. 67-83.

- Türkbağ, Ahmet Ulvi: “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 28, , 2011, ss. 71-82.
- Twining, William: “Donald Neil MacCormick”, **Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy**, C. 11, 2012, ss 449–471.
- Uygur, Gülriz: “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, 2003, ss. 145-176.
- Üye, Saim: “Gündelik Dil Felsefesi, Betimleyici Sosyoloji ve Eleştirelilik”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 114, 2014, ss. 361-380.
- Villa, Vittoria: “Neil MacCormick’s Legal Positivism”, **Law as An Institutional Normative Order**, Ed. Maksymilian del Mar, Zenon Bankowski, Ashgate Publishing, 2009, ss. 46-67.
- Ünlüsoy, Abdulhan: “Sosyal Ontoloji Açısından Dil ve Yönelimsellik”, **Route Educational and Social Science Journal**, C. 4, S. 4, 2017, ss. 72-83.
- Yaylalı, Mustafa: "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", **Liberal Düşünce Dergisi**, C. 23, S. 91-92, 2018, ss. 95-111.

Çevrimiçi kaynaklar:

Guy Richardson, “Adam Smith in Immanuel Kant’s moral philosophy”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Digital Library of Adelaide University, 2017, (Çevrimiçi),

<https://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/bitstream/2440/113100/2/02whole.pdf> , 16 Ocak 2021.

“Legal Positivism”, (Çevrimiçi), <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/#FallThes>, 20 Ağustos 2021.

Parker-Ryan, Sally: Ordinary Language Philosophy”, **Internet Encyclopedia of Philosophy**, (Çevrimiçi), <https://iep.utm.edu/ord-lang/#H4>, 1 Eylül 2021.

Hage, Jaap: **The Deontic Furniture of the World: An Analysis of the Basic Concepts that Embody Normativity**, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/8, (Çevrimiçi), <https://ssrn.com/abstract=2031556>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2031556>, 1 Eylül 2021.

Biletzki, Anat., Anat Matar: “Ludwig Wittgenstein”, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/wittgenstein/>, 1 Eylül 2021.