

# GERALD POSTEMA’NIN ‘EZGİ’ MODELİ VE HUKUKTA KIYAS YÖNTEMİNİN BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÜZERİNDEN İNCELENMESİ<sup>1</sup>

Koray GÜVEN<sup>2</sup>

**Özet:** Gerald Postema, özellikle 17. Yüzyıl geleneksel İngiliz hukuk teorisyenlerinin görüşlerinden yararlanarak; Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinin teorik temeller yerine uygulamanın bütün olarak tutarlı olması gerekliliğini öne çıkaran yönüne dikkat çeker. Bu düşünceden esintiyle kendi “ezgi” modelini geliştirir. “Ezgi” modelinde, tüm hukuk sujelere ve özellikle yargıç elindeki hukuki soruna çözüm bulurken, bu sorunun geçmişteki ve gelecekteki muhtemel uygulamayla girdiği etkileşimi dikkate alarak; yaptığı akıl yürütme faaliyetini geçmiş, gelecek ve şimdiki zamandan oluşan bu üç ayaklı temelin özelliklerine göre tekrar tekrar yeniden gözden geçirerek sonuca ulaşır. Hukuk, yalnızca içinde bulunduğumuz zaman diliminde geçerli olan kural ya da ilkeler bütününe kapsayan bir sistem değil; geçmiş, gelecek ve şimdiki zamanla beraber dinamik ağıdır. Hukuki soruna çözüm bulma faaliyeti, eldeki sorunu bu hareketli ağ içindeki doğru yere yerleştirmekten ibarettir. Postema’nın bu örnekler ağındaki uyumsuzlukları çözüme ulaştırmak için önerdiği yöntem ise; genel kabul ya da kurallar üretmenin ve bunlardan yola çıkmanın fazla kuramsal ve yararsız olduğu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde; tümdengelim ve tümevarım yerine kıyastır. Bu makalede, Postema’nın kıyasa dayalı düşünmeyi hukuki düşünceye adapte ederek geliştirdiği kıyas kalıbı; geleneksel İngiliz hukuk teorisinin öne çıkardığı özellikleri ve “ezgi” modeli ile birlikte ele alınarak incelenecek ve Anayasa Mahkemesi’nin “İffetsiz kadın” kararı olarak bilinen mülga Türk Ceza Kanunu’nun 438. maddesine ilişkin 12.1.1989 tarihli kararıyla birlikte ele alınacaktır.

**Anahtar kavramlar:** Anglo-Amerikan hukuk teorisi, “ezgi” modeli, kıyasa dayalı düşünme, iffetsiz kadın kararı

## A. Giriş

Gerald Postema, etik ya da hukuki herhangi bir genel ilkenin yol göstericiliği olmaksızın, tümdengelimden ve dolayısıyla yargıcın başvurması gereken bir adalet kuramına gereksinim duymaksızın sonuca ulaşılacak bir akıl yürütme yöntemi önerir. Kıyas yöntemine dayalı düşünme modelini kurarken, geleneksel “common law” teorisini kendine özgü bir bakışla değerlendirerek içtihat hukukunu “ezgi” adını verdiği bir kalıba oturtur.

<sup>1</sup> Bu makalenin yazımında, 17-28 Haziran 2013 tarihleri arasında Koç Üniversitesi ve Türkiye Felsefe Kurumu’nun düzenlediği “Uluslararası Hukuk Felsefesi Yaz Okulu”nda; Beyza Timur(Ankara Üniversitesi), Duygu Çiçek(Koç Üniversitesi), Hande Evsen(Bilkent Üniversitesi) ve Koray Güven(Bilkent Üniversitesi) tarafından hazırlanan sunumdan yola çıkılmış, Gerald Postema’nın 25-26 Haziran tarihlerinde anlattığı iki ders ve makaleleri temel alınmıştır.

<sup>2</sup> Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Bu kalıpta içtihat hukuku zaman kavramının farkındalığı(law's mindfulness of time) fikrine göre şekillenir. Yargıç, uygulamadaki deneyimleri yoluyla edindiği yapay akıl yürütme(artificial reason) yeteneği ile geçmişteki mahkeme kararlarını göz önüne alır. Kıyas yoluyla değerlendirir. Kıyas yaparken belirli sınırlar içinde kalarak hangi benzerliklerin ve farklılıkların dikkate alınacağı konusunda kendisine bir yol çizer.

## B. Postema'nın Anglo-Amerikan Hukuk Teorisi Üzerine Düşünceleri

### I. İngiliz Hukuku'nun Gelişimi

Postema, İngiliz Hukuku'nun yüzyıllar süren gelişimi hakkında pek çok tartışma hukuk tarihçileri arasında sürse de, üzerinde genel kabulün olduğu iki noktaya dikkat çeker: 1) "Common law" gelişiminin ilk evrelerinde usul hukukuna yönelik olarak gelişmiş, maddi hukuka ilişkin standartları jüri tarafından temsil edilen toplumun yargılarına bırakmıştır. Böylece bu standartlar uzun bir gelişim süreci sonunda bir hukuk bütününe(body of law) vücut vermiştir. 2) İchtihat hukuku kesin çizgilerle ortaya konulmuş bir bağlayıcı içtihat(stare decisis) ilkesi yerine hukuku meslek edinenlerin başvurduğu bir ortak bilgi kaynağı olarak görülmüştür.<sup>3</sup>

Böylece, İngiliz Hukuku'nun kökeni incelendiğinde, içtihat hukukunun, maddi hukuku kapsayacak şekilde sistemleştirilmiş bir bütün olmak yerine; mahkemelerdeki sözlü geleniğin kaydedilmesinden ibaret bir görünüş sergilediği görülür. Bu kayıtların her biri bağlayıcı hukuk kaynakları oluşturmak yerine, hukukçuların ortak hafızasını teşkil eder. Tek bir içtihadın ya da içtihatlar dizisinin değil mahkemelerin genel işleyiş şeklinin hukuku oluşturduğunu söylemek, "common law"un kökeni ve bundan yola çıkarak da Anglo-Amerikan hukuk teorisi hakkında fikir yürütmek için Postema'ya göre doğru bir yaklaşım olacaktır.<sup>4</sup>

Tarihsel gelişim içinde, sistem olgunlaştıkça; hukukçular gittikçe artan bir biçimde de kararların oluşmasında rol oynamaya başlarlar. Hukuki sorunlar karmaşıklaştıkça, jürilerdense yargıçların maddi hukuka ilişkin konularda karar vermesi yaygınlaşır. Böylece ortak düşünce ve yargılara bırakılan konularda artık hukukçuların karar vermeye başlaması alışıldık bir uygulamaya dönüşür.

Postema İngiliz Hukuku'nun kökeniyle ilgili son olarak yasamanın rolü üzerinde durur. Yasama organı, tarihinin büyük bir kısmı boyunca hukuk düzenindeki bazı bozuklukları düzeltici, iyileştirici ya da hâlihazırda kabul gören ilkeleri açıkça belirten kanunlar yapma yoluna gitmiştir. Mahkemeler ise her ne kadar bu kanunları kabullenmek zorunda olsalar da, bunu "common law"un geleneksel akıl yürütme yöntemlerine tabi tutarlar. Böylece yazılı hukuk kurallarının anlamları ve uzun vadede geçerlilikleri, var olan hukuk düzeni içine tutarlı bir biçimde yerleştirilebilmelerine bağlı olmuştur.<sup>5</sup>

## II. 17. Yüzyıl İngiliz Hukuk Kavramı

Postema, 17. Yüzyıldaki baskın hukuk kuramının çerçevesini çizerken, başvurduğu düşünürlerin teorisyenden çok hukuk uygulayıcıları kimlikleri ile ortaya çıkan, pragmatik ve somut fikirler ortaya atan hukukçular olduğunun altını çizer. Başta Coke, Davies, Hale, Selden olmak 17. Yüzyıl İngiltere'sindeki baskın hukuk düşüncesinin kurucularından yasrarlanır.

Geleneksel İngiliz hukukunda yargıçlar, Postema'ya göre kendilerini hukuk yaratıcıları olarak görmezler. Kesin bir biçimde bağlayıcı içtihatların olduğu ilkesi(stare decisis) bu dönemde henüz gelişmemiştir. Yasama organının kaynaklık ettiği yazılı hukuk kuralları için "koymak" ifadesi yerinde olsa da, "common law"u oluşturan kuralların birileri tarafından konulduğundan bahsetmek yanıltıcıdır. Postema yoğunlukla başvurduğu 17. Yüzyıl kuramcılarında bir yüzyıl sonra yaşayan Blackstone'dan da bir alıntı yaparak geleneksel "common law" düşüncesinde hukukun kaynağı sorununa yanıt vermeye çalışır. Blackstone'na göre hukuk, uygulama, danışma ve tartışma faaliyetinde kullanıldığı ve bu faaliyetin içinde yakalandığı ölçüde vardır. Uygulamanın -bu uygulama gelenek, kullanım ve denek yimlerden vücut bulmuştur- oluşturduğu bütün içinde örtülü bir şekilde bulunan kurallar, geleneksel "common law" hukukçularının aklındaki hukuk kavramını karşılar. Buna göre, hukukun varlığı, kullanımı ile kanıtlanır.<sup>6</sup>

Blackstone'un alıntısından yola çıkarak geleneksel İngiliz hukuku düşüncesini bu şekilde açıklayan Postema'nın böylece hukukun kaynağı konusunda Anglo-Amerikan hukukunu günümüzde işgal eden baskın düşünceye yaklaşan bir görüş yakaladığı söylenebilir. H.L.A. Hart'a göre ilkel hukuk düzeninden, gelişmiş bir hukuk düzenine geçişten sonra kuralların geçerliliği ancak bir tanıma kuralına(rule of recognition) uygunluklarına bakılarak belirlenir. Tanıma kuralının geçerliliği ise başka herhangi bir kurala değil ancak bu kuralın hukuk düzeninin uygulayıcıları tarafından benimsenip yürütülmesine bağlıdır. Bir başka deyişle, Postema'nın Blackstone ve ondan önceki geleneksel kuramcılarının düşüncelerini özetleyişindeki ifadeye benzer şekilde; kuralın varlığı veya geçerliliği onun kullanılmasına bağlıdır. Burada bahsedilen "kullanma", sadece toplumsal hayatta önceden kestirilebilen davranış kalıpları olarak da anlaşılmalıdır. Söz konusu kullanma, kamusal alanda gözlenen ve onaylanan "akla yatkın bir kullanma"(reasonable usage)dır.<sup>7</sup>

Bu kullanma biçimlerinin kökeninin salt yerel adetler olduğunu söylemek, "common law"un niteliğini belirlemede yanıltıcı bir sonuca götürebilir. En azından bazı adetlerin, kullanma biçimlerine kaynaklık etmiş olabileceği kabul edilebilirse de, kullanma biçimleri esasında mahkemelerdeki dava faaliyetleri arasından "yakalanan(taken up)" ve yerel değil aksine tüm topluma mal olmuş hukuk düzeniyle bütünleşen kalıplar olarak anlaşılmalıdır.<sup>8</sup> Geleneksel "common law" hukukçularına göre örf ve adetler ile akıl yürütme birbirlerini

3 Classical Common Law Jurisprudence(Part 1),Gerald Postema s.160

4 a.g.e. s.162

5 a.g.e. s.165

6 a.g.e. s.167

7 Concept of Law, HLA Hart s. 105

8 Classical Common Law Jurisprudence(Part 1),Gerald Postema s.167

destekleyen iki kavramdır. Postema'nın yoğunlukla üzerlerinde durduğu Hale ve Selden'e göre "akla yatkın kullama biçimleri" olarak açıklanan kuralların kökenlerinin yalnızca yerel adetler olduğu görüşü, yasama organının eylemlerini görmezden gelmek olur. Hale'e göre, tartışılması gereken, kuralların kökenleri değil, nasıl birleştikleridir(incorporation). Birleşmenin bütünleşme ya da kaynaşma(integration) ve uyuşma(accommodation) olmak üzere iki boyutu vardır. Zaman içinde kurallar, hukuk düzeniyle kaynaşır –veya kaynaşmaz ve geçerliliğini yitirir- ve yumuşayıp toplumun gündelik yaşama biçimine ayak uydurarak düzenle uyuşan bir görünüm alır. Uyuşma iki taraflı bir faaliyettir. Kurallar, toplumun gündelik yaşamına göre şekillenirken; inanç, beklenti ve eğilimler de bu kurallardan etkilenir. Bu tarife göre, kuralların birbirleri ile birleşmelerinde zamanın rolü ortaya çıkar. Kurallar, tarihi bir süreç içinde kaynaşıp uyuşarak bir bütün halini alırken, toplum yaşamı da eşzamanlı olarak bu kurallarla şekillenir. Tarihi bir süreç içinde işleyen bu karşılıklı etkileşimde devamlılık önem taşır. Hangi hukuki çözümlerin geçmişteki uygulama dikkate alındığında devamlılığı sağladığı kadar, sujelerin hangi uygulamayı devamlılığı sağlayıcı gördüğü de dikkate alınır. Geleneksel "common law" düşüncesinin bu yönüyle de modern Anglo-Amerikan hukuk teorisi ile örtüşen yönleri olduğu söylenebilir. Hart 'ın içsel bakış açısı(internal point of law) düşüncesinde de sujelerin kurala bakışları hukuk tanımının belkemiğini oluşturur. İçsel bakış açısıyla hukuk kurallarını inceleyen sujeler, sadece kötülük tehdidi olan cezadan kaçmak için kurallara uymazlar, kurallar onlar için birer sinyal niteliği taşır.<sup>9</sup> Hukuk düzeni tarafından idare edilen bir suje, düzen içinden bu düzenin parçalarını oluşturan kurallara baktığında bunların nedenlerini anlar ve kabullenir. Bu kurallara uymayanların eleştirilmesi ise meşru kabul edilir. Hart'ın hukuk tanımındaki içsel bakış açısında olduğu gibi, geleneksel "common law" düşüncesinde de sujelerin kuralları nasıl gördüklerinin ve kabullenişlerinin önem taşıması, geleneksel ve modern görüşün benzeştiğini ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir.<sup>10</sup>

Kuralların hukuk düzeninin parçaları olmaları ancak bu süreçle sağlanabilir. Bu süreçle kuralların birleştirilmesi Coke'a göre görünmez bir gücün eseri değil, yargının sorumluluğudur. Coke bunu hukukun yapay akıl yürütmesi(artificial reason) olarak adlandırır.<sup>11</sup>

### III. Yapay Akıl Yürütme

17. yüzyıl "common law" hukukçuları Tanrıyı hukukun kaynağı olarak kabul etmelerine rağmen, Postema'ya göre doğal hukuk, hukuk kuramında pek de esaslı bir unsur teşkil etmemiştir.<sup>12</sup> Doğal hukuk ilkeleri, bu dönemin teorisyenlerine göre onlara başvurup karar verilmesine elvermeyecek derecede soyut ilkelere. Kuramcılar doğal hukuk yerine akıl yürütme üzerinden teorilerini anlamlandırma yoluna giderler. Bu akıl yürütme, hukukun sıradan kaynaklarının üzerinde, evrensel bir akıl yürütme değil, deneyimle edinilen bir çeşit mesleki akıl yürütmedir. Bu yüzden her insanın doğuştan gelen yetenekleriyle yapmasının

9 *Concept of Law, HLA Hart s. 87,88*

10 *What is the Internal Point of View?., Scott J. Shapiro s.9*

11 *Classical Common Law Jurisprudence(Part 1),Gerald Postema s.175*

12 *a.g.e. s.177*

mümkün olduğu "doğal akıl yürütme(natural reason)" den de farklıdır. Ancak yapay akıl yürütmenin, doğal akıl yürütmeden ayrılan tarafı bir meslek grubunun tekelinde olması değildir. Yapay oluş, gündelik yaşamda her bireyin tümdengelim yoluyla akıl yürütmesi olan doğal akıl yürütmeden farkını koyan bir ifadedir. Yapaylıkta, topluma açık niteliği özellikle vurgulanan mahkemelerdeki(public forum) tartışma faaliyeti yoluyla öğrenilen, deneyime bağlı bir akıl yürütme şekli söz konusudur.<sup>13</sup>

Postema'ya göre, geleneksel İngiliz hukukçularının görüşleri incelendiğinde, yapay akıl yürütmenin altı temel özelliği sıralanabilir. -1 Uygulamacı(pragmatic) oluşu, o an elde bulunan soruna bulunan hızlı bir çözümün yanında, benzer diğer sorunlarda başvurulacak bir örnek teşkil etme işlevini de belirtir. -2 Kamusal amaç(public mission), uyuşmazlıklar çözülürken daima adalet ve kamu yararının gözetilmesini ifade eder. -3 Bağlamsal(contextual) nitelik, akıl yürütme becerisinin soyut ilkelerin ve hukukun sistematik bir bütün olarak incelenmesi yerine düzenin ayrıntıları içinde kazanılan bir deneyim olmasını anlatır. Yargıcın faaliyeti genellikle ilgili kuralı bulup uygulamaktan çok daha fazlasıdır. Tümdengelim ya da tümevarıma değil "kıyas yöntemine dayalı(analogical)" bir akıl yürütme söz konusudur. 4- Sistematik olmama(non-systematic) özelliği kesin olarak teorize edilmeme anlamına gelmez. Hukuki sorunların yalnızca tekil biçimde ele alınabileceği ve çözümlerin tek tek sorunlara uygulanabileceği düşüncesi geleneksel İngiliz hukukçuların aklındaki düşünce değildir. Hukuki çözümler kesinlikle tikel olmak zorunda değildir. Ancak sistematik olmamaktan kasıt, çözümlerin tikel olması amaç olmasa da, kesinlikle bütüncül çözümlerin de aranmadığı; evrensel teorik tutarlılıktan çok kısmi tutarlılığın hedeflendiğidir. Hukuk, uygulamanın kuramsallaştırılması değil, kendisidir. 5- Söyleysel(discursive) oluş, adli bağlamdaki tartışma ve akıl yürütme belirtir. Söyleve dayalı bir tartışma içine girmek(to engage in discursive argument) ve akıl yürütme(to reason); Coke'un yazılarında genellikle eşanlamlı olarak kullanılır. Söylevsellik, yine Coke'a göre hukukun meşruiyetini sağlayan bir niteliktir. Yargıç, ancak kamunun yararına ve kamunun denetimine açık olarak yargılama yaptığında hukukun meşruiyeti de sağlanabilir. 6- Ortak ve Paylaşılan (common and shared) olma özelliği, akıl yürütmenin, yalnız başına yürütülen değil mahkemelerde söyleysel biçimde ortaklaşa yürütülen bir mantık süzgeci olma özelliğine dikkat çeker. Postema'ya göre bu anlamda, hukukun kullanımı ve kabulü, tarihsel olarak uygunluk ve mantıklılık konusundaki paylaşılan algılara bağlıdır. Buna göre, her bireyin kuralların mantıklı olduğuna inanması yeterli değildir. Fertler aynı zamanda sahip oldukları bu kuralların mantıklılığı algısının toplumca paylaşıldığı inancıyla hareket etmelidir. Bu anlayış da, daha önce bahsedilen Hart'ın içsel bakış açısı anlayışı ile dikkat çekici benzerlik göstermekte, geleneksel ve modern Anglo-Amerikan hukuk teorisinin benzeştiği alanlardan birini oluşturmaktadır. Böylece, hukuki bir sorunun çözülmesinde karara bağlanacak olan, kişinin eylemde bulunurken bu eylemin toplumun geri kalanı tarafından da mantıklı kabul edileceğine dair inancının sağlam temelleri olup olmadığıdır.<sup>14</sup>

13 *Classical Common Law Jurisprudence(Part 2), Gerald Postema s.3*

14 *a.g.e. s.3,4,5,6,7,8*

### C. "Ezgi" Modeli

Muhtemelen ilk olarak Coke tarafından telaffuz edilen ve çağdaşları tarafından benimsenen yapay akıl yürütme, yukarıda açıklanan özellikleri ile geleneksel İngiliz hukuk kuramının en önemli kısımlarından birini teşkil eder. Hale'in birleşme(incorporation) düşüncesine geri dönüldüğünde, hukuki uygulama içinde sorunlara kamusal bir tartışma alanı olan mahkemelerde gündelik yaşama uygun çözümler getirilerek kazanılan yapay akıl yürütme biçimi, birleşme süreci içinde doğrudan etkili bir unsurdur. Yasama organının çıkardığı kae nunlar ve geçmişteki mahkeme kararları ancak mahkemelerdeki sorun çözme faaliyetinin bir sonucu olarak, hukuk düzeni içinde kaynaşma ve uyuşma yoluyla hukukun kaynakları haline gelebilirler.

Böylece, kuralların hukuk düzenin parçası olma süreçlerinde içinde geçtikleri "zaman" hukukun oluşumunda önemli bir yer üstlenir. Postema'nın alıntı yapıp yorumladığı Yargıç Oliver Wendell Holmes'a göre kuralların birbirleri ile tutarlı bir bütün haline gelebilmeleri zaman içinde ve zamanın ilerlemesiyle mümkün olabilir. "Zaman, ...hukukun işleyiş şeklinin ve hukukun kendine özgü normatif yol göstericiliğinin... esasını oluşturur."<sup>15</sup> Hukuk düzeni, kendine özgü normativizmi ile irade sahibi sujelerin akıl yürütme şekillerini ve eylemlerini yönlendirir. Postema'nın "zaman" kavramı ile önerdiği, işte bu özgün hukuki normativizmi açıklayacak bir modeldir.

Postema'nın hukukun normativizmi kavramıyla önerdiği, irade sahibi, mantık yürüterek hareket eden hukuk sùjelerine rehberlik etmektir. Güç kullanıp hükmetmek(ruling), hukukla bir tutulamaz. Mantık yürüten sùje, eyleminin sonuçlarını anlayıp somut olaylara kuralı uygulayacak yetenektir. Hukuk sadece insanları doğrudan yönlendiren bir düzen olarak tarif edilemez. Sujeler, birbirleriyle etkileşim içine girerek, topluluk halinde bu mantık sahibi oluş durumunu paylaşırlar. Geçmiş göz önünde bulundurup etkileşim içine girdikleri tüm diğer sùjelerin de eylemlerini de hesaba katıp gelecekteki eylemleri tahmin ederler. Hukukun normatif yol göstericiliği de işte bu kolektif zaman farkındalığına rehberlik edişinden kaynaklanır.

Müzik, özellikle ezgi, ilerleyen zaman içinde bir düzenleme ya da sıraya koyma faaliyetidir. Bir ezginin doğru olarak ortaya çıkması, notaların zamanında ve sırasıyla çıkarılmasına bağlıdır. Bu da notaların çıkarılması için zaman kavramı konusunda farkındalık gerektirir. "Bu farkındalık geçmişi, günümüzü ve geleceği birleştirir." Zamanın içinde gerçekleşen, zaman kavramının farkındalığı söz konusudur (awareness of time occurring in time). İçinde bulunulan ana kadar geçen sürede çıkan ezginin farkında olmayı ve sonrasına da hangi seslerin bu ezgiyi izleyeceğini tahmin etme faaliyeti ezgiyi oluşturur.<sup>16</sup>

Bilinçli her eylem de zamanla ilişkilidir. Eylem bir proje çerçevesinde gerçekleşir. Böylece eylemin ortasında, kişinin karşısında, hareket ederken göz önünde bulundurması gereken üç etken vardır. Bunlar; plan, şimdiki ana ait koşullar ve başlangıçta yapılan hazırlık

lardır. Böylece, karar verecek olanın geçmişteki davranışı, o anın ortaya çıkmasında kurucu unsur olarak rol oynar. Kişi devamlı olarak geleceğe bakamaz, geçmiş de artık yürütülen projenin bir parçasıdır. Plan kesin bir biçimde belirlenemez. Şimdiki zamanın koşullarına ve gelecekle ilgili tahminlere göre değiştirilmesi, yeniliğe ayak uydurması sağlanmalıdır. Kişinin bu bilinçli eylemi bireysel değildir. Eylem, toplumun diğer fertlerinin eylemleri ile karşılaşılabilir. Bu durumda sadece kendisinin geçmişteki davranışlarını değil, karşılaştığı diğer bireylerin de eylemlerinin projeye ettiği etkiyi de hesaba katmak zorundadır.<sup>17</sup>

Postema'nın geçmiş, şimdi ve geleceği bütünleştirdiği "ezgi" modeli yargıcın içtihadı bakarak karar verme sürecine uygulandığında; "geçmiş" unsuru içtihatları temsil eder. Bu modelde, içtihatların karar vermedeki rolü de kendine özgüdür. Örneğin; faydacı özelliği öne çıkan "Hukukun Ekonomik Analizi" okulunun önemli bir figürü olan Posner'in, önceki kararları göz önünde bulundurarak, yargıcın önündeki olay için en uygun kuralı seçmesi olarak açıkladığı akıl yürütme biçimini reddeder. Çünkü mahkemede karar vermek, ezginin gelişimi boyunca ilerde nasıl notalar çıkacağını, başka bir deyişle gelecekte mahkemelerin –ve tüm sùjelerin- nasıl akıl yürüteceklerini kestirebilmeyi de içerir.<sup>18</sup>

Geçmiş, şimdiki zaman ve geleceği birbirleriyle etkileşim içinde resmeden Postema; böylece modern Anglo-Amerikan dünyasında kabul gören hukuk kuramlarından ayrılan, "ezgi" metaforuyla belirleyici bir karakteri olan yeni bir hukuk teorisi ortaya atmıştır. Yukarıda, 17. Yüzyıl Anglo-Amerikan hukuk düşüncesi açıklanırken benzerliklerine dikkat çekilen Hart'ın tanıma kuralı da, Postema'nın teorisini tam olarak karşılamaz. Postema'ya göre, Hart, hukuk uygulayıcılarının yaptıklarını şimdiki zaman dilimine ait bir gerçeklik olarak ele alır. Bu gerçeklik devamlı değişir. Oysa bir hukuk sistemini sadece birbirini izleyen geçerli hukuk kuralları bütünleri olarak ele almak, "ezgi"yi birbirini devam eden sesler olarak anlamak kadar eksik ve yanıltıcıdır. Hukuk, irade sahibi, akıl yürüten sùjelere rehberlik eder. Bu nedenle, zaman içinde normatif tutarlılık göstermesi, hukukun esas özelliklerinden biridir. Oysa, Hart'ın tanıma kuralı yalnızca belli bir zaman dilimindeki kurallar bütününe geçerliliğini garanti eder. Başka bir deyişle, şimdiki zamana ait hukuk sisteminin geçerliliği yine şimdiki zamana ait diğer sistemlere göndermede bulunarak test edilecektir. Postema'nın "ezgi" ile önerdiği ise, hukuk sisteminin normatif tutarlılığının ancak zaman içindeki tutarlılığı ile test edilebileceğidir. Hâlihazırdaki bir kuralın varlığı; bunun geçmiş, gelecek ve şimdiki zamanla bağlantısı dikkate alınarak; tutarlı bir biçimde hukuk sisteminin bütünü içine yerleşip yerleşmediğine bakılarak test edilecektir.<sup>19</sup>

### D. Hukukta Kıyasa Dayalı Düşünme

Postema, hukukta yargıcın karar verme sürecinde kullanması için önerdiği modelini kurarken; özgün bir kıyas biçimi sunar. Tümdengelim ve tümevarımın aksine bir kuraldan yola çıkılmasını veya bir kurala ulaşılmasını önermeden, salt benzetmeler ve karşıtlıklardan

<sup>17</sup> a.g.e. s.209,210

<sup>18</sup> a.g.e. s.214,215

<sup>19</sup> a.g.e. s.223

<sup>15</sup> Melody and Law's Mindfulness of Time, Gerald Postema s. 205

<sup>16</sup> a.g.e. s.208

yola çıkarak kıyaslamalar yapmaya ve bu kıyaslamaların mevcut hukuk düzeniyle tutarlılık taşıyıp taşımadığının test edilmesine dayalı olan bu akıl yürütme modelinde, Postema yine geleneksel Anglo-Amerikan hukuk teorisinde öne çıkarıp desteklediği görüşü terk etmeyecek genel bir ilkenin belirlenip uygulanması gerektiği görüşünü reddeder. Kıyas yapılabilmesi için bir ilkedan yola çıkılarak benzerlik ve karşıtlıkların bulunması gerektiği doğru değildir. Postema'nın kural-rasyonalizm(rule-rationalism) adını verdiği ve takip etmediği bu görüşe göre; iki olgunun birbirlerine benzer ya da karşıt özelliklerinin ortaya çıkarılması ancak yapılan değerlendirmenin çerçevesini çizen bir kuralın varlığıyla sağlanabilir. Oysa Postema'ya göre kıyas faaliyeti sırasında karşılaştırılacak tüm olayların benzer ve karşıt özellikleri, bu olayların çerçevesini çizen genel bir kuralın varlığına bağlanırsa; bu kuralın bu olaylara uygulanmasını da ancak başka bir kuralın varlığı haklı gösterecek ve böylece uygulanacak her kuralın uygulanma gerekçesi başka bir kuralın varlığıyla sağlanacaktır. Bu durum hiçbir kuralın uygulanmasını nihai olarak haklı çıkaramaz. Böylece bir kuralın varlığı, nihai olarak kurallardan bağımsız olarak yapılacak bir sorgulamaya bağlıdır. Bir genel kabulün ya da kuralın varlığının, kıyas yapmayı öncellediği doğru değildir. Diğer bir deyişle aralarında analogi kurulacak olan tek tek olaylarla, genel kurallar arasında bir öncelik sonralık ilişkisi yoktur.<sup>20</sup>

Kıyasa dayalı düşünme modelinin, hukuktaki önemini bu şekilde belirleyen Postema, daha sonra iki aşamalı teorisini kurar. Birinci aşama olan temel basamak(base level), kıyas sa dayalı akıl yürütmeyi(analogical reasoning) içerirken, ikincisi yani yansıtıcı basamak(ü reflective level) ise kıyaslamanın değerlendirilmesi(analogy assessment) aşaması olarak işlev görür. İki aşama birbirleriyle bağlantılıdır.<sup>21</sup>

#### 1- Temel Basamak:

Temel basamakta analoginin kurulması; Postema'nın "ezgi" metaforundan esintiler taşır. Analoginin kurulduğu bu aşamada, kuralın bir örneğe uygulanması değil, bir parçanın bütün içindeki yerine yerleştirilmesi esastır. Başka bir deyişle, yine kurallar ikinci planda kalmakta, bağlamsal bütün tam anlamıyla ön plana çıkmaktadır. Bu bağlam, çizgisel bir yol izlemez. Tıpkı "ezgi" modelinde anlatıldığı gibi, yeniden yapılandırılmalarla, sürekli tekrar eden değişikliklerle doludur. Hatta bağlamın sadece bir örnekler bütünü olduğunu söylemek de yanıltıcıdır, bunun yerine birbirleriyle ilişkili örneklerin ve birbirlerini destekleyen, sınırlayan, açıklayan nedenlerin oluşturduğu bir ağ benzetmesi yerinde olacaktır. Böylece, bu bağlam içindeki bir örneğin anlamını sorgularken; bu örneğin hangi genel kabulün örneği olduğu değil; örneğin bağlam içindeki yerinin neresi olduğu araştırılacaktır. Başka bir deyişle, kıyasa dayalı akıl yürütmede, örneklerden yola çıkarak tüme varmak Postema'nın önerdiği modelde herhangi bir önem arz etmez.<sup>22</sup>

Bir hukuki sorunu, hukuki bağlamdaki yerine yerleştirmek, bu meseleyi yani elimiz-

20 A Smilibus ad Similia, Analogical Thinking in Law, Gerald Postema s.114

21 a.g.e. s.116,117

22 a.g.e. s.120

deki örneği bağlamın özelliklerine göre kodlamakla mümkündür. Bunun için de örneğimizin ilgili bulunduğu hukuk alanının(legal domain) ne olduğu belirlenmelidir. Bu sayede, örneğimizin içinde bulunduğu alandaki diğer hukuki problemler belirlenerek, karşılaştırma yapılacak hukuki sorunların neler olduğu ortaya çıkarılır. Karşılaştırılabilir örneklerin belirlenmesi için karşıtlık ve benzerliklerden yararlanılır. Birçok karşılaştırılabilir ögenin varlığıyla beraber, birbiriyle yarışan analogiler keşfedilir. Kıyas süreci boyunca, elimizdeki örneğe benzer bulunan örnekler, örneğimizden bağlantısız bulunan örnekler ve elimizdeki örneğin kendisi, üç taraftan sürece etki eder. Süreç boyunca, bu üç baskı noktasının etkisiyle, verilen kararlar ve ve kararları destekleyen nedenler yeniden gözden geçirilebilir. Kıyas bağıntısının kurulması süreci sırasında yapılan yargısal değerlendirmeler sonucu ortaya çıkan kurallar, doğrudan doğruya örneklerin ürünü olduklarından, sonradan yanıltıcı oldukları anlaşıldıkça her zaman değiştirilebilirler.<sup>23</sup>

Kıyasa dayalı akıl yürütme sırasında, karşılaştırılabilir hukuki sorunlar belirlenirken, belirlediğimiz bağlam yargıcı ya da hukuki değerlendirme yapan herhangi bir suveyi belirli açılardan sınırlar. Postema beş önemli sınırlamayı ön plana çıkarır. 1- Uygulamaya hizmet eder. Kamusal nitelik taşımaları, resmi kararları haklı göstermek için ya da kamu görevlilerinin hatta tüm vatandaşların eylemlerini yönlendirici nitelikte olmalıdır. 2- Tarihidir. Geçmişte verilen kararları dikkate alır. "Ezgi" modelindeki gibi geçmiş ve gelecek bütün olarak dikkate alınır. Geçmişteki örneklerden yola çıkılarak belirlenen örnekler kümesinden, gelecekte nasıl verileceği tahmin edilen kararlara varana dek bir yol çizilir. 3- İşbirliğine dayalıdır ve beraberce gerçekleştirilir. Her ne kadar bireyler kıyasa dayalı akıl yürütme faaliyetini kendi akıllarında gerçekleştirirler de, bir toplumun fertleri olarak hareket ederler. Ayrıca bu kıyas faaliyeti kamusal bir oturumda, yani mahkemede(public forum) gerçekleşir. 4- Tüm hukuk düzeni kadar geniş bir alandansa haksız fiil, sözleşme vs. gibi hukuk düzeninin sadece küçük bir sahasıyla sınırlıdır. 5- Somut bir adalet anlayışıyla yönlendirilir.<sup>24</sup>

Daha sonra yansıtıcı değerlendirme aşamasında da kıyasa dayalı düşünme modeli içinde yer bulacak olan somut adalet anlayışı, Postema'ya göre hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak hukukta kıyasın vazgeçilmez bir unsurudur. Hukuk devleti, her zaman adaletin yerine geleceğini garanti edemese de, yükümlü olan herkesten hukuku adaletle ulaştırmak için çabalamasını bekler. Kıyasın belirlendiği birinci aşamada, benzerliklerin bulunması için yardımcı olan somut adalet anlayışı, kıyasın değerlendirileceği ikinci aşamada ise bu kıyas biçimini izlemenin hukuk ya da etik açısından haklı gösterilip gösterilemeyeceği konusunda yol gösterir.<sup>25</sup>

Adalet anlayışının nasıl belirleneceği sorunu konusunda ise Postema; soyut, her durumda uygulanabilecek bir adalet ilkesinin tarifini vermez. Kıyasa dayalı düşüncede, adalet anlayışını tamamlayıp uygulanmaktansa; tek tek her bir olaydaki belirgin adaletsizlikleri

23 a.g.e. s.121,122,123

24 a.g.e. s.125,126

25 a.g.e. s.127

belirlemek uygundur. Postema iki adalet anlayışına dikkat çekip ikisini de kendi modeli ile uyumsuz kabul eder. Herkese aynı şekilde muamele edilmesini, yeknesaklığı öne çıkaran birinci anlayış yalnızca görünürde adaleti tesis eder. Benzer olaylara benzer, farklı olaylara farklı uygulama getirmeyi öngören ikinci adalet anlayışı ise, hangi olayların benzer, hangilerinin farklı olduğunu belirlemek için başka adalet anlayışlarına ihtiyaç olduğundan boş bir ilkedir.<sup>26</sup>

## 2- Yansıtıcı Değerlendirme:

Kıyasa dayalı düşüncenin ikinci aşaması olan yansıtıcı değerlendirme aşamasında ise hukuk sistemini bir bütün olarak görüp eldeki hukuki sorunu burada doğru yere yerleştirebilmek esastır. Bu aşamaya bu bakımdan, "bütünsel tutarlılık süzgeci(systemic coherence filter)" denilebilir. Yargıç kıyasa dayalı düşünmenin ilk aşamasında geçmişteki örneklerden yola çıkarak bir kalıp belirledikten sonra, bu aşamada eldeki soruna uygun olması muhtemel diğer kalıpları da gözden geçirecek ve hukuk sisteminin bütünlüğünü bozmayacak olan kalıbı seçecektir. Bu noktada hem tek tek içtihatlar seviyesinde hem de genel hukuk ilkelerinin ışığında çalışacaktır.

İlk aşamada seçilen kıyas şeklinin uygun olmadığı sonucuna götürmesi muhtemel olan başka bir ölçüt ise politik etik ya da ahlak(political morality)tir. Akıl yürütme sonucu gidilen yol hukuk sistemi içinde yerleşmiş bazı ilkeler ya da genel etik ilkeler açısından kabul edilmez olabilir. Postema burada, Dworkin'in yorumlayıcı hukuki düşünce modeline atıf yapar. Bu modelde, yargıç bütün hukuk düzeni içinde daha baskın olan genel ilkeyi bulup buna uygun olarak karar ve kuralları yorumlar. Birbiriyle yarışan ve çelişen ilkeler arasında, etik açıdan bakıldığında en uygun olan için bir seçim yapar.<sup>27</sup>

Fakat ilk aşama olan kıyasa dayalı akıl yürütmeden çok daha geniş açıyla sorgulama yapmayı gerekli kılan yansıtıcı değerlendirme aşamasında bile, geleneksel Anglo-Amerikan hukuk teorisine uygun olarak genel etik ilkeler ve kabuller çıkarıp bunlarla uyum içinde hareket etmektense sağlam temeller üzerinde işleyebilmek çok daha önemlidir. Başka bir deyişle, ilk aşamaya çok daha soyut temeller üzerine kurulan bu aşamada bile evrensellik yerine yerellik esastır. Geniş açılı bir teorik tutarlılık yerine hedeflenen uygulamanın tutarlılığıdır.<sup>28</sup>

## E. Anayasa Mahkemesi'nin "İffetsiz Kadın" Kararı

1926 tarihli Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 438. Maddesine göre:

"İrza geçmek ve kaçırarak fiilleri fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir."

12.1.1989 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemini hükme bağladığı kanun

26 a.g.e. s.127,128

27 a.g.e. s.131

28 a.g.e. s.132

maddesi Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda uygulama alanı bulmuş, somut olayda mağdurun "fuhuşu meslek edinen bir kadın kadın" olduğunun belirlenmesiyle sanıklar hakkında ceza indirimini yapılması gündeme gelmiştir. Anayasa'ya aykırılık iddiası mahkemece ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldikten ve esasa girildikten sonra oyçokluğu ile iptal istemi reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluk görüşünde yaptığı "ıffetli kadın-ıffetsiz kadın" ayırımından hareketle "ıffetsiz kadın" kararı olarak anılan kararın kamuoyunda tepkiyle karşılanmasının ardından, yasama organı iradesiyle kanun maddesi kaldırmıştır.

İlgili madde, TCK'nın "Eşhasa Karşı Cürümler" başlıklı babında değil, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlıklı babında yer almaktadır. Bir başka deyişle, maddenin koruduğu menfaat, kanunda yerleştirildiği kısım dikkate alındığında kişi hakları değil, genel ahlaktır. İptal isteminin gerekçesinde, her ne kadar madde genel ahlaka karşı işlenen suçlarla ilgili kısımda yer alsın da, suçun niteliği gereği doğrudan doğruya kişiye karşı işlenmiş bir suç olduğundan bahsedilmiş, fuhuşu meslek edinen kadının, meslek edinmeyen kadınla eşit derecede hukuki himayeye layık olduğu vurgulanarak, Anayasa'nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesine ve sırasıyla kişi haklarını, maddi manevi varlığı geliştirme hakkını, kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 12/1. 17/1. ve 19/1. maddelerine ve ayrıca hukukun genel ilkeleri ve adalet duygusuna aykırı bir hüküm olduğu savunulmuştur.

Çoğunluk görüşü gerekçesinde, öncelikle kanun maddesinin alındığı İtalyan Ceza Kanunu gerekçesinden hareket edilmiştir. Bu gerekçeye göre, seks işçisinin haysiyeti, uğradığı saldırı sonucu, namuslu bir kadının kadar ihlal edilmiş olmaz ve seks işçisinin cinsel saldırı sırasında gösterdiği direnç, saldırgan tarafından ciddi sayılmayabilir.

Çoğunluk görüşü; daha sonra iptal isteminde bahsi geçen eşitlik ilkesini açıklamaya girişmiş; "aynı hukuksal durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulacağını ifade etmiştir. Buna göre, farklı durum ve konumdakiler için eşitliğin sağlanması, "değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasama organı bu farklı durumu takdir ederek çeşitli nedenlerle farklı uygulamalar getirebilir. "Cezanın belirlenmesine suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı ve çokluğu da etkilidir." Saldırının "...ıffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar..." seks işçisinin uğradığı zararlarla bir tutulamaz. Çoğunluk görüşü, zararın derecesini belirlerken kadının "onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını" dikkate almıştır. "Fahişe, fuhuşu... ticari bir iş olarak kabul etmiş olduğundan... kişi ve cinsel özgürlükleri ıffetli kadınlarınkine kadar bozulmuş sayılamaz."

Yine çoğunluk görüşüne göre, "zorla irza geçme ve kaçırma eylemleri iffete yönelik suçlardandır. Bu nedenledir ki... bu tür suçlara 'Eşhasa Karşı Cürümler' içerisinde değil, 'Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler' içerisinde yer verilmiştir." "...eylem, doğrudan doğruya suçtan zarar gören kişinin yasama hakkına ve beden tamlığına karşı olmayıp iffetine yöneliktir." Hukukun genel ilke ve adalet duygusuna aykırılık da iptal sebebi olamaz. Zira "Suç ile ceza arasındaki oranın adaletle uygun bulunup bulunmadığını

o suçun toplum yaşamında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır. Yoksa herhangi bir suç için konulmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslanmanın bu oranı belirlemede esas olamayacağı açık bir gerçektir." Böylece çoğunluk görüşüne göre, "ıffetli bir kadının" uğradığı saldırı sonucu sanıklara verilecek ceza ile söz konusu olaydaki cezayı kıyaslamak doğru değildir.

Çoğunluk görüşü incelendiğinde, iptal isteminin reddine gerekçe olacak iki temel argümanın ortaya konulduğu gözlenmektedir. Bunlardan birincisi söz konusu cinsel saldırı suçunun, TCK'da kişilere karşı değil, genel ahlaka karşı işlenen suçlar arasında sayılmış olması nedeniyle, mağdurun uğradığı zararın, cezanın tayininde rol oynayamayacağı; ikincisi ise "ıffetli bir kadın" ile seks işçisinin cinsel saldırı sonucu uğrayacakları zararın farklı olduğudur. Argümanlardan birincisi mağdurun uğradığı zararı gözardı etme sonucuna götürürken, diğeri tam tersi mağdurların uğradığı zararı kıyaslayarak bir sonuca varmaktadır. Gerekçenin bu çelişkisini, gerekçede imzası bulunan yargıçların görüş farklılıklarına dayandırmak ve bu nedenle iki argümanı birbirinden bağımsız incelemek yerinde olacaktır.

#### 1- Kişilere Karşı Suçlar ile Genel Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar Ayrımı:

Postema'nın "ezgi" modeli, zamanın yardımıyla ve zaman içinde gelişip geçmişten günümüze ve geleceğe uzanan bir hukuk düzenini tarif eder. Bu düzen, birbirleriyle etkileşim içinde olan birçok örneği kapsayan bir bütün hatta daha doğru bir ifadeyle bu etkileşimlerin nedenlerini içeren bir ağıdır. Bir örnek ya da daha açık bir anlatımla hukuki sorun irdelenip çözüm aranırken, bu sorunun, ağ içinde tutarlı bir şekilde yerleştirilmesine dikkat edilecektir. Bu tutarlılık teorik değil pratik, uygulamanın sağlam biçimde işleyebilmesi için gereken bir tutarlılıktır.

Kararda atıf yapılan kaynak kanun olan İtalyan Ceza Kanunu'nda mağdurun kırılan haysiyeti dikkate alınarak bu düzenlemeye gidildiği belirtilmektedir. Haysiyet her ne kadar toplumsal algıyla yakından ilgili bir kavram olsa da, kanunun gerekçesinden haysiyetin kişiliğe bağlı bir değer olarak korunduğu anlaşılmaktadır. Gerekçe önce "...yasanın koruması herkes içindir." demektedir, ardından seks işçisinin neden daha az korumaya layık görüldüğünü, toplumsal değer yargılarına göndermede bulunarak belirlediği haysiyetin kırılması derecesiyle açıklamaktadır. Böylece kanunda korunan haysiyet, aslında toplumsal yargılarla sıkı sıkıya ilişkili, ancak yine de genel ahlakın içine sokulmayacak kadar kişiliğe bağlı bir değerdir.

Cinsel saldırı suçunun, kişilere karşı suçlar arasında değerlendirilmesi gereken bir suç olduğu açıktır. Bu suç kimilerine göre cinsel dokunulmazlığı, kimilerine göre de cinsel özgürlüğü ihlal eden bir suçtur. (Nevzat Toroslu) Ceza Kanunu'nun sistematik bütünlüğü bu noktada bozulmuştur. Postema'ya göre, kuralın, sorunun, örneğin vs. "corpus iuris" içinde, birbirini destekleyen nedenlerin oluşturduğu ağda tutarlılığı bozmayacak bir yer edinmesi öyle önemlidir ki, tutarsızlaşan bir hukuk bütünü sadece kötü bir hukuk sayılmaz, hukuk niteliğini de kaybeder. (Not) Yargıcın en önemli faaliyeti de, önüne gelen olayda, kural ya da sorunu, olabilecek en tutarlı biçimde hukuk düzeni içine oturtmaktır. Poste-

ma'nın teorisindeki yargıç, elbette Anglo-Amerikan hukuk düzeninin bir parçası olarak, Kıta Avrupasına oranla hukuk yaratmaya çok daha baskın biçimde katılan bir aktördür. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükümlerini iptal etme yetkisine sahip olan ve hukuk yaratisına birinci elden katılan bir aktör olarak, daha aktif olması ve yorum faaliyeti sırasında kanunun bozuk sistematiğini takip etmek yerine, hukuk düzenini tutarlılaştırıcı bir yol izlemesi beklenirdi. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu kural, kanunda kişilere karşı işlenen suçlar içinde düzenlenmiş gibi yorum yapması ve buna göre karara varması doğru olurdu.

#### 2- "İffetli Kadın" ile Seks İşçisi Ayrımı:

Çoğunluk görüşünün çok daha örtülü biçimde ancak yine de kararlılıkla ortaya koyduğu diğer argümanda, eşitlik kavramından yola çıkılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu eşitlik tanımının ana hatlarıyla, aynı durumdakilere aynı biçimde, farklı durumdakilere farklı biçimde muamele edilmesi olduğu söylenebilir. Bu tanımdan yola çıkan çoğunluk, seks işçisinin saldırı sonucu zarara uğrayan saygınlığını, onurunu; "ıffetli kadın"inkiyle kıyaslamış ve iki kadının farklı durumda bulunduğu ve farklı muameleye tabi tutularak eşitliğin tesis edilebileceğinde karar kılmıştır. Bu farklı durumu dikkate alarak cezalarda ayırtırmaya giden yasama organının yaptığı, işte bu nedenlerle Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı bulunmamıştır.

Postema'nın kıyasa dayalı hukuki düşünme yöntemi, olaya uygulandığında, temel basamak aşamasında ilk olarak elimizdeki mesele, hukuk düzenine göre kodlanacaktır. Bunun için de hukuk düzeni içindeki hangi bağlamda yani hukuk alanında (legal domain) yer aldığı belirlenmelidir. Elimizdeki sorun; bir cinsel saldırı suçunda mağdurun mesleğine göre cezaların ayırtırmasına gitmenin, eşitlik ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığıdır. Seks işçisine saldırı, bir cinsel saldırı suçu olarak yukarıda açıklanan nedenlerle bir cinsel saldırı suçu olarak kişilere karşı suçlar alanında incelenmelidir. Daha sonra bu hukuk alanındaki diğer örnekler belirlenecek ve örneğimizle kıyaslanacak, benzerlik ve karşıtlıklardan yararlanılacaktır. Hangi örneklerin karşılaştırılabilir olduğu ve benzerlik mi yoksa karşıtlık mı taşıdığı belirlenirken; belirlenen hukuki alan ve Postema'nın öne çıkardığı diğer dört sınırlamadan yararlanılabilir. Burada, hukuki alan sınırlamasıyla beraber adalet anlayışı sınırlaması dikkate alınacaktır.

Adalet anlayışı belirlenirken Anayasa Mahkemesi'nin verdiği eşitlik tanımı, farklı veya aynı durumdakilerin kimler olduğu belirlenirken farklı ölçütler koymayı gerekli kıldığından, Postema'nın da ifade ettiği gibi tek başına yeterli değildir. Anayasa Mahkemesi bu eşitlik anlayışıyla beraber, "ıffetli kadınla" seks işçisini kıyaslarken, seks işçisinin mesleğinden dolayı onur ve saygınlığından yana daha az kaybedecek şeyi olduğu ölçütünü belirlemiş ve iki kadını birbirinden ayırtmıştır. Oysa, hukuki alanımızı kişilere karşı suçlar olarak belirledikten sonra, korunan değerlerin cinsel dokunulmazlık veya cinsel özgürlük olduğu ortaya çıkacaktır. Bu değer, kişiliğe bağlı bir değer olarak; tek başına toplumun mağdura mesleğinden dolayı attığı saygınlık veya haysiyetten ibaret değerlendirilemez.

Zarara uğrayan, toplumun saldırıya uğrayan kadına yönelik, ahlaki değer yargılarından ileri gelen duyarlılığı değil, doğrudan doğruya mağdurun kişiliğidir. Kıyas faaliyeti sırasında mahkemenin öne çıkardığı karşıtlık, hukuki alan sınırlamasına takılmaktadır.

Postema'nın genel bir adalet ilkesi vermeden, adaletsizliği bulma yoluyla ifade ettiği somut adalet anlayışı sınırlandırması da "ıffetli kadın"-seks işçisi kıyasını haklı çıkarmamaktadır. Somut adalet anlayışı hem temel basamakta hem de, kıyas sonucu ulaşılan sonucun tartışıldığı yansıtıcı değerlendirme aşamasında dikkate alınır. Bir genel adalet ilkesi yerine, her olaydaki göze çarpan adaletsizliği bulmaya dayanır. Kıyas faaliyeti sırasında gelinen noktanın adil olup olmadığı araştırılır. Yansıtıcı değerlendirme aşamasında ise, kıyas sonucu ulaşılan sonucun hukuk sisteminin bütünü içinde tutarlı bir yer edinip edinmediği veya Dworkin'in teorisinden ilham alarak, birbiriyle yarışan ilkeler arasında en baskın olanına göre uygun bir seçim yapıp yapılmadığı araştırılır. Seks işçisine cinsel saldırı sonucu ceza indirimini yapılmasının eşitlik ilkesini benimsemiş bir Anayasa'yla düzenlenen hukuk düzeninde tutarsız görünüp görünmediğini yargıç takdir edecektir. Çoğunluk görüşü, bunun eşitlikle tutarsız bir düzenleme olmadığı kanaatindedir. Başka bir açıdan bakıldığında ise, kişi hak ve özgürlüklerini koruması beklenen cinsel saldırı suçunun kanundaki düzenleme biçimi sonucu, seks işçisinin daha az hukuki himayeye layık görüldüğü, kıyas sonucu ulaşılan sonuçtur. Öte yandan, seks işçisinin mesleği nedeniyle cinsel saldırı suçuyla çok daha sık karşı karşıya kaldığı göz önüne alındığında, söz konusu düzenlemeyi ne kişi hak ve özgürlüklerini korumanın amaçlarından biri olduğu ceza hukukuyla ne de eşitlik ilkesini temel almış genel hukuk düzeniyle bağdaştırmak mümkündür.

#### F. Sonuç

Gerald Postema'nın 17. Yüzyıl İngiliz hukuk teorisi analizine göre, Anglo-Amerikan hukuk sistemi, teorik bütünlüğün sağlanması ve genel kabullerin oluşturularak tek tek olaylara uygulanmasındansa, uygulamadaki tutarlılıktan yanadır. Fakat Postema'nın "ezgi" modeline göre bu tutarlılık hedefi bir adım daha ileri götürülerek; geçmiş, günümüz ve geleceği kapsamına alan ve bu üç ayaklı yapının birbiriyle etkileşim içinde olduğu, tüm hukuki sorunların yani bu hukuk düzenini oluşturan örneklerin çeşitli nedenlerle karşılıklı bağımlı oldukları bir ağ düşüncesi ortaya çıkar. Bu ezgisel hukuk bütünüünün tüm sükeleri ve özellikle önüne gelen olaya çözüm arayan yargıç, elindeki sorunu bu ağda en tutarlı biçimde yerine yerleştirmekle çözüme ulaşır. Bunun için Postema'nın önerdiği yol, genel kabullerden uzak durup tündengelim ve tümevarımdan bağımsız olarak kıyas yapmaktır. Hukukta kıyas, çeşitli sınırlamaların yol göstericiliğinde, hukuki sorunu diğer hukuki sorunlarla kıyaslayıp benzerlik ve karşıtlıklar bularak ve bu süreçte "ezgi" modeline uyumlu olarak sürekli geçmişin ve geleceğin etkileriyle çözümleri yeniden gözden geçirerek çözüme ulaşmaktır. Daha sonra bu çözümün, hukuk bütünüünde uyumlu bir yere yerleştirilip yerleştirilmediği, daha geniş açılı bir bakışla ancak yine de teoriden uzak durup uygulamanın tutarlılığına odaklanılarak kontrol edilecektir. Bu tutarlılık, başka bir deyişle ezgisellik hukuki normativizm için o denli önemli bir modeldir ki, tutarlılığın sağlanamadığı hukuk düzeni yalnızca kötü bir hukuk düzeni olmakla kalmaz, "hukuk"

niteliğinden de kaybeder.

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı bunların ışığında incelendiğinde, açıklanan nedenlerle "corpus iuris"te tutarlı bir noktaya yerleşemeyen, Anayasal ilkelerle ve hukukun genel ilkeleriyle çatışan bir yasa hükmünün, iptal edilmediği görülmektedir.

Postema'nın aklındaki yargıç, Anglo-Amerikan hukukunun etkisiyle aktif ve hukuk yaratan bir yargıçtır. Bu nedenle, bu yargıç modelinin Kıta Avrupası'na uyarlanması güç gözükebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kanunları iptal etme yetkisi göz önüne alındığında, hukuk yaratmada ciddi bir rol üstlendiği inkâr edilemeyeceğinden; Postema'nın modelinin, Anayasa Mahkemesi kararları incelenirken baştan yabana atılmayacak bir model olduğu söylenmelidir.

#### KAYNAKÇA

- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: University Press.
- Postema, Gerald(2002). *Classical Common Law Jurisprudence(Part 1)*. *Public Law and Legal Theory Research Paper No. 03-9*
- Postema, Gerald(2003). *Classical Common Law Jurisprudence(Part 2)*. *Public Law and Legal Theory Research Paper No. 03-10*
- Postema, Gerald(2004). *Melody and Law's Mindfulness of Time*. *Ratio Juris*. Vol. 17 No. 2
- Postema, Gerald(2008). *A Similibus ad Similia, Analogical Thinking in Law*. *Common Law Theory*(Ed. Douglas E. Edlin), *Cambridge Studies in Philosophy and Law*
- Shapiro, Scott J. (2006). *What is the Internal Point of View?* *Fordham Law Review* 75
- *Anayasa Mahkemesi Kararı*. *Esas Sayısı: 1988/4, Karar Sayısı: 1989/3, Karar Günü: 12.1.1989, R.G. Tarih - Sayı: 10.01.1990 - 20398*