

Hukukta 'Minimum Etik' Üzerine Bir Deneme*

Şennur ÖZDEMİR**

1. BATTI'DA HUKUK
(KANUN) VE ADALET

Bu çalışma, konuya hukuk literatürünün dışından yaklaşan bir sosyal bilimci olarak dikkatimi çeken batılı hukukun "minimum etik" olduğu genellemesi etrafında geliştirilecek mütevazı bir tartışmadan ibaret olmayı amaçlamaktadır. Ben okumalarımın başında bunun hukuk literatüründe daha yaygın bir genelleme olduğunu sanyordum. Süreç içindeki okumalarımın birinde bunun özel olarak Jellinek'e atıfla değinilen bir kavramlaştırma olduğunu öğrendim (Gürbüz, 2004: s.102).¹ Ancak doğrudan olmasa da Kant'ın özgürlüğe vurgu yapan düşünce sistemi başta olmak üzere yararçı ekol ve çağdaş hukuk felsefesi literatürü hukuk ve ahlak/etik arasında kesin bir ayırım yapmıştır. Kanımca doğrudan olmasa da bütün bu düşünce sistemi, hukuk-ahlak bağlantısını mümkün olan en alt seviyede tutma çabasının düşünsel alt yapısını oluşturmaktadır.

Kanaatim odur ki, bu genelleme (hukukun minimum etik olduğu) Batının tarihsel/düşünsel bağlamının bir ürünü olup, Türkiye'nin de içinde oldu-

ğu doğulu/İslami bağlama aynen taşınması mümkün değildir. Çalışmanın ana problematigi budur.

Dipnot 3'de Gürbüz'e yaptığım atıf bağlamında hukukla ahlak arasındaki ilişki olumlanarak vurgulandığı halde, neden ahlakın rolünün 'minimum'da kalması gerektiğine dair bir açıklama getirilmiyor. Benim bu çalışma bağlamında okumalarımın ve düşünmelerimden çıkarılabildiğim kadarıyla, hukukun 'minimum etik' olma özelliği onun pozitif hukuk olma vasfıyla ilgili olup diller, toplumsal ve kültürler arasındaki farklılıklarla ilintili olduğudur.

Nitekim İngilizce'de hukukun kelime karşılığı hakdan türeyen bir anlama sahip olmayıp ille de hak ve adaleti dışlamayan kanun (law) kavramına karşılık gelir. Adalet, yani justice'la da bağlantısı ya hiç yoktur ya da böyle bir bağlantıdan ancak dolaylı olarak söz edilebilir. Çünkü, Batı'ya hakim metafizik düşünce geleneği, olan ile (toplum sözleşmesi temelinde üzerinde anlaşmaya varılan konular adalet prensibine uygun olması gerekmektedir) olması gereken (adaletin ve etik düzlemlerin tesisi açısından) arasında bir uçurum yaratarak işlev

görür. Adalet kavramı Batı'nın metafizik düşünce sisteminde tabii hukuk sisteminin merkezindedir. Bu bakımdan da olanla olması gereken arasında çizilen uçurum nedeniyle erişilemezliği söz konusudur. Metafizik düzlemde 'ide' olarak 'adalet', hukuka değil, metafizik bir erişilemezliğe sahip olagelmıştır. Batı düşüncesinde adalet ve hak 'olan düzlem'den bütünüyle sürülmüş olup metafizik düzlemde olması gereken hukuka karşılık gelir (Hirsh, 2001: 169).

Yukarıda yürüttüğüm kısa tartışma hukuki pozitivizmin adalet kavramını neden hukuk biliminin dışına ittiğini de ortaya koymaktadır.² Hukuki pozitivizme göre hukuk, kanunları yapan ve uygulayan kamu gücünün iradesi ve fonksiyonu olup, onun dışında bir şeydir (Küçük, 2008: s. 98).

Kısaca ortaya konulmaya çalışıldığı gibi DNA'sında 'hukuk minimum etikdir' şiarı olan burjuvazinin ürünü olan batılı hukukça yaygın kabul gören gelenek 'hukuksal pozitivizm'dir. Buna göre, "Belli bir dönemde geçerli olan kanunlar o dönem için geçerlidir (...) adalet ve ahlak gibi konular için de aynı şey geçerlidir." (Keyman, 2006: s.9 ve 10) ve, "Ortak iyi, yarar, amaç, adalet gibi kavramlar pozitivist anlamda bilimsel sayılmadıklarından, hukuk bilimine yabancı sayılırlar." Siyasi, felsefi ve dini inançlar alanında özgürlüklerin korunabilmesi için değer sorununun hukuk alanının dışında kalması zorunlu kabul edilir. "Hukuki pozitivizmin vardığı sonuç, hukukun ölçütünün haklılık ve adalet değil de siyasi iktidarın iradesi olmasıdır." Önemli olan belli bir yasanın

siyasi iktidarca konulmuş olmasıdır (Keyman, 2006: s.11). Bu bağlamda, "hukuk adil veya gayri adil olabilir, önemli olan adil olmayı amaçlıyor olmasıdır. Çünkü, elbette ki hukukçu bilimsel doğruyu değil de haklı olanı arar." (Keyman, 2006: s.14; ayrıca bakınız., Gürbüz, 2006: s.18). Hukuki pozitivizm "...adaletin, tanımlanması çok zor bir kavram olduğu görüşündedir. Kelsen, adalet sorununun temelde politika sorunu olduğu kanısındadır." Bu nedenle "O'na göre, adaletle ilgili incelemeler hukuk teorisinin dışında bırakılmalıdır." (Gürüz, 2006: s.22-6).

Batı'nın dikotomik ve metafizik düşünce geleneğine karşı tavır almakla birlikte postmodern dönemin düşünürü Derrida (Bkz. Yıldırım, 2006: 106)³ bile kanun-adalet (law-justice) ayırımı vurgulayarak adaleti ulaşılamaz bir bağlam içine yerleştirir. Bu nedenle de adalet kavramı metafizik bir niteliğe sahip olduğu içindir ki adalet bizatihi yapısökümdür. Bir başka deyişle, Derrida'cı söylemde adalet ulaşılamazdır, ya da adalet için hayata geçirilir:

Yıldırım (1996: 75) Derrida'nın "bir yandan varolan her türlü yasa ve hukuku 'adalet ereğine göre mükemmellikten uzak' diye eleştirebilme ... zevkini tadarken, öte yandan gerçekleşmeyeceğini bilmesine rağmen gelmekte olan ve bu yüzden de asla gelmeyen 'mükemmel' bir adalete gönderme yaparak bunun olanaksızlığına rağmen bir umut, kurtuluş ve tabii kurtarıcıdan bahsetmeyi de elden bırakma" dığını ifade ediyor. Çünkü Batılı düşünce geleneğinde "...adalet 'ben'den ötekine doğru yolculuğuna

* Çalışmayı okuyup geri bildirimde bulunan Prof. Dr. Ahmet Gürbüz'e, Dr. Feridun Cemil Özcan'a ve araştırma görevlisi arkadaşım Aydın Ördök'e teşekkürü borç bilirim.

** Yrd. Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) Türkçe literatürde kavrama doğrudan yer veren tek isim olan Gürbüz'ün (2004: s.102) kitabındaki açıklama şöyle: "Hukuk ile ahlak ilişkisi konusunda Jellinek, yeni bir bakış açısı getirerek, hukuku ahlaka bağlı kılmış; ve hukukun 'minimum etik' olduğunu vurgulamıştır. Buna göre, hukuksal alan ahlaksal gereklerin bir parçasıdır; geniş anlamda ahlak hukuku da içerir...ama yalnızca minimum zorunluluğu içerir."

(2) Hukuksal pozitivizm akımına göre adalet aşağıda sıraladığım üç koşul yerine geldiğinde sağlanmış olur: "i)Toplumda hukuk kurallarının düzenli biçimde uygulanması ve minimum bir etkinliğe sahip olması; ii) Benzer durumların benzer muameleye tabii tutulması; iii) Adam öldürme, hırsızlık ve şiddet kullanmanın kesin olarak cezalandırılması" (Gürüz, 2006: ss.26-7).

(3) "...form-madde, ruh-beden, özne-nesne, numen-fenomen, olgu-değer vb. gibi tarihsel bir izlekte sıralanabilecek tüm dikotomik ayrımlar, Batı metafizik geleneğince söz konusu tarih dışı hakikat idealine ulaşmak maksadıyla geliştirilmişlerdir" (Küçükalp, 2008: s. 10, 34).

bir çılgılık olarak başlar, ama 'öteki'yle karşılaştığı anda bir zora, dayatmaya döndürür." (Yıldırım, 1996: 76).

2. PİYASACI/MADDİYATÇI ÖZGÜRLÜĞÜN GÖLGESİNDE 'MİNİMUM ETİK'

Batı'nın piyasa eksenli sanayi toplumunun inşaa sürecinde yeni mülkiyet eksenli dil hukuk dahil bütün alanlara sirayet etmiştir. Piyasacı düzenin 'bırakınız yapsınlar bırakınız geçsinler!' sloganı maddi çıkar peşinde koşması anlamında bireysel özgürlüğe vurgu yapar. Önemli olan, elit sınıfın bir vafsi olarak kabul edilen etik düzlemin' gereklerinin realize olması değildir; alanını genişletmek ve kendi piyasa sistemi egemen kılmak isteyen burjuvazinin çıkarlarını realize etmektedir.

Gerçi, bağlamlar ve kültürler ötesi bir biçimde adalet ve benzeri ideal düzeye ait düzlemlerin ancak mülkiyet ekseninde tanımlanan 'bireysel özgürlük'ü takiben (yani maddi temele oturtulması kaçınılmaz oluyor) bir anlama sahip olabileceğini ileri sürmek de mümkündür. Erdoğan'ın (2008: s.11) savına göre özgürlük evrensel düzeyde hukukun ve adaletin olmazsa olmaz müştereklerinden biridir. Öktem de (1977: s.116, 121), varoluşçu düşüncede eylemin basit bir özgürlük olmadığını, bir amacı olduğunu not düşüyor: "eylemin ilk koşulu (da) özgürlüktür." Sartre seçmeyle özgürlüğü özdeşleştirmiştir." Dışsal/feodal kısıtlama ve zorlamalara karşı bireysel özgürlük alanını genişletmeye çalışan yeni yükselen burjuvazinin inşaa ettiği modern hukukun ortaya koyduğu düşünceler her şeyden önce bir çıkar ve

güç paylaşımının yansımalarıdır. Efen-dilik ve serfliğe dayalı feodal düzen karşısında giderek güçlenirken, önce feodal beylere sonrasında da merkezi krallıklara karşı verdiği mücadelenin olağan karşılığı geride bırakmayı arzuladıkları din (ruhban sınıfa dayalı) ve etik/ahlaki değerler karşısında maddeci ve akılcı piyasa ekonomisi olmuştur.

Özetle, çağdaş burjuva hukuku söz konusu olduğunda özgürlük tercihinden kastedilen mülkiyet özgürlüğüdür. 'Minimum etik'in esprisi bireysel özgürlük alanını genişleteceği için liberalizmde, yani piyasa kapitalist sistemde yatar. "...liberal hukuk, özgürlüğü, piyasadaki tercihlerde özgürlüğe indirgenmiştir." (Akbaş, 2006: 91). Liberal/kapitalist sistemde bireysel özgürlük hakları uğruna hem bireysel hem de kolektif eşitlik talepleri dışlanmış olur. Böyle olunca da Aristo'dan beri hemen tüm adalet öğretilerinde yerini almış olan dağıtıcı adalet (sosyal adalet) ve düzenleyici adalet dışlanmış olur. (Özlem, 1996: s.118).

Nitekim zaman içinde 'olması gereken'in alanı mülkiyet temelli rekabet gösterilerine dönüşmüş ve etik de hukukun alanı dışına (çok büyük ölçüde) itilmiştir. Akla yapılan vurgu da bu bağlamda araçsal bir hal alırken maddeye öncelik tanıyan piyasa düzeni kendisinden toplum sözleşmesi doğacak güçler savaşına dönüşmüştür. Toplum sözleşmesi modern hukukun temel prensiplerini ortaya koyacaktır; bu prensipler de kanunları belirleyecektir. En temel prensip de devlet ve topluma yönelik düzenlemelerin bireysel özgürlükler alanını kısıtlamayacak biçimde realize

(4) Yücel, Doğu ve Batı arasında kültürel ve dinsel/etik alanla şu destekleyici ayrımı yapmaktadır: "Batı'da bir 'Eudaimonia'ya ulaşma okulu' ile karşılaşmıyoruz. Veyahut karşılaşılan bu okullar son derece elit bir yapı içerisinde kendisini gösteriyor. Ancak Doğu'da, en azından burada 'insan-ı kamil olma okulu' diyebileceğimiz dergahlar, sistemler görüyoruz. Herkese açık olan, sınıfsal olmayan bir sosyal yapılanma çabası var. (Gürsoy'la röportajı esnasında Yücel'in değerlendirmesi, 2008: 63)

edilmesi olarak belirlenmiştir. Bu durumda, mesele kimin haklı, kimin haksız olduğunda değil, kimin güçlü kimin güçsüz olduğuna indirgenmiş olur. Haklı-haksız tartışmasının sürdürüldüğü alan da bu durumda hukuk ve bilim alanı değil de güçler ekseninde yürütülen siyaset alanı olacaktır.⁵

Batılı düşünürlerin konuya yaptıkları katkıyı özetle belirtecek olursam, örneğin burjuvazinin ideoloğu ilan edilen Kant, eserlerinde mülkiyet, özgürlük ve etik arasındaki hassas ilişkisellik ve içme dışlama ilişkilerini ortaya koymuştur: En çok vurguladığı nokta, hukuk alanının dışsal zora dayalı olması nedeniyle etikten tamamen ayrı olması gerektiği savıdır. Kanımca, modern rasyonel düşüncenin mimarı olan isimlerin tamamı (Marx, Hegel ve Kant gibi) 'minimum etik' prensibinin de alt yapısını hazırlamışlardır.⁶ Ayrıca etik ve din alanını dışlayarak piyasa düzeni yücelten iktisat biliminin düşünürlerine göre de öncelik piyasa özgürlüğüdür. Kant, etik bağlamında bile öncelikli şart olarak 'doğruluğu' değil, seçme özgürlüğünü ve ödev ahlakını görür. Ancak, Kant'ın özgürlük teorisinde insanlığı bir araç olarak görmemek önemlidir, zira yalnızca ödev bilinciyle hareket eden insan özgürlüğe ulaşmış olacaktır (Türkbağ, 1995: 76). Bu nedendir ki, dışsal zorlamaya dayalı hukukun alanı, Kant'ın gözünde hiçbir zaman ahlakın yüceliğine erişemeyecektir. Batı'nın yeni mülkiyet düzeni kapitalist sistemin rekabetçi düzeni temelinde yaratılmıştır. Bu çerçevede,

başta burjuvazinin ideoloğu Kant olmak üzere, adalet ve etik alanları ile dışsal zora dayalı hukuk alanı keskin bir biçimde birbirinden ayrılmıştır. Kantçı felsefede "... hukuk bu zorlamayı 'bir kişinin özgürlüğünün başka birisi tarafından tehlikeye sokulmasını önlemek amacıyla' kullanmaktadır (Türkbağ, 1995: 77). Kant'a göre hukuk, "...bir kişinin irade fiillerini, diğer kişilerin irade fiilleriyle uzlaştıran şartların bütünüdür..." Dolayısıyla hukuk zorlama gücünü insanların ahlaken sahip olduğu özgürlüğü koruması ve gerçekleştirme yönünde kullanacaktır." (Türkbağ'dan alıntı, 1995: 77)

Kant'ın ahlakla ilgili görüşleri üç temel kavram altında irdelenir: iyi irade; kategorik emperatif ve özgürlük (Türkbağ, 1995: s.75). Bu çerçevede Kant'ta (iyi) irade (voluntarizm) etiğin vazgeçilmez bir elemanıdır. Dış bir etki veya güçten yoksun olduğu ölçüde ahlaki davranış otonom olmak durumdadır. Zora dayalı yaptırım ile alakası olamaz. Hukukta ise kuralların dışsal olarak dayatılması sözkonusudur. (Özbilgen, 1971: s.10; ayrıca bkz., Hırş, 2001: 143-4). Böylece adalet ve etik alanları bireylerin seçme özgürlüğü temelinde gerçekleştirilebilir diye hukuk alanı 'minimum etik' kapsamında sınırlanır. Aksi takdirde bireylerin iradelerini gerçekleştirebilecekleri bir alan kalmayacaktır.

İktisat literatüründe de klasiklere ve neoliberalere (örneğin Hayek'e) göre "minimal devlet kabul edilebilecek en iyi devlettir." Çünkü, daha geniş yetkileri

(5) Gürbüz'e göre buradaki sakınca "ahlaksal bir değer olan adaletle dayanmayan ve ahlaksal değerlere inancın olmadığı bir hukukun egemen olduğu bir ortamda hiçbir sorumluluk ve ödev bilinci olmayacak; hukuk yalnızca güçlülerin güçsüzlere karşı güç kullanması olacaktır." (Gürbüz, 2004: s.103). Ayrıca, bu 'hukukun bağlayıcılığının temellendirilmesi'nde de sorun yaratacağıdır. Gürbüz'ün (2004: s.102) bu bağlamda önerdiği formüle göre, "...etik ve hukukun ayrı şeyler olmayıp, ikisinin de bireysellikte toplumsallık arasındaki çatışmayı önlemek amacıyla taşıma" amacıyla olduğudur. Buna göre, ahlak subjektif anlamda iyiyi, hukuka objektif anlamda iyinin gerçekleştirilmesini deyimler."

(6) Bunun istisnası, Protestanlığın gelişmediği katolik Fransa'dır, ki ilerleyen sayfalarda bu bağlamda Durkheim'in merkezîyetçi ve devletçi görüşlerine ayrıca yer verilecektir.

olan bir devlet, bireysel özgürlük alanlarını ve bireysel hakları ihlal edecektir (Özlem, 1996, s.118).⁷ Kant'ın da kendisinden etkilendiği Hobbes, Locke ve Rousseau'cu sözleşmecî teorilere verilen önem ve ağırlığın kaynağı da burada olsa gerektir. Güçleri ekseninde söz ve ağırlığa sahip olan kesimler (yönetici sınıf olarak burjuvazi) toplum, ekonomi ve siyaset alanlarında ne olup biteceğine karar vereceklerdir, yani hukuki düzendeki sürekli değişimin motorunu oluşturacaklardır. İngiliz liberalizmi ise özgürlüğe vurgu yaptığı nispette yararlıdır: "Ne toplum sözleşmesine, ne de İnsan Hakları Bildirgesi'ne gerek vardır. İyiyi kötüden ayırabilmek için yararlı olup olmadığına bakmak gerekir." (Öktem, 1977: s.231).

3. İSLAMİ DOĞU'DA TEVHİD (BÜTÜNSELLİK) PRENSİBİ VE HUKUKA YANSIMALARI

Osmanlı'nın devamı durumundaki ülkemizde dil ve kültür devrimine rağmen hak-hukuk-hükümet-hakim vb. kavramlarda kendisini gösterdiği gibi Osmanlıca'nın (Arapça ve Farsça kavramlar bağlamında) hakimiyeti halihazırda hükümünü sürdürmeye devam etmektedir. Bu da geçmişte kaldığı düşünülen pek çok özelliği dilimize içkin olarak bünyemizde taşıdığımızın önemli bir göstergesidir. Doğulu/Osmanlı/İslami bağlamda yasalara kaynaklık teşkil eden hukuk (kanun ya da yasa değil) kavramı 'hak'dan türer ki, adalet vb. kavramlarla da içiçe geçen anlamlara gebedir (Küçük, 2008: s.92). Dahası, adil, hakim, hakem gibi kavramlar Allah'ın sıfatları

arasında yer alır. Özetle, ne dili kültürden, ne de dini etik/ahlaki alanlardan ayırmak mümkün görünmemektedir. Bu kavramlara damgasını vuran en önemli şey Batı'lı bağlamın tersine metafizik ve dikotomik olmayışlarıdır. İslam'ın en temel özelliği olan birlik/tevhid prensibi yanında içinde olgunlaştığı tarihsel toplumsal bağlamın özellikleriyle de alakası vardır.⁸ Sonuç olarak bu kavramlar bir ideal olarak da somut gerçeklik olarak da sosyo-ekonomik düzlemdeki güç savaşlarının ve rekabetlerin konusu da olmamışlardır. Burada söz konusu olan, 'olan' ile 'olması gereken' alanlar arasındaki mesafenin mümkün olduğu kerte ortadan kaldırılması çabasıdır. Bu çabanın dışlandığı hukuk düzeni de 'zulüm' yani hukuksuzluk olarak nitelendirilir. Bu çerçevede mülkiyete dayalı bir dil ve bireysel özgürlükler değil farklılıkların yönetimi olarak adalet fikri ön plana çıkar:

"Adalet mülkün (devletin) temelidir' şeklindeki özdeyiş, neredeyse Osmanlı yönetim felsefesinin özeti'dir. Nizam-ı alem de ancak adaletle sağlanabilir... Adalet olursa mülk ayakta durur. Bunun zıttı ise zulümdür." (Demirci, 2008:s.179).

Doğu/İslam bağlamında yazı boyunca yaptığım genellemeler, İslam'ın kendisini diğer ilahi mesajların tekamül etmiş hali olarak sunmasından hareketle tevhid prensibi ve dışlayıcı olmayan ve esnek/eklektik sünni İslam yönetim geleneğine dayalıdır. Osmanlı siyasal düşüncesinin temel kavramları, "nizam-ı

alem, adalet, erkan-ı erba'a, kanun-i kadim, emaneti ehline vermek ve reyadır." (İrem, 2008: s.162). Bu bağlamda Doğu, bir hukuk sistemi olarak Şeriat'ın⁹ diğer dinler ve kültürler temelinde hayatiyet kazanmış olan örfi geleneklerle ilişkililiği içinde ele alınmak durumdadır. Osmanlı bağlamında İslam, Şeriat'a¹⁰ dayalı sünni gelenekle sınırlı olmayıp, pek çok akımın sentezlenmesini gerektiriyordu. Bu sentezleme, İmparatorluğun gelenekçilik ve tevhid ekseninde yaratılan bir kanun devletidir.

Belirtildiği gibi, son kerte Şeriat'a dayanmakla birlikte ondan ibaret de değildir:

"...çoğu kanun ve kanunnameler, kaynağı bakımından, nesiller boyunca halk tarafından izlenen ve uygulanan yerel örf ve adetleri esas almaktadır. Gelenekçilikten maksat, Şeriatın ötesinde kadim olana sadakattir." Vê bu çerçevede deneysel ve tarihsel yaklaşımlar ön plana çıkmıştır." (İnalçık, 2005: 39-40).

"Adalet kavramı, Arapça olup denge, ortalama, oranlama anlamlarına gelir. Kur'anda 'adl' ve aynı anlama gelen 'kıs'd' kelimeleri kullanılır." De-

mirci de (2008: s. 177), Ubucini ve Öz'e atıfla bu gerçeğin altını şu şekilde çiziyor:

"Adalet fikri Osmanlı devlet problematiğinin temelini oluşturmaktadır¹²... İslam dinine en fazla riayetkar sayılan Türk hükümdarları bile, devlet otoritesini her şeyin üstünde tutmuşlardır...Türk devlet yönetim geleneğinde hükümdarın da üstünde yer alan 'kanun'daima mevcuttur ve bu kanun gerçek hakimdir. Bu kanunun adı Osmanlı geleneğinde 'kanun-ı kadim'dir."

İslam tarihinde salt Sultan'ın yetkisiyle çıkarılmış kanunların olduğu dönemler de olmuştur. Özellikle Fatih sonrasında Şeriat'tan görece özerk kanunname dönemi başlamıştır. "Fetva kurumu, her zaman, özellikle kamu işlerinde yeterli değildi. Sultan tarafından verilen hükümler, bazen Şeriatla uyumlu görülme bile, sivil otoritenin devamı nihai olarak Müslümanların hayrı için zorunlu kabul edilerek uygulama alanına konulmuştur." (İnalçık, 2005 : s. 41). Şeriat, kendisi dışında kanunlar çıkarılabilirse dahi nihai noktada ona uygunluğun aranmasıyla ilintilidir. Bu

(9) Şeriat'a yapılan vurguyu İnalçık şu cümlesinde ortaya koyuyor: "Allah'ın emirleri, insan topluluklarını, devlet de dahil, bütün cihanı yönetir." (İnalçık, 2005: 39). Klasik Osmanlı döneminde kanun koyucu Şeriat'a uygunluk denetimi yapmak zorundadır, ki bu bağlamda klasik dönem itibarıyla 'minimum etik' şartından söz edilemeyeceği açıkça ortadadır. Bütün bir moral/dinsel üstyapısal çerçeveyi kapsayan dikotomi kabul etmez bu içerici sosyo-kültürel bağlamın bambaşka bir hukuksal çerçeveyi ürettiği açıktır. Ancak, bu çalışmada altı çizilen tevhid prensibini de hatırlamak gerekir. En önemli gösterge de meşruluk ile Şeriat kavramlarının aynı kökenden türetilmiş olmasıdır. Zira bu iki kavramda yasa ile yasanın haklı bulunup bulunmadığı meselesi aynı potada değerlendirilmiş oluyor.

(10) Buna rağmen, "Şeriat'ın kestigi parmak acımaz" deyişinin günümüze kadar geldiği ve kullanımında olduğu da unutulmamalıdır.

(11) Mehmet Genç (1989: s. 22) kadim olanı 'ondan öncesi hatırlanmayan' olarak tanımlar. "Kadimden olagelene aykırı iş yapılmaması" esastır. "Kadim olan nedir? sorusuna bir kanunnamede verilen yanıt şöyledir: "Kadim olan odur ki onun öncesini kimse hatırlamaz."

(12) Aristo'da da adalet karşılığı olarak 'orta olan'a ulaşmanın hedeflenmesi gerektiği tavsiye edilir. (Güler, 2008: s.200-2004: "İfrat ve tefritten uzak olarak 'ortalama' olanı bulmak takdir edilmeli ki kolay değildir ve olan ile olması gerekenin dengelenmesine hizmet etmesi amaçlanıyor olmalıdır.

kanunlar yer yer tutucu ulemanın itirazlarına konu olmuşsa da genelde ulemanın tutumu bunların Şeriat'ın ruhuna aykırı olmadığı şeklinde oluyordu (İnalçık, 2005, s.41). Böylece Şeriat'ın dışında sivil bir hukuk alanı ortaya çıkmış oldu. Büyük fıkıhçılar dahi (Örneğin Al-Maverdi) "*Müslümanlığın iyiliği ve bekası için dinden kaynaklanmayan bir kuvvetin gerekliliğini belirtmişlerdir.*" (İnalçık, 2005, s.42, 44): Bu güçler ayrımındaki "*Türk katkısı, sadece Sultan otoritesinin mutlak şekilde bağımsızlığı noktasında değil, aynı zamanda genel hukuk ve adaletin yorumlanmasında da kendisini gösterir.*"

Bilindiği gibi Tasavvufta dört kapı vardır ve ilk kapı Şeriat kapısıdır. Bu çerçevede Şeriat'ı İslam'ın '*minimum etik*'i olarak düşünmek belki mümkün olabilirdi. Ancak, hiç kuşkusuz Şeriat'a dayalı hukuk son derece kapsayıcı (dikotomik olmayan) olduğundan '*minimum etik*' olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bunu en azından '*ortalama etik*' olarak değerlendirmek gerekebilir.

Hukuk sistemi dahil, Batı'nın sınıflı ve hiyerarşik/dışlayıcı, sınıflı/mükemmeliyetçi dinsel ve kültürel durumuna karşın Doğu için dışlayıcı ve hiyerarşik olmayan bir '*mertebeler*' sistemi vardır. Yukarıya doğru çıkıldıkça (sıradan insan anlamında avamdan, havasa doğru) insan, hukukun ve '*ortalama ahlak*'ın konusu olmaktan çıkar, metafiziğe doğru yol alır. Ama '*metafizik*' düzey de

Batı'da olduğu gibi dikotomik değil bütüncü ve eklektik olduğu için karşımıza çıkan tablo bambaşka olacaktır: Tasavvufi geleneğin gerek Selçuklu gerekse Osmanlı İmparatorluğu'na vurduğu damganın altını çizmek gerekir.¹³ Bu da konumuzu Şeriat'ın da ötesine taşır: Tarikat kapısı (yol), Marifet kapısı (ilim) ve Hakikat kapısı (Tanrıyla buluşma). Bu çerçevede Şeriat'tan sonraki kapılar tabii hukukla etkileşim halinde ama ondan farklı alanlar olarak ele alınmalıydılar.¹⁴ Tabii hukuk anlayışında Batı için de yasa karşılığı olarak hukuk adaleti kapsama alanı içine alabilmektedir (Gözler, 2008: s.78).¹⁵

Daha önce de belirtildiği gibi Batı'nın dikotomik ve sınıflı (beden-ruh, birey-toplum, ruhban-sıradan halk vb.) düşünce geleneğinin aksine İslam'da tevhid prensibi geçerlidir. Tevhid prensibinin yön verdiği Doğulu/tasavvufi bağlamda farklılıklar arasında hiyerarşi ve dışlama değil eklemleme ve sentezleme esastır:

"Çok farklı neşvelerde, çok farklı mesleklerde adamlarınız olacak ama onlar öyle bir koro meydana getirecekler ki her şey birbirini tamamlasın ve bir bütünlük arzetsin. Buradan tevhide de ulaşabilirsiniz isterseniz." (Kara, 2006: s.72).

(13) Gürsoy (2008: s. 119-21) Osmanlı'nın kuruluşundaki ahi etkisinin altını çiziyor ve Roma İmparatorluğu ile kısmen paralelliklerini kurarak şu tespiti yapıyor: "Nasıl, bir dünya devleti olan Roma'nın temel hukukunda Stoacı bir zihniyet görebilirseniz, dünyayı kapsayan bir devlet kurma ideali olan Osmanlı'nın temelinde de, onun daha olgunlaşmış bir şeklini İslami çerçevede sunan tasavvuf ahlakını görebilirsiniz."

(14) Hasan Kamil Yılmaz'ın zikrettiği (2006: s. 72) gibi, "Şeriatın senin malın senin malın. Tarikatta ise senin malın benim malım da senin malın. Hakikatta ise ne senin malın senin malın, ne de benim malım benim malım, hepsi Allah'ındır." Bu açıklamayı takiben 'hakikat' kavramının da hukuk için köken durumundaki 'hak' gibi aynı etimolojik kökene sahip olduğunu hatırlamak gerekir.

(15) İlk çağda, orta çağda ve yeni çağda adalet ve hukukun tabii hukukun aldığı farklı biçimler için bkz., Gözler (2008: 78-82): İlk çağda, "Tabiata uygun olan her şey adil" kabul edilir; orta çağda, "Tanrısal emirlere uygun olan her şey adil kabul edilir"; yeni çağda ise "tabii hukuk laikleşerek içerik değiştirmiştir."

Özellikle İslam tasavvufi geleneğinde tevhide, yani dünya ve beden ile ruh (aslında bütün bir varlık düzenini içerecek bir birlik) burada sözü edilen arasında kurulacak ahenge vurgu yapılır (Gürsoy, 2008: IV. Bölüm). Nitekim, "*Rüşd'ün eserlerinde devlet adamlığı bir bilim ve sanat olarak ortaya konur.*" (Kılıç, 2006: s.112, 119). Haftanın belli günlerinde reyanın şikayetlerinin dinlenmesi de bu çerçevenin içine dahildir (Demirci, 2008: 178). Böylece, üstyapısal kurumların işleyiş güçleri arası rekabete ve yarışa dayalı olmayıp ideal (metafizik) seviye ile olgusal temel arasında sağlıklı bir etkileşimle bir dengeye ulaşma çabasının her alanda geçerli olduğu belirtilmelidir. 'Ortalama'nın tespitini amaçlayan böylesi girişimlerin asıl amacı adaletin sağlanmasıdır.

Klasik Osmanlı rejiminin eşitlik ve hürriyettense adalet vurgusu yaptığı görülmüyor (İrem, 2008: s.151-5). Ancak, özel olarak bir atf yapılmıyorsa da İslamiyet'in kuvvetli bir biçimde soyluluk ve kast sistemlerine karşı olduğu da bilinen bir gerçekliktir. Yani, İslam'ın hürriyet ve eşitlik düzünçesine de çok uzak olmadığını tespit etmek gerekir (Güriz, 2006: s. 27).¹⁶ Ancak Osmanlı yönetim geleneğinde adaletin, hürriyet ve eşitliğin öncelendiği de bir gerçekliktir: Buna göre, "*Devletin başlıca değeri hürriyet ve eşitlik değil, adalettir. Adaletse 'herkese layığı vermektir.'*" (Güriz, 2006: s.27): İrem de "modern siyasal teoride '*farklı olana farklı davranmak*' olarak tanımlanan adalet anlayışına daha yakın bir kamu felsefesini benimseyen Osmanlı rejiminde eşitsizliğin kaynağını '*millet sistemi*' olarak belirler. (İrem, 2008:

s.173). "*Osmanlı yönetim mantığı açısından eşitsizlik rejimi olarak millet sisteminin meşruiyetini sağlayan da, böylece, 'adaletli yönetim'dir.*" (İrem, 2008: 163)

İdare sanatı olarak adaletin aslı, devletin insanları zulümden koruması, keyfi girişimleri önlemesidir (İrem, 2008: s.157; ayrıca bkz., Demirci, 2008: s.178) Koçi Beyin ifadesine göre, "*küfür ile dünya durur zulüm ile durmaz.*" Yani, "*adaletli bir kafir devlet bile varlığını sürdürebilecekken, Müslüman olsa bile zalim bir devletin ayakta duramayacağı*" düşünmektedir (İrem, 2008: s.154-7). Devletin ideal bir devlet olabilmesi için yönetimin erdeme/hikmete dayalı olmasının şart olduğu, zira, devletin temel görevinin vatandaşlar arasında erdemlerin yaygınlaşmasını sağlamak olduğunu vurgular. Zorlamanın ve zulümün erdemli bir devlette olmaması gerektiğinin altını çizer. Yukarıda özetlenen nedenlerdedir ki, Doğunun çok yönlü bütünsellik ve ilişkiselliği ile sistemin bütününe hizmet eden eklektik özelliği burada devreye girer. İlgili literatürün önde gelen ismi olan İnalçık Osmanlı adalet rejiminin birçok Doğu'lu devlet geleneği¹⁷ ile İslam yasasının bir ürünü olduğunun altını çizmektedir (Bkz. İrem, 2008: s. 149).

4. İSLAMİ DOĞU VE HİRİSTİYAN BATI ARASINDA TÜRKİYE'DE (MİNİMUM) HUKUK

Batı-dışı sosyo-kültürel bağlamlar için Batılı hukuka radikal geçişler söz konusu olduğu ölçüde en büyük zorluk Batılı maddeci (mülkiyet ve piyasa

(16) II. Mahmud'un kanunlaştırma döneminde ise farklı milletler arasındaki eşitliğin vurgulandığı bir yeni söylemle karşı karşıya kalıyoruz (İrem, 2008: s.170-172): Bu bağlamda gerek farklı din-milletlerin, gerekse vezirle çobanın eşitliği ilan edilmektedir.

(17) İrem (İrem, 2008: s.158), İnalçık'dan şöyle alıntılıyor: "Osmanlı adalet anlayışı, 'eski İran geleneğinde Pend-name, siyasetname ve Nasihatnamelerde tekrarlanan öğütlerden de ilham almıştır."

eksenli) hukuk sisteminin 'minimum etik' niteliğiyle uyumlanma zorunluluğundan kaynaklandığını düşünüyorum. Örneğin, Türkiye bağlamında Gürbüz, ahlaksallıkla hukuksallık ayrımının literatüre neden zıtlamacı bir şekilde damgasını vurduğunu, bu ayırmadan rahatsızlığını dile getirerek sorgulamaktadır. Gürbüz de bu konudaki görüşünü, "İçsel olarak ahlaksallık ve dışsal olarak hukuksallık arasında olduğu söylenen zıtlığın vurgulanmasında önemli bir tehlike" olduğunu belirtmek suretiyle ortaya koyuyor(2004: 28-9).

"...ahlak ile hukuk arasında bir ayrım bulunduğu; ahlaksallığın iç yaşamla, hukuksallığın ise dış davranışlarla ilgili olduğu, hukuk felsefesi tarihinde hep işlenmiş ve bu nedenle ahlaksallığa daha fazla değer atfedilmiştir."

Bu çerçevede, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e geçişte Türkiye'nin hukuk sistemi büyük ölçüde radikal bir kırılmaya maruz kalmıştır: Zira, uyumlanma adına yapılan, Batılı hukukun neredeyse tamamen aynen çevrilerek alınmasından ibaret olmuştur. Her şeyden önce Batılı hukuku en derinden tanımlayan burjuvazinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere üretildiği apaçık olan 'minimum etik' vasfı Osmanlı'nın devamı durumundaki toplumsal bağlamlar için geçerli olamazdı. Çünkü, sivil ve askeri bürokrasinin alanı her şeyden önce siyasi, sosyo-kültürel ve dinsel boyutlardan beslenir ve alt yapının üstyapıyı beslediği bir düzenek yerine tam tersi, yani bütünsel-kapsayıcı/maksimum ve/veya ortalama etik¹⁸ temelli bir kurgu hem teorik hem

de uygulama düzeylerinde işlerliğini sürdürmüştür.

Türkiye'de Batılı anlamda rasyonel ve çıkarı peşinde koşan piyasa eksenli bir 'homo-ekonomikus'dan ve ruhban sınıfının (din adamlarının) dışında kalan laik sınıftan söz etmek mümkün değilken, ve Batılı hukuk tam da bunlara dayalı olarak yeniden inşa edilmişken etik ve dinsel kriterlerle (dil ve kültür üzerinden) sıkı sıkı birbirine geçmiş olan bu yeni hukuk düzeniyle uyumlanmak Türkiye için nasıl mümkün olabilirdi ki? Çok zor olmuş olmalıdır bu, zira sadece Şeriat'ı hukuk sistemi dışında bırakmak yetmeyecektir. Batı modern çağa mülkiyet/burjuvazi eksenli çıkışı bağlamında damgasını vururken doğulu/Osmanlı geleneği 'gerileme' dönemini deneyimlemeye girişmiş ve hukuk dahil her alanda Batılı kapitalizmle uyumlanma sürecine girmişti. Bu süreç yaşanırken mülkiyet eksenli yasalar öncelikli olmak üzere aşama aşama Osmanlı İmparatorluğu Batılı hukuku kopyalar. Doğulu bağlamda bütün kapsayıcılığıyla etik, dinsel ve felsefi hususlar konuşulan dil ve yaşayan kültürün dokusuna nüfuz etmiştir. Başta iktisadi/ticari kanunlar olmak üzere mülkiyete vurgu yapan burjuvaziye dayalı yasal çerçevenin işlerlik kazanabilmesi için güçlü bir burjuva sınıfının ortaya çıkmış olması gerekirdi. Oysa, bilindiği gibi geç Osmanlı döneminde mülkiyet eksenli bir orta sınıf/burjuvazi değil, sivil ve askeri bürokratik orta tabakanın yeni Cumhuriyet'i inşa etmesi söz konusudur.

Batılı hukuk devşirilirken dil ve sosyo-kültürel farklılıkların gerektirdiği ayarlamalara gidilmemiştir. Devrim sürecinde sihirli bir dokunuşla sosyo-kültürel alandaki farklılıkları (yönetmel,

(18) Tarihsel olarak Osmanlı hukuk düzeni inanç ve kültürel/geleneksel ve örfi yapıya dayalı Şeriat'ın eklenebilirlik özelliğinden beslenen bir 'ortalama' içeriklik kapasitesidir söz konusu olan (Bkz, Inalcık, 2005; ve Genç, 1989).

kültürel, dinsel, ahlaki vb) bertaraf etmek, elbette ki mümkün olamazdı. Türkiye'de bir ruhban-laik sınıf (ve ekonomi eksenli sınıflar –burjuvazi ve proleterya) ayrımı olmadığına göre, düzenlemelerde baz alınacak grup Batı için, en önemli özelliği iktisadi çıkarları peşinde koşmak olan 'rasyonel/laik' insan grubunun yerini tutacak olan grup/sınıf olmayacak mıdır? Osmanlı/İslami mirasımız çerçevesinde devraldığımız tarihsel özellikler ve yapısal unsurlar gereğince kendisini madde dünyasıyla sınırlayan insan tipinin yaygın gruplaşmayı yansıtmadığını ileri sürmek aşırı bir genelleme sayılmasa gerektir. Bunun yerine hakim grup, askeri ve sivil bürokrasiden oluşan kendine özgü bir burjuvazidir. Sonuç olarak, geçmişten getirilen bu vasıfların, burjuvazinin egemenliğindeki modern kapitalist dünyayla uyumlanma sürecinde, yani rasyonel düşünen bireyi yaratma noktasında önemli bir handicap olarak karşımıza çıktığını ileri sürülebilir.

Kapsayıcı 'ortalama etik'in idealleştirildiği Doğulu bağlamda Şeriat'ın, gerçekte İslam dünyasının 'minimum etik'ini temsil ettiği ileri sürülebilir. Yani, maddeci 'homo-ekonomikus'un gönüllü olarak yaratıp sahiplendiği 'minimum etik' değil, madde ve mana arasında sürekli bir denge arayışındaki, sınıfsal eşitsizliklere değil bütünlükçü ve maneviyata öncelik veren doğulu insan. Yani, ölçü 'minimum'da değil, 'ortalama'da gizlidir ve abartılı bir genellemeyle altyapının üstyapıyı değil, üstyapının eşzamanlı olarak altyapıyı belirlediği bir sistemik işleyişin söz konusu olduğu ileri sürülebilir.

'Ortalama'ya yapılan vurgunun sınırlı, dikotomik bir gerçekliği yansıtan

Batılı metafizik düşünce sistemine karşı dengeli ve madde ve mana dünyalarının sürekli bir dengelenme durumunun idealleştirilmesidir. Diğer Doğu'lu bağlamlar gibi Kadim Yunan düşüncesinde de adalet, hukuk ve ahlak kavramları arasında bir ayrılık gözetilmemiş ve bunlar en geniş anlamıyla 'iyilik sevgisi' olarak anlaşılmıştır (Küçük, 2008: s.94; ayrıca bkz., Güriz, 2006: s.19). Eski Yunan ve Kadim Doğu düşüncesiyle etkileşim içinde ideal formuna Türk-Osmanlı geleneğinde kavuşan 'ortalama'nın idealleştirildiği forma göre, Batı'nın metafizik ve mükemmeliyetçi özelliği yerine 'iki ifrat arasında bir ortalama' olarak kabul edilen fazilet anlayışı söz konusudur (Abadan, 1959, s.63).¹⁹

Liberal/burjuva hukukunun devleti (ve dolayısıyla devlet ve siyasetin aygıtlarınca üretilen yasal düzlemi) minimize etmek istemesinin tersine eski Yunan'da devlet ve hukuka birincil derecede önem atfedilir: "Bir şeyin iyi olması için ölçülü ve dengeli, kendi kendine yeter ve kendisi en son amaç olmalıdır... Devletin en önemli işlevi de" yurttaşlarına erdemli bir yaşayışı öğretmek olmalıdır." (Kale, 1996: 125). Platon'a göre de iki şey insanı işe yaramaz hale sokar: Zenginlik ve yoksulluk. Aristo'ya göre ise yukarıda belirtildiği gibi doğru hareket 'orta'yla temsil edilir, 'orta'yı bulabilmek ise ancak bilgili ve iyi insan için mümkün olabilir (s.126). Mülkiyet ve özgürlüğe değil, adalete vurgu Doğu'nun ve İslami uygulamanın özünü oluşturmaktadır; bu farklılığı Demirci'nin (2008: s.177) kaleminden özetleyecek olursak:

"Adalet fikri, Osmanlı devlet problematiğinin temelini oluşturmaktadır..."

(19) Abadan Kant'ın da hukuku, farklı güçlerin bir ortalamada sentezlendiği, uzlaştırıldığı şartların toplamı olarak gördüğünü ileri sürer (Abadan, 1959, s.389); ama bu elbette ki etik söz konusu olduğunda minimum bir etkileşim olacaktır.

Güç Platon'da hiçbir zaman kendi başına gaye olamaz... Hükümdarın mutlak iktidara sahip olmasının temel gayesi, adaleti gerçekleştirmektedir."

Yeni kapitalist çağın egemen sınıfını temsil eden burjuvazinin mülk temelli ihtiyaçları ise, böylece, hukukun kritik ve alt seviyedeki özelliklerini tayin eder. En önemli özgürleştiricinin de feodal bağlardan kurtulmak olduğu anlaşılmalıdır. Önemli olan bireysel dünyalara minimum seviyede karışımıdır, yani din/moral ve etik alanların karışımı mümkünse hiç olmayacak, değilse minimum seviyede kalacaktır. Çağdaş hukuk bu çerçevede yeni bir hakimiyet dili üretir. Daha önce de değinildiği gibi Kant, Marx ve Hegel'in ortak çizgisi burjuva hukukunun mülkiyet dilidir. O ölçüde de sınıflar arası rekabete ve güç savaşlarına dayanır. Bu bağlamda 'Bırakınız yapsınlar bırakınız geçsinler!'ci sloganiyle feodaliteye karşı savaş açmış ve mülkiyete ve piyasaya dayalı özgürlüğe öncelik verilmiştir. Bu çerçevede bütün sosyo-kültürel ve dinsel boyutlar bireylerin takdirine ve özgür iradesine bırakılmak istendiğinden hukuk 'minimum etik' olarak bireylerin içsel özgür dünyalarının alanı genişletilmek istenir. Mülkiyete, ve o eksendeki güç savaşlarına dayandırılmış olan bu adalet anlayışı nedeniyle Nozick, vergi'ye bile karşı çıkar. Vergiyi mülkiyet gaspı olarak değerlendirmek suretiyle.

Ancak gelinen noktada, Batı dünyasında bile hukuk alanına hakim materyalistik damgadan dolayı duyulan rahatsızlığa dair izler cılız da olsa literatürde yer almaya başlamıştır. Gürbüz Hart'ın 'hukuksal moralizm' akımını bu çabaya örnek olarak gösteriyor.²⁰ Yıldırım (1996

: 73) da "Yasayı kim olursa olsun egemenin emirleri olarak kabul eden pozitivist hukuk anlayışı yavaş yavaş yasayı insan hakları çerçevesine oturtan ve 'adalet' fikrini ön plana çıkartan moral ve yeni bir doğal hukuk anlayış"na bıraktığımız altını çiziyor. Ayrıca Gürbüz'den (2004: s. 29) öğreniyoruz ki, evrensel düzeyde hukuk alanında insanlığın ortaklaşa paylaştığı değerleri araştırmaya yönelmiş olmağıyla hukuksal antropoloji de dikotomik düşünceyi aşmak yönünde mesafe katetmektedir.

Yine Gürbüz (2006: 20) vurgulamaktadır ki, başta Kant olmak üzere aydınlanma düşünürlerinin en temel gereksinim olarak ilan edilen özgürlük vurgusu moral değerler olmaksızın korunamaz. Bu durumda gerek Gürbüz (2004; 2006) (olması gereken moral prensipler olmaksızın bir özgürlük düşünülemez anlamda) gerekse Özbilgen (1971) özgürlüğe değil etik değere bir yer açmakla kalmıyor onu hukukun temelini yerleştirmeyi arzuyorlar. Gelinek noktada Batı dünyasında bile hukuk alanına hakim materyalistik damgadan dolayı duyulan rahatsızlığa dair izler kendisini ortaya koymaktadır. Gürbüz (2004: s.18) çalışmasında hukukun, pozitivist versiyonunun reddiyetçi tutumunun aksine minimum düzeyde dahi olsa hukukun normatif düzeyle bağlantısının kaçınılmazlığını vurguluyor. Yani, hukukun konusunun 'olan'ı aşarak 'olması gereken'e yönelmesi gerekir. Ancak, hukuksal pozitivizmi 'ahlak dışı' karakteri nedeniyle benimsemediğinin altını da çizer. Gürbüz gibi Özbilgen'in de yakın olduğu hukuki duruş hukukun temel bazı etik değerlere dayandırılmasının zorunlu olduğudur. Bu çerçevede hukuk, adalet boyutunu dışlamak şöyle dursun onu hedefine

(20) Bkz., Gürbüz, (2006: s. 29).

koyar. Dolayısıyla, hukukun tasarımı-nabilmesi 'ahlaksal bir akıl'la mümkün olabilecektir (Gürbüz, 2004. s.18; ve s.96). Bu düşünceye göre hukuk da ahlak da aynı köke bağlıdır. Dahası;

"Hukuktan daha geniş bir içeriğe sahip olan adalet kavramı hukukun son amaç ve özüdür." (Gürbüz, 2004: s. 96-7)

"Hukuk alanıyla ilintili öğelerin meşru ve anlamlı sayılabilmesi için "kültürel referanslara... evrensel ahlaksal ve hukuksal değerlere gereksinimi vardır." (Gürbüz, 2004: s.29).

Ama her şeye rağmen Türkiye'de ne Reformasyon/Protestanlaşma süreci yaşanmadığı gibi bunlar temelinde yükselen bir burjuvazi de ortaya çıkmamıştır (çıktığı kadarıyla da bu üstyapısal güçler olan asker ve bürokratik burjuvazi tarafından temsil edilmiştir. Geç endüstrileşen Katolik Fransa'nın kurucu sosyologları Comte ve Durkheim²¹ gibi Özbilgen de Türkiye için 'minimum etik' problemini aşmak için devlete büyük rol tanır.²² Her iki sosyal bilimcinin çabası da ortaktır: Yeni sanayi toplumu ve onun bünyesinde şekillenen Batı medeniyetiyle uyumlanmak için ne gerekiyorsa onu yapmak. Kapitalist dünyanın özelliklerini şekillendiren Protestan Batı'da devlete karşı özgürlükçü piyasanın tarafı olunmuştur:

"doğal hukuk görüşünün mülkiyet hakkını salt ve kutsal sayan tutumu (...) ekonomik refah yolundaki çabaların, parazit politik

iktidarın gasp ve yağmasıyla kösteklenmesini engelleme amacı güdülmüştür." (Özbilgen, 1971: s.237).

Bu çerçevede Özbilgen (1971: s.135) ahlak alanının hukuk bağlamında etkin kılınmasının sosyal yaşantıyı baskı altında tutabileceği endişesinin yersiz olduğunu düşünüyor. Bu durumda hukuk kurallarına saygının değeri ahlaken sıfırdır. Çünkü bu, bireyin özgür iradesinin sonucu değil, yaptırımdan kaynaklanmaktadır (Hirş, 2001: s.145). Bir davranışın ahlaken iyi olması ise ancak "onun meydana getireceği sonuç ve etki için değil, bizzat kendisi için gerçekleştirilmesine bağlıdır" (Türkbağ, 1995: s.76).

Belli başlı hukuk sosyolojisi ve felsefesi çalışması incelendiğinde görüldüğü ki, Batı'lı hukukun aynen kopyalanarak aktarılmış olmasına karşın Türkiye'nin hukuk sisteminde Batı'nın 'minimum etik'lik niteliğine karşı doğal sayılabilecek bir direniş mevcuttur. Alanın belki de en önemli isimlerinden Tarık Özbilgen'in (1971) bu konudaki çalışmasını hukukun 'etik' boyutu da içermesi gerektiği bağlamında batılı hukuk eleştirisine oturtması şaşırtıcı değildir: Durkheim'in düşüncesinden hareketle sosyal ve hukuki alanlar söz konusu olduğunda ahlakın bu alanlarla ilintilendirilmesinin bir tasallut değil, zorunluluk olduğuna işaret eder (Özbilgen, 1971, s., XI). Ayrıca, Özbilgen'in Durkheim'dan aktarmasından da şunu öğreniyoruz: Klasik ve neoklasik düşünürlerin minimal devlet vurgusuna karşın burada kapsayıcı bir devletin karışmaları bütünüyle olumlanmaktadır.

(21) Protestanlığın ve piyasacı/rasyonelleştirici/maddecî insanın ağır bastığı İngiltere ve ABD gibi ülkelerde bireysel özgürlüklere vurgu yapılırken katolik ülkelere topluma ve toplumsal dayanışmaya vurgu yapıldığı içindir ki sosyolojinin anavatanı Fransa olmuş, ve Türkiye'de sosyal bilim yapanlar da öncelikle Fransa'yı, sonra da Almanya'yı rol model olarak önlerine koymuşlardır.

(22) Bkz., Özbilgen, 1971: s.95; ve Öktem, 1977: s.188-9).

Sosyolojinin kurucusu Comte da devletten yana, özgürlüğe karşıdır (Öktem, 1977: s. 188). Gerekirse devletçi pozitifizmin yaratılması ve korunması gerekir. Dahası, Durkheim'a göre devlet ahlaksal disiplinin mükemmel bir organizasyonu olarak takdim edilmektedir (Özbilgen, 1971: 29-30). Bu doğrultuda "Hukuk kuralları, yasayıcının isteğini korumak için değil ve fakat sosyo-moral gereksinimler karşılama için vardır." (Özbilgen, 1971: s.12):

Salt bu saptama bile göstermektedir ki, Özbilgen mülkiyet eksensiz maddeci burjuva hukukuna sıcak bakmamaktadır. Cumhuriyet'in kuruluşundan sonraki düzenlemelerin bazı çelişkiler içermiş olması da bu bağlamda anlamlıdır: Diyanet'in Devlet organizması içindeki varlığı, zorunlu din derleri, kız öğrencilerin başı kapalı okullara alınmaması benzeri durumlar da minimum etike karşı kapsayıcı/bütünlükçü-ortalama bir siyasal ve etike karşılık gelmektedir. Kapitalist sistemle uyumlanmaya çalışan yeni Türkiye Cumhuriyeti gibi üstyapısal (geçmişten devralınan güçlü bürokratik sistemiyle) sistemik işleyişlerin salt batılı hukuku kopyalayarak bunu başara-bileceğini düşünmek mümkün olmasa gerektir. Birinde (Batı) altyapısal özellikler üzerinden insancıl bir sistem yaratılmaya çalışırken, diğesinde (Doğu) üstyapısal unsurlarca temsil edilen idealist/insancıl seviyelerden altyapısal ve ekonomik/endüstriyel eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır/çalışılmaktadır. Ülkemizin içinden geçtiği sıcak siyasal gündemi de (Yeni Anayasa hazırlıkları, Diyanet ve alevilik eksenindeki tartışmalar ve türban konusundaki gelişmeler) tekrar bu gerçeği önümüze koymuş bulunmaktadır.

SONUÇ

'Homo-ekonomikus' Batı'nın sıradan halkı, laik, maddeci, materyalist bireyidir. Ya kültür ve moral/etik alanlarının kapsama alanı dışında kabul edilirler ya da bunların tamamen dışında. Yaygın kesimlerin bu vasıfa sahip olması ölçüsünde ise 'minimum etik'e göre hayatını yaşayan bu bireyin ihtiyacı tam da maddiyat temelli bir eksende ruhban sınıfa ve feodal beylere kafa tutarak yeni egemen sınıfı yansıtan burjuvazinin modern insanı arasında kendine yer açmak isteyecektir. Bunun için de burjuvazinin düşün babası Kant'ın vurguladığı özgürlük alanını genişletmek kalıyor. Sonuç; burjuvazinin egemenliğinde yeni bir dünya düzeni olmuştur.

Her ne kadar esneklik ve üst düzey eklenenebilme kapasitesiyle 'homo-ekonomikus'a dayanmayan ve çağdaş sanayi toplumuyla uyumlanma konusunda zorluklar deneyimleyen Türkiye gibi bir toplumda hukuk 'minimum etik'den ibaret olamazdı. En azından bu hususta çok zorlanmış olunacağına kesin gözüyle bakılabilir. Zira, daha önce de altı çizildiği gibi Türkiye dahil, İslami/Doğulu gelenekte adalet ve hak gibi kavramlar yasalara içkin ya da en azından onlarla ilintilidir.

Kaynakça

- Abadan, Yavuz, Devlet Felsefesi, A.Ü. SBF Yayını, 1959.
- Demirci, Fatih, "Tanzimatın Erdemi: Özeleştirii ve Adalet Problematığının İhyası," Muhafazakar Düşünce: Gelenekten Geleceğe, yıl.4 sayı 15, Kış 2008 (175-193).
- Erdoğan, Mustafa, "Adalet ve Eşitlik," Muhafazakar Düşünce: Gele-

nekten Geleceğe, yıl.4 sayı 15, Kış 2008 (9-22).

- Genç, Mehmet, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Devlet ve Ekonomi," 5. Milletlerarası Türkiye Sosyal ve İktisat Tarih Kongresi- Tebliğler, edt. M.Ü. Türkiyat Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1989 (13-25).

- Gözler, Kemal, "Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitifizme Göre Adalet Kavramı," Muhafazakar Düşünce: Gelenekten Geleceğe, yıl.4 sayı 15, Kış 2008 (77-90).

- Gürbüz, Ahmet, "Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine," HFSA, cilt 5, 2006 (15-18).

- Gürbüz, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk: Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme, İkinci baskı, Beta Basım, İstanbul 2004.

- Güriz, Adnan, "Adalet Kavramı Üzerine," HFSA, cilt 5, 2006 (19-33).

- Gürsoy, Kenan, Etik ve Tasavvuf: Felsefi Diyaloglar, Tasavvuf Sohbetleri Dizisi, Yayına Hazırlayan: Semih Yücel. Timaş Basım Ticaret ve Sanayi, İstanbul, 2008.

- Hirsh, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Güncel Dile Uyarlayan, Selçuk Baran Neziroğlu, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001

- İnalçık, Halil, "Şer'iat ve Kanun, Din ve Devlet," Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, Eren, 2. baskı, Ankara, 2005.

- İrem, Nazım, "Klasik Osmanlı Adalet Rejimi," Muhafazakar Düşünce: Gelenekten Geleceğe, yıl.4 sayı 15, Kış 2008 (149-174).

- Kale, Nesrin, "Platon'dan Günümüze Adalet Kavramı," HFSA, Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti. Hazırlayan. Hayrettin Ökçesiz, Alkım yay. İstanbul. 1996.

- Kara, Mustafa, "Eğer Görebilerseniz Her Celalin İçinde Cemal Vardır," Röportaj. Semih Ceyhan. Keşkül. Sayı.8 (68-74).

- Keyman, Selahattin, "Hukukun Bilimselliği Üzerine," HFSA 2006 (5-14)

- Kılıç, Muharrem, "Aristo Şarihi İbn Rüşd'ün Hukuk ve Siyaset Felsefesi," HFSA. 16, Sempozyum III 7-9 Eylül 2006. İstanbul Barosu. (109-122).

- Küçük, Adnan, "Adalet Kavramı ve Adaletle İlişkin Bazı Teoriler," Muhafazakar Düşünce: Gelenekten Geleceğe, yıl.4 sayı 15, Kış 2008 (91-121)

- Küçükalp, Kasım, Batı Metafizikinin Dekonstrüksiyonu: Heidegger ve Derrida, Sentez ya, İstanbul, 2008

- Niyazi Öktem, Özgürlük Sorunu ve Hukuk, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul. 1977.

- Özbilgen, Tanık, Eleştirel Hukuk Sosyolojisi, Genel Esaslar ve Presosyolojik Dönem, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1971

- Türkbağ, Ahmet Ulvi, "İmmanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet," HFSA 2, Afa Yay., 1995 (71-80).

- Yıldırım, Erdoğan, Nalbantoğlu H. Ü., "Adaletin Kurgusökümü Yapılabilir mi? Derrida'nın Bir Savı Üzerine Çeşitlemeler," 2006, HFSA, (96-113).

- Yıldırım, Erdoğan, "Adaletin Kurgusökümü ve Günümüzdeki Siyasi Anlamı," Hukuksal Olgular Araştırması ve Hukuk Devleti. Hazırlayan. Hayrettin Ökçesiz, Alkım yay. İstanbul. 1996.

- Yılmaz, Hasan Kamil, "Tasavvufun Temel Amacı Hulk-ı Haseni Elde Etmektir," Keşkül, 2006 Kış, Sayı: 7 (68-72).