

Subject Area  
Public Administration

Year: 2022  
Vol: 8 Issue: 97  
PP: 1405-1408

Arrival  
30 March 2022  
Published

30 April 2022  
Article ID Number  
61154

Article Serial Number  
23

Doi Number  
<http://dx.doi.org/10.29288/88/sss.61154>

#### How to Cite This Article

Telsaç, C. (2022).  
“Kadir Caner Doğan’ın  
“Jürgen Habermas’ta  
Katılım, Demokrasi Ve  
Meşruiyet Kavramları:  
Ombudsman Yönetişimi  
Üzerine Düşünmek”  
Adlı Makalesine  
Cevaben” International  
Social Sciences Studies  
Journal, (e-ISSN:2587-  
1587) Vol:8, Issue:97;  
pp:1405-1408



Social Sciences Studies  
Journal is licensed under a  
Creative Commons  
Attribution-NonCommercial  
4.0 International License.

## Kadir Caner DOĞAN’ın “Jürgen Habermas’ta Katılım, Demokrasi Ve Meşruiyet Kavramları: Ombudsman Yönetişimi Üzerine Düşünmek” Adlı Makalesine Cevaben

In Response To Kadir Caner Doğan's Article “The Concepts of Participation, Democracy and Legitimacy at Jürgen Habermas: Thinking On Ombudsman Governance”

Cüneyt TELSAÇ <sup>1</sup> 

<sup>1</sup> Doktorant. Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İİBF Fakültesi / Enstitüsü, Kamu Yönetimi Bölümü, Van/Türkiye

### ÖZET

“Jürgen Habermas’ta Katılım, Demokrasi Ve Meşruiyet Kavramları: Ombudsman Yönetişimi Üzerine Düşünmek” adlı makalenizi okudum. Öncelikle alanda sıklıkla işlenen bir konu olmasına karşın, alışılmamış bir yöntemle konuyu farklı disiplinlerle ilişkilendirdiğiniz için sizi tebrik ederim. Habermas üzerinden yaptığımız bu özgün çalışmayı çok ilginç ve cesaret verici bulduğumu belirtmek isterim. İzlediğiniz teorik yol ve ilişkilendirme yönteminin akademiye yeni bir soluk kazandıracağını düşünmekteyim. Bunun yansira makalenizin temel unsuru olan Ombudsman kurumunun düşünsel temellerinin normatif olmaktan ziyade ilkesel bir yapıya sahip olduğuna ilişkin kanıtlar sunmaya çalışacağım.

**Anahtar Kelimeler:** Habermas, Ombudsman, Hukuki Biçimsellik

### ABSTRACT

I have read your article “The Concepts of Participation, Democracy and Legitimacy at Jürgen Habermas: Thinking On Ombudsman Governance”. First of all, I would like to congratulate you for associating the subject with a different discipline in an unusual way, although it is a subject that is frequently covered in the field. I would like to state that I found this original work on Habermas very interesting and encouraging. I think that the theoretical path and linking method you followed will bring a new breath to the academy. In addition to this, I will try to provide evidence that the intellectual foundations of the Ombudsman institution, which is the main element of your article, have a principled structure rather than a normative one..

**Key Words:** Habermas, Ombudsman, Legal Formality

## 1. GİRİŞ

International Social Sciences Studies Journal (SSS Journal) dergisinde yer alan 24 Mart 2022 tarihli “Jürgen Habermas’ta Katılım, Demokrasi ve Meşruiyet Kavramları: Ombudsman Yönetişimi Üzerine Düşünmek” adlı makalenize ilişkin tartışmaya, hukuki biçimselliğin yarattığı sınırlama etkisiyle başlamak istiyorum. Temelde Habermas’ın rasyonel hukuk konusundaki düşüncelerinin Rechtsstaat ve Sozialstaat özelinde değerlendirilmesinin sığ bir bakış açısı oluşturacağını ve olaya sadece rasyonel hukuk devleti ve refah/sosyal hukuk devleti ekseninden bakmanın eksik bir yöntem olacağı kanaatindeyim (Baynes, 2015:137). Bu sebepten tartışmayı bu kavramlar üzerinden değil de daha çok “yargı ve normatif hukuk kuralları” üzerinden yürütmek istiyorum.

## 2. HABERMAS VE OMBUDSMAN YÖNETİŞİMİNE İLİŞKİN

Habermas pozitivist yargılama teorisine ilişkin; hukuki kuralın açık bir şekilde belli olmadığı veya yoruma açık olduğu durumlarda yargıçlara gereksiz ölçüde geniş takdir hakkı tanınması: pozitivistizmin katı biçimselliğine bağlamakta ve verilen kararlara ilişkin duyduğu güvensizliğini belirtmektedir (Habermas, 1996). Temelde yargıçların genel standartlar üzerinden hareket etmesinin daha doğru olacağını vurgulayan Habermas, buna ilişkin Dworkin’in (1977):

*“Asıl iş, temel kurumları adalet ilkelerini cisimleştirecek düzenli bir toplumun felsefi inşası değil, bundan ziyade asli öğeleri bakımından somut bir düzenin içinde tüm bireysel kararların tutarlı bir bütünün parçası olacak şekilde meşrulaştırılmasını sağlayacak geçerli ilkelerin ve politikaların benimsenmesidir.”*

Fikrini de ayrıca bir örnek olarak sunmayı ihmal etmemektedir

Solum'un normatif hukuk teorisine ilişkin: "Hukuki biçimsellik; sonuçları mekanik bir şekilde belirlemese dahi büyük ölçüde sınırlandırma potansiyeline sahiptir" sözü aslında rasyonel hukukiliğe ve Weber'e adeta bir gönderme şeklindedir. McCormick, demokratik iletişimsel iktidar potansiyelini arttırmak açısından; devlet iktidarı ve ekonomik eşitsizliklerin sisteme dair yaratabileceği tehditlere ilişkin her türlü kurumsal kontrollerin ve yeniden yönlendirmenin, modern hukuk sayesinde mümkün olabileceğini belirtmektedir. Bu bakış açısı aynı zamanda McCormick'in Habermas yönelik düşüncelerinin temelini oluşturmaktadır. Zira Habermas için (2007:147):

*"Anayasal yönetimin post parlamenter ve geleneksel anlamda sadece yarı demokratik açıdan meşru yargısal pratiklerine; iletişimsel prosedürlerin nasıl aktarılabilineceğinin yolunu gösteren düşünür"*

Şeklinde bir tanım yapmaktadır. Bu kesişim aynı zamanda sizin makalenizde yer alan Ombudsman Yönetişimi fikrinin de teorik temellerine ilişkin ipucular vermektedir.

Habermas'a göre kurallar ve ilkeler birbiriyle sıkı sıkıya bağlıdır fakat aynı şey değildir. Bu duruma ilişkin; kafa karıştırıcı olaylarda kural çatışmasından kaçınmak açısından geleneksel ilkelerin istisna hükümlerine başvurmanın iyi bir çözüm olabileceğini söylemektedir. Konuya ilişkin istisnaların ne olduğu ve ne kadar olacağına dair ciddi tartışmalar süregelmektedir. Şayet her yasanın istisna koşulları varsa veya olacaksa o zaman bizzat yasal düzenin de olur ve bu durumda yasal düzen bozulabilir. Bu noktada bir araç açmak ve durumun sadece birbiriyle çelişen yasalar/kanunlar/kurallar söz konusu olduğunda geçerli varsayıldığını belirtmem gerekmektedir. Zira Habermas; ilke temelli karara varmanın belirleyici noktasının illa katı bir biçimsellik değil daha ziyade belli bir vaka için neyin uygun olduğunun belirlenmesidir şeklinde bir açıklama yapmaktadır (Habermas, 1992: 218).

Normatif hukuk kuralların çatıştığı varsayımı; belli durumlar için son derece incelikli bir şekilde hazırlanmış kurallardan kaynaklanmaktadır. Esasen çatışmanın odağında sistemin belirsizlik tehlikesine düşmesini engellemek için sistemin belirliliğine dayanak sağlama fikri olduğu söylenebilir<sup>1</sup>. Fakat Habermas'a göre kurallar son derece katidir. Zira kurallar kendi uygulanma koşullarını saptar. Tartışmanın bu noktasında konudan kopmamak adına; üstün kural ilkesi, özel kural ilkesi ve yeni kural ilkesi kavramlarına sadece dip not olarak değineceğim<sup>234</sup>. Kurallar Habermas'ın tabiriyle, kendini uygulatan yasalardır fakat bu noktada, eşitlik olgusu, kabuller ve tasdik gibi ilkeler idari yollar vasıtasıyla temin edilir. Tartışmanın en sıcak yeri burasıdır. İlkeler kurallar gibi kendi kendine uygulanamaz. Kurallara kıyasla ek bir belirtim veya ilişkilendirme gereği doğurmaktadır. Ayrıca ilkeler bir ölçüde belirsiz olmak zorundadır zira başka bir ilkenin somut bir vakaya ne kadar uyup uymadığına ilişkin incelenme gerektirmektedir. Uygulama esnasında uygun olabilecek tüm normatif gerekçeler toplanarak ilkeler doğrultusunda yoruma açılmalıdır (McCormick, 2015:152-153). Habermas bu duruma ilişkin şu tespitlerde bulunmaktadır (Habermas, 1992: 218):

*"Yorumlama aşamasında sunulan normlar arasında çelişki kaynaklı bir "çatışma" ortaya çıkıyorsa, normun gerekçelendirdiği süreç ile normun somut geçerliliğinin uygunluğu birbirine karıştırılıyor demektir. Oysaki var olan normların yerine belirsizlikleri akılcı tartışma teorisi üzerinden açıklanmaya çalışıldığı takdirde çelişkili normlardan bir seçime gidilmesi anlam kazanacaktır."*

Kurallar ve ilkeler üzerinden bir ayırım yapan ve daha sonra iki kavram arasında köprü kuran Habermas bu durumu Between Facts and Norms adlı eserinde şu şekilde belirtmektedir (1992:208):

*"Kurallar; belli somut durumlarda uygulanmak için belirlenmiş normlardır. Kurallar genellikle uygulama şeklini belirten "eğer" ifadesiyle başlar. Eğer X koşulda doğarsa, o zaman Y işlemi uygulanır. Oysaki ilkeler; uygulamayla ilgili önceden belirlenmiş çok daha az yönergenin söz konusu olduğu genel yasal standartlardır."*

<sup>1</sup> Kural çatışması, hukuki bazı hususlarda aynı konunun farklı hukuk kurallarınca düzenlenmiş olması veya farklı şekillerde tertip edilmiş olmasıdır. Çatışan kurallar gündeme geldiğinde yargıcin yüzleştiği problem, aynı konuya ilişkin bu kurallardan hangisini tercih etmesi gerektiği sorunudur. Buna ilişkin hukukçuların süregelen tecrübe ve örnek içtihatları belirleyici olmaktadır. Bunun yansira üstün kural ilkesi, özel kural ilkesi ve yeni kural ilkesi kavramları da tercih açısından etken olabilmektedir. Kemal Gözler. "Yorum İlkeleri". *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somulaştırması*, 2013:103.

<sup>2</sup> Özel Kural İlkesi (Lex specialis derogat legi generali): Hukuk kuralları normlar hiyerarşisinde kurallar birbiriyle aynı seviyede bulunuyorsa aralarında genellik-özellik ilişkisi bulunmaktadır. Özel kanun ilkesi göz önüne alındığında, aynı seviyede bulunan ve aralarında genellik-özellik ilişkisi bulunan iki hukuk kuralı çatışıyorsa çözüme ilişkin tercih edilmesi gereken kural, daha özel düzenlemeler ihtiva eden kural şeklinde olmaktadır. Buna göre özel kanun genel kanunları ilga eder. Gözler. "Yorum İlkeleri",97-98.

<sup>3</sup>Yeni Kural İlkesi (Lex posterior derogat legi priori): Şayet aynı seviyede bulunmasına karşın kurallar arasında genellik-özellik bakımından ilişki bulunmuyor fakat buna rağmen bu kurallar farklı hükümler öngörüürsa uygulanması gereken ilke, yeni kural ilkesidir. Yani sonraki kanun önceki kanunları ilga eder. Gözler. "Yorum İlkeleri",100.

<sup>4</sup>Üstün Kural İlkesi (Lex superior derogat legi inferiori): Hukuk bir düzen açısından yan yana sıralanmış dizi normlardan ibaret değildir, aynı zamanda alt alta, üst üste dizilmiş başka normlardan da oluşmaktadır. Hukuk kuralları arasında güçleri itibarıyla bir alt üst ilişkisi bulunmaktadır. Hiyerarşik sıralama esasına göre aynı konuyu birbirinden farklı şekilde düzenleyen hukuk kurallarından birisi, normlar hiyerarşisi esasına göre diğerinden daha üstte yer alıyorsa yargıcin bu üstteki kuralı tercih ederek uygulaması gerektiği genel kabul görmektedir. Örneğin, sıralama anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik şeklinde gitmektedir. Buna göre kanun tüzükten üstündür. Gözler. "Yorum İlkeleri",100-101.

Habermas normatif açıdan alınan yargı kararlarına ilişkin yargısal karar almayı rasyonel bir belirteç olarak değerlendirir (Habermas, 2008: 262). Hukuk düzeni açısından genel kabullere imkân veren eksiksiz iletişimsel etkileşimi kolaylaştıracak yapıların; kanaat ve irade, yasa ve politika oluşumunun elde edildiği bir düzen olarak nitelendirir. Bu sayede yasaların biçimselliği maddi açıdan meşru hale gelmektedir (Bohman ve Rehg, 2007: 18). Ona göre söylemler rasyonel bir iradenin şekillenebildiği yere, o vakit hukukun meşruiyeti nihayet iletişimsel bir düzenlemeye dayanmaktadır. Zira rasyonel söylem bağlamında; hukuka tabi oydaşlar çelişkili veya tartışmalı bir normun ilgili tüm tarafların rızasını alıp almadığını bu sayede sorgulayabilmektedir (McCormick, 2015:155-156).

### 3. SONUÇ

Hebermas'a göre hukuk sisteminde prosedürel haklar açısından meşru beklenti; sonucun kesinliği ya da yasa koyucu yargıçların keyfi beyanları ile değil aksine yasal sorun ve ilgili olguların ortaya çıkartılması şeklinde olmalıdır. Yasal karar almanın iletişimsel pratiklere bağlı olarak geliştiği demokratik prosedürcülüğe göre; yasadan etkilenen taraflar keyfi değil e geçerli gerçeklere dayalı şekilde karar verildiğinden emin olmalıdır. Zira biçimsel hukukun bundan daha güçlü bir belirlilik garantisi vermesi mümkün değildir.

Habermas'ın süreç ve süreklilik odaklı bir yaklaşıma sahip olduğu ve dönüşüme ilişkin krizleri nitel değişim üzerinden, çözümü ise kayda değer süreklilik üzerinden değerlendirdiğini görmekteyiz. Habermas göre, bir şeyin yasal olarak meşrulaştırılmasının yolu, hangi yöntem ve aracın kullanıldığından ayrı düşünülmemelidir. Zira yöneme ilişkin çözüm olarak; muhakemede “diyalojik yaklaşımı”nı geliştirmiştir. Diyalektik bütünlük ilkesine göre eleştirel teori; analitik araçların ve toplumsal yapıların iç içe geçtiği bilinciyle değerlendirme yapmaktadır (Habermas, 1998: 20). Bu yaklaşıma göre teori ve pratik ile kavram ve olgu arasında orantılı bir ilişki söz konusudur ve süreç çoklu bakış açıları oluşturularak yürütülmelidir. Çoklu bakış açıları aynı zamanda katılım ve kamuoyu onayı konularını da gündeme getirmektedir. Ayrıca yasa yapım sürecinin, katılımcı bir yurttaşlık anlayışı çerçevesinde gerçekleştirilmesinin gerektiğini belirtmektedir ((Habermas, 1997: 72). Habermas'ın iletişimsel pratiklerine bakıldığında , “insanlar toplumsal kurumların üyeleri olarak yaşayabilmelerini olanaklı kılacak karşılıklı beklenti çerçevelerini üretmek üzere birbirleriyle etkileşime girmek zorundadır” sözü yönetime işaret etmektedir (Mutlu, 1998, 181). **Zira bu burası Ombudsman Kurumu ve yönetim ekseninin keştiği yerdir.**

Prosedürel haklar, insan hakları veya eşit korunma hakkının ete kemiğe bürünmesi son kertede yorumlama ve uygulama ile şekil almaktadır. Kurallar bazı durumlarda birbiriyle uzlaşmaz şekillerde çatışabilmektedir. Zira kurallar genel standartlardan ziyade normatif bir yapıya sahiptir. Fakat ilkeler bu yönüyle bakıldığında adaletin geniş işleyişini temsil ederler (Habermas, 1992:172). Habermas açısından hukukun biçimselciliğinin çok keskin bir anlamı vardır. Hukuk ve adalet aynı şey değildir (Borradori, 2013:42). Biçimselcilik esasen hukukun inşasıyla ilişkilidir. Bu yönüyle mantıklı ve önceden belirlenmiş prosedürlerle ortaya konmuştur. Oysaki genel ilkeler üzerinden alınan kararlarda biçimsellik illaki olmazsa olmaz unsur değildir. Daha çok bir vaka için neyin uygun olup olmadığını ilkeler belirlemektedir (McCormick, 2015:153). **Tam olarak bu noktada sizin makalenizin ana öznesi olan Ombudsman kurumunun düşünsel temellerine rastlamaktayız.** Gelişim süreci üzerinden bir değerlendirme yapıldığında Ombudsman Kurumu; normatif olmaktan çok ilkesel bir görünüm sergilemektedir.

### KAYNAKÇA

Baynes, K. (2015). Habermas. Routledge.

Bohman, J., & Rehg, W. (2007). Jürgen Habermas.

<https://plato.stanford.edu/entries/habermas/#HabDisTheMorPolLaw> (E.T: 30.03.2022)

Borradori, G. (2013). Philosophy in a time of terror: Dialogues with Jurgen Habermas and Jacques Derrida. Journal for Cultural and Religious Theory vol. 5 no. 3 pp:39-45

Dworkin, R. M. (1977). The philosophy of law. Oxford University Press.

Gözler, K. (2013). Yorum İlkeleri. Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, 15-119.

Habermas, J. (1996). Postscript to between facts and norms. Habermas, modernity and law, 135 150.

Habermas, J. (1997). A Berlin Republic: Writings on Germany. Lincoln: University of Nebraska Press.

Habermas, J. (1998). Sosyal Bilimlerin Mantığı Üzerine, (Çeviren: Mustafa Tüzel), İstanbul, Kabalcı Yayınları

Habermas, J. (2008). Hukuk devleti ve demokrasi arasındaki içsel ilişki üzerine (Çev, B. Canatan,). Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal, (Eds. A. R. Çoban, B. Canatan ve A. Küçük). Ankara: Adres Yayınları.

Habermas, J. (2015). Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy. John Wiley & Sons.

McCormick, J. P. (2007). Weber, Habermas and Transformations of the European State: Constitutional, Social, and Supranational Democracy. Cambridge University Press.

Mccormick, J. P. (2015). Weber, Habermas ve Avrupa devletlerinin dönüşümü. İş Bankası Yayınları.

Mutlu, E. (1998). İletişim Sözlüğü. 3. Basım. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları.