

PAPER DETAILS

TITLE: ERNEST WEINRIB'TE ÖZEL HUKUK FELSEFESİ VE HUKUKİ FORMALİZM

AUTHORS: Sercan GÜRLER

PAGES: 117-164

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1841235>

ERNEST WEINRIB’TE ÖZEL HUKUK FELSEFESİ VE HUKUKİ FORMALİZM

*Arş. Gör. Sercan GÜRLER**

Bu makalenin konusunu, Anglo-Sakson hukuk çevresinin son yıllarda dikkat çeken felsefecilerinden Kanadalı Ernest Weinrib’in özel hukuk kuramının incelenmesi oluşturmaktadır. Büyük oranda Weinrib’in özel hukuk kuramının ayrıntılı betimlenmesine yer verilen bu makalenin amacı ise ülkemizde pek üzerinde durulmayan özel hukuk felsefesi hakkındaki güncel tartışmalara biraz daha yakından bakabilmek ve kendi hukuk sistemimiz açısından bu tartışmaların ne anlam ifade edebileceği üzerinde düşünmektir. Weinrib, aynı zamanda hukuki formalizmin günümüzdeki en önemli temsilcileri arasında yer alır. Nitekim geliştirdiği özel hukuk kuramı da aslında formalist yaklaşımının özel hukuka uyarlanmış halidir. Weinrib’in özel hukuk kuramını anlamak için önce formalist yaklaşımının özelliklerini incelemek gerekir. Dolayısıyla bu makale, çağdaş hukuki formalizme dair bir çalışma olarak da değerlendirilebilir.

Günümüz hukuk felsefesi tartışmalarında formalizme gerekli önemin verilmediğinden şikâyet eden Weinrib, kendi kuramsal çalışmalarının amacının, hukuki formalizmi izah etmek ve savunmak ve böylece hukuk felsefesinin gündemine tekrar sokmak olduğunu belirtir¹. Formalizme tekrar hak ettiği yerin verilmesi gerektiğini düşünen Weinrib’e göre formalist tabiri, belirli bir hukuki görüşü ifade eden basit bir sıfat değildir; hukuka dair bir fikre işaret eder. Bu yönüyle formalizm, hukukun normatif boyutunu öne çıkaran, hukuki düşünmenin doğasını anlamaya yönelik bir yaklaşımdır ve kökleri Eski Yunan’a kadar uzanır². Hakiki anlamıyla formalizm, hukuka dair hiç kimsenin inkâr edemeyeceği bir hakikati gösterir: Hukukun bir iç tutarlılığı, kendine özgü bir konusu, yöntem ve ilkeleri vardır. Dolayısıyla başta siyaset olmak üzere diğer disiplinlerden ayrı ve bağımsız bir yapı

* İstanbul Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu.

1 Ernest Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, **The Yale Law Journal**, Vol. 97, S. 6, 1988, ss. 949-1016, s. 950.

2 Ernest J. Weinrib, “Legal Formalism”, Dennis Patterson (Ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, ss. 332-342, s. 332.

sergiler. Weinrib, hukukun işte bu yönünü ortaya koymayı amaçladığını söylemektedir³.

Weinrib'in amacı formalizmi izah etmek ve savunmak olsa da kalkış noktasını özel hukuk oluşturur. Diğer bir deyişle Weinrib'e göre formalizmin temel kabullerinin en iyi işlediği alan özel hukuktur. Dolayısıyla Weinrib'in yaklaşımını bir özel hukuk kuramı olarak değerlendirmek belki daha doğrudur. Nitekim özel hukuku felsefi bir bakışla ele alıp, formalist bir özel hukuk kuramı geliştirdiği *The Idea of Private Law* isimli kitabının daha ilk cümlesinde Weinrib amacını, özel hukuku anlamak şeklinde ifade etmektedir⁴.

Weinrib'in temel kabulü, özel hukukun özerk bir alan olduğudur. Özel hukuk, diğer disiplinlerden, özellikle de siyasetten ayrı ve bağımsızdır. Kendine özgü bir ahlâki yapısı, bu yapıya uygun bir akıl yürütme ve gerekçelendirme tarzı vardır⁵. Weinrib, bu özelliğiyle özel hukukun ancak içeriden bir bakışla kavranabileceğini belirtmektedir⁶.

Weinrib, özel hukuku içeriden bir bakışla kavrayabilmemiz için öncelikle kuramsal bir yaklaşıma ihtiyacımız olduğunu ileri sürmektedir. Bu tür bir kuramsal yaklaşım ise ancak formalizmle sağlanır⁷. Weinrib, özel hukuku içeriden bir bakışla kavrayabilmek için ayrıca adalet kavramına başvurmak gerektiğini belirtir⁸. Özel hukuku içeriden bir bakışla kavrayabilmek için gerekli son unsur ise normatiflik kavramıdır. Bu bağlamda normatiflik kavramı, özel hukukun ahlâki zeminini oluşturur⁹.

Weinrib'in özel hukuku açıklamak için başvurduğu formalizm, aslında genel bir hukuk kuramıdır ve merkezinde hak ve adalet kavramları yer alır. Fakat Weinrib, bu kavramlara tamamen formalist bir açıdan yaklaşmaktadır. Dolayısıyla Weinrib'in genel hukuk kuramı aynı zamanda formalist bir adalet kuramı olarak da değerlendirilebilir. Weinrib'in kuramında adalet kavramı, ulaşılması istenen bir amacı ifade etmez; diğer bir deyişle içerikle

³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 950.

⁴ Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, 1995, s. 1.

⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 2.

⁶ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 2, 8, 11.

⁷ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 18.

⁸ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 19.

⁹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 19.

ilgili değildir. Weinrib'in klasik ayırmadan hareketle kabul ettiği denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet türleri, gerekçelendirme amacına yönelik biçimsel yapılardır. Dolayısıyla Weinrib'in formalizmi, aynı zamanda bir gerekçelendirme kuramıdır da. Yani Weinrib'e göre denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet hem genel hukuk kuramı açısından, hem de özel hukuk kuramı açısından gerekçelendirme işlevi görür. Weinrib her ne kadar denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaleti, hukukun gerekçelendirilmesinde kullanılan hukuki biçimler olarak değerlendirse de, özellikle özel hukuka ilişkin açıklamalarının temeline denkleştirici adaleti koyar. Denkleştirici adaletin, özel hukuku açıklamada ve gerekçelendirmede çok daha elverişli olduğunu ileri sürer. Dağıtıcı adalet ise daha çok siyaset alanında başvurulmuş bir gerekçelendirme şeklidir; hukuku, özellikle de özel hukuku açıklamada yetersiz kalır¹⁰.

Bu genel açıklamalardan sonra Weinrib'in formalist özel hukuk kuramının incelenmesine geçilebilir. Weinrib, kendi kuramını, diğer özel hukuk kuramlarının eleştirisi üzerine temellendirdiğinden, aşağıda önce günümüzde özel hukuk felsefesi alanında öne çıkan kuramlar ve tartışılan temel sorunlar incelenecek, ardından Weinrib'in bu kuramlara yönelik itirazları üzerinde durulacak, daha sonra Weinrib'in kendi özel hukuk kuramının dayandığı temel kabuller ele alınacaktır. Weinrib, yukarıda da belirtildiği gibi, özel hukuk kuramını açıklamak için formalist bir yaklaşım geliştirmektedir. Dolayısıyla makalenin geri kalan bölümünde, Weinrib'in formalist yaklaşımının temel özellikleri ve bu özelliklerin özel hukuk açısından doğurduğu sonuçlar incelenecektir. Weinrib'in formalist yaklaşımının incelenmesine ayrılan bu bölümde de önce formalizm ile denkleştirici ve dağıtıcı adalet türleri arasındaki ilişki, ardından bu adalet türlerinin normatif zemini üzerinde durulacaktır. Nihayet makale, kısa bir değerlendirmeye sona erecektir.

I. Çağdaş Özel Hukuk Felsefesi

Hukuk felsefesi tarihinde daha çok kamu hukuku sorunları üzerinde durulmuşsa da son yıllarda özel hukuk da hukuk felsefecilerinin temel konuları arasında yerini almıştır. Özel hukukun hukuk felsefesi açısından taşıdığı önem, bu konuda yapılan kuramsal çalışmaların sayısının gün geçtikçe artmasından da anlaşılmaktadır.

Özel hukukun her geçen gün daha fazla felsefi ilginin konusu olması aslında çok doğaldır. Zira özel hukuk, Weinrib'in deyişiyle, gündelik

¹⁰ Bkz. Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 206-207, 210-214.

yaşamımıza öylesine nüfuz etmiştir ki giriştiğimiz hukuki muamelelerimizin neredeyse tamamında özel hukuk kuralları geçerlidir. Sahip olduğumuz ve kullandığımız eşya ile ilişkilerimiz, başkasına yönelik zarar doğuran eylemlerimiz, imzaladığımız ve ihlâl ettiğimiz sözleşmelerimiz hep özel hukuk alanında meydana gelir. Özel hukuk aynı zamanda adalet ve kişisel sorumluluk hakkındaki en derin sezgilerimize de hitap eder. Ayrıca avukatlar başta olmak üzere hukuku uygulayanların da hukuksal söz edildiğinde ilk akıllarına gelen özel hukuksal kurumdur. Hukuk fakültelerinin müfredatında en önemli ve en geniş yer özel hukuka ayrılmıştır. Daha da önemlisi, özel hukukun mantığı hukuki düşünmenin en belirgin örneklerindendir. Bir hukuk sisteminin gelişmişliği, özel hukuk alanının genişliği ve sistematikliği ile paralellik gösterir. Özel hukuk, hukuk kuramı ve uygulaması alanında geçerli pek çok soruna da kaynaklık eder¹¹.

Hukuk düşüncesi açısından bu kadar önem taşıyan özel hukukun ayırddedici özelliği, sorumluluk kavramı aracılığıyla kişileri bir araya getirmesidir. Yani, karşılıklılık ve sorumluluk kavramlarına verdiği merkezi önemdir. Dolayısıyla özel hukuk, taraflar arasındaki bir hukuki uyumsuzluğu, tarafları birbirinden bağımsız ele almak suretiyle de, toplumun genel menfaatlerini göz önünde bulundurarak da çözmez. Özel hukukun temelinde, kendine özgü bir yapısı ve gerekçelendirme tarzı olan sorumluluk kavramı yer alır¹².

Sorumluluk düşüncesinin en iyi gözlenebildiği özel hukuk alanı ise haksız fiillerdir. Sözleşme ve sebepsiz zenginleşme gibi özel hukuka ait diğer sorumluluk kaynaklarından farklı olarak haksız fiil alanı, belirli türde zararlara yol açan belirli türde fiillerden ötürü bazı kişilerin sorumlu tutulması düşüncesine dayanır¹³. Haksız fiil sorumluluğu, bir haksız fiil sonucunda ortaya çıkan zararın giderilmesini kapsar. Her ne kadar birbirinden farklı zarar giderim yolları varsa da en çok başvurulana tazminattır. Tazminat, aynı zamanda haksız fiilin özel hukuk alanına ait bir kavram olarak algılanmasını da mümkün kılar. Geriye dönük bir zarar giderim türü olan tazminat, davacının uğradığı zararı telafi etmeyi amaçlar. Tazminat düşüncesi, haksız fiilin gerçekleşmesinden önceki hale dönülmesini esas alır. Dolayısıyla haksız fiil hukukunun merkezinde, sebebiyet verilen

¹¹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 1.

¹² Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 1-2.

¹³ Stephen R. Perry, "Tort Law", Dennis Patterson (Ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, ss. 57-79, s. 57.

zararın karşılığını ödeme yükümlülüğü vardır. Burada yükümlülük altına giren, karşısındakini doğrudan zarara uğratan kişidir. Fakat zarara yol açan her türlü eylem yükümlülük doğurmaz. Diğer bir deyişle haksız fiil sorumluluğu hem davalının davranışına, hem de bu davranışın sonucunda davalının uğradığı zarara bakılarak belirlenir. Davalının davranışı açısından dikkat edilmesi gereken, hangi sorumluluk esaslarına başvurulacağıdır. Davacının uğradığı zarar açısından önem taşıyan ise söz konusu zararın hukuki niteliğe sahip olup olmadığı veya hukuken korunan bir menfaati ihlâl edip etmediğidir¹⁴.

Hukukun haksız fiil kabul ettiği pek çok eylem tipi vardır. Haksız fiil kabul edilen bu eylemlerin her birisinin de farklı menfaatleri ihlâl ettiği kabul edilir. Her ne kadar bu menfaat çeşitliliğinin tek bir kategori altında ele alınıp, belirli bir temel ilke çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmalıysa da haksız fiil hukukunun öncelikle insan hayatı ve güvenliği ile mülkiyeti koruduğu söylenebilir. Hukuk felsefesinin özel hukuka yönelik tartışmalarının merkezinde işte bu temel menfaatlerin niçin korunması gerektiği, ihlâl edildiklerinde niçin sorumluluk doğduğu soruları yer alır¹⁵.

Özel hukuk, özellikle de haksız fiil hukuku, araba kazaları, tıbbi hatalar, kusurlu hizmet gibi gündelik sorunlarla uğraştığından, yani hukukun uygulamayı en fazla ilgilendiren yönü olduğundan, ilk bakışta felsefi ilginin konusu yapılamazmış gibi görünse de¹⁶, biraz daha yakından bakıldığında özel hukuk felsefesinin, özellikle de haksız fiil kuramının, aslında her toplum için geçerli çok temel iki soruyu cevaplamayı amaçladığı görülecektir. Özel hukuku ve dolayısıyla haksız fiil hukukunu felsefi ilginin konusu yapan bu soruların ilki kişilerin birbirlerine nasıl davranması gerektiği, diğeryse bir hukuki yanlışlık ortaya çıktığında bundan kimin sorumlu tutulacağı, yani bu yanlışlığı giderme yükümlülüğünün kime ait olacağıdır¹⁷.

¹⁴ Perry, "Tort Law", s. 57.

¹⁵ Perry, "Tort Law", s. 57.

¹⁶ Benjamin C. Zipursky, "Philosophy of Tort Law", Martin P. Golding, William A. Edmundson (Eds.), **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2005, ss. 122-137, s. 122.

¹⁷ Arthur Ripstein, "Philosophy of Tort Law", Jules Coleman, Scott Shapiro (Eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, ss. 656-686, s. 656.

Sonuç olarak, yukarıda da belirtildiği gibi özel hukuk bazı kişileri, yol açtıkları zararlardan ötürü sorumlu tutar. Özel hukuka ilişkin felsefi ve kuramsal bir araştırmanın konusu bu sorumluluğun kaynağının ve gerekçesinin izah edilmesidir. Yani bir başka deyişle özel hukuk felsefesi, özel hukuk kurallarının felsefi açıdan gerekçelendirilmesi faaliyetidir.

Çağdaş hukuk felsefesinde özel hukukun gerekçelendirilmesine ilişkin belli başlı iki yaklaşım vardır: Ekonomik analizi esas alan ve özel hukuku caydırıcılık amacıyla izah eden kuramlar ve adalet merkezli kuramlar¹⁸.

Ekonomik analizi esas alan ve özel hukuku caydırıcılıkla izah eden kuramlar, Hukuk ve Ekonomi hareketinin uzantısıdır. Bu kuramlara göre hukukun zarar doğuran eylemlerinden ötürü kişileri sorumlu tutması, ileride aynı eylemi gerçekleştirmemeleri için önlem alması demektir. Diğer bir deyişle hukuk, kişileri başkalarına zarar veren bir takım eylemlerden ötürü sorumlu tutarak caydırıcı bir işlev görür. Zira bu şekilde başka kişilerin de aynı eylemleri gerçekleştirmeyeceği kabul edilir. Böylece topluma zarar verecek eylemlerin sayısı nispeten azalır. Diğer bir deyişle haksız fiil hukuku, bir bütün olarak toplumun menfaatlerini korumayı amaçlar. Toplumun menfaatlerinin neler olduğu ise faydacı bir bakışla belirlenir, ekonomik terimlerle ifade edilir¹⁹.

Özel hukuku ekonomik analizi esas alarak gerekçelendirmeyi amaçlayan kuramlara göre hukuk mahkemelerinde görülen tazminat davalarının asıl konusu belirli bir para alacağıdır. Dolayısıyla bu davalarda uygulanan hukuk kuralları ve ilkeler, sonuçta devletin belirli koşullar altında davalılara uyguladığı para cinsinden müeyyidelerden ibarettir. Aslında hem dava sürecini başlatan, hem de dava sonucunda belirli bir müeyyideye çarptırılan veya tazminat almaya hak kazanan, dava taraflarının kendisidir. Buna karşın ekonomik analize dayanan kuramlara göre dava açısından asıl önem taşıyan, bir davranış kuralının veya bir sözleşme hükmünün veyahut da mülkiyet hakkının ihlâli ve bunun sonucunda belirli bir miktarın ödenmesidir. Davanın tarafları ise ikincil unsurlardır; davadaki konumları sadece tesadüfidir²⁰.

¹⁸ Perry, “Tort Law”, s. 58. Ayrıca Benjamin C. Zipursky, “Philosophy of Private Law”, Jules Coleman, Scott Shapiro (Eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, ss. 623-655, s. 623.

¹⁹ Perry, “Tort Law”, s. 58; Zipursky, “Philosophy of Private Law”, s. 623.

²⁰ Zipursky, “Philosophy of Private Law”, ss. 624-625.

Buna karşılık adalet merkezli kuramlar, deontolojik bir yaklaşıma sahiptir. Bu kuramlara göre kişi, eğer bir başkasını zarara uğrattıysa o kişiye karşı sorumludur ve bu sorumluluk, zarara uğrayanın maddi ve manevi bütünlüğünün bozulmasından kaynaklanır. Başkasını zarara uğratan kişi, karşısındakinin zararını gidermekle yükümlüdür. Bir kişinin zarara uğraması, aslında haklarının ihlâl edilmesi demektir. Dolayısıyla başkasını zarara uğratan kişinin sorumlu tutulması adaletin bir gereğidir²¹.

Özel hukuku adalet temelinde gerekçelendiren kuramlar, ekonomik analizi esas alan kuramları özellikle davacının konumunu görmezden gelmekle eleştirmektedir. Hâlbuki hukuk yargılaması sürecinde davacı önemli bir yere sahiptir. Davalı, sadece tazminat ödemekle yükümlü kişi değildir; davacıya karşı bir sorumluluğu da vardır. Davacı ile davalı arasındaki karşılıklı ilişki tazminata indirgenemez. Davalının sadece tazminat ödemekle yükümlü olmadığı, davacıya karşı sorumlu da olduğu gerçeği, özel hukukun caydırıcılığa başvurularak gerekçelendirilmesini engeller. Zira özel hukuk sorumluluğu, salt ekonomik terimlerle ve sonuççu bir yaklaşımla izah edilemez. Özel hukuk açısından, tazminatın kime ödeneceği sorunu da en az tazminatın nasıl belirleneceği sorunu kadar önemlidir. Hatta özel hukukun merkezinde tazminatın miktarından çok sorumluluğun kime yönelik olacağı sorunu vardır. Dolayısıyla özel hukuku ekonomik bir yaklaşımla gerekçelendirmeye çalışan kuramlar yetersizdir²².

Ekonomik analizi esas alan kuramları eleştiren özel hukuk kuramcılarının en önemlilerinden biri de Weinrib'dir²³. Dolayısıyla tam bu noktada Weinrib'in kendi özel hukuk kuramının incelenmesine geçilebilir.

21 Perry, "Tort Law", s. 58; Zipursky, "Philosophy of Private Law", s. 623.

22 Zipursky, "Philosophy of Private Law", s. 627.

23 Bu tartışma aslında daha genel bir felsefi tartışmayla yakından ilgilidir. Özel hukukun niteliği hakkındaki bu tartışma, *araçsalcılık* ile *kavramsalılık* arasındadır. *Araçsalcılığa* göre özel hukuk, bir takım toplumsal amaçların gerçekleştirilmesine hizmet eden bir araçtır. Dolayısıyla özel hukukta kullanılan kavramlar ve terimler de, sadece söz konusu bu amaçların nasıl gerçekleştirileceğini gösteren bir takım değerlendirmelerden ibarettir. Buna karşılık *kavramsalılık* özel hukukun, kendisine yabancı bu tür toplumsal amaçlarla değil, tamamen özel hukuka özgü bir takım değerlerle açıklanması gerektiğini savunur. Özel hukuka özgü bu değerler ise bir takım kavramlar ve terimlerle ifade edilir. Bu kavramlar ve terimler, özel hukukun kendine özgü kavramları ve terimleridir; yani anlamlarını yine özel hukukun kendisinden alırlar. Özel hukuk felsefesinin amacı da işte bu kavramları ve terimleri analiz etmek suretiyle özel hukukun kendine özgü doğasını ortaya çıkarmaktır. Günümüzde *kavramsalılığı* savunan özel hukuk kuramcıları arasında özellikle Ernest Weinrib ve Jules Coleman dikkat çekmektedir. Fakat Coleman'ın

II. Ernest Weinrib'in Çağdaş Özel Hukuk Kuramlarına Yönelik Eleştirileri ve Özel Hukuku Yeniden Temellendirme Girişimi

1. Weinrib'in Çağdaş Özel Hukuk Kuramlarına Yönelik Eleştirileri

Weinrib, çağdaş özel hukuk kuramlarından özellikle ikisini eleştiri konusu yapmış ve kendi yaklaşımını da bu eleştiriden hareketle oluşturmuştur. Weinrib'in eleştiri konusu yaptığı bu iki özel hukuk kuramı, ekonomik analiz yaklaşımı ile hakkaniyete dayalı yaklaşımdır²⁴.

Weinrib'e göre ekonomik analize dayalı yaklaşım, aslında günümüzün özel hukuk düşüncesine hakim olan araçsalcılığın bir uzantısıdır²⁵. Araçsalci yaklaşıma göre özel hukuk, özellikle de haksız fiil hukuku, bir takım amaçların gerçekleştirilmesine dayanır. Bu amaçlar arasında zararın telafisi, caydırıcılık, zararın yayılması, en ucuz maliyetle zarardan kaçınma veya toplum refahının artırılması yer alır. Haksız fiil hukukunun varlık sebebi bu amaçların gerçekleştirilmesi olduğundan, bu amaçlar haksız fiil hukukundan önce gelir ve bağımsızdır. Haksız fiil hukukunun normatif değeri, bu amaçların gerçekleşmesinde ne kadar verimli olduğuyla ölçülür²⁶.

Araçsalci yaklaşım, özel hukuk veya haksız fiil hukuku ile doğrudan ilgilenmez. Zira araçsalci yaklaşıma göre özel hukuk, ancak bir takım amaçları gerçekleştirip gerçekleştirmediği açısından önem taşır. Yani burada kuramsal araştırmanın konusu özel hukukun kendisi değil de gerçekleştirmeyi amaçladığı değerlerdir. Yani özel hukuk kuramı, özel hukukun kendisine yönelmez de, özel hukukun gerçekleştirmeyi amaçladığı değerlere yönelir²⁷. Bir başka deyişle özel hukukun gerçekleştirmeyi amaçladığı değerlerin gerekçelendirilmesi, özel hukukun kendisinin de izah edilmesi ve gerekçelendirilmesi anlamına gelir. Bunun dışında özel hukukun kendi kavramsal yapısı araçsalci yaklaşım açısından o kadar da önemli değildir²⁸.

Weinrib'ten farkı, formalist bir yaklaşıma sahip olmamasıdır. *Araçsalcılık ile kavramsal-cılık* arasındaki bu tartışma için bkz. Zipursky, "Philosophy of Tort Law", ss. 129-131.

24 Ernest Weinrib, "Why Legal Formalism", Robert George (Ed.), **Natural Law Theory**, Oxford, Clarendon Press, 1992, ss. 341-364, s. 342.

25 Ernest Weinrib, "Understanding Tort Law", **Valparaiso University Law Review**, Vol 23, S: 3, 1989, ss. 485-526, s. 487.

26 Weinrib, "Understanding Tort Law", s. 487.

27 Weinrib, "Understanding Tort Law", ss. 487-488.

28 Weinrib, "Understanding Tort Law", s. 488.

Weinrib'in eleştirisi konusu yaptığı diğer yaklaşım ise özel hukuku hakkaniyet kavramından hareketle izah eden yaklaşımdır. Özel hukuku hakkaniyet temelinde izah etmeye çalışan bu yaklaşım, ekonomik analiz yaklaşımından farklı olarak özel hukuku ve özellikle haksız fiil hukukunu, hakkaniyet gibi bir takım ahlâki kavram ve ilkelerin geçerli olduğu bir alan kabul eder²⁹. Weinrib, bu yaklaşıma örnek olarak George Fletcher'ın görüşlerini gösterir. Fletcher haksız fiil hukukunu, hukuka uygunluk sebeplerini temel dayanak noktası kabul eden bir bakış açısıyla açıklar. Fletcher'ın yaklaşımı davacının zararından çok davalının eylemine odaklanır; bu eylemin ahlâken sorumluluk doğurduğu koşulları belirlemeye çalışır. Buna göre eğer davalının zarar doğuran eylemi gerçekleştirmesi için haklı bir sebebi varsa, diğer bir deyişle hukuka uygunluk sebeplerinden bahsedilebiliyorsa davalının sorumluluğuna gidilemez. Burada davacının uğradığı zarar ile davalının zarar doğuran eylemi arasında bir ilişki yoktur; ikisi farklı ölçütlere göre değerlendirilir. Fletcher'ın yaklaşımına göre hukuka uygunluk sebeplerine dayanarak davalıyı sorumluluktan kurtarmak hakkaniyet gereğidir³⁰.

Yukarıda anlatılardan anlaşılacağı üzere, ekonomik analiz yaklaşımı özel hukuka ait sorumluluk kurallarını verimliliğin arttırılmasının aracı kabul ederken, hakkaniyet yaklaşımı sorumluluğu ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebeplerine hakkaniyetin bir gereği olarak başvurur. Keza ekonomik analiz yaklaşımı, özel hukuku araçsal bir bakış açısıyla ele alıp özel hukukun ve haksız fiil hukukunun ekonomik gelişmeye katkısını tespit etmeye çalışırken, hakkaniyet yaklaşımı özel hukuku tamamen ahlâki bir sorun olarak görür. Nihayet, ekonomik analiz yaklaşımı toplum bilimlerinin söylemini kullanırken, hakkaniyet yaklaşımı ahlâk kuramının kavramlarına ve ilkelerine başvurur³¹.

Weinrib günümüzün birbirine rakip bu iki özel hukuk kuramının aslında yönetsel açıdan aynı kabullere dayandığını söylemektedir. Her ne kadar özel hukuku birbirinden farklı, hatta birbirine zıt izah etseler de bu iki kuramın izah yöntemi aynıdır. Bu yöntem başlıca üç özelliğe sahiptir:

- Her iki yaklaşım da, haksız fiil faili ile mağdurunu bütünlüğe sahip tek bir hukuki ilişkinin tarafları şeklinde ele almamaktadır.

29 Weinrib, "Understanding Tort Law", s. 500.

30 Weinrib, "Understanding Tort Law", s. 500.

31 Weinrib, "Why Legal Formalism", s. 342.

- Yine her iki yaklaşım da, haksız fiil hukuku ile diğer hukuk dalları arasındaki farkı görmezden gelmektedir.
- Nihayet her iki yaklaşım da, haksız fiil hukukunun kavramsal yapısına ait unsurlara önem vermemektedir³².

Sonuç olarak bu iki özel hukuk kuramı ortak bir açıklama şeması kullanır. Bu şemaya göre davacı ile davalı arasındaki ilişkinin bütünlüğü inkâr edilir. Ekonomik analiz yaklaşımı, davacı ve davalı için farklı teşvik sebepleri öne sürmek suretiyle ikisi arasındaki ilişkinin bütünlüğünü bozarken, hakkaniyet yaklaşımı hukuka uygunluk sebepleri kavramına dayanarak sadece davalıyı dikkate almış olur.

İkinci olarak bu şema, haksız fiil ile diğer hukuk alanları arasındaki farkları görmezden gelir. Ekonomik analiz yaklaşımı, haksız fiil hukukunu vergilendirme faaliyetinin bir uzantısı olarak kabul ederken, hakkaniyet yaklaşımı hukuka uygunluk sebeplerine başvurmak suretiyle haksız fiil hukukunu, ceza hukukuna yaklaştırmaktadır. Nihayet, her iki yaklaşım da haksız fiil alanının kendine özgü kavramlarına gerekli önemi vermez. Zira ekonomik analiz yaklaşımı sebep-sonuç ilişkisini, hakkaniyet yaklaşımı ise makuliyet kavramlarını inkâr etmektedir³³.

2. Weinrib'in Özel Hukuku Yeniden Temellendirme Girişimi

Weinrib'e göre ekonomik analiz yaklaşımı ile hakkaniyet yaklaşımı bazı temel varsayımlara dayanır. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

- Hukuk, bağımsız bir disiplin değildir; ekonomi, siyaset kuramı, ahlâk kuramı gibi diğer yakın disiplinlerle birlikte, hatta bu disiplinlerin bir alt dalı şeklinde incelenmelidir.
- Hukuk ile siyaset birbirinden ayrı ve bağımsız değildir. Her birine ait ayrı bir gerekçelendirme tarzı yoktur.
- Kuşkusuz hukukun kendi kavram ve ilkeleri vardır, ama bu kavram ve ilkeler kendi başlarına bir anlam ifade etmez.
- Özel hukuk-kamu hukuku şeklinde bir ayrımından bahsedilemez. Hukukun tamamı aslında devlet otoritesinin belirli bir takım kurallar

³² Weinrib, "Why Legal Formalism", s. 342.

³³ Weinrib, "Why Legal Formalism", ss. 345-346.

aracılığıyla uygulamaya konmasıdır. Hukuk, siyasi iktidarın tercih ettiği bir takım amaçları gerçekleştiren bir araçtan fazlası değildir³⁴.

Weinrib'e göre bu dört varsayım birbiriyle ilişkilidir ve her biri diğerini destekler niteliktedir³⁵. Hukuku bu şekilde ele alan bir yaklaşım özel hukuku, kamuya ait iyilerin gerçekleştirilmesinin bir aracı konumuna indirger. Yani özel hukuku, salt özel hukuk olarak değerli kılan özellikleri görmezden gelir³⁶.

Weinrib kendisinin özel hukuk yaklaşımını, bu varsayımların eleştirisi üzerine temellendirir. Weinrib'e göre özel hukuk, dava taraflarını hiçbir aracıya başvurmaksızın dolaysız bir şekilde birbirine bağlar. Özel hukukun konusunu oluşturan hukuki uyumsuzluk, kamu hukukundakinden tamamen farklıdır. Kamu hukuku, kişileri, devlet otoritesinin belirlediği bir takım ortak amaçlar doğrultusunda, yani dolaylı bir şekilde bir araya getirir. Nitekim her iki alana ait kural oluşturma süreçleri de farklıdır. Özel hukuk normları, daha çok hakim kararları ile oluşturulurken, kamu hukuku normları yasama faaliyeti ile oluşturulur³⁷. Özel hukukun özerk bir araştırma alanı olması, konusunu oluşturan uyumsuzlukların kendine özgü bir yapı sergilemesinden kaynaklanır. Özel hukuku anlamak için, temel kavramlarını dikkate almalıyız. Özel hukukun kavramları, bir takım ortak amaçların gerçekleştirilmesi için başvurulacak araçlar değil, bir davanın taraflarını doğrudan birbirine bağlayan hukuki gereçlerdir. Dolayısıyla özel hukuk siyasi değil, hukuki bir olgudur³⁸.

Weinrib'in buradaki temel kabulü aslında özel hukukun kendisine özgü bir iç mantığının olduğu ve ancak içeriden bir bakışla kavranabileceğidir. Weinrib, bu kabulü izah etmek için hayli soyut ve kavramsal bir açıklama tarzı geliştirmiştir.

Özel hukukun ancak içeriden bir bakışla kavranabileceği kabulü iki soruyu gündeme getirir: "Özel hukuk nedir?" ve "Özel hukukun kendine

34 Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 6-7.

35 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 7.

36 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 8.

37 Bu noktada Weinrib'in öncelikle Anglo-Sakson hukuk çevresini dikkate aldığını belirtmek gerekir. Bu hukuk çevresinde özellikle özel hukuk alanında emsal karar sistemi geçerli olduğundan, hukuk oluşturma sürecinde hakim kararlarının belirli bir üstünlüğü vardır. Buna karşılık Kıta Avrupası hukuk çevresinde daha çok yazılı hukuk kuralları geçerlidir. Hakimin kural koyma yetkisi nispeten sınırlıdır.

38 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 8.

özgü bir iç mantığa sahip oluşu ne demektir?”³⁹ Weinrib önce “Özel hukuk nedir?” sorusu üzerinde durur.

Weinrib’e göre “Özel hukuk nedir?” sorusu bizim bu soruyu sormadan da bilgisine sahip olduğumuz bir şeye yöneliktir. Diğer bir deyişle böyle bir soruyu sorabilmek için tecrübe ettiğimiz bir olgunun varolması gerekir. Nitekim her hukuk öğrencisi özel hukuk diye bir olgudan haberdardır. Yani özel hukukun doğasına yönelik bir araştırma hiç de bilinmeyen bir olgu hakkında değildir; hukuk dünyasında hemen hemen herkesin aşına olduğu bir şey hakkındadır. “Özel hukuk nedir?” sorusunu cevaplamadan da biz özel hukuktan bir şekilde haberdarızdır. Fakat bu bilgimiz tam ve kesin değildir. Dolayısıyla bu sorunun cevabı, ancak zaten bildiğimiz bir olguya uygunsu geçerli bir cevaptır⁴⁰.

Özel hukuka yönelik kuramsal bir araştırmanın kalkış noktası işte bu gündelik tecrübedir. Biz, ancak bize tanıdık gelen bir şeyi anlayabiliriz. Özel hukukun ne oluşu sorusu da her birimizin, ama öncelikle hukuk uygulayıcılarının belirli bir alana ilişkin tecrübelerine yönelikse anlamlıdır⁴¹.

Hukukçuların özel hukuk şeklinde isimlendirdiği, bir takım olay türlerinden, kuramlardan, ilkelerden, kavramlardan, usuli işlemlerden vb.’inden oluşan bir bütündür. Bütün bunlar, özel hukuk düşüncemizin ayırdedici unsurlarıdır. Aralarından birinin eksikliği, özel hukukun ayrı bir hukuk dalı olarak değerlendirilmesini engeller. Kuram düzeyinde herhangi bir özel hukuk tartışması bu unsurlardan birine veya birkaçına başvurmaksızın mümkün olmaz. Aynı şekilde uygulamada da herhangi bir özel hukuk davasının çözümünde bu unsurlar temel öneme sahiptir⁴².

Hukuki tecrübenin hemen hemen her alanında karşımıza çıkan özel hukuk biri kurumsal, diğeri kavramsal iki yöne sahiptir. Kurumsal yönü itibariyle özel hukuk, davacının davalıya karşı bir girişimde bulunmasını, bir karar sürecini ve bu süreci sonlandıran bir hükmü içerir. Bu hüküm de tarafların hak ve ödevlerini, bu hak ve ödevlerin ihlâl edilmesi durumunda da belirli bir tazminatı tespit etmeye yöneliktir. Kavramsal yönü itibariyle özel hukuk, karşılıklı bir hak ve ödev ilişkisine, zarara yol açan nedenselliğe, kusur ve ihmâl arasındaki ayrıma dayanır. Hukukçular için özel hukukun bu

³⁹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 8.

⁴⁰ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 9.

⁴¹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 9.

⁴² Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 9.

iki yönü, özel hukuk hakkındaki kabullerinin şekillendiği sabit unsurları oluşturur⁴³.

Bu unsurlar kuşkusuz her zaman uyum içerisinde değildir. Hukuk kuramı veya öğretisi aralarından bazılarını tartışma konusu yapabilir. Buna karşın uygulamacı, bu tür tartışmalı bir kavramla veya kurumla karşılaştığında, içinde bulunduğu durumun istisnai olduğunu veya özel hukukun bütünü açısından bir sorun teşkil etmediğini düşünür⁴⁴.

Yukarıda belirtilen unsurlar özel hukuku tanımlamada vazgeçilmez unsurlardır. Hiçbir hukuk uygulayıcısı bu unsurlara başvurmaksızın özel hukuk alanında çalışamaz. Kısaca bu unsurlar, özel hukukun diğer hukuk dallarından ayrı ve bağımsız bir alan olarak değerlendirilebilmesi için gerekli asgari koşulları oluştururlar⁴⁵.

Diğer özel hukuk yaklaşımlarından farklı olarak Weinrib'in ortaya koyduğu bu yaklaşım, özel hukukun gerçekleştirmesi gereken bir takım amaçların neler olduğunu tespit etmeye değil, özel hukukun kendisini anlamaya yöneliktir. Bu yaklaşım, özel hukukun temel özelliklerini de açıklamayı amaçlar. Buna göre özel hukuk, belirli bir davacı ile yine belirli bir davalı arasındaki dolaysız ilişkiyi konu edinir. Özel hukukun kurumsal yönü, davacının davalı aleyhinde giriştiği dava sürecini ve sürecin sonunda verilen hükmü temel alırken, kavramsal yönü, davacının davalı aleyhinde giriştiği bu dava sürecinin konusunu oluşturan davalının davacıya zarara uğrattığı eylemi ve bu eylem ile zarar arasındaki nedenselliği açıklar⁴⁶.

Özel hukukun bu iki yönü dikkate alındığında diğer yaklaşımların, özel hukuku aydınlatmakta niçin başarısız olduğu anlaşılır. Hakim özel hukuk yaklaşımları, davalının hangi zararlı eyleminin cezalandırılacağı sorunu ile davacının uğradığı hangi zararın giderileceği sorununu ayrı ayrı ele alır. Her iki sorun da birbirinden bağımsız amaçlar çerçevesinde değerlendirilir. Bu ise davacı ile davalıyı birbirinden ayıran ve böylece ikisi arasındaki dolaysız ilişkiyi görmezden gelen bir açıklama şeklini ortaya çıkarır⁴⁷.

⁴³ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 10.

⁴⁴ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 10.

⁴⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 10.

⁴⁶ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 10.

⁴⁷ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 11.

Özel hukukun, kendisine yabancı bir takım amaçları gerçekleştirmesi gerektiği kabul edildiğinde, davacı ile davalı arasındaki dolaysız ilişkinin görmezden gelineceği açıktır. Bu ise bizim hukuk tecrübemizle uyumsuz. Zira gündelik hukuk tecrübemiz, hukuk uyumsuzluklarının tarafları arasında bu tarz bir dolaysız ilişkinin bulunduğunu kabul etmeye eğilimlidir. Dolayısıyla özel hukuku anlayabilmek için, taraflar arasında dolaysız bir ilişki bulunduğunu kabul etmemiz ve bu ilişkiyi açıklamamız gerekir⁴⁸.

Özel hukukun, kendine özgü bir iç mantığa sahip ayrı ve bağımsız bir hukuk dalı olduğu bu şekilde görüldükten sonra, “kendine özgü bir iç mantığa sahip olmak” ne demektir, bunun açıklanması gerekir.

Özel hukukun kendine özgü bir iç mantığı olması, özel hukuka içeriden bir bakışla yaklaşılması gerektiğini gösterir. Aslında özel hukukun yukarıda belirtilen karakteristik özelliklerinin belirlenmesi, kendine özgü bu iç mantığını da kavramayı sağlar. Bu ise içeriden bir bakışla özel hukuku izah etmek demektir. Özel hukukun içeriden bir bakışla izah edilmesi hem hukuki tecrübeye ortaya çıkan ayırtedici özelliklerin, hem de özel hukukun kendi iç mantığının çalışmasında görülen özellikleri anlamayı sağlar. Özel hukukun içeriden bir bakışla izah edilmesi ile araçsalıcı bakışla izah edilmesi arasındaki fark da burada ortaya çıkar. Araçsalıcı bakışa göre davacının davalı karşısındaki hakkı, davalıyı zarar doğuran davranıştan caydırmanın toplumsal bir fayda doğuracağını ispat edilmesiyle ortaya çıkar. İçeriden bakış ise bu hakkı, salt bir hak olarak kabul eder. Yani hak, davacının davalının yol açtığı zarara karşı sahip olduğu bir iddiadır⁴⁹. Bir başka deyişle hak, sadece zararın doğmasıyla ortaya çıkar ve zararın giderilmesini talep etmeyi sağlar; zararın giderilmesi veya bir daha bu tür bir zararın doğmamasının toplumsal bir fayda sağlayıp sağlamayacağı önemli değildir. Keza yine araçsalıcı yaklaşım, davalının eylemi ile bu eylem sonucunda ortaya çıkan zarar arasındaki nedenselliği, caydırıcılık veya bir başka amacın gerçekleşmesini sağlayan bir mekanizma kabul ederken, içeriden bakışa dayalı yaklaşım nedenselliği, yine nedensellik şeklinde ele alır. Buna göre nedensellik, davalının eylemi ile bu eylemin sonuçları arasındaki tek yönlü süreçtir. Standart işlevselci yaklaşım, karar sürecini bir hukuk politikası sorunu gibi görürken, içeriden bakışa dayalı yaklaşım tarafların hak ve ödevlerinin tespiti olarak kabul eder. Bu ise hukuk uygulayıcılarının bakışıyla örtüşür. Hak ve ödevlerin tespiti dışında, toplumun refah

⁴⁸ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 11.

⁴⁹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 11.

seviyesinin yükseltilmesi vb. amaçların karar verme sürecinde yeri yoktur. Yani karar verme, bir tür yasama faaliyeti değildir⁵⁰.

Özel hukuku içeriden bir bakışla izah etmek, aslında özel hukuku yine kendisinden kalkarak izah etmek demektir. Bu yaklaşıma göre özel hukuk bazı özellikler sergiler:

- Özel hukuk öncelikle hukuki uyumsuzluklar ile bu uyumsuzluklara ait çözümler arasındaki normatif bağlantıya ait gerekçelendirmelerden oluşur. Yani özel hukuk salt bir kararlar derlemesi değildir. Bir davada verilen kararın gerekçelendirilmesi, kararın doğurduğu sonuçlar kadar önemlidir.

- Özel hukuk, tutarlılığa önem verir ve bu yönde ilerler. Gelişmiş hukuk sistemlerinde özel hukuk, devlet organlarının birbiriyle alakasız, birbirinden kopuk işlem ve eylemlerinin toplamı değildir. Özel hukuk çelişkiden kaçınan, tutarsızlıkları gidermeye çalışan, kendi başına da anlamı ve değeri olan bir takım ilkelerin, kavramların ve standartların gerçekleştirildiği bir etkinliktir. Tutarlılığa verdiği önem özel hukukun kurumsal ve kavramsal özelliklerinin aslında hukuka ilişkin tek bir bakış açısının birbiriyle bağlantılı yönleri olduğunu gösterir.

- Tutarlılığı amaçlaması, özel hukukun her zaman gerçekten de tutarlı olduğu anlamına gelmez. Belirli bir dava sonucunda verilen belirli bir karar tutarlı olmayabilir. Bu karar, özel hukukun kurumsal ve kavramsal yönlerini tam anlamıyla yansıtmayabilir. Bu durumda hukuk, temyiz mekanizması gibi yine hukukun kendisine ait bir takım araçlarla kendi kendisini düzeltmeye yönelir⁵¹.

Burada özellikle üzerinde durulması gereken kavram tutarlılıktır. Özel hukuk açısından tutarlılık, bütünlüğe sahip bir yapının bütünleştirici, birleştirici unsurudur. Böyle bir yapıda bütün, parçaların toplamından fazladır. Parçalar ise ancak bütün içerisinde sahip oldukları yere nispetle anlamlıdır. Özel hukukun tutarlılığı, çeşitli unsurları arasındaki karşılıklı ilişkiden ve her bir unsurun bütün açısından oynadığı rolden hareketle kavranabilir⁵².

Özel hukukun kendine özgü iç mantığını kavramada tutarlılık iki açıdan önemlidir. Tutarlılığın önemi öncelikle özel hukukun karakteristik bir özelliği olmasından kaynaklanır. Tutarlılık, özel hukuka dışarıdan gelen bir

50 Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 11-12.

51 Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 12-13.

52 Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 13.

özellik değildir. Dolayısıyla özel hukuku kendisinden kalkarak izah etmeye çalışan her yaklaşım, tutarlılığı da izah etmelidir. Tutarlılığın diğer bir önemi ise hiçbir dış unsura başvurmayı gerektirmemesidir. Tutarlılık, bir bütünün parçaları arasındaki ilişkinin kendine özgü kavranabilirliği olduğunu gösterir. Yani özel hukuku içeriden bir bakışla izah eden bir yaklaşım, özel hukuka ait özelliklerin özel hukukun yine kendisinden hareketle incelenebileceğini kabul etmekle kalmaz, bu özellikleri, oluşturdukları bütün içerisindeki karşılıklı ilişkileri dikkate alarak izah eder⁵³.

Özel hukukun, salt kendisinden kalkılarak kavranabilecek nitelikte oluşunun bir takım sonuçları vardır:

- Bir kavrayış türü olarak özel hukuk, öncelikle bir düşünme faaliyetidir. Bu açıdan özel hukuk, bizim dışımızda ortaya çıkan bir takım düzenli olayların salt gözlemlenmesi faaliyeti değil, akli bir sürecin ürünüdür.
- Kendisinden kalkılarak kavranabilmesi özel hukukun kendi üzerine düşünmesinin bir ürünü olduğunu gösterir. Özel hukuk, uyumsuzlukları çözerken kendi kavramlarına ve ilkelerine başvurur.
- Yine kendisinden kalkılarak kavranabilmesi özel hukukun dinamik bir süreç olduğu anlamına gelir. Bu yönüyle özel hukuk öz eleştirisini de yapar ve eksikliklerini yine kendisi giderir.
- Hukukun kendi kendisini kavraması olarak özel hukuk, tek tek kişilere ait bir etkinlik değildir. Hukuk adına karar veren kişilerin kendi kişisel kararlarının üzerinde, bir bütün olarak hukuk sisteminin gerçekleşmesidir⁵⁴.

Weinrib'in içeriden bakışa dayalı özel hukuk yaklaşımı, araçsalci yaklaşımlara göre daha kapsamlıdır. Zira özel hukukun kendi kendisine yönelik kavrayışını da içerir. Bu yaklaşım ayrıca eleştireldir de. Özel hukuku, herhangi bir dış amaca göre değil de kendi iç mantığına dayalı olarak değerlendirir. Bu değerlendirme ise hukuk uygulayıcılarının özel hukuktan anladığıyla örtüşür. Son olarak bu yaklaşım, indirgemeci değildir. Üzerinde çalıştığı kavramlar ve kurumlar, hukukun yine kendi kavramları ve kurumlarıdır. Bu kavram ve kurumlar, hukuk dünyasında kendilerine verilen anlamlarıyla kullanılır. Dolayısıyla bu yaklaşım özel hukuku, kendisine

⁵³ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 13-14.

⁵⁴ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 14-16.

yabancı bir takım kavramlarla ve kurumlarla izah etmez, başka bir disiplinin alt dalı haline getirmez⁵⁵.

III. Özel Hukukun Kuramsal Çerçevesi Olarak Hukuki Formalizm

Weinrib'e göre özel hukukun kendine özgü bir iç mantığının olduğu ve bu iç mantığın nasıl işlediğini anlayabilmek için özel bir anlama etkinliğinin gerektiği, bu anlama etkinliğine en uygun kuramın ise formalizm olduğu daha önce de belirtilmişti. Dolayısıyla bundan sonra formalizmin özelliklerinin neler olduğu ve bu özelliklerin özel hukuk açısından ne tür sonuçlar doğurduğu incelenebilir.

Özel hukuku içeriden bir bakışla izah eden yaklaşıma göre özel hukuka yönelik anlama etkinliği içkin bir anlamadır. Özel hukuk, diğer hukuk dallarından ayırdedilebilmesini mümkün kılan tutarlı bir takım özelliklerden oluşur. Hukukçuların özel hukuktan anladığı da budur. Özel hukukun kuramsal çerçevesi de işte bu ayırdediciliği, tutarlılığı ve karakteristik özellikleri tek bir kuramsal bakışla, bütünsel bir şekilde ele almayı sağlar. Bu bütünselliğin temelinde hukuk ilişkisinin birleştirici yapısı yer alır. Bu birleştirici yapı ise "form"dur. Dolayısıyla özel hukuka yönelik içkin anlama etkinliği, hukuki formalizmin bir türevidir⁵⁶.

Hukuki formalizm, hukuki ilişkilerde örtülü halde bulunan birliği ve bütünlüğü açığa çıkarmayı amaçlayan bir hukuk kuramıdır. Hukuki formalizm, bu birlik ve bütünlüğü açığa çıkardığı ölçüde başarılıdır. Tutarlılık, hukuki formalizmin bu açığa çıkarma etkinliğinde başvurduğu en önemli kavramdır. Fakat bu, pozitif hukukun her zaman mutlaka tutarlı olduğu anlamına gelmez. Burada önemle belirtilmesi gereken tutarlılığın gerçekleştirilebilir bir amaç olduğu ve pozitif hukukun, tutarlılığı gerçekleştirdiği ölçüde başarılı sayılacağıdır⁵⁷.

Formalizmin izah gücü, açığa çıkardığı birlik ve bütünlük ile doğru orantılıdır. Formalizm, herhangi bir haksız fiil olayını, diğer haksız fiil olaylarından ayrı ele alıp, kavramsal açıdan bunlardan farklı olduğunu ileri sürmez. Aynı şekilde haksız fiil hukukunu da diğer hukuk dallarından bağımsız ele almaz. Formalizme göre haksız fiil hukuku sadece kendi başına tutarlı değildir, özel hukukun tamamı için bu tutarlılık geçerlidir. Bu açıdan

⁵⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 16.

⁵⁶ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 18.

⁵⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 972.

özel hukuk, hukuki biçimin ifadesidir. Biçimin birliği, hukuki ilişkiler arasında gözlemlenebilir. Bir hukuki ilişkiye ait en geniş kapsamlı birlik düşüncesi, aynı zamanda en genel gerekçelendirme örneğidir. Tutarlılığa ne kadar çok yakınlaşılmışsa hukuki ilişki o kadar iyi kavranmıştır⁵⁸.

Tutarlılık, hukuki formalizm için doğruluk ölçütüdür. Zira hukuki biçim içkin anlama ile yakından ilgilidir. Bu tür bir anlama ise kendisi dışında başka bir unsura atıf yapılmaksızın gerçekleştirilir. Aksi takdirde içkin olmaz. Bu sebeple hukuki formalizm, hukuki tutarlılığın belirli bir dış amaç için feragat edilemeyeceğini kabul eder⁵⁹.

Biçim, birlik ilkesidir. Bu birlik hukuki özelliklerin toplamında örtülü halde bulunur. Hukukun anlaşılabilirliği de bu birliğe dayanır. Hukuki biçimin anlaşılabilirliği, içerikte örtülü halde bulunduğundan anlama için başka bir ölçüte gerek yoktur. Diğer bir deyişle içkin anlama, kendi başına tatminkâr ve yeterlidir, başka bir anlama türü gereksizdir⁶⁰.

Formalizmin doğruluğunu biçim dışında hiçbir unsur kanıtlamayacağı gibi, biçimin kendi unsurları da diğerlerinden bağımsız bir şekilde ele alındığında kanıtlama faaliyetini gerçekleştiremez. Biçim, bir dizi hukuk olgusunun oluşturduğu birliği, bütünlüğü ifade ettiğinden, bu olgulardan hiçbiri, kendi başına bir öneme sahip değildir. Bu sebeple bu veya şu unsurun varlığı veya yokluğu değil de bütün bu unsurların tutarlılık içerisinde bir arada bulunması bir hukuki ilişki hakkında karar vermeyi sağlar⁶¹.

Bütün bu açıklamalar aynı zamanda formalizmin siyasetten ayrı olduğunu da gösterir. Formalizmin ilgilendiği, devlet gücünün somutlaştığı belirli bir faaliyetin tercih edilebilir olup olmadığı değil, gerekçelendirilebilir tutarlı bir bütünün parçası olup olmadığıdır. Formalizm, içeriğe ilişkin tek tek amaçlardan soyutlama yaparak, bu amaçların uygun olması gereken tutarlı birliklere ait özellikleri tespit etmeye çalışır. Kuşkusuz formalist yaklaşıma sahip bir hukukçunun da siyasi bir görüşü olabilir. Fakat sadece bir formalist niteliğiyle bu hukukçu, herhangi bir hukuki ilişkinin gerekçelendirilebilir tutarlı bir bütün oluşturup oluşturmadığını anlamaya çalışmalıdır. Siyasetin meşruluk sorununu tartışmaksızın, siyasi kararların

58 Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, s. 972.

59 Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, s. 972.

60 Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, s. 973.

61 Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, s. 973.

kendisinde örtülü gerekçelendirilebilir tutarlılık kavramını ortaya çıkarmakla uğraşmalıdır⁶².

Yukarıda da belirtildiği gibi biçim bir birlik ilkesidir ve bu ilke de bir bütünlüğü ifade eder. Bu bütünlüğü kavramak, kendisini oluşturan parçaların toplamını kavramaktan fazlasını gerektirir. Bu şu anlama gelir ki bir hukuki biçimi oluşturan parçalar, hep birlikte tek bir fikrin ifadesidir. Dolayısıyla bir biçimin mevcut unsurları arasına yeni bir unsurun katılması ancak bu unsurun kendi bağımsızlığını kaybederek, biçimin oluşturduğu bütünlüğün içerisinde erimesi ile gerçekleşir. Bir biçim mümkün mertebe en fazla sayıda hukuki ilişkiyi kapsamaya eğilimli olduğundan, bu ilişkiler tamamen rastlantısal bir şekilde bir araya gelmemelidirler. Ait oldukları biçimin birleştirici ilkesine uygun bir şekilde bir bütün oluşturmalıdır. Bu ise çeşitli hukuki ilişkilerin aralarındaki ortak nitelikleri açığa çıkaracak ve böylece tek bir biçim altında sınıflandırılabilmelerini mümkün kılacak bir soyutlama işlemini gerektirir⁶³.

Formalizmin en geniş kapsamlı bütünlüklere ulaşma çabası, soyutlama eğiliminin en bariz ifadesidir. Soyutlama ise hukuki düşünmenin en önemli unsurlarından biridir. Her ne kadar bir hukuki ilişkinin ortaya çıkmasında rol oynayan etmenler somut ve tekil olsa da hukukçular bu etmenleri hukuki kategoriler altında inceler. Hukuki kategoriler ise somut olayın tekilliğini aşar; daha soyut bir düzeye aittirler. Diğer bir deyişle tekil hadiseler, ancak kategoriler altına sokulabildiğinde anlamlı olur. Herhangi bir olgunun hukuken önem taşıması, tekil hadiselerin toplamına dahil olmasından değil, diğer hukuki kategorilerle bir araya gelebilecek bir kategoriye sokulabilecek nitelikte olmasından kaynaklanır⁶⁴.

Hukuki düşünme, tekil hadiseleri soyutlamalar oluşturacak unsurlar şeklinde kabul eder. Hukuki formalizm ise bu soyutlamayı daha da ilerletir ve hukuki ilişkilere dair en soyut kavramalara ulaşmayı amaçlamak için kullanır. Bu kavramlar, hukuki ilişkilere bu niteliğini veren bütünlüklerin en geniş kapsamlı ifadesidir. Hukukun içeriği de ancak sözü geçen bu soyut biçimlere uygun olduğunda anlaşılabilir niteliğe sahiptir⁶⁵.

Hukuki formalizmin, hukuki ilişkilerin gerekçelendirilmesinde başvurduğu en soyut ve en kapsamlı kategoriler adalet biçimleridir.

⁶² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", ss. 973-974.

⁶³ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 976.

⁶⁴ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 976.

⁶⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 976.

Dolayısıyla makalenin bundan sonaki bölümünde hukuki formalizmin özel hukuku izah ederken başvurduğu bu adalet biçimleri ele alınacaktır.

1. Hukuki Formalizm ve Adalet Biçimleri

Hukuki ilişkiler, ilişki içerisinde yer alanların birbirinden farklı menfaatlere sahip olmasıyla ayırddedilir. Bu ilişkiler iki farklı biçim altında tutarlı olur. En soyut ve en kapsamlı formüllerle izah edilen bu iki biçim, denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalettir. Bu anlamda adalet, içeriğe dair bir ilkeye veya ideale işaret etmez. Bir adalet biçimi, gerekçelendirici bir yapı oluşturur. İçeriğe dair ilkeler, ancak bu yapıya uygun ise tutarlı kabul edilir⁶⁶.

Weinrib, hukuki ilişkilere dair en soyut ve en kapsamlı gerekçelendirici yapılar için Aristoteles'e başvurur. Zira bu tür yapılardan olan denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet kavramlarını ilk kez ayrıntılı bir şekilde araştıran Aristoteles olmuştur. Weinrib, Aristoteles'in adalet hakkındaki görüşlerinin, kendi formalist yaklaşımını açıklamada hayli faydalı olacağını düşünmektedir.

Weinrib'e göre Aristoteles'in hukuk düşüncesine en büyük katkısı, hukuki ilişkilerde örtülü bir hâlde bulunan kavramsal yapılara dikkat çekmesidir. Hukuk kuralları, ancak bu yapıların sergilediği akliliğe uygunluğu ölçüsünde anlaşılabilir niteliktedir. Aristoteles'e göre bu yapılar adalet biçimleridir. Dolayısıyla Weinrib'e göre Aristoteles'in bu konudaki açıklamalarının önemi, formalist düşünme ve anlama faaliyetinin gerçekleştirildiği biçimleri nihai bir şekilde tespit etmesidir⁶⁷.

Her ne kadar Aristoteles kendi döneminin hukuk sistemine bakarak bu sonuca varmışsa da elde ettiği adalet biçimleri o kadar soyut ve kapsamlıdır ki herhangi bir hukuk sistemine uygulanabilir. Aristoteles, kişiler arasındaki ilişkiler için geçerli en soyut açıklamayı yapmıştır. Bu soyutlamalar, hukukun içeriğinde örtülü bir hâlde bulunduğundan, belirli bir hukuk sistemine bakılmaksızın keşfedilemezler. Fakat bir kere ortaya çıkarılıp açıklandığında, hukuki ilişkilerin tutarlılığını genel olarak izah etmek için kullanılan kategoriler hâline gelirler. Soyut ve biçimsel nitelikteki bu kategoriler sadece gelişmiş bir hukuk sistemine içkin değildir, aynı zamanda bir hukuk sisteminin gelişmişliğinin de ölçütüdür⁶⁸.

⁶⁶ Weinrib, "Why Legal Formalism", ss. 353-354.

⁶⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 977.

⁶⁸ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 977.

Aristoteles, ayrıca bugün bizim özel hukuk ismini verdiğimiz hukuk alanının kendine özgü bir yapısı olduğunu fark eden ilk filozoftur. Aristoteles'in yaşadığı dönemde bir kişinin, kendisine zarar veren bir başka kişiyi, bu zararı karşılamaya zorlaması bilinen ve kabul edilen bir olgudur kuşkusuz. Fakat bu tür bir ilişkinin, yani zarar veren ile zarar gören arasındaki ilişkinin ayırdedici özelliklerini, yani iki taraflılık, zarar görenin iddialarının geçerli olabilmesi için gerekli koşullar ve söz konusu uyuşmazlığın mahkeme tarafından hükme bağlanması gibi unsurları tek tek tespit eden ilk kez Aristoteles olmuştur. Böylece bizim bugün özel hukuk dediğimiz hukuk alanının sınırlarını da çizmiştir⁶⁹.

Aristoteles özel hukuk alanının sınırlarını tespit ederken denkleştirici ve dağıtıcı adalet kavramlarına dayanır. Aristoteles'in adalet anlayışının en dikkate değer özelliği, denkleştirici ve dağıtıcı adaleti farklı matematik işlemleri olarak göstermesidir. Adalet, Eski Yunanca'da hem hakkaniyet, hem de eşitlik anlamına gelen *to ison*'un gerçekleştirilmesidir. Aristoteles'te hakkaniyet⁷⁰ normatif bir kavramdır ve bu niteliğiyle bir matematik terimi olan eşitlikten ayrı düşünülemez⁷¹.

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*'in adalete ayrılmış bölümüne, adaletin nasıl bir erdem olduğunu araştırmakla başlar. Fakat burada bir zorluk vardır: Adalet, bir erdem olmakla birlikte diğer erdemlerden farklıdır. Diğer erdemler, erdemli bir kişinin sahip olduğu karakter üstünlükleridir. Bu sebeple kişinin kendisiyle ilgilidirler, yani içe dönüktürler. Buna karşılık adalet, kişinin kendisiyle değil, başkasıyla ilişkilerini ilgilendirir. En az iki

⁶⁹ Ernest Weinrib, "Corrective Justice", *Iowa Law Review*, Vol. 77, 1991-1992, ss. 403-425, s. 403; Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 56.

⁷⁰ Buradaki anlamıyla hakkaniyet, herkese hak ettiğini vermek demektir. Yoksa somut olay adaleti anlamına gelmemektedir. Diğer bir deyişle bir adalet türü değil, adaletin gerçekleşmesidir. Adaletin farklı anlamları ve adalet türleri için bkz. Sercan Gürler, *Ahlâk ve Adalet*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, ss. 65-75.

⁷¹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 404. Aristoteles'in, denkleştirici ve dağıtıcı adaleti bir matematik terimi olan eşitliğe dayandırması, genel etik yaklaşımının doğal bir sonucudur. Bilindiği üzere Aristoteles için etik, karakter üstünlükleri olarak düşünülen erdemlerle ilgilidir. Nasıl ki mükemmel bir çalışmaya hiçbir şey tam anlamıyla eklenemez ve ondan çıkarılamazsa, mükemmel karakter de ne fazlalık ne de eksiklik içerir. Aristoteles, erdemleri orta durumlar olarak analiz eder. Bu orta durumlar, onlara nispetle eksiklik ve aşırılık olan kusurlar arasında yer alan orta durumlardır. Örneğin cesaret, bir eksiklik olan korkaklık ile bir aşırılık olan gözü peklik arasında yer alır. Benzer şekilde, ölçülü olma, sefih olma ile hissiz olma; cömertlik, müsriflik ile cimrilik arasında; nezaket, öfkeli olma ile kayıtsız olma; espiritüellik, maskaralık ile kabalık vb. arasında yer alır. Bkz. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, çev. Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınevi, 1998, 1106a15-1107a25, ss. 30-33; Weinrib, "Corrective Justice", ss. 404-405.

kişi arasındaki ilişkiyi gösterir; bir karşılaştırma, ölçme işlevi görür. Diğer bir deyişle dışa dönüktür. Kişinin kendi ahlâki özelliklerini geliştirmeyi değil, başkalarıyla ilişkilerini iyileştirmeyi amaçlar. Buna karşın adaletin de aslında bir karakter özelliği olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda adalet, söz konusu karakter özelliğinin gerçekleştirilmesi sonucunda başkasını da etkiler. Dolayısıyla kişiler arası ilişkiler açısından bakıldığında erdemler, adaletin alanına girer. Bu anlamda adalet, başkasına karşı belirli bir tarzda davranmaktır. Fakat yine de bir erdemdir. Aristoteles adaletin bu türüyle ilgilenmemektedir. Zira adalet, sadece bir karakter özelliğinin dışa yansıyan sonuçlarıyla ilgili değildir. Adaletin başkası ile ilişkileri ilgilendirmesi, özellikle kişilerin sahip oldukları şeyler hakkındaki uyumsuzluklarda önem kazanır. Kişinin hak ettiğinden daha fazlasına veya daha azına sahip olması adaletsizliktir ve bu adaletsizlik, bir karakter kusuru olan adaletsizlikten farklıdır. Kişinin hak ettiğinden yoksun olması, bir karakter kusuru değil, bir haksızlıktır⁷².

Karakter kusurları hakkındaki eksiklik ve aşırılık yargıları ile adil olmayan mal-mülk hakkındaki eksiklik ve aşırılık yargıları birbirinden farklıdır. Karakter kusurları hakkındaki yargılar, tek bir kişinin sahip olduğu gerçek nitelikleri ile sahip olması gereken ideal niteliklerini karşılaştırır. Örneğin gözü pek bir kişi, şayet uygun ölçüde sergilenirse o kişiyi cesur kılacak bir duygunun gereğinden fazlasını ve korkak bir kişi de gereğinden azını sergiler. Buna karşılık, mal-mülkte aşırılık veya eksiklik kişiler arasındır. Herhangi bir kişinin mal ve mülkü, ancak diğer bir kişinin mal ve mülküne nispetle “aşırı” olarak isimlendirilir. Karakter kusurunun aşırılık veya eksiklik şeklinde belirlenimi, karaktere ait bir orta olma hâliyle kıyaslanarak tespit edilirken, adil olmayan bir mal veya mülkün aşırılık veya eksiklik şeklinde belirlenimi, başkalarının mal ve mülkü veya eylemlerine göre tespit edilir⁷³.

Bir kişinin mal ve mülk miktarının, başkalarının mal ve mülk veya eylemlerine göre belirlendiği sonucuna ulaşmak için Aristoteles, eşitliği mal ve mülk adaletinin orta hâli olarak tanımlar. Eşitlik, bir taraftan ilişkiye dair bir kavramdır. Zira bir şey kendisine değil başka bir şeye eşittir. Diğer taraftan, eşitlik bir ortadır. Zira, başkasıyla kıyaslandığında sahiplikte adil olmayan bir aşırılık ile adil olmayan bir eksiklik arasında yer alır. Böylece

⁷² Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, 1129a, 1130a4-1130a14, ss. 88, 91. Ayrıca bkz. Weinrib, “Corrective Justice”, ss. 405-406.

⁷³ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 406.

eşitlik, mal ve mülk adaletinin başkasına yönelik oluşu açısından uygulanabilir bir orta olarak iş görür⁷⁴.

Bu şekilde Aristoteles her ne kadar hem mal ve mülk adaletini, hem de erdemle bir arada bulunan adaleti başkasına yönelik kabul etse de, bu ikisini birbirinden ayırır. Erdemle bir arada bulunan adalette eşitliğin hiçbir rolü yoktur. Harici bakış açısı sadece bir erdeme dönüktür. Bu erdem tek bir kişi bakımından anlaşılabilir niteliktedir. Aksine, mal ve mülk adaletinde eşitlik tanımlayıcı özelliktir. Çünkü mal ve mülk adaleti, özü gereği başkasına yöneliktir⁷⁵.

Aristoteles'in mal ve mülk adaletine ilişkin izahatı üç düşünceyi bağdaştırır: adalet, eşitlik ve orta. Aristoteles bu üç düşünceyi şu ifadesinde bir araya getirir: "... adalet, bir orta olmalı, eşit ve nispi olmalı (yani sadece belirli kişilerle ilgili olmalı); adalet, *orta* sıfatıyla daha çok ile daha az arasında yer alır; *eşitlik* sıfatıyla iki şeyi birbirine bağlar; *adil olan* sıfatıyla da belirli kişiler açısından sonuç doğurur."⁷⁶ Bu üçlünün son üyesi adalet alanını tayin eder: Adalet başkasına yönelik olduğu için adil olan, tek olarak düşünülen bir kişiden çok, kişiler arasındaki ilişkiye uygulanır. Bu üçlünün orta üyesi, adalet alanını düzenleyen biçim ilkesini özetler: Eşitlik, başkasıyla karşılaştırıldığında kişinin daha fazlasına mı, daha azına mı sahip olduğunu belirleyen temel ölçütü gösterir. Üçlünün ilk üyesi adaleti adaletsizlikten ayırır: Adalet, adaletsiz olan şeyler arasındaki ortadır. Buradaki adaletsizlik, kişinin eşit payından fazlasına veya azına sahip olmasını içerir⁷⁷.

Aristoteles'in mal ve mülk adaleti ile eşitliği özdeşleştirmesi, herkesin mal ve mülkünün miktar veya değerinde aynı olması gerektiğini göstermez. Aristoteles'in anlatmak istediği şey biçimseldir. Eşitlik gibi mal ve mülk adaleti de, birbirinden ayrı varlıklar arasındaki ilişkiyi düzenler; yine eşitlik gibi, aşırılık veya yetersizlik sebebiyle bozulur. Her adil düzenlemede tarafların eşit olduğunu iddia ederken Aristoteles, malların herhangi bir özel düzenlenme biçiminden veya herhangi bir özel eşitlik ölçütünden bahsetmez.

⁷⁴ Weinrib, "Corrective Justice", s. 406.

⁷⁵ Weinrib, "Corrective Justice", ss. 406-407.

⁷⁶ Aristotle, **The Nicomachean Ethics**, çev. J.A.K. Thomson, Londra, Penguin Books, 1953, 1131a17-1131a18, s. 177.

⁷⁷ Weinrib, "Corrective Justice", s. 407.

Eşitlik, sadece adaletsizliğin zarar verdiği normun ne olduğunu göstermenin bir yoludur⁷⁸.

Eşitlik düşüncesi Aristoteles’e mal ve mülk adaletini matematik işlemi olarak tarif etme imkânı verir. Adalet mal ve mülk için, eşitliğin matematik terimleri için gördüğü işlevi görür. Matematikte eşitlik, bir eşitlik işaretini aracılığıyla, bir terim ile diğer bir terim arasında bağlantı kurar. Bununla birlikte eşitlik işaretinin her iki tarafında yer alan terimlerin özel olarak nasıl düzenleneceği, hangi matematik işleminin yapıldığına göre değişir. Tıpkı farklı matematik işlemlerinin, çeşitli unsurları farklı yollarla bir araya getirmesi gibi, mal ve mülk adaleti de kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemenin farklı yollarına sahiptir. Aristoteles bu farklı düzenleme tarzlarına adalet “biçimleri”⁷⁹ demektedir.

Mal ve mülk adaleti birbirine zıt iki biçim varsayar: dağıtıcı adalet ve denkleştirici adalet. Bu adalet biçimlerinin her biri, mal ve mülkü farklı bir matematik işlemiyle düzenler. Adaletsizlik, bu matematik işlemlerinden biri veya diğeri aracılığıyla eşit bölüşüm hakkından fazlasına veya azına sahip olmayı içerir⁸⁰.

Dağıtıcı adalet, oranların eşitliğini içerir ve geometriktir⁸¹. Buna karşılık denkleştirici adalet miktarların eşitliğine önem verir ve aritmetiktir⁸². Denkleştirici adalet haklı olarak birisine ait fakat şimdi haksız olarak başkası tarafından sahiplenilmiş ve dolayısıyla gerçek sahibine geri verilmesi gereken şey ne ise onu gösteren miktara odaklanır. Denkleştirici adalet, nicel eşitliği iki yolla sağlar. İlk olarak, taraflardan biri diğerine ait olan şeye sahip olduğu için, failin kazancı mağdurun kaybına eşittir. İkinci olarak, tarafların, hukuka aykırı fiil işlenmeseydi sahip olacakları şey, hukuka aykırı fiil işlendikten sonraki kazanç ve kaybın hesaplanmasında başvurulacak temel ölçütü verir. Söz konusu ölçüt, bu adalet biçimi için orta olan eşitlik şeklinde

⁷⁸ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 407.

⁷⁹ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, 1130b30-1130b31, s. 93. *Nikomakhos’a Etik*’in Türkçe çevirisinde adalet “türleri” ifadesi geçmektedir. Fakat makalenin konusuyla ilgili olduğundan ve Weinrib’in kendisinin kullandığı kelime olması bakımından adalet “biçimleri” ifadesi tercih edilmiştir. Bkz. Weinrib, “Corrective Justice”, s. 407.

⁸⁰ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 407. Dağıtıcı adalet ve denkleştirici adalet kavramları için ayrıca bkz. Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, ss. 38-40.

⁸¹ Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, 1131b13, s. 95; Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 38.

⁸² Aristoteles, *Nikomakhos’a Etik*, 1132a30, s. 97; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 39.

iş görür. Tabii ki bu eşitlik kavramsal bir eşitliktir. Eşitlik, kişilerin kendilerine ait olana sahip olmalarına dayanır. Taraflar eşit miktarda mal ve mülke sahip değildirlir. Sahip oldukları ne ise onların sahibi olmak bakımından eşittirler. Bu eşitlik bir orta olma durumudur. Zira taraflar, kendilerinin olandan ne daha fazlasına, ne de daha azına sahiptirler⁸³.

Nicel eşitliğin bu iki yönü birbiriyle bağlantılıdır. Denkleştirici adalette kazanç ve kaybın nicel eşitliği, bu ikisinin aynı anda ortadan kaldırılması için temel oluşturur. Bununla birlikte, ortadan kaldırma eylemi eşitliği belirli bir anlamda haklı çıkarmasaydı, bu nicel eşitlik üzerinde durmamızın hiçbir anlamı olmazdı. Zira mal ve mülklerin başlangıçtaki düzeni sadece bir eşitsizlik oluşturuyorsa, bir tarafın sonradan elde ettiği kazanç, başlangıçtaki eşitsizliği azaltacak derecede diğerinin aleyhine ise bu, kendi başına adildir. Dolayısıyla denkleştirici adalette kazanç ve kaybın eşitliğine verilen önem, ilk hâliyle mal ve mülklerin kavram anlamında eşit olduğunu varsayar. Söz konusu kazanç ve kayıpların ortadan kaldırılması da, bu ilk eşitliği doğrular⁸⁴.

İki adalet biçimini tanıtırken Aristoteles, dağıtıcı adaletin “dağıtımlarda”, denkleştirici adaletin ise “muamelelerde” ortaya çıktığını söyler⁸⁵. “Dağıtımlar” ve “muameleler”, iki adalet biçiminin bütün özel görünümüne işaret eden genel terimlerdir. Bir muamele, denkleştirici adaletle uygun olarak düzenlenmiş bir etkileşimdir. Benzer şekilde bir dağıtım, dağıtıcı adaletin yapısına sahip bir düzenlemedir. Dağıtıcı ve denkleştirici adalet, dağıtımlarda ve muamelelerde, bu düzenlemelerin kendi bünyesinde örtülü bulunan düzenleme tarzlarıdır⁸⁶.

Dağıtıcı adalet, nimet ve külfetleri belirli bir ölçüte göre bölüştürür. Bir dağıtıcı adalet uygulaması üç unsurdan oluşur: bölüştürülen nimet ve külfetler, bölüşümün aralarında gerçekleştiği kişiler ve bölüşümün kendisine göre yapıldığı ölçüt. Bu ölçüt, belirli bir dağıtım için tarafların karşılıklı liyakatini belirler. Belirli bir tarafın, dağıtım ölçütüne göre liyakati büyük olduğu ölçüde, dağıtılan şeydeki payı da fazla olur. Bu sebeple dağıtıcı adalet bir matematik işlemine tekabül eder. Bu işlemde, bir eşit oranlar

⁸³ Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, 1132a28-1132a29, s. 97. Ayrıca bkz. Weinrib, “Corrective Justice”, s. 408.

⁸⁴ Weinrib, “Corrective Justice”, ss. 408-409.

⁸⁵ Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, 1130b30-1131a1, 1131b25-1131b31, ss. 93, 96. Türkçe çeviride kullanılan “alış veriş” kelimesinin yerine makalenin diğer kısımlarına uyumlu olması açısından “muamele” kelimesi tercih edilmiştir.

⁸⁶ Weinrib, “Corrective Justice”, ss. 407-408.

dizisi, karşılıklı paylar ile karşılıklı liyakati aynı sıraya koyar⁸⁷. Aristoteles bu işlemi aşağıdaki alıntıda açıklamaktadır. Burada *A* ile *B* dağıtımın taraflarını, *c* ile *d* karşılıklı paylarını temsil etmektedir:

Sonuç olarak adalet bir orantı türüdür; zira orantı soyut birimlerden oluşan sayıların değil, genel anlamda sayının bir niteliğidir; orantı, oranların eşitliğidir ve en az dört terim içerir. Adil olan da en az dört terim içerir ve iki şeyin terimleri arasındaki oran, diğer iki şeyin terimleri arasındaki orana eşittir. Zira kişiler ve şeyler benzer şekilde dağılmıştır. Dolayısıyla, $A:B = c:d$ ve değişik bir ifadeyle $A:c = B:d$... Sonuç olarak, *A* teriminin [kişi] *c* terimi [pay] ile kombinasyonu ve *B* teriminin [kişi] *d* terimi [pay] ile kombinasyonu adildir⁸⁸.

Denkleştirici adaletin ihlâli, bir tarafın diğeri zararına kazanç sağlamasını içerir. İlk eşitliğin orta olmasıyla karşılaştırıldığında fail daha fazlasına, mağdur ise daha azına sahiptir. Fail, mağdurun kaybettiği oranda kazanmıştır. Dolayısıyla, sadece failin kazandıklarını geri almakla (Bu durum mağduru yine de yoksun bırakır.) veya mağdurun kaybını karşılamakla (Bu ise faili yine de fazlaya sahip kılar.) eşitlik sağlanmaz. Bilâkis denkleştirici adalet, failin, mağdur için, kendisinin mağdur zararına elde ettiği zenginliğe karşılık gelen miktarda onarım yapmasını gerektirir⁸⁹.

Özel hukuk bağlamında denkleştirici adalet, zararın karşılanması, yani bir kişiden diğere belirli bir miktar para transfer edilmesi ile ilgilidir. Zararın karşılığı, aynı zamanda mağdurun gördüğü zararın ve davalının hukuka aykırı hareketinin nicelleştirilmesidir. Dolayısıyla hukuka aykırı fiilin eylem unsuru ile eylemin sonucunda karşı tarafa verilen zararın bir araya gelmesidir. Hukuka aykırı bu eylem ve eylemin yol açtığı zararın karşılanması, belirli bir aktiflik ile pasiflik arasındaki bağa işaret eder. Bu bağ aracılığıyla davacı ile davalı birbirlerine bağlı olarak tanımlanır.

Özel hukukun kendine özgü bu yapısı, özel hukuk ilişkilerinin iki taraflılığına uygun tutarlılığın en soyut şeklidir. Haksız fiil sahibi ile mağdur arasındaki bağlaşıklık ilişkisi gösterdiği gibi, davalının bir başkasına zarar vermeme yükümlülüğü ile bu tür bir zarara maruz kalmama hakkı arasındaki bağlaşıklık da gösterir. Davacı ile davalı arasındaki dava sürecinden zarar

⁸⁷ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 408.

⁸⁸ Aristotle, **The Nicomachean Ethics**, 1131a29-1131b10, s. 178.

⁸⁹ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 409.

veren ile zarara uğrayan arasındaki bağı anlatan öğretilere kadar özel hukuka ait bütün iki taraflı ilişkiler, bu soyut tutarlılığa uygundur⁹⁰.

Dağıtıcı adalet ise tarafları zarar veren ve zarara uğrayan şeklinde değil de nimetler ve külfetler bakımından değerlendirir. Burada hukukun amacı, nimetleri ve külfetleri belirli bir ölçüte göre bölüştürmektir. Taraflar arasındaki ilişki, taraflardan birinin diğerine zarar vermesi ile oluşmaz; nimetler ve külfetlerin doğasından ve belirli bir ölçüte göre bölüştürülmesi sonucu ortaya çıkan hak etme ve sorumluluk durumlarından kaynaklanır⁹¹.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, hukukun konusunu oluşturan kişiler arasındaki ilişkilerin anlaşılmasının iki farklı yoludur. Fakat Weinrib'e göre Aristoteles'in bu adalet türlerine yaklaşımı, çağdaş yaklaşımlardan farklıdır. Aristoteles bu iki adalet türünü tamamen biçimsel kabul eder. Yani denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet bir amaç veya en üstün gaye değildir. Hukuka atfedilen bir nihai amacın, iç tutarlılığa sahip olabilmesi için uyması gereken en genel kavramsal yapıları sunarlar. Nitekim denkleştirici adalette taraflar arasındaki ilişki, hukuka aykırı bir fiil işleyen ile bu fiilden zarar gören arasındaki dolaysız ilişkidir. Bu ilişkinin, sözleşme, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme şeklinde ortaya çıkması önemli değildir. Buna karşılık dağıtıcı adalette taraflar arasındaki ilişki, bir dağıtım şeması tarafından düzenlenir. Her bir hak ediş, dağıtımdan faydalananlar arasındaki dolaysız ilişkiye göre değil, dağıtım ölçütüne göre belirlenir. Dağıtım, Nozick'in ifadesiyle "kalıplar" içerisinde gerçekleşir ve gerekçelendirme, "herkesten ... göre" şeklindedir. Dolayısıyla denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, taraflar arasındaki dolaysız ve dolaylı ilişkileri temsil eder⁹².

Bu iki adalet biçimi, kategorik olarak birbirinden farklıdır. Bu farklılık, her birine ait farklı eşitlik anlayışlarına bakılarak daha iyi anlaşılır. Denkleştirici adalet, tarafların tikel niteliklerini aşacak şekilde işler. Zira bu nitelikler hukuka aykırı fiili işleyen ile bu fiilden zarar gören arasındaki ilişkinin anlaşılabilmesi için gerekli asli nitelikler değildir. Toplumsal statüleri, refah seviyeleri veya kişilikleri ne olursa olsun, sonuçta her iki taraf da ilişkinin eşit tarafı konumundadır. Bu eşitlik, ilişkiye içkin aklılığı temsil eder. Bu bağlamda hukuka aykırı fiil ise taraflardan birinin bu eşitliği, diğer tarafın aleyhine bozması şeklinde kavramsallaştırılır.

⁹⁰ Weinrib, **The Idea of Private Law**, ss. 56-57; Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 978.

⁹¹ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 979.

⁹² Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", ss. 979-980.

Denkleştirici adalet herhangi bir resmi uyuşmazlık çözme türlerinden biri değildir. Mahkemenin kararı, taraflar arasındaki ilişkide zaten saklı olanın ortaya çıkarılmasıdır. Bu ilişkiye dahil olmak ve kendi normatif gücünü devreye sokmakla mahkeme, aslında hükmünün konusunu teşkil eden ilişkinin gerekçelendirme faaliyetinin bir parçası haline gelir. Mahkemenin işlevi, başlangıçtaki eşitliği tekrar sağlamaktır. Bunu da belirli bir miktarı tarafların birinden alıp diğerine vermekle gerçekleştirir. Bu miktar ise taraflar arasındaki ilişkinin kendi mantığından ayrılmayı temsil eder; davacının kaybı ile davalının kazancına denk gelir. Standart bir tazminat davasında davacının kaybı ile davalının kazancı birbirine eşittir. Denkleştirici adalet, belirli bir miktarı tarafların birinden diğerine transfer etmek suretiyle taraflar arasında başta geçerli olan eşitliği tekrar sağlar. Böylece söz konusu ilişkinin sadece iki taraf arasında gerçekleştiğini, bir başka kişinin katılımının geçersiz olduğunu doğrular. Hem taraflardan birinin gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiili, hem de bu fiilin doğurduğu sonuçların giderilmesine hükmeden yargı kararını kapsadığından denkleştirici adalet, özel hukukta davacı ile davalı arasında hüküm verme işlemini yansıtır⁹³.

Buna karşılık dağıtım işlemi, belirli bir miktarın transferi ile değil, belirli bir oranın tespiti ile ilgilidir. Dağıtıcı adaletin üç unsuru vardır: dağıtımın konusunu oluşturan nimet ve külfetler, bu nimet ve külfetlerin dağıtılacağı kişiler ve nihayet dağıtımın neye göre yapılacağını belirleyen bir ölçüt. Dağıtımdan faydalanacak kişilerin ait olduğu sınıf ile dağıtımın konusu kavramsal olarak birbirinden ayrıdır. Dağıtımdan faydalanacakların ait olduğu sınıfın her bir üyesinin, dağıtılacak şeylerde ne kadar pay sahibi olacağı, dağıtım ölçütüne göre belirlenir. Böylece her bir üye, bu ölçüte itibarla eşit konumdadır. Bu üç unsurun birarada oluşu belirli bir orantı oluşturduğundan, katılımcı sayısında herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Ne kadar çok katılımcı varsa, paylar o kadar küçük olacaktır. Tersine, ne kadar az katılımcı varsa paylar o kadar büyük olacaktır. Dağıtıcı adaletin bu orantılı yapısı, denkleştirici adaletten farklıdır. Zira denkleştirici adalette, başlangıçtaki eşitliği tekrar kuran miktarın belirlenmesi, sadece iki tarafı gerektirir. Daha fazla sayıda taraf uygun değildir, zira transfer edilecek miktar, ikiden fazla taraf arasında bir eşitlik kuramaz. Keza daha az sayıda taraf da uygun değildir. Şayet sadece bir taraf varsa herhangi bir ilişkiden, dolayısıyla da herhangi bir denkleştirmeden bahsedilemez⁹⁴.

⁹³ Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, ss. 980-981.

⁹⁴ Weinrib, “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law”, s. 981.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, hukuki muamelelere ve dağıtımlara içkin biçimlerdir. Kişiler arası ilişkilere ait kalıplar olarak hukuki muamelelerde ve dağıtımlarda örtülü hâlde bulunan akliliği gösterirler; bu düzenlemelerin uyması gereken dışsal amaçlara başvurmazlar. Bu kalıplardan her biri, ait olduğu ilişki tipinin kendine özgü tutarlılık şeklini yansıtır. Denkleştirici adalet, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren ile bundan zarar gören arasındaki ilişkiyi bir bütünlük kabul eder. Bu bütünlüğün hukuki ifadesi, davalının dava sonucunda başarılı olan davacıya bir miktar ödemede bulunmasıdır. Dağıtıcı adalet ise dağıtımı bir bütünlük kabul eder. Bu bütünlük dağıtılacak nimet ve külfetleri, dağıtımdan faydalanacakları ve dağıtımın neye göre yapılacağını gösteren ölçütü bir araya getirir. Hukuk, insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen bir sistem olarak muameleleri ve dağıtımları her birine ait kendi akliliklerine uygun olacak şekilde düzenler. Bu yüzden hukukun içeriği de adalet türlerinin uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini gerektirir. Herhangi bir hukuki içerik, bir adalet biçimine uygun olduğu ölçüde kavranabilir niteliktedir. Özel hukuk uyuşmazlıklarının yargı yoluyla çözümü denkleştirici adaletin, yasama ve yürütme faaliyetleri ise dağıtıcı adaletin gerçekleşme yoludur⁹⁵.

Bu durum söz konusu hukuk dallarına ait pozitif düzenlemelerin her zaman adil olacağı anlamına gelmez. Söz konusu hukuk dallarının içeriden kavranabilmesi, ancak kişiler arasındaki ilişkilere uygulanacak kategorilerin kavramsal yapıları aracılığıyla mümkün olur. Adalet türlerinin amacı ve eleştirel yönü, biçimsel oluşlarından kaynaklanır. Hukuki ilişkileri kendi iç yapılarına bakarak izah etmeye yarayan kalıplar olduklarından adalet türleri, hukuki ilişkileri yine kendi iç yapılarından hareketle eleştirebilme imkânı sunar. Üstelik bu eleştiri imkânı hukuk açısından kesindir; zira farklı bakış açılarına göre değişmez, yani sabittir⁹⁶.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, hukuki ilişkilerin birbirine indirgenemez tutarlı şemalarını verdiğiinden, tek bir hukuki ilişkiye her ikisi de aynı anda uygulanamaz. Aksi takdirde her ikisi de diğerinin gerekçelendirici gücünü etkisiz hâle getirir ve ilişki, bütünlüklü bir yapı arz edemez⁹⁷.

⁹⁵ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 982.

⁹⁶ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", ss. 982-983.

⁹⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 984.

Bunu daha iyi anlatabilmek için Weinrib, haksız fiil hukukundaki zararın yayılması kavramıyla ilgili bir davadan örnek vermektedir⁹⁸.

Ürün sorumluluğu hakkındaki bu davada yargıç, patladığı için haksız fiile yol açan bir şişenin üreticisinin kusuru olmasa bile sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Weinrib'e göre aslında bu karar, çağdaş haksız fiil hukukundaki genel bir yaklaşımı gösterir. Bu yaklaşıma göre davacının içinde bulunduğu olumsuz durumun giderilmesinin en etkin yolu, davalının sigortası aracılığıyla zararın etkisini hafifletmektir. Bu ise zararın etkisinin, zarardan en fazla etkilenen kişiden, yani davacıdan, daha geniş bir gruba aktarılmasıyla gerçekleşir. Bu grubun üyeleri söz konusu zararın bedelini paylaşan, dolayısıyla sorumluluktan daha az pay alanlardır. Böyle bir çözümü benimsemenin amacı, zararın insanlar arasında ve zamana yayılmasıdır. Burada, küçük yoksunlukların sayıca fazla olmasının, tek bir büyük yoksunluktan daha kolay baş edilebilir olduğu inancı vardır. Bu amaç, sorumluluğun sigorta düzenlemeleri aracılığıyla yönlendirilmesi sonucunda gerçekleştirilir. Böylece zarar bedelinin aralarında dağıtıldığı grup, bu tür zararlara karşı sigorta yaptırmış kişileri kapsayan bir havuz oluşturur⁹⁹.

Weinrib'e göre sigorta kavramına başvurmak, haksız fiil ilişkisine tutarsız bir unsur sokmaktır. Zarar verenin sorumlu tutulmasının gerekçesi olarak sigortalama mantığı gereğinden fazla kapsayıcıdır. Bu mantığa göre davacının dava açmasındaki amaç, davalının katkıda bulunduğu sigorta fonuna erişmeyi garantilemektir. Bununla birlikte, zararın yol açtığı kayıpları sigorta aracılığıyla dağıtmak, başka herhangi birini değil de özel olarak zarara yol açan tarafı sorumlu tutmanın gerekçesi değildir. Bu mantık sigorta havuzunun herhangi bir üyesine, hatta *herhangi bir* sigorta havuzunun herhangi bir üyesine karşı uygulanabilir. Sigortalama mantığı gereğinden fazla kapsayıcıdır; zira zarar verene özgü sorumluluğu değil,

⁹⁸ Weinrib, görüşlerini daha da ikna edici hale getirmek için sık sık uygulamadan örnekler vermektedir. Böylece hukuki formalizmin, hukukun kuramı ile uygulaması arasındaki boşluğu doldurduğu iddiasına da geçerlilik kazandırmayı amaçlamaktadır. Örneğin **The Idea of Private Law** isimli çalışmasının özellikle 5, 6 ve 7. bölümleri gerçek dava örneklerine geniş yer ayırmaktadır, bkz. Weinrib, **The Idea of Private Law**, ss. 114-203. Ayrıca yine hukuk öğretisi ile uygulaması arasındaki kopukluğu eleştirdiği hukuk eğitimi hakkındaki oldukça kapsamlı çalışması da çok sayıda dava örneği içermektedir, bkz. Ernest Weinrib, "Can Law Survive Legal Education?", **Vanderbilt Law Review**, Vol. 60, Sayı 2, 2007, 401-438, *passim*.

⁹⁹ Weinrib, **The Idea of Private Law**, s. 36.

sorumluluğun, kendisi için, sigorta ücretini ödemekle sonuçlandığı herhangi birinin (zarar veren de dahil) sorumluluğunu kanıtlar¹⁰⁰.

Şüphesiz haksız fiil hukuku, hakikatte davacının sorumluluk sigortası aracılığıyla tazminatı herhangi birisinden talep etmesine izin vermez. Haksız fiil hukukunda hukuki ilişki, mağdur ile zararı meydana getiren kişi arasındadır. Haksız fiil hukuku, davacıya verilen zararın nedenini davalının sorumluluğu için bir önkoşul sayarak, sigorta etme mantığının işleyişini etkili bir şekilde durdurur. Sebep koşulunu kanıtlayan mülâhaza sigorta etme mantığından bağımsızdır. Zararın yayılması için gerekli bir araç olarak sigorta sistemi açısından davalının, davacının zararına neden olması, diğer bazı sigortalıları değil de davalıyı sorumlu tutmanın gerekçesi değildir.

Buna karşılık, zarar nedeni açısından sigortanın yokluğu, davalıyı sorumlu olmaktan çıkarmanın gerekçesi değildir. Zarar nedeni ile sigorta ayrı cinsten faktörlerdir. İlki zararın meydana gelmesiyle, ikincisi zararın etkilerini hafifletmekle ilgilidir. Sebep koşulunu gerekçelendiren mülâhaza, davalının eylemi ile davacının zararı arasındaki sıralanmaya odaklamalıdır. Bu sıralanmanın, zararın yayılması için gerekli bir mekanizma olarak sigorta ile bir ilişkisi yoktur. Zarar nedeni ile sigorta birbirinden bağımsız olduğu için, onları bir araya getiren özel hukuk ilişkisi tutarsızdır. Her ikisinin de ifade ettiği gerekçelendirme mülâhazaları, bütünleşmiş tek bir gerekçelendirmede birleşmiş değildir. Bu mülâhazaların haksız fiil ilişkisinde bir araya gelmesi, gerekçelendirme açısından sahip oldukları önemin, onları özleri gereği tamamlayıcı kılmasından kaynaklanmaz. Pozitif hukuk, bunları bir arızî birlik içerisinde bir araya getirmiştir¹⁰¹.

Tutarsızlık, bir zararı yayma aracı olarak sorumluluk sigortasına uygulanmaz sadece; haksız fiil hukukunun zararı yaymak için kullanılması düşüncesinin kendisine de uygulanır. Haksız fiil hukukunun amacı olarak zararı yayma çarpıcı bir şekilde gereğinden fazla kapsayıcıdır. Ciddi bir zararın sorumluluğunu mümkün mertebe hafif ve yaygın şekilde dağıtmak amacıyla, bedelin başkalarının yararına birilerine ödettirilmesi düşüncesi, bir haksız fiilden kaynaklanmayan zararlar için olduğu kadar, bir haksız fiilden kaynaklanan zararlar için de uygundur. Dahası zararı dağıtma düşüncesinin dayandığı azalan son birim yararı ilkesi, haksız fiil iddialarının karara bağlanmasında yol gösterici değildir. Kaza kayıplarının toplum tarafından sigortalanmasında ve daha genel olarak, vergi artırımı yoluyla zenginliğin yeniden dağıtılmasında yol göstericidir. Dolayısıyla zararı yayma, haksız fiil

¹⁰⁰ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 36.

¹⁰¹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 37.

davacısını haksız fiil davalısına bağlayan öğreti ve kurumları hedefinden saptırmaktadır¹⁰².

Zararın yayılması ve diğer tazminat çeşitleriyle ilgili sorun, bunların sadece zarar görene odaklanması, zarar vereni işin içine karıştırmamasıdır. Haksız fiil hukukunun amacı olarak tazminatı kabul etme düşüncesinin arkasında zarar olgusunun mağdurda yarattığı ihtiyaç vardır. Buna rağmen zararın meydana getirilme şekli bu ihtiyaç üzerinde bir etki doğurmaz. Tazminatın amacı haksız fiil failini kapsamaz¹⁰³.

Şayet tazminat haksız fiil hukukunun amacı olacaksa, davalının eylemi üzerine odaklanan ikinci bir amacın devreye sokulması aracılığıyla tamamlanmalıdır. Bu amaç genellikle caydırıcılıktır. Caydırıcılık aracılığıyla, haksız fiil sorumluluğu beklentisinin potansiyel bir haksız fiil failini yanlış bir eylemde bulunmaktan alıkoyacağı düşünülür. Tazminat ile caydırıcılık birlikte ele alındığında haksız fiil ilişkisinin iki kutbunu da kapsar: caydırıcılık, zarara yol açma ihtimaline sahip eylemlerden kaçınmayı teşvik etmek suretiyle failer üzerinde işler; tazminat ise mağdurun gördüğü zararlar üzerine odaklanır¹⁰⁴.

Bu iki amacın birlikte dikkate alınması haksız fiil ilişkisini tutarsız kılar. Zira bu iki amaç birbirlerinden bağımsızdır. Şayet tazminat gerekçelendirilse bu, engel olunamamış eylemlerin sonucunda ortaya çıkan zararlar için de geçerlidir. Benzer şekilde, caydırıcılık gerekçelendirilse bu, zararın meydana gelip gelmemesine bakılmaksızın geçerli olur. Tazminat amacının açığa vurduğu gerekçelendirme mülâhazasına dair hiçbir şey, tazminat sisteminin, zarar verenin meydana getirmesine engel olunduğu zararlar için de işlemlerini sınırlandıramaz. Keza caydırıcılık amacının açığa vurduğu kanıtlama mülâhazasına dair hiçbir şey caydırıcılığın, tazmin edilebilir zarara yol açan eylemler için de işlemlerini sınırlandıramaz. İki amaç tek bir bütünleşmiş gerekçelendirme mülâhazası içinde birleşmiş değildir¹⁰⁵.

Görüldüğü üzere denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet gerekçelendirme kalıplarıdır. Bir hukuki ilişkinin nasıl gerekçelendirileceğini gösterirler. Eğer bir ilişki, denkleştirici adalete başvurularak gerekçelendiriliyorsa hukuka aykırı fiili işleyen ile bundan zarar görenin eşitliğini gösteren bir gerekçelendirme söz konusudur. Buna karşılık eğer bir ilişki dağıtıcı adalete

¹⁰² Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 37-38.

¹⁰³ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 38.

¹⁰⁴ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 38.

¹⁰⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 38.

başvurularak gerekçelendiriliyorsa gerekçelendirme için kullanılan argüman, belirli bir orantılılık hâlini esas alıyordur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bir gerekçelendirme faaliyetinin, denkleştirici adalete veya dağıtıcı adalete başvurduğu iki durumda da, gerekçelendirilmiş en geniş kapsamlı ve en soyut tutarlılık düşüncesine dayanmasıdır. Bu iki gerekçelendirme şekllinden hiçbirine uygun olmayan bir ilişki, kavranabilir bir ilişki değildir. Bu tür bir ilişkiyi tanıyan bir pozitif hukuk düzenlemesi, hukuken hatalıdır¹⁰⁶.

Gerekçelendirme kalıpları olduklarından denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaletin asıl ilgisi, hukuki düzenlemelerin konuları değil, gerekçelendirme şekillerinin tutarlılığıdır. Bir kişinin diğer bir kişi üzerindeki etkisi, salt bu yönüyle önceden hukuki sınıflandırmaya tabi tutulamaz. Yani önceden denkleştirici adaletle mi yoksa dağıtıcı adaletle mi ilgili olduğu söylenemez. Örneğin benim size zarar veren eylemim, tek başına ne bir hukuki muameledir, ne de dağıtım şeklidir. Dolayısıyla ne denkleştirici adaleti, ne de dağıtıcı adaleti ilgilendirir. Ancak siz beni dava ettiğinizde mahkeme süreci sonucunda benim bu eyleminin niteliği tespit edilir. Eğer siz bana haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası açarsanız eylemim denkleştirici adaletin konusuna girer. Buna karşılık eğer zarar giderim fonuna başvurursanız eylemim dağıtıcı adaletin konusunu oluşturur¹⁰⁷.

2. Adalet Biçimleri ve Normatiflik

İki adalet biçiminin gerekçelendirme işlevini görebilmesi, normatif bir boyuta sahip olmalarına bağlıdır. Dolayısıyla burada söz konusu olan hukuki gerekçelendirmenin normatifliğidir. Peki, normatiflik ne demektir? Geleneksel hukuk düşüncesi normatifliği, belirli bir takım amaçların gerçekleştirilmesi olarak kabul eder. Örneğin haksız fiil kuramcıları, haksız fiil hukukunun normatifliğini, zararların azaltılması veya zarar gören kişinin zararının giderimi gibi amaçlara dayandırır. Burada üzerinde durulan, insan varlığının sağlıklı ve mutlu bir şekilde devam ettirilmesidir. Hukuk da işte bu amacı gerçekleştirme işlevine sahiptir¹⁰⁸.

Buna karşılık formalist yaklaşım, hukuka böyle bir amaç yüklemeye itiraz eder. Ancak denkleştirici adaletin gerçekleştirilmesi ile özel hukuk gerekçelendirilebilirlik niteliğine kavuşur. Zira özel hukuk ilişkisi, yukarıda

¹⁰⁶ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 984-985.

¹⁰⁷ Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", s. 985; Weinrib, "Why Legal Formalism", ss. 354-355.

¹⁰⁸ Weinrib, "Legal Formalism", s. 337.

da belirtildiği gibi iki taraflıdır. Fakat insanın maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi amacı, iki taraflı bir ilişkiyle doğrudan alakalı değildir. Buna karşılık denkleştirici adalet, iki taraflı bir ilişkiyi varsaydığından, özel hukukun gerekçelendirilmesinde denkleştirici adalet uygulanmalıdır. Özel hukukun normatifliği, denkleştirici adaletin gereklerine uygunlukla sağlanır¹⁰⁹. Dolayısıyla formalizm, gerekçelendirmenin zeminini insan varlığının geliştirilmesi gibi içeriğe dair bir takım amaçların gerçekleştirilmesine dayandırmaz; formalizme göre kanıtlamanın zemini, öznel kavramdır¹¹⁰.

Formalizm, bu normatif boyutu öncelikle Kant'ta bulur. Kişiler arasındaki karşılıklı münasebetlerin tutarlılığın en kapsamlı ve en soyut ifadesi olarak denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, karşılıklı münasebet içerisindeki kişileri ve sahip olduklarını değerlendirirken normatif bir kavrama başvurur. Bu normatif kavram haktır ve önce Kant, sonra da Hegel tarafından en yetkin şekilde izah edilmiştir¹¹¹.

Her ne kadar özel hukukun kendine özgü yapısını tespit edip, bu yapıya ait gerekçelendirme yöntemlerini, yani denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaleti oldukça başarılı bir şekilde açıklamışsa da Aristoteles'in denkleştirici adaletle dair söylediklerinde sorun teşkil eden bir boşluk vardır. Aristoteles, yargıcın uyuşmazlığı çözerken taraflara eşit davranması gerektiğini belirtir¹¹². Fakat sorun, tarafların hangi açıdan eşit olduğudur¹¹³.

Denkleştirici adalet normatif bir işleve sahiptir. Bir muamele, onarım cezası sebebiyle, denkleştirici adaletin sınırları içerisinde olmalıdır. Aristoteles, denkleştirici adaletin ihlâlini taraflar arasındaki eşitliğin bozulması olarak kavramsallaştırdığından¹¹⁴, denkleştirici adaletin tüm normatif ağırlığını bu eşitliğin üzerine oturtur. Sonuç olarak, denkleştirici adaletin normatif karakterini, temelinde yer alan eşitliğin normatif önemini incelemeyen anlayamayız¹¹⁵.

Aristoteles'in soruna en çok yaklaştığı yer önemli fakat muğlak bir bölümdür. Bu bölüm, denkleştirici adaleti, denkleştirici adaletin nicel eşitliği

¹⁰⁹ Weinrib, "Legal Formalism", s. 337.

¹¹⁰ Weinrib, "Legal Formalism", s. 337.

¹¹¹ Weinrib, "Why Legal Formalism", s. 355.

¹¹² Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1132a2-1132a10, s. 96.

¹¹³ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 76.

¹¹⁴ Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, 1131b5-1131b10, s. 96.

¹¹⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 76-77.

ile dağıtıcı adaletin orantılı eşitliği arasındaki zıtlığı göstermek suretiyle ele almasından sonraki bölümdür. Aristoteles şuna dikkat çeker: “Değerli bir kişinin değersiz bir kişiden veya değersiz bir kişinin değerli bir kişiden [onun rızası dışında] bir şey almış olması fark etmez, tıpkı değerli veya değersiz bir kişinin zina yapmasının fark etmemesi gibi; fakat hukuk sadece [ortaya çıkan] zarardaki farka bakar ve taraflara eşit yaklaşır. Biri, bir adaletsizlik yapmış, diğeri de bu adaletsizlikten etkilenmiş mi ve biri bir zarar vermiş, diğeri de zarar görmüş mü, [ona bakar].”¹¹⁶ Bu cümle denkleştirici adaleti, ilk olarak denkleştirici adalet açısından neyin dikkate alınmadığı, ardından neyin alındığı açısından tasvir eder. Cümlelerin noktalı virgülle ayrılmış iki ayrı kısmında da aynı şey, negatif ve pozitif açıdan formüle edilmiştir. Cümlelerin her iki kısmını da, diğeriyle uyumlu olacak şekilde anlamamız gerekir¹¹⁷.

Cümlelerin ilk kısmı, denkleştirici adaletin neyi dışladığına işaret etmek suretiyle, denkleştirici adaletin kabul etmiş olduğu eşitliği negatif açıdan formüle eder. Cümlelerin bağlamı (denkleştirici adaletle dağıtıcı adaletin birbirine zıt oluşu) ve içeriği (değer ile zararın birbirinden ayrılması), ahlâkî veya toplumsal değerlerin denkleştirici adalet açısından geçerli olmamasının gerekçesini verir. Bu tür bir değer (veya onun eksikliği), kişilerin bireyler olarak sahip oldukları bir niteliktir; kendi içinde veya kendi başına, değerli (veya değersiz) bir kişinin bir başkasına zarar verdiği veya hukuka aykırı davrandığı bir sürecin parçası değildir. Ahlâkî veya toplumsal değeri mal-mülk adaleti içerisine sokmak için, kişiler arasında, zarar verme ve zarar görmenin karşılıklılığı aracılığıyla değil de, her birinin sahip olduğu değerlerin mertebesinin karşılaştırılması aracılığıyla bağ kurmak gerekir. Bu karşılaştırma, dağıtıcı adaletin orantılı eşitliği açısından bir ölçüt işlevi görebilir (“Herkesine değerine göre”), fakat denkleştirici adaletin nicel eşitliğinin yansıttığı iki taraflı bağı bütünüyle oluşturamazdı. Denkleştirici adaletin dolaysız etkileşimi, bireylerin sahip olduğu niteliklerin çeşitli mertebelerini göz önünde bulundurmaya yer vermez. Bu tür bir gözden geçirme, dağıtıcı adalettaki dolaylı bir orantılılığın temeli olabilir¹¹⁸.

Aristoteles burada dolaylı olarak, adalet biçimleri arasındaki, bu özel örneğin sınırlarını aşan bir farkı ortaya koymaktadır. Bu fark şudur: Dağıtıcı adaletin orantılı eşitliğinin, tarafları bir ölçüte göre karşılaştırmayı içermesine karşılık, denkleştirici adaletin eşitliği *bütün* karşılaştırmalı

¹¹⁶ Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, 1132a2-1132a6, s. 180.

¹¹⁷ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 77.

¹¹⁸ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 77.

değerlendirmeleri dışlar. Dolayısıyla denkleştirici adalet, tarafların, örneğin karşılıklı erdemlerini veya toplumsal konumlarını olduğu kadar, karşılıklı zenginliğini veya ihtiyaçlarını da önemsemez¹¹⁹.

Zararın önemini gösteren cümleinin ikinci kısmı, denkleştirici adaletin eşitliğini pozitif açıdan formüle eder. Denkleştirici adaletteki eşitlik, bir kişinin diğerine göre bulunduğu konuma ait değil, diğerine karşı yapmış olduğu şeye aittir. Karşılıklılık mantığı eşitliğe delâlet eder; zira, zarar verme ve zarar görmenin karşılıklılığı açısından zarar verene yüklenen herhangi bir şey, eşit olarak zarar görene de yüklenebilir. Denkleştirici adalet, dolaysız etkileşimin kendisini, taraflar arasındaki adil eşitliği ifade edecek (ya da eğer hukuka aykırı veya zararlıysa ihlâl edecek) şekilde anlayarak bu mantığı normatif kullanıma sokar. Söz konusu eşitlik, kendi hesabına, bu tür bir etkileşim süreci boyunca varlığını sürdürür¹²⁰.

Dolayısıyla soru cevaplanmadan kalır: Normatif bir eşitlik ile bu eşitliğin ihlâli, zarar verme ve zarar görmenin karşılıklılığından nasıl anlaşılabilir? Buna Aristoteles'in hiçbir cevabı yoktur. Bununla birlikte, ilk akla gelebilecek bir ihtimalin ortadan kaldırılması için yeteri derecede bir şeyler¹²¹.

Denkleştirici adalet her ne kadar dolaysız etkileşimle ilgili olsa da, yöneldiği eşitliğin dağıtıcı adaletin orantılı eşitliği olduğu düşünülebilir. Denkleştirici adalet hak edişlerin varlığını farzeder. Hak ediş, büyük ihtimalle, denkleştirici adaletin kendisinin değil, dağıtıcı adaletin yarattığı bir şeydir. Bu görüşe göre denkleştirici adaletin işlevi, zenginliğin mevcut dağılım şeklini korumaktır. Sonuç olarak, muameleler için farzedilen eşitlik dağıtıcı adaletin orantılı eşitliğidir¹²².

Bu cevap tatminkâr değildir. Bu noktada Aristoteles, denkleştirici adaletin dağıtıcı adaletten nasıl farklı olduğunu açıklar. Denkleştirici adalet, sonuç olarak, davalının eylemi sonucunda bozulmuş olan dağıtıcı eşitliğin sadece yeniden kurulması yönünde bir iddia olamaz. Dağıtıcı ölçütün geçerliliğini reddederken ve zarar veren ile zarar görenin kendine has bir eşitlik türüne sahip olduğunu iddia ederken Aristoteles, denkleştirici adalet

¹¹⁹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 77-78.

¹²⁰ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 78.

¹²¹ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 78.

¹²² Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 78.

eşitliğinin, yukarıda gösterildiği gibi, tarafların kendileriyle muameleye girdikleri dağıtım paylarında değil, muamelede saklı olduğunu ileri sürer¹²³.

Denkleştirici adaleti tanımlayan eşitliğin, muameleden önceki dağıtımına ait bir eşitlik olduğu düşüncesi, birkaç sebeple kuşkuludur. İlk olarak, bu düşünce iki adalet biçimini çökertir; denkleştirici adalet ile dağıtıcı adalet iki ayrı kategori olmaktansa denkleştirici adalet dağıtıcı adaletin bir türü haline gelir. Dahası, bu görüşe göre yargıcın, en azından ilkece, temel dağıtım şeklinin adil veya adaletsiz olup olmadığını göz önünde bulundurmak için daima bir gerekçesi vardır. Açıkça hukuka aykırı olan bir alımın daha adil bir dağıtımına yol açtığı şeklindeki Robin Hoodvari bir savunmaya izin verir. Bu savunma, sadece özel hukukun evrensel uygulaması ile değil, daha özel olarak, Aristoteles'in denkleştirici adaletten karşılaştırmaları açıkça dışlamasıyla da çelişir (bu karşılaştırmalar, yukarıda ileri sürdüğüm gibi, genellikle bir dağıtımın adil olup olmadığına karar vermede yararlı olan zenginlik veya ihtiyacın karşılaştırılmasını içerir). Dahası, denkleştirici adaletin ancak dağıtım adil olduğu zaman işleyeceğini ileri sürmek suretiyle birisi, eğer bu sorunla başa çıkarsa, o kişi, Aristoteles'in dağıtıcı adaletin muamelelerle ilgili ihlalleri neden diğerlerinden ayırdığını açıklamak sorunuyla karşı karşıya kalır. Dağıtıcı adalet düzenlemeleri bir çok yolla bozulur. Örneğin katılımcılardan biri tarafından diğerine verilen hediyeler, herhangi birinin payının doğal afetler sonucu telef olması, katılımcıların oluşturduğu havuzun yeni katılımlar veya doğumlar sebebiyle büyümesi, ölüm veya ayrılma sebebiyle küçülmesi vb. Bir kişinin diğeri aleyhine zenginleşmesi, bazı açılardan, bunlar arasında en az sorunlu olanıdır; zira, yeniden düzenleme iki tarafla sınırlandırılabilir. Son olarak, bir kere denkleştirici adalet bu şekilde düşünüldüğünde, muamelelere ait adaletsizlik doğrudan zarar görene karşı yapılmış bir hukuka aykırılık olmaz. Eşitsizlik, sadece davalının davacıya karşı yapmış olduğu herhangi bir şeyi değil, davalı ve davacının dağıtımdaki eşit paylarından, davalının fazlasını, davacının azını almasını da içerir. Bu eşitsizlik iki farklı aşamada düzeltilebilir: davacıya bir şeylerin verilmesi ve davalıdan bir şeylerin alınması. Davacıya davalıdan doğrudan bir transfer yapma hakkı verilmesi, adaletin kavramsal açıdan kendine özgü yapısının işareti değil, sadece devlet eliyle gerçekleştirilen ekonominin rastlantısal bir avantajı olurdu¹²⁴.

Şüphesiz denkleştirici adalet hak edişlerin varlığını kabul eder. Fakat bundan, dağıtıcı adaletin denkleştirici adalet için gerekli eşitliği sağlayacağı

¹²³ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 78-79.

¹²⁴ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 79-80.

çıkarılmamalıdır. Özerk bir adalet biçimi olarak denkleştirici adalet, temel dağıtım adaletine işaret etmeksizin hak edişlere yönelik işler. İki adalet biçiminin farklı eşitlik anlayışları, dağıtımlara ve muamelelere uygulanacak farklı kanıtlama türlerini yansıtır. Denkleştirici adalet, dağıtımcı bir arka plana itiraz ederek çalışsa da, mevcut dağıtım şeklini kabul eder ve dağıtıma ait kanıtlama ile kendisine ait kanıtlamaya dahil etmez. Dolayısıyla, bir dağıtımın varlığı, hiçbir şekilde denkleştirici adalet eşitliğinin, dağıtımda vücut bulan eşitlikle aynı olduğuna işaret etmez. Peki o zaman Aristoteles’in “hukuk taraflara eşit muamele eder” ifadesini nasıl anlayacağız? Taraflar, belirli bir yönden eşit olmadıkça gerçek anlamda eşit kabul edilemezler. Nasıl bir düşünce tarafları eşit bir zemine taşır?¹²⁵

Aristoteles çözüm için bir çerçeve önermektedir: (1) Denkleştirici adalet, sosyal mevki ve ahlâkî karakter gibi değerlendirmelerden yüz çevirir (“değerli bir kişinin değersiz bir kişiden veya değersiz bir kişinin değerli bir kişiden herhangi bir şey almış olması fark etmez”); (2) muamelenin taraflarını eşit kabul eder (“hukuk onlara eşitler olarak muamele eder”) ve (3) zarar veren ile zara gören arasındaki dolaysız ilişkiye odaklanır (“hukuk sadece zarardaki farka...birisi zarar vermiş diğeri de zarar görmüş mü ona bakar”). Sonuç olarak, denkleştirici adalet üç özelliği bir araya getirir. Bunlar, sosyal statü ve ahlâkî karakter gibi tikel özelliklerden soyutlanma, tarafların eşitliği ve zarar verme ile zarar görmenin tam karşılıklılığı olarak sayılabilir¹²⁶.

Denkleştirici adalette bu üç özellik yakından bağlantılıdır. Eşitlik ile tikel özelliklerden soyutlanma el ele gider; zira, tikel özellikler bireyleri birbirinden ayırır ve onların birbirleriyle eşit olmamalarına yol açar. Benzer şekilde, tikel özelliklerden soyutlanma ile zarar verme ile zarar görmenin tam karşılıklılığı bir arada gider; zira, zarar verme ile zarar görmenin her ikisi de sadece diğeriyle ilişkisi açısından düşünüldüğünde, zarar verenin veya zarar görenin birey olarak sahip olduğu tikel özellikler geçersizdir. Eşitlik ile zarar verme ile zarar görmenin tam karşılıklılığı da birlikte gider; zira karşılıklı unsurlar tek bir muamelenin aktif ve pasif yönleridir. Onun için zarar verene ne uygulanıyorsa eşit şekilde zarar görene de uygulanır. Üç düşünce böylelikle bütünleşmiş bir kavram meydana getirir. Burada zarar veren ile zarar gören arasındaki dolaysız ilişki, tarafların tikel özelliklerden soyutlanmış bir eşitliği ifade eder¹²⁷.

¹²⁵ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 80.

¹²⁶ Weinrib, *The Idea of Private Law*, ss. 80-81.

¹²⁷ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 81.

Aristoteles'in eşitliğe yaptığı göndermenin ortaya koyduğu sorunun çözümü, bu eşitliği, denkleştirici adaletin kabul ettiği tikel özelliklerden soyutlama ve zarar verme ile zarar görme arasındaki karşılıklılıkla bütünleştiren bir izahatta yatmaktadır¹²⁸.

Weinrib, Aristoteles'in denkleştirici adaletle ilgili görüşlerinin ancak Kant ve Hegel'in doğal hak kavramına dayalı yaklaşımları ile desteklendiğinde eşitlikle ilgili sorunu aşabileceğini belirtmektedir. Diğer bir deyişle Aristoteles'in ortaya koyduğu şekliyle denkleştirici adaletin üç unsuru, Kant ve Hegel'in doğal hak kuramlarında bir arada bulunur¹²⁹.

Kant ve Hegel, hukuku, kendi kendisine karar alabilen öznenin hukuk alanında görünümü şeklinde anlar. Bu öznenin temel özelliği, içinde bulunduğu koşulları aşabilmesi, yani bu koşullarla sınırlı olmamasıdır. Bu özellik, bütün özneler için geçerli olduğundan, her bir özne bu anlamda diğerinin eşitidir. Dolayısıyla Kant ve Hegel'in doğal hak yaklaşımı ile Aristoteles'in denkleştirici adalet anlayışı birbirini tamamlar¹³⁰.

Denkleştirici adaletin Aristoteles'in tespit ettiği üç unsurunun her biri Kant ve Hegel'in doğal hak yaklaşımlarında karşılığını bulur. Bu üç unsurdan ilki, yani dolaysız ilişkilerin tarafı olma anlamında öznellik, Kant ve Hegel'de özgür irade sahibi olmaya tekabül eder¹³¹.

İrade, kişinin iç dünyasında yer alan bir amacın dış dünyaya yansıtılması işlemidir. Özneler, eylemde bulunmadan önce eylemlerinin yöneldiği amaçları göz önünde bulundururlar. Hem Kant, hem de Hegel için hak kavramı, iradenin hukuk alanında yansımasıdır¹³².

Denkleştirici adaletin diğer unsuru, yani toplumsal rol ve statülerden yüz çevirme, özgür iradenin, her türlü somut koşuldan soyutlanabilme yetisine tekabül eder. Özne, kaçınılmaz surette, içinde bulunduğu koşullardan kendini soyutlama imkânına sahiptir. Öznenin bu soyutlama yetisine Kant

¹²⁸ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 81.

¹²⁹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 422.

¹³⁰ Weinrib, "Corrective Justice", s. 422.

¹³¹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 422.

¹³² Weinrib, "Corrective Justice", s. 422. Ayrıca bkz. Ernest J. Weinrib, "Law As A Kantian Idea of Reason", *Columbia Law Review*, Vol. 87, 1987, ss. 472-508, s. 482.

“negatif özgürlük” demektir. Bu anlamda negatif özgürlük, her türlü duygusal eğilimin belirleniminden bağımsızdır¹³³.

Benzer şekilde Hegel de iradenin, saf bir belirlenemezlik içerdiğini söylemektedir. Bu belirlenemezlik, ben’in kendi üzerine katlanarak düşünmesinin bir özelliğidir. Ben’in kendi üzerine katlanarak düşünmesi sürecinde, doğadan gelen veya ihtiyaçların veyahut da bir takım arzuların yol açtığı her türlü kısıtlama ortadan kalkar. Bu ise mutlak soyutlamanın veya evrenselliğin sınırsızlığı, yani saf kendi üzerine düşünme edimidir¹³⁴.

Nihayet denkleştirici adaletin son unsuru, yani tarafların eşitliği, doğal hak kavramı açısından şöyle izah edilebilir: Özneler, kendi somut koşullarından soyutlanabilme yetisine sahip olmak hasebiyle birbirine eşittir. Bir özneyi diğerinden ayıracak ve böylece özneleri birbiriyle kıyaslayacak ve eşitsiz muamele edecek her türlü somut özellik, öznenin soyutluğuna uymaz. Dolayısıyla soyut özne fikri, öznelerin soyut eşitliği fikrine yol açar¹³⁵.

Denkleştirici adaletin eşitlik düşüncesi ile soyut özne fikrinin bir araya getirilmesi, denkleştirici adaletin Kantçı ve Hegelci hak kavramına tekabül etmesine yol açar. Kendi kararlarını kendisi verebilen bir özne fikrine başvuran Kant’ın ve Hegel’in hak yaklaşımları, belirli bir amaca yönelmiş özgür bireylerin arasındaki ilişkilere ait normatif düzeni ortaya koyar¹³⁶.

Bu anlamda hak, Kant’a göre, “bir kişinin tercihinin, diğer bir kişinin tercihi ile evrensel özgürlük yasasına uygun bir şekilde bir arada bulunabileceği koşulların toplamı”yken¹³⁷ Hegel’e göre, özgür iradenin ortaya çıktığı her türlü varoluş biçimidir. Yani hak, Hegel’e göre tıpkı düşüncenin kendisi gibi genel anlamda özgürlüktür¹³⁸.

¹³³ Weinrib, “Corrective Justice”, ss. 422-423; Weinrib, “Law as a Kantian Idea of Reason”, s. 483. Ayrıca bkz. Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals**, çev. Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, § 213, s. 42.

¹³⁴ Hegel, **Elements of the Philosophy of Right**, 9. Bası, (ed.) Allen W. Wood, çev. H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, § 5, s. 37. Ayrıca bkz. Ernest J. Weinrib, “Right and Advantage in Private Law”, **Cardozo Law Review**, Vol. 10, 1988-1989, ss. 1283-1309, s. 1288; Weinrib, “Corrective Justice”, s. 423.

¹³⁵ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 423.

¹³⁶ Weinrib, “Corrective Justice”, s. 423.

¹³⁷ Kant, **The Metaphysics of Morals**, s. § 230, s. 56. Ayrıca bkz. Weinrib, “Law As A Kantian Idea of Reason”, s. 487.

¹³⁸ Hegel, **Elements of the Philosophy of Right**, § 29, s. 58. Ayrıca bkz. Weinrib, “Right and Advantage in Private Law”, s. 1287.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere Kant'ın hukuk felsefesinde denkleştirici adalet, özgür iki iradenin, hak kavramı çerçevesinde kendilerini dış dünyaya yansıtma şekilleri arasındaki doğrudan ilişkidir. Kant için hak, bir kişinin, diğer bir kişiye verdiği ve dışa yansıyan olumsuz sonuçlarla ilgilidir. Bu yüzden ihtiyaç veya arzu gibi kişinin iç dünyasına ait olguları görmezden gelir. Hak, iradenin soyut ifade biçimi olduğundan, kişinin somut amaçlarına önem vermez. Önemli olan belirli tikel amaçların tercih edilip edilmeyeceği değil, bu amaçların, kişinin iradesini yansıtır yansıtmadığıdır. Hak açısından hayati soru, iki kişiden birinin eyleminin, diğerinin özgürlüğü ile uyuyup uyuşmadığıdır. Tıpkı Aristoteles'in denkleştirici adaleti gibi Kant'ın hak kavramı da zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki ilişkiyi, tarafların soyut eşitliğini dikkate alarak düzenler¹³⁹.

Benzer şekilde Hegel'in hukuk felsefesinde de denkleştirici adalet önemli bir yere sahiptir. Hegel'de denkleştirici adalet soyut hak olarak görünür. Soyut hak, sadece soyutlama yetisinin normatif öneme sahip olduğunu gösterir. Özne olma hâli, öznenin tekil menfaatlerinden etkilenmez. Bu sebeple normatifik, kişilerin iyiliğini arttırmak gibi pozitif bir yükümlülük içermez; kişilerin özgür iradeleriyle hareket etmelerini engelleyecek her türlü davranışı yasaklar. Hegel'e göre kişinin özgür iradesi, fizik yapısında ve sahip olduklarında somutlaşır. Dolayısıyla soyut hak kişinin fizik yapısını ve sahip olduklarını güvenceye alır. Dolayısıyla Hegel'e göre soyut hak, zarar veren ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkiyi, soyut özne fikri aracılığıyla açıklar. Bu da denkleştirici adaletin eşitlik varsayımına tekabül eder. Diğer bir deyişle Hegel'e göre öznellik, hak sahibi olmaktır. Hak sahibi olmanın sonucu ise şu buyruktur: "Özne ol ve diğerlerini de özne kabul et ve saygı göster."¹⁴⁰

Aristoteles'in denkleştirici adaleti, Kant'ın hak, Hegel'in soyut hak kavramları, farklı ifadelerle de olsa aslında aynı şeyi, zarar verme ile zarar görme arasındaki iki taraflı ilişkiyi gösterir. Aristoteles bu ilişkiyi, zarara uğrayanın, zarar veren aleyhine zenginleşmesi şeklinde ifade eder. Buna karşılık Kant ve Hegel, zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki ilişkiyi, aracısız bir etkileşim olarak görür. Bu etkileşimde hak ile ödev arasında karşılıklılık vardır. Doğal hak kuramında, soyut iradenin kişinin fiziksel varlığında ve sahip olduklarında somutlaşması, diğer kişilerin uymakla

¹³⁹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 423.

¹⁴⁰ Weinrib, "Corrective Justice", ss. 423-424; Weinrib, "Right and Advantage in Private Law", s. 1289. Ayrıca bkz. Hegel, *Elements of the Philosophy of Law*, § 36, s. 69.

yükümlü olduğu haklar doğurur. Buradaki ödev, hakkın sahibine karşıdır ve ihlâli, hak sahibinin tazminat talebini doğurur¹⁴¹.

Kant ve Hegel'in özel hukuka dair yaklaşımı ile Aristoteles'in yaklaşımı arasındaki farklılıklar, içerik açısından değil, ifade tarzı açısındandır. Aristoteles'in bir etkileşim türü olarak tasvir ettiğini, Kant ve Hegel hür irade sahibi öznellik noktasından ele alır. Etkileşimi başlangıç noktası olarak Aristoteles, adaletin başkasına yönelik oluşu üzerinde durur ve eşitlik aracılığıyla tarafları birbirine bağlar. Buna karşılık Kant ve Hegel, öznellikte başlar ve soyut anlamda eşit öznelerin oluşturduğu hukuk düzeni için özneliğin zorunluluğunu gösterir. Aristoteles'in denkleştirici adalet yaklaşımı ile Kant ve Hegel'in hak yaklaşımı aynı zeminde fakat farklı yönlerde ilerler¹⁴².

Kant ve Hegel'in hukuk felsefelerinde, denkleştirici adalet kavramında örtülü bir hâlde bulunan özne fikri, ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulur. Kant ve Hegel, denkleştirici adaletin, özgür iradenin zorunlu bir sonucu olduğunu göstermeyi amaçlar. Dolayısıyla akıl yürütmeleri, hakkın zemini olan özgür iradede başlar ve bunun zorunlu bir sonucu olan denkleştirici adaletle doğru ilerler¹⁴³.

Denkleştirici adalet ile Kant ve Hegel'in hak yaklaşımlarının birbirine yaklaşması, sıklıkla iddia edilen eski ve modern hukuk anlayışları arasındaki boşluğu kapatır. Aristoteles'in iyi kavramının tikel unsurlardan meydana gelen zengin içeriği ile Kant ve Hegel'deki hak kavramının içerikten arındırılması arasındaki zıtlık, özel hukuk için geçerli değildir. Aristoteles'in denkleştirici adaletle dair getirdiği açıklama modeli, Kant ve Hegel'de görülen hak anlayışının inkişaf etmemiş hâlidir¹⁴⁴.

Sonuç olarak denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaletin temelini oluşturan araçsalçı olmayan normatiflik, Kant'ın ve Hegel'in hukuk felsefelerinde karşımıza çıkar. Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, kişiler arasındaki dışı yansıyan ilişkileri anlamaya yönelik zihinsel çabaya, özellikle Kant'ta önemli bir yere sahip olan yükümlülük kavramını da ekler. Kantçı normatiflik, bir yandan denkleştirici adalet ile dağıtıcı adaletin gerekçelendirilebilmesinin koşuludur, diğer yandan da bizzat bu iki adalet türünde kendi ifadesini bulur. Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, Kantçı

¹⁴¹ Weinrib, "Corrective Justice", s. 424.

¹⁴² Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 83; Weinrib, "Corrective Justice", s. 424.

¹⁴³ Weinrib, "Corrective Justice", s. 424.

¹⁴⁴ Weinrib, *The Idea of Private Law*, s. 83; Weinrib, "Corrective Justice", s. 424.

normatiflik kabulüne dayandığından, Kantçı normatiflik adalet türlerinin dışında yer alan, onlara yabancı keyfi bir kabul değildir. Gereçlendirme vasıtası olarak iki adalet türünün kendilerinde örtülü bir hâlde bulunur. Denkleştirici adalet ile dağıtıcı adalet o kadar soyut kalıplardır ki görece daha bağımlı, daha koşullu bir kavram olan “iyi”yi değil de, Kant ve Hegel’de karşımıza çıkan “hak” kavramını kendi yapılarının bir parçası kabul ederler. Aristoteles’in adalet biçimleri ile Kant ve Hegel’in hak kavramı birarada değerlendirildiğinde hukuki ilişkileri anlamlı kılan araçsalıcı olmayan bir açıklama modeli oluştururlar. Hak kavramı, bu anlamını özgür iradede bulur. Keza hak kavramı, adalet biçimlerinde zaten örtülü bir hâlde bulunduğundan, adalet biçimlerinin özleri gereği normatif olduğu söylenebilir¹⁴⁵.

Denkleştirici adaletin iki özelliği, normatifliğin içkinliğine uygundur. Denkleştirici adalet öncelikle tarafların refahı, mutluluğu ve erdemi gibi etmenleri dikkate almaz. İkinci olarak denkleştirici adaletin öngördüğü denkleştirme, başlangıçtaki eşitliği sağlamaya yöneliktir. Davalıdan davacıya aktarılan miktar, başlangıçtaki bu eşitliğin bozulma oranını yansıtır. Bu eşitliğin bizatihi kendisi biçimseldir ve tarafların tekil özelliklerine işaret etmez. Denkleştirici adalet açısından eşitlik, davacı ile davalıyı birbirinden ayıran, farklılaştıran özelliklere ve koşullara ilgisizdir¹⁴⁶.

Denkleştirici adalet, hukuki ilişkinin taraflarını özgür iradeleriyle ve belirli bir amaca yönelik hareket eden varlıklar kabul eder. Bu nitelikleriyle taraflar, önceden belirlenmiş şekilde hareket etmez; önceden belirlenmiş bir amacı gerçekleştirmeye çalışmazlar. Eylemlerinin ve amaca yönelik olmalarının temelinde kendi kararlarını yine kendilerinin verebilme özellikleri vardır. Kendi kararlarını verebilme kapasitesi, bütün tekil durumlardan ve koşullardan soyutlanabilme demektir. Buradaki soyutluk, söz konusu kapasitenin herkes için geçerli olduğunu gösterir. Denkleştirici adalet, sadece kişinin özgür ve amaca yönelik hareket edebilme kapasitesini temel alır. Bu kapasite biçimseldir; gerçekleştiğinde ne tür sonuçların ortaya çıkacağıyla ilgilenmez. Yani kapasitenin kendisi, sonuçlarından bağımsızdır ve denkleştirici adaletin dikkate aldığı bu kapasitenin sonuçları değil, kendisidir. İnsanın tekil davranışlarının ötesine geçmekle denkleştirici

¹⁴⁵ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 996.

¹⁴⁶ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 997.

adalet, bu davranışları kendi kararlarını verebilen özgür iradenin ürünü şeklinde görür ve kavramsal olarak ondan sonra geldiğini kabul eder¹⁴⁷.

Denkleştirici adalet, Kantçı terimlerle söylersek, numenal benliklerin birbiriyle iletişime geçtiği bakış açısıdır. Yani denkleştirici adalet sayesinde ahlâk sahibi kişilerin kendilerini ifade ettiği dolaysız, aracısız ilişkiler düzenini gösterir. Ahlâk sahibi kişiler, biçimsel olarak eşit statülerine uygun şekilde birbirleriyle iletişim kurma yükümlülüğü altındadırlar. Özgür ve amaca yönelik hareket eden varlıklar olarak ahlâk sahibi kişilerin eylemleri, diğer özgür kişilerin eylemleri ile birarada gerçekleşebilecek nitelikte olmalıdır. Bu normatif gereklilik, dışarıdan empoze edilmez; ahlâk sahibi kişi olmalarının doğal bir sonucudur. Dolayısıyla denkleştirici adaletin ahlâki kişilik kabulü, dolaysız ilişkilerin anlamında gizli bir takım yükümlülüklerin olduğu ve bunların ahlâk yasaları tarafından her özgür varlığa uygulanacağı anlamına gelir¹⁴⁸.

Dağıtıcı adalet de denkleştirici adalet gibi ahlâki kişilik kabulünden hareket eder. Zira kişiler ile nesneleri birbirinden kesin bir şekilde ayırır. Bu ayırım, ahlâki kişiliğin soyutluğuyla bağlantılıdır. Tekil dağıtımların her biri dağıtımın konusu ile dağıtımdan istifade edecek olanları birbirine bağlar. Dolayısıyla soyut değildir. Buna karşılık dağıtıcı adalet, düzenleyici bir kavram olarak, herhangi bir somut dağıtımla ilgilenmez. Tekil bir dağıtım, belirli bir nimetten faydalandırmak veya belirli bir külfet yüklemek suretiyle somut bir kişiye yöneliktir. Yani kişilik, dağıtımın sonucuyla ilgilidir; dağıtım için bir varsayım oluşturmaz. Belirli bir tekil dağıtımda kişi, dağıtılacak şeyde pay sahibi olarak düşünülür. Buna karşılık dağıtıcı adalet, bütün muhtemel dağıtım modellerinde ortak olan biçimi gösterir; herhangi somut bir dağıtım hakkında tarafsızdır. Dolayısıyla soyut ahlâki kişilik varsayımından hareket eder. Bu yönüyle denkleştirici adaletten farksızdır¹⁴⁹.

Pozitif hukuk, denkleştirici ve dağıtıcı adaletin içkin normatifliğini, hukuki davalarda geriye dönük olarak yansıtır. Bir mahkeme, yürütme veya yasama işlemini iptal ettiğinde veya bir özel hukuk davacısının tazminat almaya hak kazandığını söylediğinde verdiği karar, sadece bundan sonra hukukun ne olacağını tespit etme anlamı taşımaz; mevcut davranış şekline önceden de uygun olan hukuki standartları tespit etmek anlamına gelir. Fakat mahkemenin bu kararı, bir yasama faaliyeti sayılmamalıdır. Zira aksi

¹⁴⁷ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 997.

¹⁴⁸ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, ss. 997-998.

¹⁴⁹ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 998.

takdirde kişiler davranışlarını bu yasama işleminin gereklerine göre ayarlayamaz. Geriye dönüklük, söz konusu standardın, eylem gerçekleştiği anda geçerli olduğu kabulüne dayanır. Mahkemenin kararı, dava sürecinden önce de ahlâki geçerliliği olan bu standardın tespiti veya açığa çıkarılması, ilân edilmesidir. Mahkeme kararının bizatihi kendisi, denkleştirici ve dağıtıcı adaletin anlamını somut bir olayda tespit etme işlevi gördüğünden, kararın geriye dönük normatifliğinin, bir hukuki muamelenin veya dağıtımın hukuki doğasına bitişik normatifliği yansıttığı düşünülebilir. Hukuk, ilan edilen standardın, taraflar arasındaki karşılıklı münasebete daha baştan uygun olduğunu iddia eder. Dolayısıyla örtülü olarak, hukuki muamelelerin ve dağıtımların, dayandıkları adalet biçimleri sayesinde içkin birer normatif etkinlik sayılması gerektiğini ileri sürer¹⁵⁰.

Denkleştirici adalet ve dağıtıcı adalet, özü gereği normatif olduğundan, herhangi bir hukuki düzenlemenin bunlardan birine veya diğerine uygun olduğunu ileri sürmek de normatif bir argümandır. Dolayısıyla mevcut bir özel hukuk öğretisinin denkleştirici adalete uygunluğu ileri sürüldüğünde, ayrıca bir kere daha normatif bir değerlendirmeye gitmeye gerek yoktur. Zira bu “Yeşil renginin rengi nedir?” sorusunu sormak gibi olur¹⁵¹.

Değerlendirme

Formalist özel hukuk yaklaşımı, kökü en az özel hukukunki kadar eskilere uzanan bir başka temel hukuk kavramını, yani adaleti tekrar günümüzün özel hukuk tartışmalarının gündemine sokmuştur. Her ne kadar özel hukuk büyük ölçüde uygulamaya yönelikse de aslında temel hukuk kavramlarını ve ilkelerini bünyesinde barındırır. Bu yönüyle de hukuk felsefesinin konuları arasına girer. Formalist yaklaşım, özel hukukun kendine has bir yapısı olduğunu ve bu yapı içerisinde hak ve adalet kavramlarının önemli bir yer işgal ettiğini ileri sürmekle özel hukuku felsefi düşünmenin alanı haline getirmiştir.

Weinrib'in yeniden formüllendirdiği hukuki formalizm, hem genel bir hukuk kuramı, hem de bir özel hukuk kuramı olarak hukuk felsefesinin temel sorunlarına ilişkin farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Weinrib'in formalizmi, eskimiş bir hukuk yaklaşımı gibi görünse de hukuk tartışmalarına klasik anlamda felsefi bir bakış getirmekle özellikle hak ve adalet gibi değerler üzerinde tekrar düşünmeye imkân sağlamıştır.

¹⁵⁰ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 999.

¹⁵¹ Weinrib, “Legal Formalism: On The Immanent Rationality of Law”, s. 999, dipnot 105.

Genel hukuk felsefesi tartışmalarında olduğu kadar, özel hukuk tartışmalarında da Weinrib'in formalist yaklaşımı önemli bir boşluğu doldurmaktadır. Özellikle özel hukuk alanında karşılaşılan bazı kuramsal sorunların çözümünde formalizmin kullandığı kavramlar ve yöntem ilkeleri hayli faydalı olabilir. Ayrıca formalizm, hukuk kuramı ile uygulaması arasındaki kopukluğu da giderme iddiasındadır. Bu da özellikle ülkemizde gözlemlenen bir sorunu, hukuk öğreniminin uygulamadan uzak kalması sorununu giderecek bir takım ipuçlarını sağlayabilir. Hukuk öğrenimi ile uygulaması arasındaki bu kopukluğun veya hukukun kuramıyla uğraşan hukukçular ile uygulamacılar arasındaki iletişimsizliğin en belirgin ortaya çıktığı alan özel hukuktur. Weinrib'in özel hukuk yaklaşımı, gündelik hukuki tecrübeyi kendisine esas aldığından bu iletişimsizliği hem bütün yönleriyle tespit etme, hem de giderecek çözüm önerileri geliştirme konusunda etkili olabilir.

Bütün bu olumlu yönlerine karşın Weinrib'in özel hukuk yaklaşımı, daha çok haksız fiiller üzerinde durmaktadır. Hâlbuki haksız fiil, özel hukukun sorumluluk doğuran kaynaklarından sadece birisidir. Haksız fiilin yanı sıra sözleşme ve sebepsiz zenginleşme de özel hukuk sorumluluğunun tam anlamıyla kavranmasında önemli bir yere sahiptir. Weinrib'in yaklaşımı, özellikle sözleşme konusunda yeterince açıklayıcı değildir.

Bunun yanı sıra Weinrib, özel hukuku tamamen denkleştirici adalete dayandırmaktadır. Denkleştirici adalet, özel hukukun doğasını en iyi yansıtan kavram olsa da tek kavram değildir. Dağıtıcı adalet de en az denkleştirici adalet kadar özel hukuk ilişkilerini açıklamada kullanışlı olabilir. Nitekim çağdaş özel hukuk kuramları arasında denkleştirici adaleti, dağıtıcı adaletin bir türü kabul eden kuramlar da yok değildir. Aynı şekilde özel hukukun da kamu hukukundan kesin bir şekilde ayrılabilceğini iddia etmek her zaman o kadar kolay değildir. Özellikle hukukun da küreselleştiği bir dönemde sadece özel hukuk-kamu hukuku ayrımı değil, ayrı ayrı hukuk dalları arasındaki sınırlar da eski geçerliliğini kaybetmektedir.

Sonuç olarak Weinrib'in formalizmi, hukukun toplumsal ve tarihsel boyutuna yeterince önem vermediğinden günümüzün hukuki gelişmelerini tam anlamıyla açıklayamamaktadır. Buna karşın hukukun zaman ve mekâna göre değişmeyen bir boyutunun da bulunduğu unutulmamalıdır. Formalizm, bizi hukukun bu boyutu üzerinde düşünmeye davet etmektedir. Özel hukukun kendine özgü iç mantığının nasıl işlediği hakkında bilgi sahibi olmak da hukukun bu evrensel boyutunu daha iyi anlamamızı sağlayacak yollardan biridir. Weinrib'in formalizmi özel hukukun kendine özgü yapısını ortaya koymakla bize böyle bir imkân sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- Aristoteles: **Nikomakhos'a Etik**, çev. Saffet Babür, Ankara, Ayraç Yayınevi, 1998.
- Aristotle: **The Nicomachean Ethics**, çev. J.A.K. Thomson, Londra, Penguin Books, 1953.
- Gürler, Sercan: **Ahlâk ve Adalet**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.
- Hegel, G.W.F.: **Elements of the Philosophy of Right**, 9. Bası, (Ed.) Allen W. Wood, çev. H. B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Kant, I.: **The Metaphysics of Morals**, çev. Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- Perry, Stephen R.: "Tort Law", Dennis Patterson (Ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, ss. 57-79.
- Ripstein, Arthur: "Philosophy of Tort Law", Jules Coleman, Scott Shapiro (Eds), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, ss. 656-686.
- Weinrib, Ernest J.: "Law As A Kantian Idea of Reason", **Columbia Law Review**, Vol. 87, 1987, ss. 472-508.
- Weinrib, Ernest J.: "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", **The Yale Law Journal**, Vol. 97, S. 6, 1988, ss. 949-1016.
- Weinrib, Ernest J.: "Right and Advantage in Private Law", **Cardozo Law Review**, Vol. 10, 1988-1989, ss. 1283-1309.
- Weinrib, Ernest J.: "Understanding Tort Law", **Valparaiso University Law Review**, Vol 23, S: 3, 1989, ss. 485-526.
- Weinrib, Ernest J.: "Corrective Justice", **Iowa Law Review**, Vol. 77, 1991-1992, ss. 403-425.
- Weinrib, Ernest J.: "Why Legal Formalism", Robert George (Ed.), **Natural Law Theory**, Oxford, Clarendon Press, 1992, ss. 341-364.

Weinrib, Ernest J.: **The Idea of Private Law**, Harvard University Press, 1995.

Weinrib, Ernest J.: “Legal Formalism”, Dennis Patterson (Ed.), **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1996, ss. 332-342.

Weinrib, Ernest J.: “Can Law Survive Legal Education?”, **Vanderbilt Law Review**, Vol. 60, Sayı 2, 2007, 401-438.

Zipursky, Benjamin C.: “Philosophy of Private Law”, Jules Coleman, Scott Shapiro (Eds), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2002, ss. 623-655.

Zipursky, Benjamin C.: “Philosophy of Tort Law”, Martin P. Golding, William A. Edmundson (Eds), **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2005, ss. 122-137.