

# H F S A

## HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Prof. Dr. Adnan GÜRİZ

Anısına

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" Sempozyum

İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler / 1

(13-17 Eylül 2010, İstanbul)

### 23. KİTAP

*Hazırlayanlar*

*Hayrettin ÖKÇESİZ • Gülriz UYGUR • Saim ÜYE*



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstanbul 2012

Genel Yayın Sıra No: 217

2012/19

ISBN: 978-605-5316-35-8

Yayıncı Sertifika No: 12457

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi  
Hayrettin Ökçesiz  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kampus, Antalya  
Telefon: (0242) 227 69 75 - 76  
Faks: (0242) 227 69 77  
E-posta: hayret@akdeniz.edu.tr

İstanbul Barosu Yayınları  
İstiklal Cad. Orhan A. Apaydın Sk. Baro Han Beyoğlu-İST  
Tel: (0212) 251 63 25 Belgeç (Fax): (0212) 293 89 60  
www.istanbulbarosu.org.tr • dergi@istanbulbarosu.org.tr

Kapak Karikatürü: Honoré Daumier

Elektronik ortamda iletilen imla ve dizgi hataları yazarın / çevirmenin sorumluluğundadır.

\*

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet basılmıştır.

Kasım 2012

Tasarım / Baskı



egeBASIM

www.egebasim.com.tr

Tel: 0216 470 44 70

## SUNUŞ

HFSA'nın bu üç kitabı 13-17 Eylül 2010 tarihinde İstanbul'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde yapılan ve HFSA ve İstanbul Barosu işbirliğinde düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" sempozyumunun yüzün üzerinde bildirisinden oluşmaktadır.

*Bu sempozyum bildirilerinin yayımını (23. - 25. kitapları), bizim ve birçok HFSA yazarının öğrencisi olduğu ve 6 Haziran 2011 tarihinde kaybettiğimiz Hocamız Profesör Doktor Adnan Güriz'in anısına sunuyoruz. Hocamız, HFSA çevresine her zaman destek vermiş, sağlığı imkan verdiği sürece HFSA'nın toplantılarına katılma nezaketini göstermiş,engin bilgisi ve bilge tavrıyla her zaman önümüze ışık tutmuştur. Hocamızı bize tuttuğu bu ışık içerisinde sevgiyle anıyor ve hatırası önünde saygıyla eğiliyoruz.*

HFSA'nın 25. sayısı Eskişehir Toplantısı yazılarını da içermektedir. Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde "Yargı: Kurallar, Kurumlar, Kararlar Kolokyumu, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi" başlığı altında 30 Nisan- 2 Mayıs 2009 tarihlerinde yapılan bu toplantıya katılanların sunmuş olduğu birçok bildiriye de bu şekilde yayınlama fırsatını bulduk.

HFSA'nın gerek sempozyumunun düzenlenmesinde gerekse kitaplarının basılmasında her zaman desteğini gördüğümüz İstanbul Barosu'na, üç kitabın bildirilerinin toplanmasında yardım eden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Nadire Özdemir'e, son düzeltmelerin yapılmasında yardımcı olan, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma görevlileri Kübra Yılmaz'a, Murat Elbay'a ve Hasan Suntur'a ve Ege Basım Matbaası'nda yayıma hazırlama ve basım sırasında emeği geçen herkese teşekkür ederiz.

---

## İÇİNDEKİLER

---

1. Yaşamaları - Otorite İlişkisi Açısından Hukuk - Şener Aksu .....	7
2. Hak ve Hakikatin Birliği - Vecdi Aral .....	12
3. Töre Kıskaçındaki Masumiyet: Çocuk - Müjdat Avcı .....	17
4. Hegel'in Hukuk Felsefesinde "Tarih" ve "İnsan" - Gülçin Aytgu .....	32
5. Hangi 'İnsan'ın Hakları? - Ali Şafak Balı .....	38
6. Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme - Zehra Gönül Balkır .....	44
7. Hegel'in Hukuk Görüşü Bağlamında 'Evrensel Bir Hukuk'un Olabilirliğinin Araştırılması - Metin Becermen .....	61
8. Doğal Hakların Kaynağı ve İşlevi - Hamdi Bravo .....	67
9. Thomas Hobbes ve John Locke'un Doğal Hak Anlayışları - Işıl Bayar Bravo .....	72
10. HLA Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı - Şule Şahin Ceylan .....	79
11. Anayasanın Değişmez Maddelerine Felsefi Bir Bakış - Yasin Ceylan .....	87
12. Antik Yunan'da ve Modern Batı Toplumlarında Hukuk ve Bilime Eleştirel Bir Bakış - Sezgin Seymen Çebi .....	90
13. Ertelemiş Adalet: Hukuk ve Dekonstrüksiyon - Gökhan Yavuz Demir .....	113
14. Sosyal Haklara İlişkin Devlet Yükümlülükleri ve Devletin Değişen İşlevi - Özge Yücel Dericiler .....	120
15. Avrupa Birliği İlerleme Raporları Denetiminde Değişen Türk Pozitif Hukuku - Abdullah Dinçkol .....	129
16. Köy Romanlarında Yargısal İşleyiş - İbrahim Hakan Dönmez .....	140
17. Olan Hukuk-Olmayan Hukuk - Zeynep Özlem Üskül Engin .....	150
18. Nussbaum'da Cinsiyet ve Sosyal Adalet Üzerine - Hatice Nur Erkızan .....	165
19. Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı: Hukuk ve Antropolojiden Görüşler - Wolfgang Fikentscher .....	169
20. Vergi Hukukunda Etik Tutumun Önemi - Hakan Furtun .....	185
21. Sanal Mülkiyet - Haydar Burak Gemalmaz .....	194

22. Bentham ve Kodifiyeciler - <i>Charles Noble Gregory</i> .....	201
23. Postmodern Dönem ve Hukuk - Sevda Gültekin Göktolga • <i>Oğuzhan Göktolga</i> .....	212
24. Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkelerinin Somut Hukuk Disiplinleri Bağlamında Detaylandırılması Sorunu - <i>Ahmet Gürbüz</i> .....	218



# Yaşamaları - Otorite İlişkisi Açısından Hukuk

Şener AKSU

İnsan bilinci kendini ve evreni, mekansallık ve zamansallık içinde kavrar. Mekansallık, yan yana gelen şeylerin doğasını, zamansallık da ardı ardına gelen şeylerin doğasını oluşturur. Bu açıdan bakıldığında yaşam alanı türlerin mekansallığını, otorite de zamansallığını oluşturacaktır.

Her canlı için yaşamaları, varoluşunun temelidir. Dolayısıyla bir canlıdan söz eden aynı zamanda bir yaşam alanından da söz etmektedir. Canlılar, yaşam alanlarını bedenlerinin devamı gibi algılar ve bu nedenle yaşam alanına yönelik tehditleri, varlıklarına yönelik bir tehdit olarak algırlar. Yaşam alanının korunması için toplumsal canlılar işbirliği yapmak zorundadır ve dolayısıyla bu işbirliği zorunlu olarak otorite doğurur. Tekil yaşayan canlılar da kendi yaşam alanlarının otoritesidir.

Otorite yaşamalarındaki merkezi etkinlik ve özneliktir. Yaşamalarındaki ana özne olduğundan, yaşamalarındaki bütün özellikler ondan türer. Otoritenin yaşamalarındaki özellikleri merkezileştirmesinin kaynağı, öldürme gücüdür. Bu nedenle denilebilir ki otorite, salt haliyle öldürme gücüdür. Ancak öldürme gücünün sergilenmesi, açık çatışma gösterisi olduğundan ve çatışma da doğası gereği yıkıcı olduğundan ve direnç oluşturduğundan otorite, öldürme gücünü gizleme eğilimindedir. Sembollerle bu gücünü hissettirir ama gerektiğinde öldürme gücünü sergilemekten çekinmez. Yaşamalarındaki toplulukça içsel olarak kabullenilmemiş bir otorite, çoğunlukla öldürme gücünü sergilemek isteyecektir. Ancak öldürme gücünün sürekliliği, yaşamalarındaki topluluğun direncini artıracığı ve kargaşaya yol açacağından, otoriteler öldürme gücünü sergilemekten

sakınacaklardır. Bunun yerine, öldürme gücünün sonucu olan yaptırım gücünü diri tutacak düzenekler oluştururlar.

Otorite, dolaysız zorunlulukla örgütlenmesi olarak devlete dönüşür ve yalnızca kendi öldürme gücüne bağlı bir organizma haline gelir. Buna karşın varlığını sürdürmesi, öldürme gücünün tehdidinin sürekliliğinden çok, yaşamalarındaki türün kabullenişine bağlıdır. Dolayısıyla otorite, eninde sonunda, yaşamalarındaki topluluğun onayına gereksinim duyar. Otoritenin kabul görme gereksinimi; her otoritenin bir büyük anlatıya (ideolojiye) ve tarihsel bir meşruiyete sahip olmasına neden olur. Her türden otorite, öncelikle bir anlatı kurar. Bu anlatının temeli, otoritenin varlığını meşrulaştıracak değerlerdir. Eylem ve etkinliğini gerekçelendirmek bu anlatıyla olasıdır.

Eylemek ve etkinlikte bulunmak, doğası gereği bozucudur. Anlatı, bu bozuculuğun yaşamalarında direnç oluşturmasını engeller. Bu direnci kırmanın sürekliliğini sağlamak içinse hukuk gerekir. Hukuk, iki gücün etkileşiminden doğar; biri otoritenin ahlakının somutlaştırılması isteği, öteki de yaşamalarındaki türün otoriteyi ehlileştirme direnci... Hukuk, otorite açısından hem yaşamalarında yan yana gelen şeylerin, hem ardı ardına gelen şeylerin otoriteye göre düzenlenmesini sağlama olanağıdır. Eğer yaşamalarında direnç yoksa, otorite bütün varlığıyla yaşamalarına yerleşecek, hukuk da otoritenin salt değerlerinden biçimlenecektir. Bu durumda hukuk, otoritenin ahlakıdır ve yaşamalarında başka değerler bütünü varlığını sürdüremeyecektir. Otoritenin bu hali, en saldırgan, en korkunç, en katı halidir. Böyle bir durumda otorite hukukun ruhunu oluşturan tek

kaynak olacaktır. Bu ruh ki, aynı zamanda otoritenin gizli elidir ve her bilince uzanacaktır. Öyle ki, yaşamalarında bağıl da olsa otorite dışında hiçbir öznellikten söz edilemeyecektir. Otorite yaşamalarındaki en yüksek özgürlük alanıdır, dolayısıyla otorite bir kişideyse, o kişi en özgür kişi olacaktır. Böyle bir durumda otorite, sık sık kendinden emin olmak için, otoritesini sınama gereksinimi duyacaktır. Otoritenin öldürme gücünü her zaman diri tutmak içinde otoritenin sembelleri (bayrak, büyük yapı, büyük yontu, silahlar, silahlı güçler vs...) serimlenecektir.

Otoritenin bütün yaşamalarını belirlediği böyle dönemler, öldürme gücünün sürekliliğine bağlıdır ve öldürme gücünü sürekli sergilemek, diri tutmak ypraticıdır. Ayrıca otoriteyi kullananlar da bilinç varlıkları olduğundan, otoriteler aklın yasalarına uymaya eğilimlidirler yahut eylemlerini aklın yasalarına uyduğunu gösteren anlatılar üretirler. Öte yandan otorite uygulayıcıları, otoritenin doğasının sınırsız eyleme ve sahip olma arzularıyla, kendi us ve değerleri arasında zaman zaman çelişkide kalırlar. Bu nedenle otoriteler, yaşamalarındaki topluluğun onayına gereksinim duyacaklardır. Yaşamalarındaki topluluğun onayı onu meşrulaştıracak ve böylece öldürme gücünü sürekli sergilemek zorunda kalmayacaktır. Otoritenin meşrulaştırılmasının öncelikli yolu büyük anlatının bütün bilinçlere yerleştirilmesidir. Eğitim, bunun için temel olanaktır. Ne var ki, insan türünün doğası, Kant'ın belirlediği gibi, toplumdışı bir toplumsallık barındırır ve gereksinimleri karşılamadaki zorluklar eninde sonunda başka otorite arayışlarına, başka büyük anlatılara eğilim doğurur. Hukuk, bu anlatının edimselleştirilmesi olmakla otoritenin korunmasını sağlayacak bir kalkana dönüşür. Hukuk, otorite dışındaki her şeyi nesneleştirir bir etkinliktir. Yaşamalarındaki toplulukta bulunan herkesi "birey"leştirerek, onları

kişiliklerinden soyutlar. Birey, yaşamalarındaki insanların, "varlığının", kişilikse herhangi bir insanın "doğasının" belirlemidir. Otorite, yaşamalarında kendinden başka öznelğe uysuz olduğundan yaşamalarında bireyleşmeyi önceleyecek, kişiliği reddedecektir.

Özerk, kendini bilen, kendi bilincinde olan insanların otoritelerce kabul edilmesinin gerekçesi budur. Bireyleşmek, bir anlamda nesneleşmektir. Yaşamalarındaki tek özne otorite olduğundan, bireyleşen insan, özne karşısında nesneleşir, kendine yabancılaşır, sadece otoriteyle ilişkisi açısından anlam kazanır. Dolayısıyla güçsüzleşir. Bireyleştirme, otoritenin toplumsal değerleri de kendi değerlerine dönüştürme sürecidir. Bunu başaran otoriteler, olağanüstü bir durum olmadıkça, yaşamalarındaki meşruluğunu sürdüreceklerdir. Bu dönüşümün yaşamalarındaki topluluk açısından sonucu, kişiliklerinden törpülenmenin bedeli olarak, otoritenin koşullu özgürlüğü ve güvenliğine kavuşmasıdır. Bunun karşılığında otorite, hukuk aracılığıyla yaşamalarına yerleşecektir. Ayrıca hukuksuzluk ortamında, otorite zorunlu olarak, öldürme gücünü sürekli sergilemek zorunda kalacaktır. Oysa bu büyük bir enerji gerektirir ve aynı zamanda otorite karşıtlığını artırır. Demek ki hukuk, aynı zamanda otoritenin enerjisini koruyan bir kurgudur. Otoritenin uzun soluklu varlığı için hukuk yaşamsal bir öneme sahiptir.

Yaşamalarındaki topluluk açısından hukuk, daha da yaşamsal gerekçelere dayanır: Hukuk sayesinde otorite ehilileştirilebilir, dolayısıyla salt öldürme gücü olmaksızın çıkar ve gereksinimlerin karşılanması olanağına dönüşür. Yaşamalarındaki her hangi biri, hukuk sayesinde varlığından ve geleceğinden emin olabilir. Bu açıdan bakıldığında hukuk, otoriteyle yaşamalarındaki topluluğun sözleşmesi niteliğindedir. Hukuk sayesinde insanlar bağılı da olsa



bir özne olarak kendini görecektir. Eğer hukuk, otoriteye karşı toplumsal dirençle belirlenirse, bu durumda hukuk sayesinde, yaşamalanında otorite dışı alanlar oluşacak ve burada insanlar kendi öznelliklerinin ayırımına varabileceklerdir. Kendini bilen, kendi bilincinde bir varlık olarak insan da kendini gerçekleştirebilecektir. Bu durumda hukuk, hem otoritenin hem yaşamalanındaki insanların gönenci olacaktır. O halde denilebilir ki, insanlık tarihi, özünde hukukun tarihidir.

Hukukun ruhu da adalettir ve adalet; yaşamalanındaki temel özne olan otoritenin sınırsız eylem gücünün, topluluğun içsel direnişiyle sınırlandırılmasıdır. Demek ki bir ülkede adalet varsa, o ülkede otorite ehlileştirilmiştir. Otoritenin ehlileştirilmesi, adaletin yaşamalanında başat rol oynamasıyla mümkündür. Bunu gerçekleştirmek ne yazık ki düşsel olacak kadar zor bir olasılıktır; çünkü eninde sonunda, yaşamalanındaki topluluğun gereksinimleri değişkendir ve sürekli gerilim üretecektir. Ayrıca yaşamalanları başka yaşamalanları, dolayısıyla başka otoritelerle ilişki içindedir ve otoriteler arasındaki gerilim, yaşamalanlarına da yansıyacaktır. Üstelik otoritenin dirimsel gücü tükenebilir veya somutlaşmış hali olan devlet kendi içinde uyarısız hale gelebilir. Denetlenemez bir çok değişkenin bileşimi olan otorite, değişkenlerin denetlenmesi için öldürme gücünü kullanmaktan geri durmayacağı için adaletin egemenliği uzun soluklu değil, dönemsel olabilir. Şüphesiz otorite, adaletin sağlanması için de temel güçtür. Ancak otoritenin saldırgan ruhu kolay kolay dizginlenemez ve gerilimler sürekli otoriteyi kışkırtır. Bu durumda otoriteyle yaşamalanındaki topluluğun güvenlik sınırı olan hukuk tehlike altına girer. Ne zaman ki hukuksuzluk başlar, o zaman adalet de söner gider.

Otoritenin ehlileştirilmesinin yolu, gücün parçalanmasını gerektirir. Böylece

otorite, salt öldürme gücünden, yaşatma gücüne dönüştürülebilir; çünkü otoritenin doğası sadece öldürmeyle sınırlı değildir, aynı zamanda yaşatma gücünü de barındırır. Otoritenin gücü ayrıştırılarak, yaşatma gücünün yaşamalanına serimlenmesinin yolu açılabilir.

Otoritenin edimselleşmiş hali “siyasi iktidar”dır ve hukuku bozan yahut koruyan güç odur. Demek ki siyasi iktidar veya yaptırma gücü (yürütme), otoritenin en tehlikeli yüzüdür. Öncelikle otoritenin bu işlevinin denetlenmesi gerekir. Otoritenin merkezi öznellik olarak kural belirleme işlevini, yaptırım işlevinden ayıracak bir düzenek, otoritenin ehlileştirilmesine olanak verecektir. Ancak, otorite bir bütündür ve iki işlevi tamamen birbirinden ayırmak olanaksızdır, sadece bir farklılık oluşturulabilir. Unutmamak gerekir ki kural koyma işlevi doğası gereği bir olumsuzlama yetkinliğidir. Her yasa, otoriteyi olumlar ve korur, demek ki, otoriteyle çelişkili her şeyi ve otoriteyle ilişkisiz her şeyi olumsuzlar. Buna karşın, yasamanın bu olumsuzlaştırıcı etkisi, yaptırım (yürütme) gücünün desteği olmadan edimselleşemez. Otoritenin iki işlevinin farklılaştırılmasını sağlayan bir düzenek, otoriteyi kural koymanın salt kaynağı olmaktan çıkararak yaşamalanındaki topluluğun direnç gücünün, kural koyuculuğun üzerinde etki etmesine olanak verir.

Yaşamalanının otoritenin değerlerine göre biçimlenip dönüştürülmesi sırasında, zorunlu olarak yargı gerekir; çünkü ne türden olursa olsun her dönüştürme ve biçimlendirme, bir değerlendirme ve ölçme işlemidir. Ölçüt otoritenin yasama gücüyle belirlense de değerlendirme yargılama işleviyle gerçekleşecektir. Otorite açısından yargı, yaşamalanındaki toplumun, insanların otoritenin değerlerine karşı direncinin törpülenmesini sağlar. Bu aynı zamanda, yaşamalanındaki özerklik ve özgürlüklerin ortadan kaldırılması yoludur. Denilebilir ki

yargı, otoritenin keskin kılıcıdır. Bu açıdan yargılamanın yaptırım işleviyle aynılığını oluşturan otoriteleşme türleri en çok şiddet doğuran otorite biçimleridir. Yargılama işlevinin yaptırım gücünden farklılaştırılması, yaşamalardaki özerklikler ve toplumsal direnç açısından yaşamsal öneme sahiptir. Yargılama işlevi, doğası gereği yaşamalardaki türün direncine kapalıdır; bu nedenle, otoritenin yasa yapma işlevine göre, yargı işlevinin yürütme işlevinden farklılaştırılması daha öncelikli olacaktır. Yargı işlevini yaptırım işlevinden farklılaştırma düzeneklerini oluşturma çok güçtür. Bu tür bir düzeneğin kurulamaması halinde, yaşamalardaki, otorite dışında hiçbir öznellikten ve özerklikten söz edilemez.

Eğer otoritenin yaptırım ve yargılama işlevi birbirinden farklılaştırılabilirse; yaşamalardaki tekelliğin veya tikelliğin yasanın belirlenimlerine göre biçimlendirmesi olanağı doğar. Yasa yapma işlevi, yaşamalardaki dirence açık olduğundan, yaşamalardaki özerklik ve bağımlı da olsa öznellik için zemin oluşabilir. Ayrıca yargının farklılaşması, insan veya insan öbeklerinin (meslek öbekleri, toplumsal sınıf vb..) belirlenimden doğan direncinin de güvencesini oluşturur. Yargı, yürütmeden ne kadar uzaksa o kadar güvence oluşturacaktır. Eğer yargı, yürütmenin doğal uzantısıysa, yasalarla belirlenen değerlerin yaşamalardaki egemenliğini sağlamada, otoritenin saldırganlığını dizginleyecek gücü kendinde bulamaz, tersine, otoritenin saldırganlığının kılıcını oluşturur.

Yargı, otoritenin en özellikli işlevini oluşturur. Yaşamalardaki temel özne olan otoritenin, yaşamalardaki topluluğun özsel direnciyle beliren adaletin yaşamalardaki var olup olmaması da yargıyla ilgilidir. Eğer yargı işlevi, otoritenin edimselleşmiş hali olan yaptırım işlevinden bağımsızlaşmazsa, yaşamalardaki topluluğun, tekil veya tikel koruması yeri-

ne, otoritenin zorbalığının yolunu açan bir olanağa dönüşür. O halde, adaletin gerçekleşmesi için, otoritenin işlevlerinin farklılaştırılmasını sağlayacak düzeneklerin kurulması elzemdir. Özellikle de yargının farklılaştırılması vazgeçilmezdir. Demek ki otoritenin parçalanmış görüntüsü, yaşamalardaki adaletin sağlanmasının da görüntüsünü oluşturacaktır. Güçlerini birleştirmiş bir otorite karşısında, ne bağımlı da olsa bir özne'lik oluşturulabilir ne de korunabilir.

Yasama'nın yaşamalardaki gereksinimler ve beklentilerin ortak çıkarları üzerine ölçüt oluşturabilmesi için, otoritenin yasa yapan kurumunun otoritenin kendi doğasının uzantısı olmaması gerekir. Yasama yaşamalardaki gerilim ve beklentilerinin bileşkesinden oluşacak bir kuruma dönüşürülmediği sürece, otoritenin keyfiyetinin ötesine geçemez. Dolayısıyla sadece yargının farklılaştırılması yeterli olmayacaktır. Adaletin sağlanması için yasama'nın da yaşamalardaki beklenti ve gereksinimleri temsil edenlerin birleştiği bir merkeze dönüştürülmesi gerekir.

Her şey geçmişinin toplamıdır ve dolayısıyla otoritenin doğası da geçmişteki birikimlerle belirlenir. Bu durumda, otoritenin edimselleşmesinden doğan üç temel işlevin farklılaştırılmasını sağlayan düzeneklerin, her yaşamalardaki farklı olması kaçınılmazdır. Bir yaşamalardaki otoritenin işlevlerinin farklılaştırılmasıyla oluşturulmuş adalet, başka bir yaşamalardaki uyarlı olmayacaktır. Bu nedenle eğer bütün dünya bir yaşamalardaki dönüşmezse, evrensel hukuktan söz etmek olanaklı olmayacaktır. Evrensel değerlerden söz edilebilir ama evrensel hukuk, bütün insanların tek bir otoritenin parçası olması halinde olanaklı olacaktır.

21. yüzyılın koşulları, yeni bir otoriteleşmenin başladığına yönelik ipuçlarını vermektedir. Otoritelerin yaşamalardaki

yerleşmesi, iletişim ve ulaşımındaki gelişmelerin yanı sıra, bilinç üzerine yapılan çalışmalarla yeni bir boyut kazanmıştır. Otoriteler artık yaşamalanındaki direnci kırmak için büyük anlatıyı bilinçlere aktarmak için uzun soluklu eğitimlere gereksinim duymayabilir. Hatta otoritenin değerlerinin somutlaşmış hali olan hukuk da gerekemeyebilir. Yeni gelişmeler, insan türünün, özgürlük ve öznellikten arındırılması için otoritelere büyük olanaklar sunmaktadır. Dolayısıyla otoriteler, yaşamalanının her santimetresine egemen olmak dışında, her bireyin bilincine de egemen olabileceklerdir.

İnsanın doğası, özerklik ve öznelliğe duyarlı olduğundan, kendi özerklik ve öznelliğinden emin olmak için bir başkasının bunu tanımasını arzular. Bu nedenle yaşamalanında hiçbir otorite, tam olarak egemen olamaz. Buna karşın, yaşamalanındaki

kişisel veya toplumsal dirençleri tamamen ortadan kaldıracak bir biçimde, genetik gelişmeler veya bilinç yönlendirmeleri üzerine yapılan çalışmalar otoritelerin ilgisini çekebilir. Türümüzün doğası bozulabilir veya bilinçler etki altına alınabilir. Böyle bir olanağa kavuşmuş otorite, artık hukuka ihtiyaç duymayabilir ve yaşamalanındaki meşruluğun araçlarına ihtiyaç duymadan, teknik olanaklarla yaşamalanını tamamen ele geçirebilir. Böylece, yaşamalanını düzenleme işlevi olan kural koyma (yasama), yaşamalanındaki düzeni sürdürme (yürütme) ve düzeni koruma (yargı) gibi işlevlere gerek kalmayacaktır. Bu durumda otoritenin ehlileştirilmesi, tarihin bir dönemiyle sınırlı kaldığı gibi adaletle birlikte insanlık tarihi de biter; çünkü, bağımlı da olsa öznellik veya özerkliğin olmadığı yerde adaletten ve insandan söz edilemez...

# Hak ve Hakikatin Birliği

Vecdi ARAL

Sık sık duyduğumuz **“hak ve hakikatin birliği”** deyimini, üzerimizde bir slogan etkisi yapıyor, içimizde coşku uyandırıyor; çünkü bu deyim derin anlamlı iki kavramı içermekte. Bunlardan **“hak”** sözcüğü ahlâki bir kavram olmakla insan onuru ile ilgili, **“hakikat”** ise insanın kendini ve bütünü ile yaşamı kavrayıp anlama yolunda temel dürtüsünün bir deyimini olmakla onu insan yapan, kendisine insan dedirten bir değerdir.

**“Hak”** kavramı, hukuk alanına ilişkindir, hukukla ilgilidir. **“Hakikat”** ise bilimin, bilim yapmanın ilk ve son amacıdır; ilk amacıdır, çünkü **“hakikat”** *“içimizde taşıdığımız ve bize “beni gerçekleştir!” diye seslenen bir “olması gereken”, daha doğrusu yaşamımıza anlam katan yüksek değerlerden biridir.* Böylece o, anlamlı bir yaşamın gerçekleşmesini öngörmekle bizi harekete geçiren bir istemdir. Bu hareketin son amacı da, konu olarak seçtiğimiz gerçeklik parçasına ilişkin, bundan da öte, kendimiz de içinde olmak üzere tümüyle varlığın niteliğine uygun bilgilere erişmektir. İşte, **konu ile ona yönelik elde edilen bilgi arasındaki bu uygunluğa hakikat denilir.**

Burada, hak ile hakikatin birliğinin, bu iki kavram arasındaki bağıntının, nasıl gerçekleştiği sorusu ortaya çıkmaktadır. **“Hakikat”** kavramı bilim için ve bilimde söz konusu olduğuna göre, bu soru, hukukun *bir bilim olup olmadığı* sorusuna indirgenbilir.

Gerçekten, hukukun bir bilim olup olmadığından kuşku duyanlar yok değildir.

Bu kuşkunun bir nedeni mantık alanından gelmektedir. Bilim yargılarıyla (hükümlerle) iş görür. Mantıkî anlamda *yargı, içinde iki kavramın (özne ve sıfat) birbiriyle ilişkiye konulduğu, onama yada reddetmeyi içeren bir beyan, bir deyimdir.*<sup>1</sup> Bu beyan dilbilgisi kurallarına uygun olmak üzere bir cümle (tümce) ile dile getirilir.

Nedir ki, her cümle bir yargı olarak kabul edilemez; örneğin arzu, soru ve buyruk cümleleri gibi. Gerçi bunlar da bir düşüncüyü dile getirirler, fakat bu düşünceyi bir yargı niteliğinde değildir. Onlar sorar, arzu eder ve buyururlar; fakat bir savda (bir iddiada) bulunmazlar.

Bu bilginin ışığında, yasalarda yer alan hukuk cümlelerine baktığımızda ondaki sav iddiası hemen de görülemez. Hukuk cümlesi her şeyden önce, bir **“olması gereken”**i deyimler, bir buyruktaki bulunur; onda bir olaya ya da duruma ilişkin bir hakikat iddiası yoktur; bu yüzden de onu bir yargı olarak kabul etmekte zorlanılmasını, onu kısa yoldan, bütünü ile hukukun bir teknikten ibaret görülmesini hoşgörüyü ile karşılamak yerinde olur.

Çünkü, hakikati deyimlemek iddiasında bulunmayan bir deyimini, beyanda bulunanın (yasa koyucunun) keyfî bir istem ve iradesinden başka bir şey olarak kabule olanak yoktur; üstelik hukukun ülkeden ülkeye, aynı ülkede dahi zamanla değişikliğe uğraması olayı bu olanaksızlığı güçlendirmektedir<sup>2</sup>.

Buna göre, hukuku bir bilim olarak kabul edebilmemizin, bu yoldaki kuşkuyu

1 Bkz. Schischkoff, s.620.

2 Bkz. Kirchmann, s.9.

ortadan kaldırabilmemizin, onu bir teknik olmaktan kurtarabilmemizin, ona nesnel bir konu kazandırmamıza bağlı olduğu anlaşılmalıdır.

Bilimin konusu, tümüyle varlıktır; onun değişik görünüşleri ayrı ayrı bilimlerin, bütünü inceleyen felsefenin dışındaki özel bilimlerin konusunu oluşturur. Öyleyse hukuk dediğimiz olguyu, bir bilime konu oluşturmak üzere varlığa, varlığın bir görünümüne bağlamamız, bir bağlantı noktasını bulmamız gerekmektedir.

Varlık, başlıca iki biçimde görünür: **“Birincisi realitedir”**. Bu kavramın içine sokulacak varlıklar zaman-mekân boyutunda yer alan bütün eşya ve olaylardır. **“İkincisi ise, ideal (düşünsel) dediğimiz varlıklardır, diğer bir deyimle düşünce oluşuklardır”**. Nitekim matematik ve mantık gibi konular düşünsel nitelikte bir varlığa sahiptir, onların realitesinden (gerçekliğinden) söz edilemez. Bu arada ahlâk, hakikat ve estetik gibi yüksek değerlerin de ideal konu alanına girdiğinden kuşku duyulamaz. Bunlar insanın tinsel (manevî) yanında yer alan düşünsel varlıklardır. *Ve işte “adalet” de ahlâki değerlerden biri olmakla düşünsel varlığın bir görünümünü oluşturmaktadır.*

Böylece anlaşılıyor ki, **“hak”** sözcüğü ile de deyimleyebileceğimiz **“adalet”** kavramı hukuk ve hukuk biliminin asıl konusunu oluşturmaktadır. Hukuk sorunu, bir adalet sorunudur.

Adalet tartışmasının olmadığı yerde hukuktan, bir hukuk sorunundan söz edilemez. Buna göre, **her hukuk cümlesi, adalete uygunluğu açısından hakikat iddiasında bulunan bir beyan cümlesidir.**

*Adalet dediğimiz salt değer olmaksızın, adalete yönelik bir çaba gösterilmeksizin*

*Hukuk, bir gevezelik (guguk) yada mas-karalıktır<sup>3</sup>.*

Nedir ki, adalet ahlâki bir değer olmakla, bütün ahlâki değerlerin temel özelliği olan, onları bütün diğer değerlerden ayıran, onun koşulsuz oluşudur. Ahlâki değerler hiçbir koşula bağlanamaz; onlar biz insanlardan salt olarak gerçekleştirilmeyi beklerler. Onlar, KANT’ın deyimi ile, **bi-rer kategorik emperatiftir. Onları algılayan vicdan yanılmış olsa bile, salt geçerliliklerini, vicdan üzerindeki zorlayıcı güçlerini yitirmezler.**

Nitekim, mahkemelerin “kesin yargı” (kesin hüküm) niteliğini kazanmış kararları, önceden tartışmalı olan hukukî durumu açıklığa kavuşturmakla kalmaz, aynı zamanda artık kendisine dokunulamaz, kesin olarak hukukî yürürlüğe sahip bir sonuç meydana getirir. Eğer, hâkimin kararı bir bilgi işleminden, mantıkî bir sonuç çıkarmadan ibaret olsaydı, yanlış mantık yürütülmesinde, yanlışlı bir değerlendirme yapılmış olmasında, onun aslâ kesinlik kazanmış olmaması gerekirdi; oysa, hukuk düzenleri yanlış hükümlere bile hukukî sonuç bağlamaktadır.

Bu, adaletin bir görünümü olan **“hukuk güvenliği”**nin, hukuka olan güvenin gereğidir. Burada yargının içeriğini aşan, onun doğru ya da yanlış olmasını dikkate almayan bir irade, bir irade işlemi söz konusudur.

Bu durumda hukukun hakikatle ilgisi olmadığı, onun asıl kaygısı ve amacının insanların yaşamına sırf bir düzen getirmek olduğu söylenecektir. Bu görüş açısından toplum içindeki ilişki ve davranışlara bir düzen getirmek, onların kaosa dönüşmesine izin vermemek üzere alınacak her önlem, bu yoldaki her türden zorlama, topluma hukuk diye sunulabilecektir; yeter ki,

3 Bauman, s.3

keyfi olarak hipotez diye seçilebilecek soyut bir düşünceye uygun bulunsun, ondan mantiken çıkarılmış olsun.

Böylece, adalet yerine, içerikten yoksun sırf düzenleyici bir ide kabul edildiğinde, örneğin köyü basan eşkıyanın bir iradesi de olsa, hukuk olarak kabul edilecek, “hak” kavramının yerini “ödev” kavramı alacak, “*hak yok yalnızca ödev var*” denilebilecektir.

Burada artık, akla seslenen bir düşünce, duyguyu etkileyen bir değer söz konusu değildir; bunun için de hukuk bir bilim diye nitelendirilemez. Oysa, *hukuka bir bilim kimliğini kazandırabilecek olan adalet varlığı temsil eden, “değer” olarak varlığın düşünsel boyutunda yer alan, böylece de bilime konu olabilecek nesnel bir” nitelik” tir, üstelik içerdiği eşitlik düşüncesi ile o, hukukun kurucu, yapısal bir öğesidir.*

Bu kurucu, yapısal özelliği ile “adalet”, gerçekten hukuka bir bilim olma karakterini kazandırmaktadır. O, onu araştıran düşünceye “*hakikat-yanılgı*” ölçütünün uygulanmasını olanaklı ve gerekli kılar.

Her bilgi ve bilim, bilgi teorisine göre, yukarıda deyimlendiği gibi “hakikat” kavramı üzerinde yoğunlaşır. Oysa, mantiken doğru olan bir çıkarsamanın aynı zamanda bir hakikati temsil etmesi zorunluluğu yoktur. Örneğin,

**Bütün insanlar ölümlüdür.**

**Sokrat da insandır.**

**O halde Sokrat da ölümlüdür.**

düzenlemesinde baştaki büyük önerme gerçek dışı bir olayı deyimlediğinde ve çikarsama da mantığa uygun olarak yapıldığında sonuç doğru olarak kabul edilecektir; ancak bu sonucun hakikat olduğu aslâ kabul edilemez. Nitekim,

**Bütün insanlar ölümsüzdür.**

**Sokrat da insandır.**

**O halde Sokrat da ölümsüzdür.**

çikarsamasında olduğu gibi.

Oysa, hukuku hukuk yapan, onun temel ve kültürel işlevini oluşturmakla onu bir teknik olmaktan kurtaran, gerçekleştirilmeye yöneldiği adalet, bir değer olmakla iki boyuttan oluşur: İrade ve içerik.

Adaletin irade yanı, onun ahlâki bir değeri oluşturmasından ileri gelir; o, önce kişinin erdemi ile ilgilidir. Onun, kabul görmüş tanımını bunu doğrular (öznel adalet).

*Adalet, herkese kendi hakkını vermek yolunda sağlam ve sarsılmaz iradedir (Ulpian, dig.I,10) <sup>4</sup>.*

Nedir ki, bu tanımda yer alan “*herkesin hakkı*” deyiminin ne anlama geldiği, bu hakkın ne olduğu sorusu açık kalmaktadır. Bu soruya verilebilecek *cevap adaletin düşünce yanını oluşturacaktır* (nesnel adalet).

İşte, bu yanı iledir ki, adalet hukuk bilimine konu olmakta, ona her bilim gibi genel geçerliliğe sahip yargılara varma olanağını açmaktadır.

Konumuz bakımından önemli olan şu ki, “hak”(adalet) hukukun konusu olduğuna göre, hukuka bilimsel olarak yaklaştığımızda, adalete uygun kararlara varırken hem hakkı ve aynı zamanda hem de “hakikat”i yerine getirmiş olacağız: “*Hak ve hakikatin birliği*”.

Varılan bu sonuç hukukla uğraşanlar bakımından, her bilimsel etkinlikte gerekli olan ahlâki koşulun katlanmış olarak ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Önce, bilinmelidir ki, *hukukun yaratılması ile uygulanması* bilim açısından bir

<sup>4</sup> Radbruch KRB, s.18.

ayrım yapılmasını gerektirmez. Bu ayrım, hukuka yaklaşımın bakış açısına göre oluşmaktadır; önemi “hukuk güvenliği” kavramı açısından görülebilir; *hukuka ilişkin bilimin birliği açısından böyle bir ayrıma gerek yoktur.*

Gerçekten, örneğin anayasaya göre bir yasanın çıkarılması, o anayasanın uygulanmasını ve fakat tüzük, yönetmelik ve mahkeme kararları açısından, çıkarılan bu yasa hukukun yaratılması anlamını taşıyacaktır.

Bundan böyle şimdi, bütün bilimlere özgü, genel koşullardan söz edebiliriz. Şu var ki, bir kez “bilim” kavramının iki olguyu kapsadığına bilinçlenmek zorunludur: **Birincisi, bilim yapma eylemi, real bir süreç, gerçeklikte geçen bir olay; ikincisi ise, bu süreç sonucunda elde edilen düşünsel nitelikteki bilgiler, yargılardır.**

*Her bilgi çift anlamda bir değerlendirme konusu durumuna getirilebilir:*

*Eylem olarak ya da bunun sonucu olarak. “Hakikat” ve “yanılgı” karşılığı ikinci gözlem biçimini, “akıllı” ve “aptal” karşılığı ise ilk gözlem biçimini belirler<sup>5</sup>.*

Bilimde birinci olgu önde gelir; konuya ilişkin sağlıklı yargılara varmak, o bilimi yapan için geçerli zihinsel ve ahlâki koşullara bağlıdır. İlk psikolojik bir koşul olarak insanda genellikle varlığa, özellikle de yöneldiği konuya ilişkin **merak ve hayranlık duygusu** bulunmalıdır. Üstelik, bilimi yapan bir insan olduğuna göre, onun iradesi ile ilgili **ahlâki koşulları da yerine getirmiş olması gerekir; bunların başında “sevgi” gelir.**

*Onuru olan yalnız insan değildir -nesnenin de onuru vardır.*

*İnsan nesneden sadece yararlanmaz, nesne kendince insandan bir şey bekler; kendi değerlerine göre korunmayı ve gözetilmeyi, yararlanılmayı ve tat alınmayı ister; tek bir sözcükle: Sevgi ister<sup>6</sup>.*

Burada sevgi dediğimiz bu ahlâki koşul, temelde **“hakikat sevgisi”**nden başka bir şey değildir. Konu hukuk olunca, bu sevgi **“hak sevgisi”**, diğer bir deyimle **“adalet sevgisi”** ile birleşerek daha kapsamlı ve derin bir sorumluluğu içerir.

Şimdi adalet sözcüğü, **“eşitlik kavramı”**nı içerdiğine göre, adalet sevgisi önce hukukçunun **“tarafsızlığı”**nı gerektirecektir. Bu, bir hukukçunun en temel erdemidir.

Adaletin içeriğine yönelik, daha doğru-su içerdiği eşitlik düşüncesini somutlaştırıp açıklamayı amaç edinen hukukun (hukuk biliminin) düşünce boyutuna, düşünsel nitelikteki bilgi boyutuna gelince: Burada önce, bilgi teorisindeki hakikat kavramının bağlı olduğu temel koşul olarak karşımıza **“bağımsızlık”** kavramı çıkar.

Bilgi teorisinde açıklanan hakikat kavramına göre, bir nesneye ilişkin bilgiler ancak, konu olarak seçilen o nesnenin niteliğine uygun ise, tamı tamına o nesneyi tanıtırorsa hakikat adını taşıyabilir. Bu demektir ki, hukukta adalet ile hukuk arasında **politik, dinî, felsefî yada bilimsel olmak üzere düşünsel nitelikte başkaca hiç bir oluşuk ve sistem giremez. Buna bilimin ön koşulsuzluğu, bilimsel sistemin bağımsızlığı denir.**

Bu koşul, hukukçu dediğimiz bireye yansıdığına, **düşünce özgürlüğü** anlamına gelir:

5 Radbruch, Nr. 402.

6 Radbruch, Nr. 422.

*Mahkemelerin bağımsızlığı pratik hukuk bilimine aktarılmış olan bilim özgürlüğünden başka bir şey değildir.*<sup>7</sup>

Bunun için de kişinin, **ön yargı ve dogmalar** gibi iç baskılardan ve keza dışarıdan gelebilecek **her türlü zorlamalardan kurtulmuş**, kurtarılmış olması zorunludur.

*Hukukçu sınıfı büyük bir insan haklarını koruma birliği olarak kendini bütün partilerin üzerinde duyumsamalıdır;*

*kimin tarafından, kimin için, kime karşı işlenirse işlensin, hukukun her bir çiğnenmesinde, zarar gören adına değil, kendisine rahipliği emanet edilmiş olan, zarar görmüş hukuk adına öfkeye varan hukuk duygusu ile birleşmiş olarak*<sup>8</sup>.

Sonuç olarak diyebileceğimiz şu ki, ahlâk ve hakikat gibi iki yüksek değerin bir araya getirilmesinden oluşan **“hak ve hakikatin birliği”** deyimi, yalnızca hukuk bilimi alanında değil, tümüyle bizim bu dünyada kendimizi gerçekleştirmek yolundaki işlevimizin ve dolayısıyla da kendimize karşı sorumluluğumuzun vurgulanması ve bizlerin uyarılması anlamını taşımaktadır

Uyarının içeriği, hakkın *hakikatten ayrılmayacağı, hakikatin bir hakkın do-*

*đumunun ön koşulu olduğu, diğer yandan hakikatin de yine ancak, onu aramanın bir hak olarak kabul edildiği yerde ortaya çıkabileceğidir.* Bu demektir ki, **hak arayanın hakikatin peşinde koşması gerekir, hakikati arayan da bu hakkını korumak durumundadır, bu onun ödevidir.**

*Hakkımız ödevi yerine getirme olanağı üzerine bir haktır, ödevimizi yapma hakkıdır -ve bundan ötürü hakkımızı korumak da bir ödevdir.*<sup>9</sup>

### KAYNAKÇA

- **SCHISCHKOFF**, Georgi - Philosophisches Wörterbuch, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart, München 1965.
- **KIRCHMANN**, Julius Hermann - İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği (Çev. Doç. Dr. Coşkun Üçok), Ankara 1949.
- **BAUMANN**, Jürgen - Einführung in die Rechtswissenschaft, München 1967.
- **RADBRUCH**, Gustav - Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözlür, (Çev. Prof. Dr. Vecdi Aral), XII Levha Yayıncılık, İst. 2008.
- **RADBRUCH**, Gustav - Kleines Rechts-Brevier, Göttingen 1962.

---

7 Radbruch, Nr. 456

8 Radbruch, Nr. 443.

9 Radbruch, Nr. 38.



# Töre Kiskacındaki Masumiyet: Çocuk

Müjdat AVCI\*

## 1. Giriş

İnsan toplumsal bir varlıktır. Tarihin ilk dönemlerinden itibaren ister doğal çevrenin getirdiği zorluklara ve tehlikelere karşı koymak, ister güvenlik içinde uyumak ve isterse besin aramak ya da yeni keşfettiği ateşin sönmesini engellemek sebebiyle olsun, daima bir diğerrinin varlığına, dolayısıyla “birlikte yaşama”ya gereksinim duymuştur. Bu gereksinim ise, kültür olarak ifade edilen olgunun ortaya çıkmasına yol açmıştır. “İnsanla ilgili olan her şey” ya da “insanın yarattığı her şey” olarak tanımlayabileceğimiz bu olgu, bir toplumun maddi ve maddi olmayan birçok olumlu özelliğine işaret ederken, sahip olduğu bazı öğeler/özellikler açısından ise, -toplumun değişen şartları karşısında- zaman zaman da sorunların kaynağı olmuştur. Öyle ki toplumdaki bazı bireylerin damgalanmalarına, suçlu olarak algılanmalarına ya da toplum dışına itilmelerine kadar pek çok olumsuz durum ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

Kültürün kaynaklık ettiği toplumsal sorunlardan biri kuşkusuz “töre cinayetleri”dir. Daha dikkat çekici olanı ise bu sorunla/suçla birlikte “çocuk” kelimesinin de anılıyor olmasıdır.

Bazı kültürel değerler toplumsal yaşamda olumlu ilişkiler, dayanışma gibi tutum ve davranışların oluşmasını sağlarken, bazıları ise, saldırganlık, şiddet vb. olumsuz edimlere neden olmaktadır. Bu tarz davranışlara ise, *kan davası* ve *namus cinayeti* örnek verilebilir. *Töre cinayeti* olarak da bilinen kan davası (blood feud/vendetta) ve namus cinayeti (honour killing), erkek

egemen kültürün ürünü olan, toplumun geleneksel değerleri içinde yer alan ve kökü tarihsel olarak çok gerilere uzanan olgulardır.

Bu çalışmamızın amacı, yüzlerce yıldır toplumumuzun gündemini meşgul eden kan ve namus davalarına dayalı cinayetlerin bir kısmının çocuklar tarafından gerçekleştirilmesinin nedenlerini belirlemek ve çocukların bu cinayetleri işlemelerini azaltma ya da ortadan kaldırma noktasında devlet ve bireylerin ne tür bir tutum ve uygulama içinde olmaları gerektiği konularında bazı önerilerde bulunmaktır.

Feodal kültürün ya da toplum yapısının ürünü olan töre cinayetleri kan davası nedeniyle adam öldürme, zina halinde yakalama sonucu adam öldürme, şeref kurtarma nedeniyle yeni doğmuş bir çocuğu öldürme ve şeref ve namus kurtarmak nedeniyle çocuk düşürme-düşürtme olarak çeşitli şekillerde görülebilmektedir. Kamuyunda genel olarak kan davası ve namus cinayeti olarak bilinen bu suçlar -özellikle ilk ikisi- çalışmamızın ana eksenini oluşturmaktadır.

## A. Kan Davası

Kan davasının ilkel toplumlarda merkezi bir siyasal otoritenin olmadığı çağlarda ortaya çıktığı ileri sürülmektedir. Bu dönemlerde, adaletin yerine getirilmesi konusunda kolektif sorumluluk esasının geçerli olduğu ve suçluya veya üyesi olduğu gruba karşı öç alma hakkının yürütüldüğü ve bunun süreklilik göstermesi sonucu bu olgunun ortaya çıktığı ve zincirleme bir şe-

\* Yrd. Doç. Dr. , Erzincan Üniversitesi, Eğitim Fakültesi Öğretim Üyesi

kilde devam ettiği bildirilmektedir.<sup>1</sup> Kimi tarihçilerin ceza hukukunun ilk aşaması olarak gördüğü<sup>2</sup> bu olgunun, süreğenliğini durdurmak için bazı toplumsal sistemler diyet, uzlaşma, kanun dışına çıkarma gibi çeşitli yöntemlere başvurmuşlar, ancak bütün bu kurumlar bazen birbirini izleyerek bazen de bir arada uygulanarak fragmanter egemenliklerin bertaraf edilmesi ve merkezi bir egemenliği oluşturduğu devlet yapısının bireysel ceza verme hakkına sahip olmasıyla tamamen ortadan kalkmıştır.<sup>3</sup> İlerleyen süreçte, merkezi devletin gücünü tam anlamıyla hissettiremediği ya da otoritesini kuramadığı durumlarda ise, primitif dönemlerin adalet anlayışı (öç alma) tekrar ortaya çıkmış ve varlığını kan davası olarak sürdürmüştür.

İnsandaki öç/intikam alma duygusundan hareketle ortaya çıkan kan davasının varlığı daha önce de belirttiğimiz gibi tarihin çok gerilerine kadar gitmektedir. Örneğin Babil'den günümüzdeki pek çok topluma kadar öç/intikam almayı onaylayan yasaların olduğu görülmektedir. Hamurra-bi kanunlarında, "Eğer bir mimar, bir adama ev yapıp, yapıtını sağlam yapmazsa ve yaptığı ev çöküp, evin sahibinin ölümüne sebep olursa, o mimar öldürülecektir" ya da "Eğer (mimar) evin sahibinin oğlunun ölümüne sebep olursa, o mimarın oğlunu öldüreceklerdir",<sup>4</sup> şeklinde bir uygulama söz konusu iken Orta Asur Kanunları'nda da benzer bir anlayışla karşılaşılmaktadır; "Bir adam, bir fahişeyi döverse ve çocuğunu düşürtürse, darbeye darbe (ne kadar

vurduysa, o kadar vuracak) atacak ve bir can ödeyecektir".<sup>5</sup> Diğer taraftan, Eski Ahit'te benzer bir uygulama olarak "diş diş yasası"yla karşılaşıırken, Yakutlar'da "Eğer bir insanın kanı dökülürse, bu kanın yerde kalmaması gerekir."<sup>6</sup> şeklinde bir uygulamanın olması, ABD'de 19. yüzyılda Apalaj Dağları'nın güneyindeki federe devletlerde ve günümüzde gelişmiş ve geri kalmış pek çok toplumda<sup>7</sup> olgunun varlığını sürdürmesi, söz konusu anlayışın tarihsel ve coğrafi olarak ne oranda yaygın olduğunu yansıtırken, aynı zamanda, insan doğasının farklı toplum ve coğrafyalarda pek de fazla değişmediğini göstermesi açısından da dikkat çekicidir.

Dilimizde "kan gütmme", "kan davası", "kan intikamı" gibi terimlerle ifade edilen olgunun, yabancı literatürde "blood vengeance", "blood feud", "blood vengeance feud", "vendetta" şeklinde kullanıldığı görülmektedir.<sup>8</sup> Dönmezer, söz konusu olguyu iki alt insan grubu arasında, belirli sebeplerle karşılıklı olarak kişiler üzerinde devamlı olarak süren cebir ve şiddete başvurulması şeklinde tanımlarken, Tezcan, bir kimsenin ailesinden veya akrabalarından birini öldüren bir kişiyi ya da onun akrabalarından birinin, öldürülenin kanına karşılık olmak üzere öldürülmesini içeren bir gelenek, Lasswell ise, cemaat tipindeki samimi ilişkilerin bulunduğu gruplar arasında her iki tarafın da şiddete başvurulacağını beklediği karşılıklı düşmanlık ilişkileri<sup>9</sup> olarak ifade etmektedir. Zaman zaman ve aralıklı olarak ortaya çıkma, en

1 Dönmezer, Sulhi, *Kriminoloji*, İstanbul, 1994, s. 211, 212.

2 Ünsal, Artun, *Kan Davası*, (Çev.: N. Öktem/E. Öktem), İstanbul, 1995, s. 19.

3 Dönmezer, s. 211, 212.

4 Tosun, Mebrure / Yalvaç, Kadriye, *Sumer, Babil, Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, Ankara, 1975, s. 207.

5 Tosun/Yalvaç, s. 255.

6 Fromm, Erich, *İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri*, (Çev.: Ş. Alpagut), İstanbul, 1995, s. 12.

7 Faraç, Mehmet, *Doğu Yakasında Yeni Bir Şey Yok*, İstanbul, 2006, s. 8, 9.

8 Tezcan, Mahmut, *Kan Gütmme Olayları Sosyolojisi*, Ankara, 1972, s. 18.

9 İçli, T. Günşen, *Kriminoloji*, Ankara, 2007, s. 160.

az üç defa tekrarlanma ve şiddet davranışlarını içerme gibi özelliklere sahip bu düşmanlık ilişkisi,<sup>10</sup> genellikle geleneklerin ya da toplumsal kontrolün yoğun olarak yaşandığı ve “merkezi otoritenin zayıf ve olaylara karşı ilgisiz kaldığı”<sup>11</sup> yaşam birimlerinde görülmektedir. Dolayısıyla bir kere gerçekleşen kavga ya da bir şiddet hareketinin kan davası olarak adlandırılmayacağı açıktır.<sup>12</sup> Bu anlamda, yukarıdaki tanımlardan hareketle kan davasıyla ilgili şunlar söylenebilir: Kan davası, genellikle feodal yapılara özgü, yakın akraba grupları içerisinde gerçekleşen, uzun yıllar devam eden, kaynağı toplumsal değerler olan ve içinde şiddet ve zorbalığı barındıran bir eylemler bütünüdür.

Erkek egemen kültürün değerlerine dayalı olarak gelişen kan davaları genellikle toplumun erkek üyeleri arasında geçen bir mücadele olarak süreklilik göstermektedir. Böylesi bir durum, öyle ki “erkeklerin eceliyle ölmediği köy”<sup>13</sup> şeklinde ün salan yerleşim yerlerinin varlığını dahi ortaya çıkarmıştır.

Kan davasının zaman içerisinde hangi sebepten dolayı ortaya çıktığının unutulması ve tarafların hasmını niçin öldürdüğünü ya da öldürttüğünü dahi bilmemeleleri, bu olgunun trajikomik bir yönü olarak dikkat çekmektedir. Öldürülen kişinin intikamının alınması için, varsa çocuğunun ya da en küçük aile üyesinin elinin silah tutacak yaşa gelmesinin gerekliliği, cinayetler arasında uzun yılların geçmesine ve intikamın asıl sebebinin unutulmasına yol açabilmektedir. Özde kültürel yapının bir yansıması olan ve “yerel kültürün devlete

meydan okuması” şeklinde algılanması gereken bu olguya yönelik çözüm arayışında, kültürel argümanları dikkate alan bir yaklaşımın hedefe götürücü katkılar sağlayacağı düşünülüyor.

## B. Namus Cinayeti

Kadınların ve kız çocuklarının, ailenin ya da bulunduğu toplumsal çevrenin egemen gelenek veya törelerinin belirlediği namus anlayışını ihlâl ettiği, dolayısıyla aile şerefini lekelediği, aileye ya da erkeğe utanç kaynağı olduğu gerekçesiyle, aile meclisinin veya erkeğin kişisel kararıyla öldürülmesi<sup>14</sup> şeklinde tanımlayabileceğimiz namus cinayeti en sık rastlanan töre cinayetlerinden birisidir.

Cinsel davranışa ilişkin gelenek ve göreneklerden kaynaklanan *namus* kavramı/olgusu, “cinsel saflık” ve “sakınma” gibi iki temel kurala dayanmaktadır. Saflığı korumanın kadına düştüğü ve sakınmanın ise, her iki cinsi ilgilendirdiği bu tarz anlayışta, kadının, saflığını evlenmeden önce herkeşe karşı koruma ve evlendikten sonra da sadece kocasına sunma şeklinde bir sorumluluğa sahip olduğu görülür. Bunun yanında, erkeğin de kendisine bağlı kadınların (eşi, kızı, kız kardeşi, annesi) namusunu titizlikle koruma ve başkalarınınkine de el uzatmama gibi kurallara uymasının söz konusu olduğu bu normatif anlayışta, belirtilen bu kuralların dışındaki her eylem ise, namusuzluk olarak kabul edilmektedir.<sup>15</sup> Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde ise, ailenin ya da akraba grubunun namusunun temizlenmesi için, suçu işleyen kişi veya kişiler ölümle cezalandırılmaktadır.

10 Dönmezer, s. 214, 215.

11 Demirbaş, Timur, *Kriminoloji*, Ankara, 2001, s. 168.

12 Dönmezer, s. 215.

13 Diyarbakır'ın Hazro İlçesi'ne bağlı Meşebağlar Köyü 'erkeklerinin eceliyle ölmediği belde' şeklinde bir üne sahip (<http://www.keremdoksat.com/2008/04/12/kurt-sorunu%E2%80%9332/>, 31.01.2010).

14 Yirmibeşoğlu, Vildan, *Toprağa Düşen Sevdalar*; İstanbul, ?, s. 49-50.

15 Tezcan, Mahmut, “Ülkemizde Aile İçi Töre ya da Namus Cinayetleri”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü - Töre Cinayetleri, Ankara, 1999, s. 21.

Toplumdaki güç dengeleriyle ilişkisi olan söz konusu olgu, insanları üyesi buldukları topluluğun idealleriyle uyum içinde davranmaya itmekte, toplumsal değerler ve beklenen davranış biçimi arasında “psikolojik bir köprü” oluşturmakta ve statükoyu (yani mevcut güç ilişkileri ve bağlı oldukları toplumsal hiyerarşiyi) meşrulaştırmaya ve kültürün belirlediği öncelik hakları arasında uyum sağlamaya da yardımcı olmaktadır. Başka bir ifadeyle, kendine özgü bir toplumsal yapı olan kırsal kesimin temel özelliği, kaynakların sınırlı olması ve aile ya da akraba grupları arasında güç dengesini korumaya yönelik olarak sürekli bir mücadelenin bulunmasıdır. Bireyler ve mensup oldukları gruplar arasında şeref ve namus konusundaki eşitlik de bu dengenin göstergesidir. Böylesi bir toplumsal çevrede bir ailenin yok olması ya da gitgide önem yitirmesi ise, öteki ailelerin statüsünün yükselmesine yol açabilir. Dolayısıyla, kişisel duyguların dışında namusun, toplumda (veya alt gruplarda) üstünlük sıralamasına ilişkin konsensüsü kurmaya ya da sürekleştirmeye yarayan<sup>16</sup> bir unsur olduğu açıktır. Bu açıdan, toplumsal dengelerin sağlanmasında önemli bir konuma sahip olan namusa yönelik olumsuz bir tutumun bertaraf edilmesi ailenin ya da grubun saygınlığının devamı açısından önemli bir husustur.<sup>17</sup> Bu ise genelde hem failin hem de mağdurun öldürülmesi –yani namusun temizlenmesi- şeklinde gerçekleşmektedir. Toplumsal ya da bireysel nedenlerden dolayı ortaya çıkan namus davasından kaynaklanan cinayetlerin trajikomik yönü ise, kuşkusuz erkek

cinsiyetinin hem suçu işleyen hem de hükümü veren konumunda olmasıdır.

Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu, dünyada her yıl 5 binden fazla kadının namus nedeniyle öldürüldüğünü bildirirken Bangladeş, Brezilya, Ekvator, Mısır, Hindistan, İsrail, İtalya, Ürdün, Fas, Pakistan, İsveç, Türkiye, Uganda ve İngiltere gibi ülkelerin ise bu konuda dikkat çekici bir orana sahip olduğu belirtilmektedir. Günümüzde Ortadoğu, Kuzey Afrika ve Asya kıtasındaki bazı ülkelere, kadınların namus adına öldürülmesi cinayet olarak kabul edilmediğinden bu bölgelerdeki namus cinayetleriyle ilgili bilgilere ulaşmak mümkün olmazken, yukarıda belirtilen ülkelere ise söz konusu olgu toplumsal bir sorun ve haber olma özelliği taşıdığından gün yüzüne çıkmakta ve kamuoyunun da haberi olmaktadır.<sup>18</sup>

Yemen’de Sanaa Üniversitesi’nin 1997 yılında yaptığı bir araştırmada ortalama 400 kadının, ayrıca Ürdün’de her yıl ortalama 25, Mısır’da ise her yıl ortalama 52 kadının aile namusunun korunması adına öldürülmesi, Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu ve Nüfus Bilim Derneği tarafından 2005 yılında “Türkiye’de Namus Cinayetlerinin Dinamikleri” isimli, dört kentte 195 kişiyle görüşülerek yapılan bir çalışmada ise, ülkedeki namus anlayışının sosyo-demografik etkenlere göre değişiklik gösterdiğinin saptanması gerek söz konusu ülkelerdeki gerekse de toplumumuzdaki durumu anlama ve açıklama noktasında önemli bir veridir. Bu araştırmada, kırsal kökenli, aşiret ve akrabalık ilişkileri güçlü, kente göç etse bile geldiği yöre ile bağ-

16 Ünsal, s. 55, 56.

17 Dost bir aşiretten kız kaçırdığı için oğlu öldürülen aşiret reisi, cinayet sonrası şunları söylemektedir: ‘Oğlum haksızdı. Dostumuz olan bir aşiretin kızını kaçırdı. Karşı tarafın onurunu zedeledi. Onlar da öldürdü. Oğlum bana deseydi, ben o kızı gider isterdim. Bana deseydi...Benim oğlum suçluymdu, bunun cezasını da canıyla ödedi.’ (İzol,Hamit, Aşiret ve Öteki Yüzü, İstanbul, 2009, s. 56.)

18 T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Töre ve Namus Cinayetleri İle Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, Ankara, 2006, s. 109.

lantısını koruyan ve kentte de benzer bir çevrede yaşamını sürdüren, ait olduğu aile ve topluluğun yaşamında önemli bir yere sahip olduğu gözlenen kişilerin, namusu, insanların uğruna öldürülebileceği büyük bir değer olarak gördükleri tespit edilmiştir.<sup>19</sup> Bu ve buna benzer çalışmalardan elde edilen veriler konuyla ilgilenen araştırmacıların dikkatlerini kültürel yapıya yoğunlaştırmıştır.

Türkiye’de, 25–30 yıl öncesine kadar kan ve namus davası cinayetleri Karadeniz, Güneydoğu Anadolu ve Orta Anadolu gibi bölgelerde daha yoğun gerçekleşirken<sup>20</sup> günümüzde, bu olguların ülkenin batı bölgelerinde de dikkat çekici bir oranda ortaya çıktığı görülmektedir. Ancak bu, durumun gerçeği tam olarak yansıttığını söylemek konuya eksik ya da hatalı bakmak anlamına gelecektir. Çünkü ülkenin özellikle batı bölgelerinde ya da kentlerinde bu tür cinayetleri işleyen faillerin ve mağdurların doğum yerlerine ve nüfusa kayıtlı buldukları kentlere bakıldığında büyük oranının Doğu Anadolu, Güneydoğu Anadolu, İç Anadolu ve Karadeniz bölgelerine ait oldukları görülür.<sup>21</sup> Bu veri, kentsel alanlara göç eden insanların buralara sadece kırsal günlük yaşam pratiklerini getirmediklerini, aynı zamanda adalet ve namus anlayışı gibi değerler dünyasına ait tutum, tavır ve dü-

şünce biçimlerini de bu yerleşim yerlerine taşıdıklarını göstermektedir. Dolayısıyla bu veri, günümüzdeki töre cinayetlerinin kırsal bölgeler yerine neden daha çok ülkenin batı bölgelerinde görüldüğünü de net bir şekilde açıklamaktadır. Olguyla ilgili olarak vurgulanması gereken bir diğer önemli nokta ise, bu tür cinayetlerin bazen ülke sınırları içerisinde kalmayıp çalışmak vs. nedenlerle gidilen başka ülkelerde de sürdürülüyor olmasıdır.<sup>22</sup> Bu ise, törel değerlerin etki gücünü gösteren önemli bir veridir.

Bu tür cinayetler, ekonomik yoksunluklar, devlet mekanizmasının görevlerini tam anlamıyla yerine getirememesi ya da suçlulara doyurucu cezaların verilememesi gibi nedenlerden dolayı bireylerin çözümü resmi yasaların dışında aramaları sonucu ortaya çıksa da son tahlilde bu edimlerin kültürel yapının bir ürünü olduğunu düşünüyoruz. Feodal yapıdan kaynaklanan güçlü aile ya da akrabalık bağları cehaletle birleşince suç da ceza da grupla ilişkilendirilmekte ve bunun sonucunda ise törenin gereği yerine getirilmektedir. Ailenin ya da akraba grubunun saygınlığını, şerefini kurtarmak/temizlemek için gerçekleştirilen bu eylemler, bazen yetişkinler bazen de çocuklar tarafından sergilenmektedir. Konumuzun ilgilendiren nokta ise, bu olgularda

19 TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, s. 109-110.

20 DİE'nin 1981 yılında yayınladığı araştırma verilerine göre kan davalarının yoğunluk açısından bir sıralama yapıldığında Karadeniz bölgesinin (%28,6) birinci sırada yer aldığı, Güneydoğu Anadolu (%26,1), Orta Anadolu (%16,6) ve Doğu Anadolu (%15,3) bölgelerinin ise bu sırayı izlediği görülmüştür (Akt.: Ünsal, s. 38). Ünsal ise, kan davasıyla ilgili olarak kendi yaptığı çalışma sonucunda da benzer coğrafi dağılımı elde ettiğini belirtmiştir (Ünsal, s. 39).

21 TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, s. 113-116.

22 Konuyla ilgili bazı örnekler; Almanya'nın Köln kentinde yakılarak öldürülen Ç. A. ile ilgili duruşmada, maktulün Bingöl'de müteahhitlik yapan babası A. A. yargıçların şaşkın bakışları arasında silahını çekip oğlunu katletmekten yargılanan A. A.'yı öldürdü (Ünsal, s. 223). 'Almanya'nın Rees kasabasında sevgilisinden hamile kalıp ardından kürtaj yaptıran genç kız töre cinayetine kurban gitti.' Yaşadıkları, babası Y. S. tarafından öğrenilen G. S. babasının azmettirdiği kardeşi D. S. ve bir arkadaşı tarafından sopalarla dövülerek öldürüldü. G. S.'yi öldüren ve olayı 'namus cinayeti' olarak adlandırın ve kardeşini bekâretini kaybettiği için öldürdüğünü söyleyen D. S. gençlik yasalarına göre 9 yıl 6 ay hapis cezasına çarptırılırken, azmettirici baba Y. S. ise ömür boyu hapis cezasına mahkûm edildi ([http://www.objektifhaber.com/guncell/16559-Almanyada-tore-cinayeti-\\_html](http://www.objektifhaber.com/guncell/16559-Almanyada-tore-cinayeti-_html), 31. 01.2010/Haberin Yayın tarihi: 12.30.2009).

çocukların yer almaları ve kadın ve çocukların böylesi bir sürecin içerisinde azımsanmayacak bir orana sahip olmalarıdır.<sup>23</sup>

### 1. Literatür Taraması

Çocuk suçlular üzerine yapılan pek çok çalışmada çocukların gerçekleştirdiği kan davası ve namus cinayetleriyle ilgili dikkat çekici veriler ortaya çıkmıştır. 1940 yılında 86 suçlu çocuk üzerinde yapılan bir araştırmada çocukların 6'sının aile şerefi ve namusu için, 12'sinin ise kan davası yüzünden cinayet işledikleri<sup>24</sup> belirlenirken, 1947 yılında İstanbul Üniversitesi Türk Kriminoloji Enstitüsü tarafından 974 suçlu çocuk üzerinde yapılan çalışmada ise, 53 çocuğun şeref ve namusu korumak, 36 çocuğun ise kan davası yüzünden cinayet işledikleri<sup>25</sup> tespit edilmiştir. Daha yakın zamanlarda Doğu ve Güneydoğu'da yapılan bir başka araştırmada töre cinayetlerinde failin de, kurbanın da çocuklar olduğu görülmüştür. Söz konusu çalışmada kurbanların %40'a yakınının 17 yaşından küçük olduğu, 300 dosyada 213 kadın ve 142 erkek olarak toplam 355 ölüm vaka-sının gerçekleştiği<sup>26</sup> belirlenirken, 1994 yılında İstanbul Çocuk Mahkemeleri'nde öldürme ve adam öldürmeye teşebbüs suçları nedeniyle yargılanan 11-15 yaş grubu toplam 16 çocuk üzerine yapılan bir incelemede ise, çocukların 13'ünün kan davası, 2'sinin ise namus temizleme yüzünden cinayet işledikleri<sup>27</sup> tespit edilmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Daire

Başkanlığı'nın, 2000-2005 yıllarını kapsayan töre cinayetleri üzerine yaptığı bir araştırmada, polis sorumluluk bölgesinde işlenen cinayetlerin 1091'inin "töre cinayeti" olduğu saptanmıştır. Bu cinayetlerin %29'unun namus, %29'unun aile içi uyuşmazlık, %15'inin yasak ilişki, %10'unun kan davası, %9'unun cinsel taciz, %3'ünün tecavüz, %3'ünün kız alıp verme, %2'sinin ise diğer namus cinayetleri olduğu ve şüphelilerin %17'sinin (kız ve erkek) 18 yaş altı çocuklardan oluştuğu<sup>28</sup> belirlenmiştir. Daha dikkat çekici bir çalışma ise Siverek Meslek Yüksek Okulu öğrencileri üzerinde yapılanıdır. Bu araştırmada "Ailenizden birinin haksız yere öldürülmesi halinde cezasını kimin vermesini istersiniz?" sorusuna Güneydoğulu gençlerin %50'sinin, diğer bölgelerden gelen gençlerin ise %10'unun "Öcümüzü aşiret ya da kendimiz alırız." yanıtını verdikleri<sup>29</sup> tespit edilirken, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 11 ilde, 10. sınıfta okuyan 440 öğrenci ve 440 veliyle yapılan "Medyada Töre ve Namus Cinayetlerinin Yansımaları, Veliler ve Öğrenciler Üzerinde Etkileri" konulu farklı bir çalışmada ise, öğrencilerin %26,2'sinin velilerin ise %25,9'unun namus cinayetini destekledikleri<sup>30</sup> belirlenmiştir. Özellikle son yapılan çalışmalardaki bulgulara bakıldığında üniversite düzeyinde eğitim alan gençlerin ve son örnekteki yetişkinlerin önemli bir oranının töre cinayetlerini desteklemeleri kuşkusuz düşündürücü bir durumdur.

23 Örneğin, 2000-2005 yılları arası Türkiye genelinde meydana gelen töre ve namus cinayetlerinin 'erkek şüphelileri' arasında 0-18 yaş arası olanların oranı %9 iken bu cinayetlerin 'mağduru' olan kadınların oranı ise %43,9'dur (TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, s. 117- 118).

24 Taşkıran, Tezer/Ağaoğlu, Samet, Suçlu Çocuklarımız, Ankara, 1943, s. 45.

25 Gölcüklü, Feyyaz, Türkiye'de Çocuk Suçluluğu Hakkında Bir Araştırma, Ankara, 1962, s. 47.

26 Tezcan, Mahmut, Çocuk Sosyolojisi, Ankara, 2005, s. 114, 115.

27 Faraç, s. 69, 70.

28 İçli, s. 165-169.

29 Faraç, s. 73.

30 [http://www.nethaber.com/Toplum/95242/Veliler-yuzde-128-ogrenciler-yuzde-105-oraninda,12.07.2009/Haberin\\_yayin\\_tarihi: 24.03.2009.](http://www.nethaber.com/Toplum/95242/Veliler-yuzde-128-ogrenciler-yuzde-105-oraninda,12.07.2009/Haberin_yayin_tarihi: 24.03.2009.)

Diğer taraftan, ülkemizde çocuklar tarafından gerçekleştirilen gerek kan davası gerekse de namus davası cinayetleriyle ilgili olarak medyaya yansımış pek çok olay da söz konusudur. Bunlardan ilki 14 yaşındaki 7. sınıf öğrencisi K. U.'nun aileleri arasında var olan kan davasından dolayı 12 yaşındaki M. A.'yı okulun bahçesinde kafasına tek kurşun sıkarak öldürmesi olayıdır.<sup>31</sup> Bir diğer kan davası örneği ise, Antalya'nın Serik ilçesinde 16 yaşındaki E.S.'nin babası H. S.'yi bir yıl önce ayağından vuran 32 yaşındaki M. D.'yi üzerinde taşıdığı tabancayla vurarak öldürmesidir.<sup>32</sup> Kastamonu'da 14 yaşındaki bir çocuğun 2005 yılında babasını vuran H. R. ve oğlu A. R.'yi av tüfeğiyle öldürmesi<sup>33</sup> ise bir başka örnektir. 17 yaşındaki bir gencin "kötü yola düştü" şeklinde çıkan dedikoduya dayanarak ablasını öldürmesi<sup>34</sup> ya da 15 yaşındaki V. Y.'nin dini nikâhlı olarak birlikte yaşadığı A. O.'yu öldürmesi ve ailesinin ise bu olayı "namusun temizlemesi" olarak değerlendirmesi<sup>35</sup> veya İstanbul Maltepe'de 15 yaşındaki M. A.'nın *aile meclisinin kararıyla* ablası G. A.'yı bıçaklayarak öldürmesi<sup>36</sup> ise namus cinayetine verilebilecek örneklerdir. Daha birçoğundan bahsetmenin mümkün olduğu bu ça-

lışmaların ve medyaya yansıyan örneklerin gösterdiği şey, törelerin, başka bir ifadeyle onları yaşatmaya çalışan egemenlerin/ye-tişkinlerin öz çıkarları için çocuk ve kadınların yaşamlarını nasıl hiçe sayabilecekleri gerçeğidir.

### C. Neden Çocuklar?

Çocuklar genelde bütün toplumlarda saflığın, temizliğin dolayısıyla masumiyetin<sup>37</sup> sembolü olarak görülürler. Çeşitli toplumların dinsel,<sup>38</sup> felsefi, edebi vb. metinlerine bakıldığında hemen hemen hepsinde çocuk ya da çocukluk kelimelerinin iyilik, güzellik, sevgi gibi kavramlarla eş anlamda kullanıldığı görülür. Örneğin Gazali bir eserinde, çocuğun temiz ve masum oluşuna yönelik olarak onun "kalbinin saf bir cevher olduğunu"<sup>39</sup> söylerken, L. Tolstoy da bir eserinde "çocuk ruhunun saflığına ve temizliğine" işaret etmektedir.<sup>40</sup> Heywood, çocuğun masumluğunu "Tanrı'nın gösterdiklerini görebilme, suçluları tanıyabilme ve cennet ile cehennem arasında aracılık edebilme" özelliği olarak açıklarken, H. E. Adivar, çocuğu "güzelliği büyüklerden daha derin sezebilen" bir varlık, S. Ayverdi, "çocukluğun şair, çocuğun ise şair", bir başka görüş ise çocukluğun

31 <http://www.stargazete.com/guncell/ilkokulda-cinayet-haber-25514.htm>, 10.09.2009/ Haberin yayın tarihi: 19.10.2004.

32 <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=252843>, 10.09.2009/Haberin yayın tarihi: 13.04.2008.

33 <http://yenisafak.com.tr/Gundem/Default.aspx?t=12.06.2007&c=1&area=4&i=50068>, 10.09.2009/ Haberin yayın tarihi: 12.06.2007.

34 <http://haber.mynet.com/detay/yasam/ablasini-olduren-genc-kayiplara-karisti/284750>, 10.08.2007.

35 Akşam Gazetesi, 23.09.2003.

36 Sabah Gazetesi, 06.06.2001, s. 3.

37 Toplumumuzda 'masum' (suçsuz, günahsız) kelimesiyle 'çocuk' kelimesinin aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Yani halk dilinde kullanılan 'masum' ifadesiyle çoğu zaman 'çocuk'un kastedildiğini görüyoruz. Örneğin: 'Dört tane masumu var.' (Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Ankara, 1988, s. 994.).

38 Örneğin *Kitabı Mukaddes'in Mezmurlar (Zebur)* kısmı 127:3'de çocukların 'Tanrı'nın mirası' olduğu vurgulanırken, İncil'in Matta, Markos ve Luka nüshalarının sırasıyla Bab 19: 13-14, Bab 10: 14 ve Bab 18: 16'ncı bahislerinde ise çocuklardan 'göklerin melekleri' olarak bahsedilmektedir (*Kitabı Mukaddes Eski ve Yeni Ahit, İstanbul, 1985, s. 618, 21, 46, 81.*). Yine, *Kuran-ı Kerim'in Kehf Süresi'nin 46. ayetinde ise çocukların 'dünya hayatının süsleri' olduğu belirtilmektedir (Koçyiğit, Talât, Kuran-ı Kerim ve Türkçe Meali, Konya, 2004, s. 298.).*

39 Yavuzer, Haluk, *Çocuk Psikolojisi, İstanbul, 1998, s. 19.*

40 Tolstoy, Lev, *Çocukluk, (Çev.: R. Çakıröz), ?, 1999, s. 82.*

“kayıp bir cennet” olduğunu dile getirmektedir.<sup>41</sup> Çocuk ya da çocuklukla ilgili tüm bu olumlu görüşlere rağmen günümüzde onların, cinayet gibi ağır insanlık suçunun faili haline gelmeleri ise ilgi çekici bir durumdur. Bu tür edimlerin bir yaşam biçimi haline geldiği kültürel yapılarda çocuklar, genelde temel ve sosyal ihtiyaçlarını tek başına karşılamaktan yoksun olmalarından ve ailenin, çevrenin ve değerlerin baskısı altında kalmalarından dolayı çaresizlik duygusu içerisinde ya da sosyo-psikolojik baskının yarattığı manipülasyon sonucu oluşan çocuksu bir cesaretle kan ve namus davası cinayetlerini işlemektedirler. Yetişkinlerin, kendi çıkarları uğruna çocukların “çocukluklarını çaldığı” böylesi durumlar, onlarca yıldır onlara acı veren bir toplumsal gerçek olarak varlığını sürdürmektedir.

Çocukların da bir parçası olduğu törel cinayetler, farklı toplum ve coğrafyalarda değişik nedenlerle ortaya çıksa da sosyo-ekonomik açıdan geri kalmışlık ortak paydasını göz önüne aldığımızda benzer nedenlerin sayısının fazlaca olduğu görülür. Türkiye açısından duruma bakıldığında temelde kültürel bir sorun olan olgu, sosyo-ekonomik ve bazen de bireysel nedenlerle ortaya çıkmaktadır. Toprak ve sınır anlaşmazlıkları, işsizlik, kadının ekonomik değeri, su ve otlaklardan yararlanma gibi ekonomik nedenlerin yanında, kız kaçırma ve kadınla ilgili nedenler, silah taşıma geleneği, adaletin yerine getirilmediği inancı ve devlet otoritesinin zayıflığı, namus ve şeref anlayışı, söz konusu davaların sürdürülmesinden yararlanmak isteyen nüfuzlu kimselerin varlığı, kabadayılık, yiğitlik, mertlik, akraba anlaşmazlıkları, particilik ve kültürel yetersizlik gibi toplumsal nedenler ve vasiyet, gasp, içki, kumar, karak-

ter gibi kişisel nedenler bu olguların ortaya çıkıp sürdürülmesinde etkili olmaktadır.<sup>42</sup>

Konumuz açısından literatüre bakıldığında töre cinayetini işleyen 18 yaş altı çocuklar arasında cinsiyet açısından pek fazla oran farkı olmadığı görülmektedir.<sup>43</sup> Kuşkusuz çocuk ve cinayet kelimelerinin yan yanılığı ilk bakışta ürkütücü gibi gelse de, varlığı, toplumsal bir gerçek olarak da karşımızda durmaktadır. Bu tür edimlerin genel anlamda sebepleri pek çoktur. Ancak çocuklar açısından olaya baktığımızda durumun kendine özgü daha farklı nedenleri olduğu ortaya çıkmaktadır. Peki, çocuklar hangi nedenlerden dolayı töre cinayetlerini işlemekte ya da bu cinayetlere yönlendirilmektedirler? Kanımızca bunlardan ilki, kan ve namus davası olgularına yüklenen anlamların toplumun değerler hiyerarşisinde ilk sıralarda yer almasıdır. Değerler hiyerarşisinde ilk sıralarda yer alan bu olgulara yönelik inançlar/kabuller onları tartışılmaz kılmakta ve çocukların bu konuda kendilerine verilen görevden kaçmalarını engellemektedir. Daha önce törel inançlardan dolayı cinayet işlemiş kişilerin onurlu, yürekli vb. insanlar olarak övülüp yüceltildiği söylemlerin topluluk içerisinde kuşaktan kuşağa aktarılması ise ikinci nedendir. Bu övgüleri duyan çocukların bu tarz davranışlara daha kolay eğilim gösterecekleri açıktır. Yetişkinleri taklitte başlayan bu tarz eğilimler, toplum tarafından desteklenince sonuca da ulaşmaktadır. Üçüncü neden, aile ya da akrabalık çevresinin çocukları cesaretlendirici yönde telkinde bulunmaları iken dördüncüsü ise, damgalanma korkusudur. Çoğu çocuk ve gencin, tecavüz ya da yasak ilişki sonucu aileden birinin (dolayısıyla aile ve akraba grubunun) kirlenen namusunu temizlemediği veya öldürülen

41 Onur, Bekir, *Türkiye’de Çocukluğun Tarihi*, Ankara, 2005, s. 13, 24.

42 Tezcan, Kan Gütme Olayları Sosyolojisi, s. 32-64.

43 Örneğin, 2000-2005 yılları arası Türkiye genelinde meydana gelen töre ve namus cinayetlerinin 18 yaş altı erkek ve kadın şüphelilerinin oranı sırasıyla %9 ve %8’dir (TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, s. 117.).



bir yakınının intikamını almadığı takdirde korkak, onursuz, değersiz vb. şekillerde damgalanma korkusu bu cinayetleri işlemelerine yol açmaktadır. Beşinci neden ise, maktul çocuklar noktasında ortaya çıkmaktadır. Yakını öldürülen bir çocuğun ileride elinin silah tutacak yaşa geleceği ya da evlenerek soyunun devamını sağlayacağı düşüncesi onun töre cinayetinin kurbanı olması için yeterli bir nedendir. Çocuğun beşikte ya da beş yaşında olması bu zihniyet biçiminde çok önemli değildir. Böylesi bir anlayış ise, çocuğun bir yetişkin ya da başka bir çocuk tarafından öldürülmesi<sup>44</sup> sonucunu doğurmaktadır. Sonuç olarak, toplumun ya da kültürün kan ve namus davasına yönelik olumlu bakış açısı ya da söz konusu cinayetleri onaylayan normlara sahip olması çocuk ve gençlerin bu tarz edimleri gerçekleştirmelerinin nedenleridir. Öte yandan Ünsal, yukarıda belirttiklerimiz ek olarak çocuk ve gençlerin bu tür edimlere yönelmelerinde aşağıda belirtilen nedenlerin de etkili olduğunu ileri sürmektedir:<sup>45</sup>

- İlke olarak kan ya da namus davasının erkek işi sayılması.

- Gençlerin yetişkinlere göre daha heyecanlı olmalarından dolayı psikolojik olarak daha kolay yönlendirilebilmeleri.

- Aile ve yakın çevrelerinde “erkek” ya da “kahraman” olarak kabul edilme kaygısı.

- Çocukların/gençlerin anne-babalarına ve akraba grubuna aşırı bağımlılıktan kaynaklanan aşağılık duygusunu “yüceltme” fırsatı bulmaları.

- Kırsal kesimde oldukça erken yaşta evlenildiğinden bu tür bir eylemi gerçekleştirme işinin daha genç bireylere düşmesi. Başka bir ifadeyle, aile sorumluluklarının daha az olmasından dolayı yakınlarının kanını ya da namusunu temizleme görevinin onlara kalması.

- Aile reisinin aile üyelerinin çalıştığı topraklara sahip olması. Yani, erişkinlik çağına gelen gençlerin, ailelerinin yanında kalıp babalarının kendilerine bir ev yapmasını ve evliliklerine mali destek vermesini beklemelerinden dolayı aileye bağılılıklarını kanıtlamak ve yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olmaları.

- 18 yaş altındaki çocukların daha hafif cezalar almaları. Başka bir ifadeyle, yetişkinlerin aileye bakma sorumluluğunu devam ettirebilmek için suçu çocuklara işletmeleri<sup>46</sup> ya da çocukların yetişkin birinin işlediği suçu üstüne almaları.<sup>47</sup>

Ataerkil (patriarchal) kültürün ürünü/sonucu olarak ortaya çıkan bu nedenler ve sonuçları, bir yerde bu cinayetlerin görüldüğü bölgelerde yaşayan insanların yazgısı olarak da ifade edilebilir. Kadının kocasına, çocukların yetişkinlere, yaşlıların gençlere kısacası zayıfların güçlülere bağımlılığı

44 *Mardin'in bir köyünde babası öldürülen adamın 13 yaşındaki kardeşi 4 yaşındaki çocuğu öldürdü. Aydın'ın Cumalar Köyü'nde 10 yıldır süren kan davası nedeniyle 4 yaşındaki bir çocuk 14 yaşındaki bir başka çocuk tarafından tüfekte öldürüldü (Ünsal, s. 123.).*

45 *Ünsal, s. 114-118.*

46 *Konuyla ilgili olarak Faruk Erem, Türkiye'nin ilk çocuk islahevi olan (1937) Edirne –geçici olarak Kızılcahamam- Çocuk Islahevi müdürüyle yaptığı bir görüşmede benzer duruma karşılaştı. Bu görüşmede müdür, islahevindeki çocukların -kendilerine göre daha az cezaya çarptırılacaklarını bildiklerinden- babaları tarafından kan davasına azmettirildiklerini bildirmiştir (Erem, Faruk, Ceza Hukuku Önünde Suçlu Çocuklar, İstanbul, 1940, s. 8, 69.).*

47 *Tecavüze uğrayıp hamile kalan A. A.'nin namussuzluk yaptığı gerekçesiyle amcası tarafından eşarpla boğularak öldürülmesi ve cinayeti küçük erkek kardeşinin üstlenmesi (Yirmibeşoğlu, s. 62.) ya da kan davası yüzünden iki kardeşten birini öldürüp diğerini yaralayan O. A.'nin suçu 'Sen küçüksün, az ceza verirler; çabuk çıkarısın. Ben sana bakarım.' diye kandırdığı 15 yaşındaki yeğenin üstüne yıkması (Ünsal, s. 226.) bu duruma örnek verilebilir.*

şeklinde kurgulanmış olan bu tarz toplumsal yapıda, daha çok çocuklar, yetişkinlerin manipülasyonuna ya da dayatmalarına maruz kalmaktadırlar. Ya hep ya hiç şeklinde bir anlayışı taşıyan bu tarz kültürel yapılar, özünde hem failin hem de mağdurun yaşamını karartacak bir zorba/acımasız zihniyeti de içinde barındırmaktadır.

Tarihsel olarak erkek egemen kültürün ürettiği ve yücelttiği törel değerler, arkaik ya da geri kalmış sosyo-kültürel yapılarda normal, doğal veya olmazsa olmaz normlar olarak görülürken, günümüzde modern hukukun söz konusu olduğu birçok toplumda suç olarak kabul edilmektedirler. Wolfgang ve Ferracuti de, toplumda saldırganlığın sorumlusu olarak erkek kimliğinin egemen olduğu alt-kültürel yapıya işaret ederek<sup>48</sup> bu tür şiddet suçlarının kültürel bir bağlam açısından ele alınması gerektiğini vurgulamaktadırlar. Çünkü bazı toplumlarda, sorunları çözenin, onur kırıcı söz ya da davranışa cevap verme aracının şiddet olmasından dolayı, bu gibi durumlarda suçlu davranışın bir kültür ürünü olarak alt grubun norm ve toplumsal değerlerinin bir tür ifade aracı şeklinde ortaya çıktığı bildirilmektedir.<sup>49</sup> Bir bölgenin ya da aile veya akrabalık grubunun egemen güçleri tarafından desteklenen ve cehaletle beslenen kan davası ve namus cinayeti olguları aslında bir zihniyet sorununun yansımalarıdır. Bu açıdan söz konusu olguların kökeni toplumun tarihsel derinliğinde, değerler sisteminde, tutum ve davranışlarında aranmalıdır. Çünkü yapılan araştırmalar ve medyaya yansıyan haberler de göstermektedir ki eğitilmiş ya da eğitimsiz, çocuk veya yetişkin, kadın ya da erkek olmanın törelerin buyruğundan/boyunduruğundan kurtulmada pek de etkisi yoktur.

#### D. Sonuç ve Öneriler

Farklı çalışmalarda değişik sonuç ve yorumlar ortaya çıksa da kan ve namus davası sonucu gerçekleştirilen cinayetlerin rasyonel çıkar temelli fakat son tahlilde kültür kaynaklı edimler olduğunu düşünüyoruz. Küresel dünyanın edimsel normlarına meydan okuyan ataerkil toplum yapılarında bu suçlar, daha çok zayıf olanlar üzerinde uygulanmakta –birileri gücünü, üstünlüğünü ya da dengeleri zayıfların üzerinden sürdürmekte-, zayıfı temsil eden çocuklar ve kadınlar bazen fail bazen de mağdur (aslında her zaman mağdur) olarak bu trajik senaryonun içinde yerlerini almaktadırlar. Çocuklar, hem ailenin hem de toplumsal çevrenin sosyo-psikolojik baskısı sonucu ne yaptıklarının çok da farkında olmadan bu cinayetleri işlemektedirler. Bu cinayetlerin nedeni olan mevcut sosyo-kültürel yapının değişmesi konusunda bazı önlemler alınıp gerekli kültürel dönüşüm sağlandığı takdirde, bu tür olaylar kuşkusuz ortadan kalkacaktır. Konuyla ilgili olarak başta devlete ve sonra da bireylere bazı sorumluluklar düşmektedir. Bunları şöyle belirtebiliriz:

Toplumda çocuklar tarafından işlenen ya da onlara işletilen töre cinayetlerine yönelik yasal uygulamaların ve azmettiren kişi ya da kişilerle ilgili cezaların yeterli olmadığı konuyla ilgili pek çok uzman ve araştırmacı tarafından belirtilmektedir. Bu konuda gerekli düzenlemelerin ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından bir an önce yapılması yararlı olacaktır. Diğer taraftan çocukların işlediği kan davası ve namus cinayetlerinin arkasında genellikle kadınlar rol oynamakta ve çocuklarını belirli bir (eli silah tutacak) yaşa gelinceye kadar öç/intikam duygusuyla yetiştirmektedirler. Bu açıdan, olgunun söz konusu olduğu böl-

48 Mason, Tom/Chandley, Mark, *Managing Violence and Aggression*, London, 2002, s. 21, 22.

49 Dönmezer, s. 209.

gelerde kız çocuklarının eğitim sistemine dahil edilmeleri başta olmak üzere kadınların eğitimleriyle ilgili düzenlemelere ve faaliyetlere önem verilmelidir. Eğitim hususunda üzerinde durulması gereken noktalardan biri ve en önemlisi de buralarda görev yapan öğretmenlerin şu an öngörülen hizmet sürelerinden daha uzun süre kalmalarını sağlayacak yasal ve buna bağlı olarak ekonomik iyileştirmelerin yürürlüğe konulmasıdır.

Konuyla ilgili olarak dikkat çekmek istediğimiz bir başka husus ise, töre cinayetlerinin eğitilmiş gençler/insanlar tarafından da işlendiği gerçeğidir. Dolayısıyla, bu edimlerin yoğun olarak yaşandığı bölgelerde öngörülen kültürel dönüşümün sağlanabilmesi için Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı olarak çalışan öğretmenlerin makul/belirli bir süre boyunca kendi kentlerinde/bölgelerinde görev yapmalarını engelleye-

cek bir düzenleme gerçekleştirilebilirse sürece içerisinde şiddet ve saldırganlık içeren değerlerin kültürel olarak aktarımının bir nebze de olsa önüne geçilebilecektir. Ayrıca, M. Bağlı'nın töre cinayetleriyle ilgili yaptığı geniş çaplı bir araştırmada, görüşülen mahkûmların *hepsinin* "ceza artırımının söz konusu cinayetlerin önlenmesinde etkili olamayacağını"<sup>50</sup> söylemeleri de eğitimle ilgili yapılması gereken yatırım ve düzenlemelerin önemini daha da net ortaya koymaktadır. Eğitim noktasında önerileceğimiz önemli bir husus ise, "bağışlama" düşüncesinin /davranışının topluma kazandırılmasıdır. Çünkü gerek Osmanlı gerek de Cumhuriyet döneminde on yıllardır yürütülen pek çok hukuki vb. uygulamalara<sup>51</sup> rağmen bu tür cinayetlerin varlığını halâ sürdürüyor olması, toplumda eğitim kurumuyla ilgili olarak yıllardır yapılan düzenlemelerde bazı konuların ihmal edildiğini

50 [www.tumgazeteler.com/?a=4117206](http://www.tumgazeteler.com/?a=4117206), 10.07.2009.

51 *Gerek Osmanlı İmparatorluğu gerekse Türkiye Cumhuriyeti, kan davasını idari önlemler ya da özel yasalar yoluyla engellemeye çalışmışlardır. Fakat şimdiye kadar izlenen politikaların, yeterince etkili ve daha önemlisi, gerçekçi olmadığı da anlaşılmıştır. Osmanlı İmparatorluğu döneminde devlet, özellikle Tanzimat sonrasında, ceza hukukunu batılı ülkelerden esinlenerek değiştirmeye başlasa da Şeriatın 'kısas' ve 'diyet' hükümleri varlığını hala sürdürüyordu. 1840 yılında getirilen bir değişiklik, cinayet faillerine 'kan parası'nın yanı sıra, ağır hapis cezası da getirilmiş ve kan parası ödeyenler için hapis cezası 7 yıl olarak öngörülmüştür. Suçlu bu parayı ödemezse, 15 yıl hapis yatmak zorundaydı. Büyük ölçüde Fransız Ceza Kanunu'ndan yararlanılarak hazırlanan 1858 Osmanlı Ceza Kanunu'nda kasten adam öldürme için idam cezası öngörülürken, katilin Nizam mahkemesinde yargılanması öncesinde, maktûlin yakınları Şeriye mahkemesi nezdinde kan parası davası açabiliyor, ancak söz konusu mahkemenin kararı kamu davasının sonucunu hiçbir şekilde etkileyemiyordu. 1917 yılında yapılan yeni bir değişiklik, Şeriye mahkemelerinin 'kısas' ve 'diyet' anlaşmazlıklarına bakması ortadan kaldırılmış ve ceza hukuku tümüyle laik hukukun alanına dahil edilmiştir...1923'te Cumhuriyet rejimini kabul eden modern Türkiye'de de devlet, kan davası sorunu ile ilgilenmiştir. Hükümet 1937 yılında, kan davasının yerel toplum düzeni açısından bir tehlike oluşturduğu durumlarda, İdareye, düşman ailelerden birini göçe zorlama yetkisi veren bir yasa tasarısını TBMM'den geçirmiştir. Bu önlemin alınabilmesi için, söz konusu belde savcısının, karşılıklı cinayetlerin sürüp gideceğine dair ciddi belirtilerin bulunduğu kanaat getirmesi yeterliydi. Savcının böyle bir talebinin yerindeliğine ilişkin kararı ise, beldenin Ağır Ceza Mahkemesi yargıçları tarafından alınmıyordu. Göçe tabi aileler, doğdukları beldeye 500 km.den fazla yaklaşmamak koşuluyla, istedikleri yere gitmekte özgürdüler...1961 Anayasası'nın getirdiği düzenlemeyle 1962'de çalışmaya başlayan Anayasa Mahkemesi, 1937 tarihli yasaya karşı iptal davalarının hücumuna uğramış, mahkeme, 1964 yılında verdiği kararla, söz konusu yasanın cezaların kişiselliği ilkesini ve ikametgâh seçme özgürlüğünü çiğnediği sonucuna vararak, bu yasayı Anayasa'ya aykırı bulmuştur...Bu arada, 1944'de kan davası belasını yok etmek için zecri (zorlayıcı) önlemlerin kaçınılmaz olduğunu bir kez daha belirten Yasa Koyucu, 1954'de de bu görüşe sadık kalarak, kan davası cinayetlerini idamla cezalandırılacak suçlar kategorisine sokmuştur. TCK'nın 450. maddesine eklenen 10. fıkrayla kan davası ağırlaştırıcı sebep sayılmıştır..." (Ünsal, s. 39-42.).*

göstermektedir. İhmal edilen konulardan biri kanımızca ahlaki eğitim noktasında ortaya çıkmaktadır. Çünkü 'ahlaki eğitim'in yer almadığı bir eğitim sisteminin sorumlu bireyler yetiştireceğini düşünmüyoruz. Burdan hareketle sevgi, saygı, dayanışma, uzlaşma, bağışlama vb. davranış/düşünüş şekillerinin eğitim süreci içerisinde çocuk ve gençlere aktarılmasının, ilerleyen süreçte sorunlarını daha barışçıl yollarla çözen bir toplumu yaratacağına inanıyoruz. Bu açıdan, "öç"ün /"intikam"ın zorbalık ya da erdemsizlik, buna karşılık "bağışlama"nın ise bir erdem olduğu anlayışı toplumsal yapıda eğitim yoluyla yaygınlaştırılabilir ve herkesin inandığı ve uyguladığı bir yaşam/davranış biçimi haline getirilebilirse törel cinayetlerin azaltılması ya da ortadan kaldırılması da o oranda söz konusu olabilecek, en önemlisi de, çocukların bu tür cinayetlerin bir parçası olması engellenebilecektir.

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu ise, törel cinayetlerin dolaylı da olsa bölge ya da ülke nüfusuna olan etkileridir. Kan ve namus davalarına dayalı cinayetlerin görüldüğü bölgeler genelde çok çocuklu ailelerden oluşmaktadır. Kuşkusuz bunun en önemli nedeni bu bölgelerin ekonomik şartlarıdır. Ancak bu tarz cinayetlerin görüldüğü bölgelerde kalabalık bir nüfusa sahip olmanın aynı zamanda bir saygınlık göstergesi olduğu da yapılan araştırmalar<sup>52</sup> tarafından ortaya konmaktadır. Dolayısıyla, kalabalık bir nüfusa sahip olmak, kanımızca, bölge sakinlerine söz konusu cinayetlere yönelme noktasında cesaret de vermektedir. Bir başka ifadeyle, hasım aile ya da grup karşısında güçlü görünebilmek ve

herhangi bir tehdit halinde gereken tepki ya da mücadeleyi gösterebilmek için sayıca çok olmanın, bu gibi yaşam birimlerinde önemli bir faktör olduğu açıktır. Böylesi bir durumda ise, bazı aileler çocuklarını çekinmeden törel bir davanın içine sokabilmektedirler. Töre cinayetleriyle bağlantısı olan çok çocukluluğun ya da kalabalık nüfusun aynı zamanda bölgenin/ülkenin ekonomik, sosyal, kültürel vb. yapısına olan olumsuz etkilerini göz önüne aldığımızda konuyla ilgili alınması gereken tedbirlerin önemi bir o kadar daha artmaktadır.

Son yıllarda televizyon kanallarında özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerindeki feodal yapıyı/törel toplumu öven ve olumlayan mesajlar veren film, dizi vs. programlar söz konusudur. Bu tür yayınlardan ise özellikle çocuk ve gençlerin daha fazla etkilendikleri açıktır. Yetkililer bu hususu göz önüne alarak bu tarz yayınları denetim altına alacak düzenlemeleri yürürlüğe koymalıdır. Bunun yanında insan onurunu ve hayatını hiçe sayan bazı törel değerlerin, gerçek yüzünü ortaya çıkaracak ve çocuk ve gençleri bu konuda aydınlatacak program, film, dizi, çizgi film vb.nin yapılması/yayınlanması için yetkililerin ilgili kişi ya da kurumlarla diyaloga geçmeleri yararlı bir tavır olacaktır. Kuşkusuz öç/intikam almayı öven/olumlayan yayınlar sadece olgunun söz konusu olduğu bölgelerle ilgili yapılan film ya da dizilerde veya diğer yerli yayınlarda gösterilmemektedir. Aksine insanın bu ilkel davranışının pek çok yabancı yayınlarda da sergilendiği ve erdemsel bir tavır ya da insani bir hak olarak kitlelere sunulduğu görülmektedir. Dolayısıyla, öç / intikam al-

52 *Faillerin gözünde toplumsal saygınlık çoğu zaman düşman ailenin sayıca daha kalabalık oluşuna bağlıdır (Ünsal, s. 126.).*

53 *Örneğin, İncil'in Matta, Markos ve Luka nüshalarının sırasıyla Bab 19: 18-19, Bab 10: 19 ve Bab 18: 20' inci bahsinde inananlara 'katletmeyeceksin/öldürmeyeceksin' şeklinde bir emirde bulunulurken (Kitabı Mukaddes Eski ve Yeni Ahit, s. 21, 46, 81.), Kuran-ı Kerim'in Maide Sûresi'nin 32. ayetinde ise 'bir kişiyi öldürmenin topluca insanları öldürmek' anlamına geldiği belirtilmektedir (Koçyiğit, s. 112.).*

mayı olumlayan ve özellikle de çocuk ve gençler üzerinde etkili olan bu tür yerli ve yabancı yayınlarla ilgili düzenleme ya da kontrol süreci devletin ilgili birimleri tarafından kısa sürede işletilmeye başlamalıdır.

Bu tür cinayetler dinle de ilişkilendirilebilmekte ve yetişkinler çocuk ve gençlerin üzerinde bu yönde bir baskı kurarak onları bu tür cinayetleri işlemeye ikna edebilmektedirler. Oysa pek çok dinsel metinde yer yer “cinayet işleyenlere ya da adam öldürenlere” yönelik olumsuz/kınayıcı söylemlerin olduğu görülmektedir.<sup>53</sup> Dolayısıyla yetkililer, olgunun bu boyutunun da üzerinde durarak gerek ulusal gerekse de yerel düzeyde gerekli düzenlemeleri yapmanın yanında söz konusu bölgelerdeki etkili / nüfuzlu kişilerin (örneğin kanaat önderlerinin) desteğini almalıdırlar. Diğer taraftan, töre cinayetlerinin sosyo-ekonomik yetersizliğin olduğu bölgelerde daha fazla görüldüğü açıktır. Bu açıdan, bu yerleşim yerlerinin kalkınmasını sağlayacak ve feodal yapının çözülmesine katkıda bulunacak belirli bir plan, program ve kontrolü içeren kayda değer yatırımlar yapılmalıdır.

Kan ve namus davalarına yönelik çözüm arayışında kurumsal ve resmi otorite boşluğu gibi etmenlere de yeterli önemin verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Mevcut yasaların yetersiz oluşu, adalet kurumlarının cezaları vermekte gecikmesi ya da ağır ilerlemesi, belki de en önemlisi verilen cezaların mağdur tarafın intikam duygusunu ortadan kaldırmaması törel cinayetlerin bir başka sebebidir. Dolayısıyla, adalet kurumunun daha hızlı işlemesi ve mağdur tarafın verilen cezadan tatmin olmasını sağlayacak bir düzenlemenin gerçekleştirilmesi olgunun azaltılmasını sağlamanın yanında

özellikle çocukların bu tür cinayetlerin bir parçası olmasını engelleme noktasında ciddi bir adım olacaktır.

Bunların yanında, töre cinayetlerinin yoğun olarak görüldüğü bölgelerde, eylemler hakkında önceden bilgi sahibi olabilmek için aralarında husumet bulunan ailelerle ilgili sürekli olarak bilgi sahibi olunabilecek bir takip ve kontrol sisteminin oluşturulması da konuyla ilgili önemli bir girişim olacaktır. Diğer taraftan, kan davası ve namus cinayetlerinin az ceza almalarından dolayı çocuklara işletildikleri bilinen bir durumdur. Bu tür cinayetlerin yoğun olarak yaşandığı bazı bölgelerde, kimi çocukların ya da gençlerin kimlik belgelerinin olmadığı ya da kimlikte belirtilen yaşından fizik olarak daha gelişkin gösterdiğine tanık olunmaktadır. Bu bölgelerde böylesi bir durumun töre cinayetleriyle ilgili kasıtlı bir tutum olup olmadığı araştırılmalı ve gereken önlemler bir an önce alınmalıdır. Ayrıca çocukların, yetişkinlerin psikolojik, ekonomik vb. baskıları sonucu törel cinayetlere/suçta yöneldikleri göz önüne alındığında olguya “çocuk istismarı ve ihmali”<sup>54</sup> açısından da bakılmalı ve konuyla ilgili yapılacak yasal düzenlemelerde konunun bu yönü de dikkate alınmalıdır.

Sonuç olarak, günümüzdeki kan ve namus davasına dayalı cinayetlerin, sosyo-ekonomik yetersizliklerin/yoksunlukların yarattığı ve şekillendirdiği kültürel yapının bir ürünü olduğunu düşünüyoruz. Genelde üretim araçları başta olmak üzere temel ihtiyaç unsurlarının kısıtlı olduğu, rekabet, kıskançlık, saygınlığı sürdürme gibi hususların insanlar arası ilişkilere yön verdiği bu tip yaşam birimleri, her an şiddet ve çatışmaya müsait bir atmosfere sahiptir. Ailenin/grubun saygınlığının, maddi ve

54 *Çocuk istismarı ve ihmali; çocukların ana-babaları gibi, onlara bakıp gözetmek ve eğitmekle görevli sorumluluk, güç ve güven ilişkisi içinde oldukları kişiler ya da yabancılar tarafından, bedensel ve/veya psikolojik sağlıklarına zarar verecek, sosyal gelişimlerini engelleyecek şekilde uygulanan tüm fiziksel, duygusal veya cinsel tutumları, ihmali, ticari amaçlı sömürüyü kapsayan durumdur. (http://www.cocuk istismarini-onleme.org/tanimlar.html, 21.02.2010).*

manevi gücünün kişilerin hayatından daha önemli olduğu bu tür yapılarda çocuk-çocuk, genç-yaşlı, kadın-erkek demeden insanların/zayıfların hayatı çok kolay bir şekilde karartılabilmektedir. Bu tarz zorba/acımasız ilişkilerin yer aldığı ve özellikle de çocukların ölse de öldürse de “mağdur” olduğu böylesi bir toplum yapısında onların zarar görmesini engellemenin yolu ise bir uzlaşma kültürü oluşturmaktan geçmektedir. Bu ise, toplumun hem maddi hem de değerler dünyasını ifade eden kültürel yapısında sağlanacak dönüşümle mümkündür. Kültürel dönüşümü hızlandıracak olan ise toplumsal, ekonomik, ahlaki, eğitimsel vb. alanlarda gerçekleştirilecek yatırımların/düzenlemelerin eşgüdümlü ve kararlı bir şekilde uygulanmasıdır.

#### KAYNAKÇA

- Akşam Gazetesi, 23.09.2003.
- Demirbaş, Timur, Kriminoloji, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- Dönmezer, Sulhi, Kriminoloji, 8. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul, 1994.
- Erem, Faruk, Ceza Hukuku Önünde Suçlu Çocuklar, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1940.
- Faraç, Mehmet, Doğu Yakasında Yeni Bir Şey Yok, Dharma Yayınları, İstanbul, 2006.
- Fromm, Erich, İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri, (Çev.: Ş. Alpagut), 2. Baskı, Payel Yayınevi, İstanbul, 1995.
- Gölcüklü, Feyyaz, Türkiye’de Çocuk Suçluluğu Hakkında Bir Araştırma, Sevinç Matbaası, Ankara, 1962.
- İçli, Tülin Günşen, Kriminoloji, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- İzol, Hamit, Aşiret ve Öteki Yüzü, Destek Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Kitabı Mukaddes Eski ve Yeni Ahit, Rota Ofset, İstanbul, 1985.
- Koçyiğit, Talât, Kuran-ı Kerim ve Türkçe Meali, Nükte Kitap, Konya, 2004.
- Mason, Tom/Chandley, Mark, Managing Violence and Aggression, Elsevier Science Limited, London, 2002.
- Onur, Bekir, Türkiye’de Çocukluğun Tarihi, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.
- Sabah Gazetesi, 06.06.2001.
- Taşkıran, Tezer/Ağaoğlu, Samet, Suçlu Çocuklarımız, Titaş Basımevi, Ankara, 1943.
- T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Töre ve Namus Cinayetleri İle Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan TBMM Araştırma Komisyonu Raporu, Can Ofset Matbaa, Ankara, 2006.
- Tezcan, Mahmut, Çocuk Sosyolojisi, Kök Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Tezcan, Mahmut, Kan Gütme Olayları Sosyolojisi, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 24, Ankara, 1972.
- Tezcan, Mahmut, “Ülkemizde Aile İçi Töre ya da Namus Cinayetleri”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü-Töre Cinayetleri, Beyda Basımevi, Ankara, 1999.
- Tolstoy, Lev, Çocukluk, (Çev.: R. Çakıröz), Çağdaş Matbaacılık, ?, 1999.
- Tosun, Mebrure/Yalvaç, Kadriye, Sumer, Babil, Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1975.
- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Cilt: 2, Ankara, 1988.
- Ünsal, Artun, Kan Davası, (Çev.: N. Öktem/E. Öktem), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995.
- Yavuzer, Haluk, Çocuk Psikolojisi, Remzi Kitabevi, 16. Basım, İstanbul, 1998.
- Yirmibeşoğlu, Vildan, Toprağa Düşen Sevdalar, Hürriyet Gazetesi-Mega Basım, İstanbul, ?.

- <http://www.keremdoksat.com>
- <http://www.mynet.com>
- <http://www.nethaber.com>
- <http://www.objektifhaber.com>
- <http://www.radikal.com.tr>
- <http://www.stargazete.com>
- <http://www.torekurbanlari.com>
- <http://yenisafak.com.tr>

# Hegel'in Hukuk Felsefesinde "Tarih" ve "İnsan"

Gülçin AYITGU\*

## Özet

Hegel'in Hukuk Felsefesi'ne dair düşüncelerini, felsefi sisteminden bağımsız bir şekilde ele almak mümkün değildir. Bu çalışmada da Hegel'in felsefi sistemi göz önünde bulundurularak, tarihsel sürecin kendisi ve insanın eylemleri arasındaki ilişki "tarih", "özgürlük", "akıl" ve "devlet" kavramları çerçevesinde serimlenmeye çalışılacaktır. Hegel'e göre "insan", tinin gelişimi olan tarihsel sürecin bir parçasıdır, dolayısıyla insanın özgürlüğü de bu tarihsel gelişimden ve tinin nesnelleşmesiyle ulaşılan akılsal bir devletin üyesi olmaktan bağımsız olamaz. Sonuç olarak Hegel'in tinin gelişimiyle bağlantılı bu açıklamaları birçok kez onu kurgusallığın içerisine hapsedmiş gibi olsa da, özgürlük ve tarihsel süreç arasında kurmuş olduğu ilişki, praksis bir yön taşıma amacındaki birçok felsefe için ön açıcı olmuştur.

**Anahtar kelimeler:** Tarih, özgürlük, akıl, devlet.

## I. Giriş

Hegel'e göre felsefe mutlak bilgiyi sunmaktadır; bu yüzden onu salt bir yöntem ya da hakikat sevgisi olarak göremeyiz. Çünkü "felsefe akli olanın temeli olduğu için, şimdinin ve gerçeğin anlaşılmasıdır, yoksa bir öte yanın inşası değildir" (Hegel 2004b: 28). Filozof burada bilgiyi kuran değil, bilincin gelişimini mantıksal ve tarihsel kavramlarla betimleyendir. Bu bağlamda filozof aynı zamanda "akıl"ın gelişimini inceleyerek tarihi rastlantısal bir olaylar yığını gibi göstermeye çalışan anlayışı yanlışlayabilmektedir de.

Felsefe her şeyin çözümünü sunan bir reçete olarak da görülemez. Çünkü felsefenin yaptığı şey "oluş"u gösterebilmektir. Buradaki "oluş" Hegel'e göre düşünce alanına bakmayı gerektirir ve bu yüzden felsefe düşünce alanındadır. Düşünce alanında olmasından ötürü de felsefenin içeriği soyuttur ve tümeldir. İnsanların da tek tek durumlara bakarak anlığın yaptığı belirlemelerin dışına çıkabilmeleri için, aklın ve felsefenin tümel bilgisine, bütünselliğine ihtiyaçları vardır.

Hegel'in sistemindeki bütünsellik sadece mantıksal bir bütünsellik olarak okunmamalı, çünkü bu bütünsellik kendisini tarihsel alandaki bilincin gelişim basamaklarında gösterir. Bu yüzden tek bir kapalı "bütün"den ziyade her basamakta karşımıza çıkan birçok bütünsellikten söz edebiliriz. Buradaki "bütün", "oluş"un diyalektik gelişimini anlatır, bu süreç içerisinde yer alan "insan" da çağının bu düşünce gelişimini, bütünselliği içinde kavramak durumundadır. Çünkü Hegel'e göre etrafımızdaki tek tekler, düşüncenin kendisini dışsallaştırmasıyla oluşur, dolayısıyla tarihte gerçekleşenler de asıl olarak düşüncenin tarihidir. Tin kendisini geliştiren ve kendi gelişimini çözen bir harekettir. Bu hareket bir bilincin zamansallığında kendisi için olabilir. Bu yüzden aynı zamanda "tarih" de olan tin, her zaman geleceğe yönelmektedir.

Tarihsel süreçteki değişim mesajı insanların genellikle ilgisini çekmiştir. Bunun nedeni değişimin insanların gerek-

\* Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi



sinimlerini karşılama noktasında onlara “umut” vermesi olabilir. Hegel de kendi içinde bulunduğu çağı tam bir dönüşümün gerçekleşebileceği, yeni bir döneme geçiş zamanı olarak görür. Bu dönüşümü sağlayan tarihsel sürece içkin olan ve özgürlük ereğini içinde barındıran tinin kendi hareketidir. Sürekli diyalektik bir devinim halinde olan tinin yeni bir döneme geçişi, onun yeni bir sıçrama yapmasıdır. Hegel bu niteliksel sıçramayı, yeni doğan bir çocuğun gelişimine benzetir. Çünkü bu sıçrama, çocuğun gelişimi gibi sessizce ve sürekli gerçekleşir

Tarihsel gelişimin içindeki insanın yaşamına baktığımızda onun bütün değerlerinin tinsel yaşamın bir parçası olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Tinsel yaşamın bir parçası olan insanın bedeni, Hegel’de yabancılaşmanın bir sonucu değildir. O, tinin kendisini dışsallaştırmasının bir aracıdır. Bu yüzden de beden olmaksızın tinin kendisini gerçekleştirmesinden de söz edemeyiz. Bununla birlikte Hegel tinsel atılımın ve tinin kendisinin insan yaşamındaki değerini açıklamaya çalışırken şu ifadeyi kullanır: “İnsan, Tin demek olduğuna göre, kendini en yüksek şeylere layık görme hakkını ve yükümünü taşır; Tin’ in büyüklüğüne ve gücüne ne kadar üstün bir değer biçerse biçsin, gene abartmış olmaz...” (Hegel 1976, s. 11). Buradaki tin kavramı insanın yaşamını da kapsayarak önceki soyut niteliğinden sıyrılmaktadır.

## II. Hegel’in Hukuk Felsefesinin Gelişimi

Hegel içinde bulunduğu tarihsel süreci “değişim çağı” olarak adlandırmakla beraber, zamanın ulus devleti aşamasında da tamamlandığını belirtir. Bu tamamlanmanın ardından da hukuk ve devlet idesine dair felsefi değerlendirmenin yapılabileceğini, ilkelerin ortaya konabileceğini düşünür.

Hegel Hukuk Felsefesinin İlkelerinin “Önsöz”ünde, devletin bilimini sunarken,

devleti kendinde akılsal bir şey olarak anlamak yolunda bir denemeye giriştiğini söyler. Buradaki varolanı kavramak felsefenin görevidir, çünkü var olan akıldır. “İnsan” a gelince de, herkes kendi zamanının çocuğudur; felsefe de aynı şekilde kendi zamanını düşüncede özetler (Hegel 2004:30). Bu anlamda zamanının aklını serimleyen felsefe, kendi çağına da ayna tutmaya çalışır.

“Hukuk Felsefesinin İlkeleri”nde Hegel sırasıyla soyut hukuk (Abstrakte Recht), özel ahlaksallık (Moralitaet) ve nesnel ahlaksallık (Sittlichkeit) başlıkları altında bilincin gelişimini incelemektedir. Kitabın sonuncu bölümü kendi içinde “Aile”, “Sivil Toplum” ve “Devlet” alt bölümlerine ayrılır.

Soyut hukuk bölümünde Hegel mülkiyet, sözleşme ve haksızlık konularını ele alır. Soyut hukuk kişiyi mülkiyet ya da sahiplik kavramından hareketle tanımlar ve toplumsallığı da sözleşmeye indirger. Hegel’e göre sözleşme yoluyla toplumsallığı temellendirmeye çalışmak onu bireyselleştirmektir. Yani sözleşme evrensel bir nitelikten ziyade karşılıklı bireysel anlaşmaya dayanır dolayısıyla sözleşme aynı zamanda uzlaşımı da gösterir. Oysa ki nesnel tin uzlaşımın olması için gerekli olan isteğe bağlı değildir. Bu yüzden hukuku da “sözleşme” ve “uzlaşım” üzerinden ele almak gerekir.

Soyut hukuk yalnızca adaletsizliğin tanımını yapabilir, onu ortadan kaldırmak adına bir şey yapamaz. Sözleşme adaletsizliğin, şiddetin ortadan kalkmasını amaçlarken, aslında şiddeti yine şiddetle, mahkemelerle ve ceza hukukuyla çözer. Burada ceza mülkiyet sahibine verilir. Dolayısıyla burada da yine evrenselliği kavrayamama durumu vardır.

Hegel’in “hukuk” kavramı “evrensellik” (Allgemeinheit) ve “özgürlük” kavramlarından ayrı düşünülemez. Çünkü

Hegel "hukuk"u evrensel iradenin kendisini gösterdiği bir özgürlük alanı olarak görür. Ona göre "Evrensel tarihin ilerleyen her bir döneminde birey, tam olarak eylemini ve evrensel çabasını (ödevini) bulmaktadır"(Yenişehirlioğlu 1995: 55). Bu evrensel çaba, tarihsel sürecin her döneminde farklı şekillerde, insanın istemesi ve eylemleriyle dünya tarihinde vücut bulacaktır.

Hegel'in "hukuk"un ele alınışına dair getirdiği eleştirilerden biri de: kendisinden önce hukukun "ahlaksallık" ya da "güç" üzerinden açıklanmaya çalışılmasıdır. Yaşamın her anında varolsa da ahlaksallık hukuk için zayıf bir temeldir. Hegel'e göre ahlaklılık kendi başına yükseltilmesi gereken bir değer olmamakla birlikte kişinin eyleminin niyetinin ne olduğu da önemli değildir. Özne hakkında yargıda bulunurken onun tek tek yaptıklarına, buradaki amacına bakmaktan ziyade bir bütün olarak ona bakabilmeliyiz. "Hegel'e göre, soyut hukuk ve öznel ahlaksallık, her ikisi de, sonuç olarak, soyut ve bireycidir"(Bumin 2005:151). Bu bağlamda Hegel Kant'ı eleştirir. Hegel'e göre bütün ahlak kuralları tarihsel ve toplumsaldır. Kant ise ahlak kurallarını bu niteliklerinden sıyrarak salt birer soyutlamalar haline getirmiştir. Ayrıca Kant tek kişinin rasyonelliğinden hareketle bir etik oluşturup, özgürlüğü de tek kişinin -başkalarını da göz önünde bulundurarak- koyacağı genel geçer niteliğe sahip olan ahlak yasasıyla açıklar. Hegel ise özgürlüğün tek bir kişi üzerinden açıklanmasını bir "yanılgı" olarak görür. Ancak burada Hegel'in Kant'a yönelik eleştirisini göz önünde bulundururken bir şeye dikkat etmeliyiz: Hegel için bir şeyin soyut olması o şeyin önemsiz olduğunu göstermez. Soyut olan ulaşmamız gereken "bütün"ün bir anını oluşturur. Bu anlamda soyut ve bireyci olan öznel ahlaksallık da devlette somutlaşacak olan bütünün bilgisinin bir aşamasını oluşturur.

Hegel'e göre kendi başına varolamayan ahlaksallık ve hukuk kendilerine temel olacak törelere ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyaç, hukukta olmayıp ahlakta varolan öznelikle anıyla hukuktaki nesnellik anının bir araya gelmesiyle giderilir. Ayrıca bu iki farklı "an" kendi başlarına gerçeklik kazanamazlar. Bu bağlamda "ahlaksallık"ın içinde olduğu bir hukuk da ussal bir yapılanmanın olduğu tarihsel bir süreçte mümkün olacaktır. Bu yüzden Hegel'e göre nesnel bir toplumsal temele yaslanan "hukuk"u toplumsal bütünlükten ve süreçten bağımsız olarak ele almak onu bir şekilde "eksik" açıklamaktır. Elbette ki bu süreçte reel olanla ideal olan arasında birtakım sapmalar, sıçramalar olacaktır ki Hegel'in düşüncesinde de bu sapmaları okuyabiliriz.

Hegel'e göre aklın zamanda açılmasıyla oluşan ve toplumsallığın olduğu nesnel tinin ilk uğrağı ailedir. Aile doğal duygular aracılığıyla bir araya geldiğinden burada birliğin oluşması kolaydır. "Aile özgürlüğün ve kişiliğin tam olarak kendisini gerçekleştirme için fazla öznel bir birliklidir" (Bumin 2005: 155).

Sivil toplum nesnel ahlaksallığın ikinci basamağıdır. Politik, toplumsal, ekonomik yaşam bu alandadır. Burada hukuk, soyut ve subjektif niteliğinden sıyrılarak evrensel olarak bilinen, tanınan, istenen bir şey olur. Sivil toplum bir anlamda modern ekonominin kendisini ürettiği ve toplumsal diyalektiğin devlete giden yolunu açtığı yerdur. Sivil toplum, insanların birbirleriyle kurduğu ilişki dolayımında insanların üretim, değişim ve tüketimle birbirine evrensel bağımlılığının da olduğu alandır. İnsanın özgürlük bilincine ulaşmasında bir basamak olmakla beraber tarihsel gelişimin de ürünü olan sivil toplum, önceden belirlenmiş bir özü olan gerçeklik olmakla birlikte evrenselliği kendi içinde taşıyan bir akılsallığa da sahip değildir. Evrensel akılsallık kendisini sadece devlette

gerçekleştirecektir. Devlet sivil toplumun çatışan unsurlarını içeren ama bununla beraber onu aşan bir uğrağı temsil eder.

Hegel devleti, nesnelleşen tinin son uğrağı olarak gördüğünden insanın da, nesnelleşen tinin kendisini somutlaştırdığı- akılsal devletin bir üyesi olarak özgürlüğe kavuşabileceğini düşünür. Devlet aynı zamanda insanların inşasıdır ki özgür olabilmemizin koşulu da bu insanın farkına varabilmemizdir. Bu bağlamda devlet, tinin kendisini somutlaştırdığı yerdir ve bu somutlaştırmada yurttaşlar devletin sahip olduğu düzenleme mekanizmasının işleyişine katılarak, devletin realitesine ulaşmasında önemli bir basamak oluştururlar. Devlet varolan toplumsal ilişkilerin bir ürünü olarak görünmese de, toplumsal ilişkileri içeren bir düzleme sahiptir.

Hegel'in devlet görüşüne göre, devlet insanların tek tek istençleriyle genel olan istencin birliğini gösterir. Böyle bir devlet kendi içerisinde iyi düzenlenmiş bir devlettir. Ayrıca iyi düzenlenmiş bir devlet özgürlüğün gerçekleşme olanağıdır. Hegel'e göre özgürlük, özgürlüğe dair bir bilincin oluşmasıyla ele alınabilir. Özgürlüğe dair bilincin oluşması için de öncelikli olarak tinin kendisinin özgür olduğunu bilmesi gerekmektedir. Bu durum da kişinin özgürlüğü ile tarihsel sürecin kendisi arasında doğrudan bir bağlantının olduğunu gösterir.

Ussallığın hukuku ve kültürü de kapsayan tinsel alanda varlık kazanmasıyla özgürlüğe ulaşılabilir ve Hegel'e göre de "insan yalnızca devlette ussal varlığa kavuşur" (Hegel 2003: 114). Bunun nedeni özgürlüğün ve ussallığın devlette nesnelleşmesidir. Devlette nesnelleşen ussallığa, mutlak bilgiye ulaşma çabası aynı zamanda özgürlüğe doğru bir yürüyüştür. Bu bağlamda özgürlüğü salt biçimsel, öznel anlamda ele almak özgürlük kavramını zedelemektedir. "Kavramının gereği ola-

rak özgürlüğü özgürlük yapan şeyler hak ve törelliktir; bunlar da kendinde ve kendisi için olan genel özellikler, nesnelere ve ereklere" (Hegel 2003: 121). Tinin zorunlu ilerleyişine uymakla özgürlüğün nasıl gerçekleşebileceği meselesine Hegel şöyle bir yanıt üretmektedir: "Ussal-olan tözselliğiyle zorunludur, biz de onu yasa olarak tanıdığımız ve kendi özümüzün tözü olarak bildiğimiz ölçüde özgürüz: bu durumda nesnel ve öznel istenç barışır ve aynı aydınlık bütünde birleşir" (Hegel 2003: 118).

Burada birey bu yasalara uyarak özgürlüğünün gerçekleşebileceğini bilir ve bu yasalarda kendi istencini görür, bu da isteme ve bilmenin birlikteliğini oluşturur. Bu birliktelik de kişiyi "özgür" kılar. "Keyflikle yetinen, hukuku subjektif inançtan ibaret gören duygusallık, haklı olarak, kanunu kendine en büyük düşman sayar" (Hegel 2004a: 26). Dolayısıyla böyle bir kişi için de devletin yasalarına uymak özgürlüğü getirmez. Oysa ki Hegel'e göre kanun, aklın realitesini göstermektedir. Bu kanunlara uymak da ussallığı ve dolayısıyla özgürlüğü getirmektedir.

### Sonuç Yerine

Hegel'de "devlet toplumsal özbilincin olduğu tek düzeldir" (Bumin 1991: 140). Hegel bu devletin öznesi olarak, devletin tüm yöneticilerinden ve genel ereği kendisine erek kılan herkesten devletin yönetimine dair bir şeyler beklemektedir. Burada şunu görüyoruz: Hegel'de "Görüngübilim'in bireyler arası ilişkiye ve topluma verdiği önemin, Hukuk Felsefesi'nde yerini, toplumu düşünen, kavrayan, kuran bir devlet anlayışına bırakmıştır." (Bumin 1991: 140). "Hukuk Felsefesinin İlkeleri"nde tümelin kendisini gerçekleştirdiği yer olarak devlet gösterilmekle birlikte, bunun bireyler arası ilişkilere yansıma biçimi sadece uyulması gereken yasaların sıralanması şeklinde olmuştur.

Hegel kavramsal bir tarih anlatımında bulunur ve burada insanın tarihsel süreçle, devletle olan uyumunu iyimser bir tavırla göstermeye çalışır. Hegel'in bu yaklaşımı bilinçli öznenin etkinliğini toplumsal problemlerin çözümünde bir yerden sonra dışlayarak, tinsel sürecin kendiliğindenliğine göndermede bulunmaktadır. Bu durum da öznenin isteklerini, ihtiyaçlarını sürecin dışında tutan bir yaklaşımı beraberinde getirir.

Hegel katılımcı demokrasiyi, bireylerin tek tek temsil edilmesinin pek mümkün olmadığını, daha doğrusu yönetime eşit oranda katılabilmek için oy hakkının önemsiz olduğunu düşündüğünden, savunmamıştır. Hegel'in halkın seçim yaparak yönetime katılmasını desteklememesinin bir nedeni de, insanların maddesel çıkarları doğrultusunda seçim yapabileceklerini düşünmesidir. Ayrıca ona göre sadece bir yönetim mekanizması olmayan toplumsal yaşantıyı da içerisine alarak, bir bütün olan devletin geleceğini seçimlere bağlı kılmak onu rastlantısallığa mahkum etmek anlamına gelir. Hegel insanların seçimlerine güvenmediği gibi seçimlerle bir şeylerin değişemeyeceğini de düşünmektedir. Ona göre ussal bir toplum için olması gereken yönetim şekli anayasal monarşidir. Anayasal monarşiyi savunmasının nedeni belirli bir yerde nihai bir karar erkinin bulunması gerektiğini düşünmesidir. Ayrıca bu yönetimde Hegel'e göre güven ortamının sağlanabilmesi için monarkın yapması gereken sadece düzenlemelerin altına imzasını atmaktır. Çünkü burada devletle halkın seçimi ussallığın içerisinde gerçekleşeceğinden, ortada herhangi bir kişisel çıkar ya da çatışma olmayacaktır. Bireyler devletin ilkelerinde anlaşmaya vararak ve kendi tatminlerini de gerçekleştireceklerdir. Yani bireyin çıkarlarıyla devletin çıkarları ahenk içindedir. Hegel bireyle devletin ahenk içinde olabileceği noktasında oldukça iyimser düşülmüştür. Bu iyimserlikle Hegel'in felsefesi tarihteki aykırı sesleri zaman zaman bir

kenara bırakmayı yeğlemiştir. Yani "sokak gürültüsünü kendi binasının alt katında, yani sivil toplum düzeyinde bırakmaya Hegel çok özen gösterdi. Devlet düzeyinde kaygı verici hiçbir şey geçmez ve geçmez, çünkü bireyler ve devlet hep birlikte özgürlük ister ve aynı amaca yönelirler" (Planty-Bonjour 2002: 24). Tarih boyunca olumsuzlamadan söz eden Hegel, sonunda özellikle "Hukuk Felsefesinin İlkeleri"yle birlikte devlette bir uzlaşım çizgisine varmıştır. Marx'a göre bu uzlaşım, özünde eleştirel, ilerlemeci olması gereken diyalektiğin Hegel'de mistisizmle bozulduğunu göstermektedir; ancak burada unutulmaması gereken bir durum söz konusudur o da, Hegel evrensellik arayışındayken "insan"ı yok saymamıştır, o "çağrı"yı tarihselliği içinde yakalama eğilimindedir. Soyut gibi görünen "akıl"ı insanın sadece bir özelliği olmaktan çıkartarak, insanların oluşturduğu tarihe içkin olan bir kavram haline getirmiştir. Bu bağlamda insana, insanın oluşturduğu kurumlara tarihsel bir nitelik yüklemiştir.

Hegel'in isteği, hem bireylerin akılcı bir şekilde kendilerini yönetmeleri hem toplumsal sistemin akılcı olması hem de özgürlüğün bilincine varılabilmesidir. Ama elbette ki burada önceleyen ya da başat olan akılcı bir şekilde düzenlenmiş bir toplumdur.

Hegel, "Hukuk Felsefesinin İlkeleri" isimli kitabıyla toplumsal formasyonun işleyişine ve dünya tarihine önem veren, içinde bulunduğu devlet mekanizmasına dair de kaygıları olan birisi olduğunu göstermiştir. Kendisinden sonra da Hegel'i bazı noktalarda eleştiren ama yine de ondan olabildiği noktada yararlanan siyasal, toplumsal, tarihsel teorilerin ortaya çıkması da Hegel'in düşünsel gelişiminin çağın ruhunu kavramada önemli bir yere sahip olduğunu gösterir.

### KAYNAKÇA

- **BUMİN**, Tülin. Hegel' i Okumak, İstanbul: Ara Yayıncılık,1991.
- **BUMİN**, Tülin. Hegel, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, (Üçüncü Basım), 2005.
- **BUMİN**, Tülin, Hegel, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları (Üçüncü Bölüm), 2005.
- **HEGEL**, Georg Wilhelm Friedrich. Bütün Yapıtları (Seçmeler)1 ,(çev. Hüseyin Demirhan) Ankara: Onur Yayınları, 1976.
- **HEGEL**, Georg Wilhelm Friedrich. Tarihte Akıl, (çev. Önay Sözer) İstanbul: Kabcacı Yayınevi, (İkinci Basım) 2003.
- **HEGEL**, Georg Wilhelm Friedrich. Hukuk Felsefesinin Prensipleri, (çev. Cenap Karakaya) İstanbul: Sosyal Yayınları, 2004a.
- **HEGEL**, Georg Wilhelm Friedrich. Tinin Görüngübilimi, (çev. Aziz Yardımlı) İstanbul: İdea Yayınevi, (İkinci Basım) 2004b.
- **HEGEL** George Wilhelm Friedrich. Seçme Metinler, (derleyen Nejat Bozkurt), İstanbul: Say Yayınları, 2005.
- **PLANTY-BONJOUR** vd. Hegel ve Aydınlanma Yüzyılı, (çev. Hüsen Portakal) İstanbul: Cem Yayınevi, 2002.
- **YENİŞEHİRLİOĞLU**, Şahin. Birey, Toplum, Devlet İlişkileri, Adana: Ümit Yayıncılık/Uf

# Hangi "İnsan'ın Hakları?\*

Ali Şafak BALI\*\*

## Giriş

İnsan hakları kavramı, demokrasi kavramı ile birlikte özellikle son üç yüzyılın en sihirli söylemidir. O kadar ki, işlerlik kazandırmak için gerekirse savaşabilir, kan dökebilir, hatta masum insanların yaşam hakkına bile son verebilirsiniz. Böyle bir durumda ister istemez sormak gerekiyor. İnsan hakları hangi insan'ın hakkıdır? Acaba sadece demokratik bir ülkede doğmuş, beyaz renkli, Hıristiyan ya da Yahudi insanların mı? Yoksa kızıl derili, kara ya da sarı derili, Çingene, Afganlı, Ortadoğulu, Arap, Müslüman olduklarına bakılmaksızın herkesin mi? Ebu Gureyb'e ya da Guantanamo Kampı'na girmiş olmak, "insan" olmaktan çıkmış olmak anlamına mı gelmektedir? Ya da kadın, çocuk, engelli ya da işçi olmak, azınlıktan olmak insan olamamak anlamına geldiği için mi, ayrıca kadın hakları, çocuk hakları, engelli, işçi ya da azınlık hakları biçiminde hak kategorileri oluşturulmaktadır? İnsan hakları derken gerçekte ne kastedilmektedir? Başkaları tarafından bahsedilebilecek, tanımlanabilecek ya da gerekirse, ihlal edilebilecek veya geri alınabilecek "insan yapımı" yetkiler mi? Yoksa doğal, doğumla sahip olunan, başkaları tarafından gözetilmesi gerekli ve zorunlu insani varoluşun aşgari ön koşulları mı?

İnsan hakları kavramının tarihsel gelişimi ya da felsefi temellerine yönelik teorik araştırmalar bizi genellikle İlk Çağlara geri götürmekte, insanın doğuştan sahip olduğu

tabii haklar fikrinin İlk Çağlardan beri dile getirildiğine dikkat çekilmektedir. Ancak bu, eğer bilgisizlikten kaynaklanmıyorsa en hafif söyleyişle, ciddi bir yanılgı, aksi takdirde kasıtlı bir saptırmadır. Bu kısa bildiride, bir taraftan bu iddiayı temellendirmeye çalışırken, diğer yandan, asıl mesele olarak "çağdaş insan hakları söylemindeki "hak" kavramının gerçek anlamda bir "insan hakkı" niteliği taşıyıp taşımadığını ele alacak ve bu bağlamda hak süjesi olarak reel bir "insan"dan söz edilip edilmediğini gösterme gayreti içerisinde olacağım.

## İnsan hakları derken?

İnsan hakları dediğimizde acaba tam olarak ne kastediyoruz? Sanırım öncelikle bu ontolojik sorunu çözümlememiz gerekecek. Bu çözümleme çabası ise, eğer ciddi entelektüel bir kaygı taşıyorsak, ya bilimsel bir düzlemde, insanlık tarihinin reel verileri çerçevesinde ya da felsefi/metafizik bir zeminde tamamen akli soyutlama ve mantıksal analizler biçiminde gerçekleştirilebilir.

Bu analiz tarzlarından hangisinin insan hakları sorunsalını çözümlemek konusunda elverişli olduğu meselesi başlı başına bağımsız bir metodolojik tartışmayı zorunlu kılar. Ancak burada böyle bir tartışmaya ana hatlarıyla bile olsa değinmek imkânı yoktur. Her iki analiz yöntemi de kendilerine özgü avantaj ve dezavantajlara sahiptir.

\* Bu metin 13-17 Eylül 2010 tarihinde HFSA - İstanbul Barosu tarafından İstanbul'da yapılan "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- V" Sempozyumu'nda aynı adla sunulmuş ve sonrasında Ali Şafak Balı, Hukuk Toplum Siyaset Üzerine Söyleşiler (Konya 2011) ismini taşıyan kitapta yayınlanmıştır.

\*\* Prof. Dr., Afyon-Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Peki, biz bu metodolojik sorunu nasıl aşacağız? İnsan hakları derken ne kastedildiğini, şüpheye yer bırakmaksızın nasıl kavrayacağız? Tahmin edilebileceği gibi bu soruya, bir çırpıda herkesi ikna edilecek bir cevap verebilmek imkânsızdır. Bununla birlikte ister istemez, bu çalışmada, bu sorunu aşmak bir zorunluluktur. Bu açıdan, hemen şu anda belirli bir yönteme ilişkin tercih belirterek, onu meşrulaştırma çabası yerine, doğrudan doğruya bizi şüpheden arındırarak kaldıracak bazı somut saptamalarla işe girişebilir; sonrasında gerekirse felsefi/metafizik betimlemelerle bu saptamalarda elde ettiğimiz bulguların mantıksal tutarlılığını test etmeyi deneyebiliriz.

“İnsan hakları nedir?” diye sorduğumuzda aslında “insan nedir?” ve “hak nedir?” gibi iki temel ontolojik sorunla karşı karşıyayız demektir. Bu iki ayrı kavramın birlikteliği bizi öncelikle şu tür soruların cevabını düşünmeye zorluyor: Hak, sadece insana özgü bir durum, insani bir nitelik midir? Eğer, insan dışında varlıklar da (örneğin hayvan hakları, çevre hakkı söylemlerinde olduğu gibi) hak sahibi, hakların öznesi olabiliyorsa, o zaman insan hakları kavramındaki “hak” algısı ile örneğin hayvan hakları kavramındaki “hak” algısını bir ve aynı şey olarak kabul etmek mi gerekir? Eğer bu mümkün değilse, “hak” kavramının gerçekliğinden ve geçerliliğinden derin bir şüphe duymak gerekmez mi?

Şimdi bütün bu ve benzeri etimolojik ve epistemolojik soruları da aklımızda tutmaya çalışarak “insan” ve “hak” kavramlarına ilişkin bazı tarihsel/sosyolojik/antropolojik tespitlerle işe başlayabiliriz.

### **Hangisi: Hak mı Yükümlülük mü?**

Bu bağlamda ilk ve en önemli tespiti-  
miz, tarihin ilk dönemlerinde bugünkü anlamda bir hak ve özgürlük anlayışının bulunmasının imkânsız olduğuna ilişkindir.

İlk insandan başlayarak insan ve toplum yaşamına egemen olan normatif anlayışlar (mitolojik söylem, dinsel inanış ve felsefi düşünceler) insanların bir takım haklara sahip olduğunu değil aksine, pek çok ödev ve yükümlülük sahibi olduklarını göstermektedir. İnsan ve toplum yaşamını düzenleyen, başta dinsel kurallar olmak üzere, tüm düzen normları, öncelikle insanların kendilerine yönelerek bizzat neyi yapmaları, nelerden kaçınmaları gerektiğini söylemiştir. Hatta daha ziyade yapmamları gerekenler, yani yasaklar, İlk Çağ'dan beri, tüm toplumsal düzenin ve hatta hukuk sistemlerinin de temel dinamiği olmuştur. Bu çerçevede ilk insanların başkalarından talep edecekleri haklarla donatılmış olduklarından değil, kendi dışındaki varlıklara karşı hangi ödev ve yükümlülüklerle donatılmış olduklarından söz etmek tarihsel realite ile daha uyumludur. Zaten mantıksal olarak da, İlk Çağ insanına, sadece insan olarak doğmuş olduğu için bazı temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunun söylenmiş olması ve bu haklarının diğer kabilelerin savaşçılara, doğaya ve yırtıcı hayvanlara karşı ileri sürebileceğinin hatırlatılmış olmasının ne bir anlamı ne de gerçekliği olabilirdi. Zira ortada bu hak ve özgürlükleri teminat altına alacak, bugünkü anlamında, kolektif bir otorite yoktur. Makul olan İlk Çağ insanına hayatta kalabilmek için neler yapması ve nelerden kaçınması gerektiğinin bildirilmiş olmasıdır.

Kısacası bugün “yaşam hakkı” dediğimiz şey özü itibarıyla insanoğlunun hayatta kalabilmek için yapması ve yapmaması gereken şeylerin, yani imkânlarının bir toplamıdır. İnanışlar ve ahlaki düşünceler çerçevesinde ve tarihsel realite dikkate alındığında insanoğlu, Tanrı başta olmak üzere, birilerini kızdırmadıkça, mevcut tehdit ve tehlikelere karşı kendisini koruyabildiği sürece hayatta kalma, yani yaşam hakkına sahip olabilmıştır. İlk insanla birlikte, kendisi herhangi bir katkı sağlamasa

da, insanın yaşam hakkını garanti edecek, onun insan onuruna uygun bir yaşam sürmesini temin edecek bir devlet ya da güvenlik mekanizmasının olduğunu söylemek mümkün değildir.

Kısacası, insan herhangi bir hakka sahip olduğunu ileri sürecekse, önce bunu hak edecek biçimde davranmalı, ahlaki ödev ve yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Sadece muhatabına değil, aynı zamanda ve öncelikle hamisine de ödev ve yükümlülük yüklemeyen herhangi bir hakkın varlığından söz edilemez. İşte salt bu nedenle bile insanların intihar etme hakkına sahip olduğunu söylemek zordur.

Bunun anlamı, insanlık tarihinde “ödev ve yükümlülüklerin” “hak ve özgürlüklerden” önce gelmekte olmasıdır. Ödev ve yükümlülükler hakkın mahiyetini ve kapsamını belirlemektedir. Böylelikle, hakkın sınırlanıp sınırlanmaması değil, insan olarak birbirimize karşı ahlaki yükümlülüklerimizin nereye kadar uzanıp uzanmadığı, özetle diğerlerine karşı sorumluluğumuzun alanı ve kapsamı daha önemli hale gelmektedir. Oysa biraz sonra da değineceğimiz gibi, bugünkü hak ve özgürlük anlayışı çerçevesinde sıradan vatandaş, herhangi bir insan olarak kendimizi, ne özgürlüklerimizi “hak etmek” ne de başkalarının hak ve özgürlüklerini elde etmelerine yardım etmek gibi ahlaki bir sorumluluğa sahip olarak görürüz. Hak ve özgürlükler insanların birbirlerine karşı sorumluluk altına girdikleri bir ahlaki yükümlülük olmaktan ziyade kamusal (devlet) ya da sivil (sivil toplum örgütleri, yardım kuruluşları) organizasyonlardan talep edilebilecek hukuksal yetkiler olarak görülmekte ve tanımlanmaktadır. Bu açıdan geleneksel ifadesindeki “komşuluk hakkı” aslında tarihsel realiteye paralel gerçek bir hak anlayışını çağrıştırmakla birlikte, modern hak ve özgürlük söyleminin hiçbir yerinde yer almaktadır.

### Hangi insan?

İkinci tespitimiz, günümüzde, hak ve özgürlükler söyleminin öznesi olarak “insan”ın birey olarak nitelendirilmesine karşılık, İlk ve Orta Çağ felsefi düşüncesi ve dinsel inanışlarına içkin olan “insan” gerçekliğinin bununla örtüşmediğidir. Arkeolojik kazı bulgularıyla da desteklenen tarihsel sosyolojik ve antropolojik bilgilerimiz insanlığın tarihin her döneminde her zaman topluluklar halinde yaşadığını ve kendisini genellikle sosyal bir kimliğe ait hissettiğini göstermektedir. Felsefi düşünceler ve doğal olarak dinler de Reform ve Rönesans’a kadar insanın hep sosyal bir varlık olduğu gerçeğini vurgulaya gelmişlerdir. İşte bu nedenle bugünkü insan hak ve özgürlükleri söylemi içerisindeki “insan” ile tarih boyunca karşımıza çıkan ve bugün hala varlığını sürdüren gerçek “insan” aynı kimseler değildir.

Zaten, kim ne derse desin, bugün insan hakları denildiğinde anlaşılan “şey”in tarihinin çok eskilere gittiğini, İlk Çağlardan beri var olduğunu gösterebilecek hiçbir nesnel veriye rastlamak olanağı yoktur. Bugünkü anlamındaki “insan hakları kavramı” kabaca, 16 yüzyılın sonlarından itibaren başlayan dinsel otoriteye karşı sivil otorite arayışları çerçevesinde üretilmiş bir farazi toplum düzeninde sahip olunacağı varsayılan hukuksal nitelikli yetkilere karşılık gelmektedir. Hiçbir manevi dinamiği, dinsel ya da etik dayanağı bulunmamaktadır. Sadece pragmatik sebeplerle mevcut şartların gerektirdiği hümanist bir çözüm aracı olarak düşünülmüş, akıl aracılığıyla üretilmiş ve insanları, geleneksel değerlerinden neden vazgeçmesi ve çağdaş sistemlere destek vermesi gerektiği konusunda ikna etme aracıdır. Oysa gerçekte, devleti yüceltirken, insanı bu yeni devlete yaraşır özel bir kalıba sokma telaşındır. Bunu insan haklarıyla ilgili her çabanın arkasında görmek mümkündür. Örneğin: İnsan Hakları



Başkanlığı'nın yayınladığı "İnsan Hakları Nedir?" başlığını taşıyan kitaba yazdığı sunuş yazısında zamanın Adalet Bakanı (Cemil Çiçek) aynen şöyle demiştir. "Onurlu, eşit ve özgür bir yaşamın vazgeçilmez koşullarını ifade eden insan hakları günümüzde tüm dünyanın kabul ettiği, evrensel ahlaki bir değerler bütünü; adil, meşru ve uygar bir devlet ve toplum yönetiminin vazgeçilmez kriteridir." ... "insan hakları devletin sosyal ve hukuk devleti nitelikleri ile yakından ilgilidir. Hatta denilebilir ki sosyal hukuk devletin temelidir."<sup>1</sup>

Evet, kesinlikle devlet ve toplum yönetiminin vazgeçilmez dayanağıdır. Zira eğer "insan haklarına saygılı ve/veya dayanan" bir hukuk sistemi olmaksızın ne meşru bir yönetim ne de (bırakın uygar olup olmasını) herhangi bir devletten söz etme olasılığı vardır. Bu anlayış, aynı kitapta Editörlerin kaleminden daha açık biçimde şöyle dile dökülmüştür. "İnsan haklarını insan onurundan kaynaklanan siyasi talepler olarak da ifade etmek mümkündür. Çünkü insan hakları bireyin bilhassa devlet karşısında ileri sürdüğü ve ondan ihlal etmemesini istediği haklardır. Buna göre, devletin varlık nedeni, bireyin doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri güvenceye almaktır."<sup>2</sup>

Yani kısacası, insan hakları kavramı gerçekte, çağdaş toplum üyelerini, sıradan insanları güvenceye kavuşturmadan önce ve daha önemli olarak çağdaş devletlerin garantisi olmakta, onun varlık sebebi haline dönüşerek meşru bir güç tekeli olmasını sağlamaktadır. Arkasında insan haklarına atıfta bulunan bir hukuk sistemi güvencesi olmaksızın herhangi bir siyasal kurumsallaşmayı her ne kadar devlet görünümünde varlık bulmuş olsa da "çağdaş bir devlet"

olarak nitelendirmek söz konusu bile değildir. Sadece kaba bir güç niteliği taşıyabilir ve dolayısıyla, Taliban Afganistan'ı ya da Saddam Irak'ında olduğu gibi, dış müdahalelere açık hale gelir.

Söylemeye çalıştığım şey şudur: Çağdaş insan hakları söylemi, gerçekte sıradan bir insanın hak ve özgürlüklerinin garantisi olmaktan ziyade, onun doğuştan itibaren sahip olduğu en doğal haklarını kullanma konusunda başka iradeleri (devleti) tek yetkili kılmanın söylemidir. Eğer bu söylem olmasaydı, bugün hakların tanıyıcısı, koruyucusu, sınırlayıcısı, kısacası asli sahibi olarak devletten söz etmezdik.

Çağdaş insan hakları söylemi sadece çağdaş devleti inşa etmekle kalmamış, çağdaş ideolojileri de dayatmanın en elverişli aracı olmuştur. "Özgürlük" söylemi ile liberal/kapitalist ideoloji, "eşitlik ve insanların kardeşliği" sloganlarıyla da sosyalist/komünist ideoloji hayata geçirilmiştir. Her ikisinde de gerçek bir insandan söz edilmemektedir. Birisinde sosyal bağlarından arındırılmış, bireyselleştirilmiş insan, diğerinde bireyselliğinden soyutlanmış, komünleştirilmiş insan.... Her iki tanımlama da rasyonel soyutlamalardır ve gerçek insanla bir ilgisi yoktur.

Bu soyutlamaların temelinde On yedinci Yüzyıl rasyonalist felsefesini bulmak mümkündür. Dinin etkinliğinin ortadan kaldırıldığı, monarşilere son verildiği bir dönemde inşa edilecek yeni toplumsal modellerin meşruluğunu sağlamak için insanın aklına hitap etmek, böylece onu, artık bir tebaa olmadığına ve aynı zamanda da herhangi bir otoritenin hegemonyası altına girmediğine inandırmak için böyle bir söyleme ihtiyaç duyulmuştur. Bu söylem

1 Ahmet UZAK / Mehmet ALTUNTAŞ (Editör), *İnsan Hakları Nedir? TC Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Yayını, Ankara 2007, s. 7*

2 *Bunu şöyle de okuyabiliriz: İnsan hakkı insanın, insandan talep edeceği bir şey değildir ve devletin varlık nedeni de bu türden temel hak ve özgürlüklerin varlığıdır. (Bkz. Uzak - Altuntaş)*

ise, toplum ve devletin varoluşunu, yetki ve otoritesini, kısacası meşru bir güç tekeli oluşunu geleneksel ve dinsel temelden arındırarak, rasyonel/felsefi bir zemine yerleştirmek üzerine kurulmuştur. İlk bakışta, bu konudaki tüm yetkiyi, mili egemenlik ve halk egemenliği gibi farazi söylemlerle toplum ya da halka devreden bu yeni yaklaşım gayet olumlu görülebilir.

Ancak, salt dinsel ve ahlaki temeller sarsılmakla yetinilmemiş, insanlık tarihi de görmezden gelinmiş, realiteyle hiç ilgisi olmayan tamamen farazi bir meşrulaştırma çabası haline dönüşmüştür. Hepimize yıllarca ezberletilen, sosyal sözleşmecî yaklaşımları burada uzun uzun tekrar etmenin bir gereği yoktur. Yalnızca bu teorilerin arkasında hiçbir tarihsel gerçeklik bulunmadığını söylemekle yetinebiliriz. Burada asıl hatırlamamız gereken ise, bu yaklaşımların ortaklaşa yapmaya çalıştığı şeyin, insan hakları kavramını icat etmenin yanı sıra, siyasal toplum, devlet ve hukuku bu farazi kavram üzerine temellendirmiş olmaları gerçeğidir. Bu arada temel rol insana biçilmiştir. İnsan bu çağdaş kavramların en önemli dolgu malzemesi olarak kullanılmıştır. Kurulan yeni toplumsal sistemlerin ayakta kalabilmesi, o toplum üyelerini belirli bir kalıba sokmakla mümkün olabileceği için, siyasal toplum, devlet ve vatandaşlık gibi kavramlar üretilmiş ve her siyasal toplum, ulus-devlet kurgusu çerçevesinde, kendi vatandaşını tanımlamıştır. Bu yeni insan tipi, belirli bir ideolojinin sadece sempaticanı değil aynı zamanda despotikçisi ve taşıyıcısı da olmak zorundadır.

İşte çağdaş hak ve özgürlük söyleminin özünde tam da bu ideolojik anlayış yatmakta, her siyasal rejim kendi ideolojisine payandalık yapabilecek insanları, başta vatandaş saymakta ve onlara belirli hak ve özgürlükler tanımaktadır. Peki ya “vatandaş” olmayan, vatandaş olduğu halde rejimin değerleri ile uyuşmayan insanlar da,

bu 17. Yüzyıl sonrası insan hakları savunucularınca, aynı hak ve özgürlüklere sahip olarak görülmüştür denilebilir mi?

Sanırım bu soruya aradan geçen üç yüzyıldan fazla zamana rağmen hala olumlu bir cevap verebilmek imkânımız yoktur. Günümüz hak ve özgürlükleri söylemindeki haklar, “tarihin sonu” geldiğinden beri özellikle bireye ait yetkiler olarak görülmektedir. Hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda “insan” kavramı bile artık neredeyse tedavülden kalkmak üzeredir.

Özetle günümüz insan hakları söyleminin muhatabı insan, siyaseten tanımlanan, bütün duygusal ve ahlaki sosyal bağlarından koparılmış, içi boşaltılmış bir kavram olarak insan, yani bireydir. Böyle olmadığında hak öznesi olabilmesine de olanak yoktur. İşte bütün bu sebeplerle diyebiliriz ki günümüzde kadınlar insan değildir, yaşlılar insan değildir, çocuklar insan değildir, engelliler, işçiler insan değildir... Zaten bu yüzden değil midir her geçen gün, kadın hakları, çocuk hakları, yaşlı hakları, engelli hakları ya da işçi hakları gibi yeni hak kategorileri oluşturulması. Eğer bu statülerdeki insanlar da insan hakları kavramındaki hakka sahip olan, yine aynı kavramdaki insan olsalardı, neden ayrı bir hak kategorisine ihtiyaç duyulurdu acaba...

### Sonuç

Sonuç olarak, bugün insan hakları dediğimizde, doğumla sahip olunan, başkaları tarafından gözetilmesi gerekli ve zorunlu insanı varoluşun asgari önkoşullarından söz etmediğimiz gibi, insan haklarının öznesi olabilmek için insan olarak doğmuş olmayı bile yeterli görmüyoruz. Ayrıca belirli bir coğrafyada doğmuş/doğmamış olmak, belirli ideolojik kavram ya da yaşam biçimlerini benimsemiş olmak, belirli dilleri konuşmak/konuşmamak, hatta belirli bir renkte olmak/olmamak, belirli dine mensup olmak/olmamak gibi ilave nitelik-

lerin insan haklarından yararlanma konusunda ayrıcalıklı ya da dezavantajlı konum sağlamakta olduğunu gözlemliyoruz.

Bütün bunların ötesinde çağdaş insan hakları söylemi, bireylere insan olmanın asgari gereklerini yerine getirmek, getirmemek, ahlaki bir kişiliğe sahip olup olmamak konusunda herhangi bir sorumluluk yüklememekte, ona sadece talep edebileceği haklar e özgürlüklerle donatılmış olduğunu hatırlatmaktadır. Bu ise hakların fiilen kullanılabilirliğini sağlamak, onları güvenceye almak bakımından, insan-dışı bir varlığı, yani devleti zorunlu kılmakta,

böylece bireyi haklarını elde etmek bakımından devlete muhtaç hale getirmektedir. Oysa her birey, salt kendi hak ve özgürlüklerini talep etmeyi düşünmezden önce, başkalarının haklarını ihlal etmemek ve onlara saygılı olmak konusundaki ödev ve yükümlülüklerini yerine getirdiğinde, başka bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmaksızın insan haklarının en geniş biçimde hayata geçmesi mümkün olacaktır. Zira her birey, ahlaki kişiliğinin gereği olarak diğer insanlara karşı sorumluluklarını, ödev ve yükümlülüklerini yerine getirdiğinde, hiç kimse bir başkasından hak talep etmek zorunda kalmayacaktır.

# Hukuk ve Adalet Estetiği Üzerine Bir Deneme

Zehra Gönül BALKIR\*

“Dünyayı güzel kurtaracaktır” der,  
Dostoyevski .  
Ona göre; güzel insan, yaşam için bir  
zorunluluktur.<sup>1</sup>

## Giriş

Çağdaş dünyada hukuk sistemlerinde yaşananlar, ülkelerin hukuk ve yargı sistemlerinin birbiriyle rekabete sokulduğu yargının yargılama faaliyetlerinin ticaretinin yapıldığı bir döneme girildiğini göstermektedir.

İnsan yaratımının ürünü olan hukuk ve estetik bilimleri; insan, birey, toplum ve kurum ilişkilerine yönelik bilgi dalları arasındaki ilişkileri değerlendirmektedir. Hukuk, adalet ve estetikten oluşan bilgi alanlarında; işbirliğine esas alınmak üzere, hukukla estetik bilimi ve bilgi dalları arasında nasıl bir ilişki var olabilir? Hukukla estetik dalı arasında; nasıl, daha anlamlı ve işlevsel bir ilişki kurulabilir?

Hukuk ve estetik, adalet ve estetik gibi değişkenler arasında gerçekten bir ilişki olabilir mi ya da tutarlı bir bağlantı kurulabilir mi? İlk belirleme, hukuk ve estetiğin her ikisinin de insan davranışlarına yönelik birer tasarım olduğu ve her iki bilim dalının da bir yaratma eylemini gerçekleştirdiklerini gösteriyor.

Hukuk ve hukuk yargılamasında yaşananlar, doğal olarak iyi ve doğru hukuka olan talep ve arayışları arttırmıştır. İyi ve doğru hukukun yaratılması ya da daha güzel bir hukuk düzeni için, en azından olması gereken olarak; daha kesin ve be-

lirli bir değerler sistemi kurgulanamaz mı? Hukuksal standartları daha belirgin hale getirilmiş, kurallaştırılmış bir hukuksal değerler sistemi ve ölçütlerinin tasarlanıp kavramsallaştırılmasının zamanı çoktan gelmiştir.

Değerlerimizi, hangi ölçüye göre kuruyoruz? Bu ölçünün kökeni nedir? Her an güzel çirkin hoşuma gidiyor ya da hoşuma gitmiyor gibi; değer yargısı vermekteyken, bu yargıların kökenini biliyor muyuz?<sup>2</sup> Değerler sistemi ve değer ölçütü kavramları, bizleri güzel kavramına ve estetik bilimine ulaştırmaktadır. Hukuk ve adalet estetiği üzerine yeni bir sorgulama yaratarak, bir sorular demeti ortaya koymak, yeni düşünsel alanlar yaratmak gereksinimiyle, hukuk ve estetik alanları arasında bir arayüz oluşturulmasına çalışamaz mıyız?

Hukuk ve estetik alanlarında yaratılmak istenen, bu arayüz; belki de, ileride yeni bir ütopya tasarımı ve hukuk güzellemesi yaratabilir. Hukuk ve adalet estetiği üzerine yapılan bu deneme, gerçekte bir hukuk ve adalet güzellemesi özlemi ve talebidir. Bu talep ve denemenin başlangıcındaki en temel varsayım; denemenin tamamının, hukuk güzellemesine tutkun idealist bir doğal hukukçu gözüyle tasarlanmış olmasıdır. Öte yandan hukukla estetik arasın-

\* Prof. Dr. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı.

1 Timuçin, A, *Estetik*, s.24.

2 Hirsch, E, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Derstleri*, Ankara 1996, s.65.

daki olası ilişkiyi sorgulayan, bu çalışma ilişkisel bir araştırma niteliği taşımaktadır. Her çalışmada yer alan kısıtlar, burada da söz konusudur. **Çalışmada öncelikle**, hukuk ve estetik bilimlerinin ortak noktaları ortaya konacak ve daha sonra hukuk ve estetik ilişkisinin değer ve değer yargıları bağlamında birbiriyle ilişkilendirilmesine çalışılacaktır.

### Güzelin Bilimi Olarak Estetik

Estetik, güzelin bilimidir<sup>3</sup>. Estetik, bir öngörü<sup>4</sup> olarak; genel bir beğeni düzeni ve bu beğeniye, somutlaştıran ya da somutlaştıracak olan kurallar dizgesidir<sup>5</sup>. Estetik, özgün bir tasarlama biçimi olarak, kendine özgü değerleri olan bir yeniden tasarım ve birleştirme biçimidir.

Estetik, gerçekliğin sanatsal bir özüm-senmesi olarak da kabul edilebilir<sup>6</sup>. Estetik değerlendirme ve yargıların, öznel mi; yoksa, nesnel yargılar mı olduğu çok tartışılır. Bu bağlamda estetik, bir bakış biçimidir<sup>7</sup>. Estetik nesnel, bütünleşmiş bir yaşantıyı ifade ederlerken; estetik nesne, verilmiş bir şey değil, kurulmuş bir şey ve gerçekliktir. Durağan değil dönüşen kavramlar olarak estetik nesnel, duyguları ifade ederler. Estetik yaşantı, bir değer in üstünde odaklanmış bir değer takdir etmedir<sup>8</sup>. Estetikte her konu ve sorun, güzelle ilgili olup estetik, güzelin bilgisidir<sup>9</sup>.

Çağdaş estetiğin bildirisi, 18. Yüzyılda yaşamış olan alman filozof Baumgarten'de ortaya çıkmıştır. Ona göre estetik, "Güzel üzerine düşünme, onun ne olduğunu araştırma sanatıdır."<sup>10</sup> Baumgarten, estetiğin

bir bilim olduğunu söylerken estetiği mantığın bir alanı saymış ve estetikle mantığın benzer yasalarını araştırmıştır. Ona göre estetik; mantığın küçük kız kardeşi olarak, güzelin yasalarını ortaya koymakla yükümlüdür<sup>11</sup>.

Kant'tan bu yana, haz duygusunun bir teorisi olarak estetik bir zevk ve bir beğeni yargısının teorisi, bir algı teorisi olarak karşımızdadır. Seyredilen ve farkında olan olarak, estetik algı teorisi; daha bütünsel ve insani açıdan, daha derin bir anlatım formu yaratabilir.

Sanat ve sanat eseri açısından yaratılan, kendisini seyredenden; duygu planında bir taraf tutma, bir özden bağlılık bekler. Estetik duygunun analizinden belki de insanın daha derinden bilinmesini sağlayacak bir metot yaratılabilir. Değer yargılarının temellendirilmesi, estetik nesnel varoluşsal olanaklarını ifade ederler. Estetik, duygu, duyum, değerler ve duygu ile algılamak anlamında; duyguların, duygusallığın sağladığı bilgilerin bilimidir. Estetiğe bazıları sanat felsefesi, bazıları da güzellik felsefesi derken kavramın başlangıçtaki anlamı ve algısı çağdaş dünyada alabildiğine genişlemiş; her algının, bir estetik değerinden bahsedilir olmuştur.

Son dönemde estetik kavrayış, anlamsal bir kavrayışa dönüşmüştür. Estetiğin kavramsal içeriğinin; daha da genişletilerek, estetiğe yeni bir tanım getirmek mümkün olabilir. Böyle bir tanımla; estetiği, uyum felsefesi ve bir değerler sistemi olarak yeniden kurgulamak gerekebilir. Ger-

3 Timuçin, A., *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul 1994, s.121.

4 Jimenes, M., *Estetik Nedir?*, İstanbul 2008, s. 144.

5 Timuçin, A., *Estetik*, s.129.

6 Ziss, A., *Estetik*, İstanbul 1984, s.167.

7 Timuçin, A., *a.g.e.*, s.16.

8 Honer, S.M., Hunt, T.C., Okholm, D.L., *Felsefeye Çağrı*, İstanbul 2003, s. 349.

9 Timuçin, *a.g.e.*, s.57.

10 Timuçin, *a.g.e.*, s.32.

11 Timuçin, A., *Felsefe sözlüğü*, s.120.

çekten estetiğin en temel kavramı, güzellik olduğundan; güzellik felsefesini, güzele uyum felsefesi olarak tanımlamak mümkündür.

### **Estetik Bir Değer Olarak Güzel Kavramı**

Felsefede güzellik Platon'la başlamıştır. Platon'a göre; güzellik, her zaman ve her yerde geçerli olan mutlak güzellik olarak zaman ve mekân dışıdır. Aristoteles'e göre güzellik, ahenk ve uyum olarak bir bütünü meydana getiren unsurların, birbiri ile uyumudur. Aristoteles güzelliği, adeta matematik olarak değerlendirir<sup>12</sup>.

Alman filozofu Kant, güzeli bir estetik değer olarak hoş iyi doğru ve yararlıdan ayırarak sanat güzelliği ile tabiat güzelliğini birbirinden ayırır. Tabiat güzelliği, tabiatın bir maddede amacına ulaşmasıdır ve bu güzelliğin belli kuralları vardır. Sanat güzelliğinde, hoşaya gitme ve ruhta estetik duygu yaratma amaçlanır<sup>13</sup>.

Croce, sanatı, sanatçının zihin durumunun dışı vurumuyla görünür hale gelmesi olarak tanımlar<sup>14</sup>. Sanatın işlevi, farkındalığı genişletip zenginleştirmek, yeni anlamlara ve özgün görülebile biçim kazandırmaktır<sup>15</sup>. Voltaire, "Sanatların gizi, doğanın eksikliğini kapamaktır." derken<sup>16</sup>, şimdilerde; sanat, güzelin özgül bir alanıdır. Yaşam, güzel ve çirkin kapsadığı halde sanatta her şey güzeldir. Shiller'e göre; güzel, akılsal ile duyusalın iç içe geçmesidir<sup>17</sup>. Keats ve Hegel'e göre; güzellik, duyulur biçime girmiş gerçekliktir<sup>18</sup>.

Shiller'e göre güzelliğin bir akıl ve bir de duygusal yanı olup güzellik aklın duyguları şekillendirmesidir. Alman İdealistlerinden Shelling'e göre ise; subjektif ve objektif zıtlıkların kalktığı esere yansıyan şey güzelliktir. Hegel'de güzellik yeneden "ide" seviyesine yükselirken ide, hem doğru ve hem de güzeldir<sup>19</sup>. Hegel'e göre; "ide", biçimlendirilmiş gerçeklik olarak ülküselin anlatımıdır<sup>20</sup>.

Hegel, somut bütünlük olarak ide'nin kendisini ele alırken, ide'yi ayırmanın, özgülleşmenin ve belirliliğin ilkesi ve ölçütü kabul eder. Bu bağlamda belirlilik, görünüye veya görünüşe açılan köprüdür<sup>21</sup>. Vischer, estetiği güzelin bilimi olarak kabul ederken, güzeli idenin görünüşe çıkması ve duyular tarafından algılanır hale gelmesi olarak tanımlamaktadır. İde ile görünüşü arasındaki uyum güzeli, uyumsuzluk çirkinliği ortaya çıkarır<sup>22</sup>.

Varoluşçu filozof Martin Heidegger'e göre; güzellik varlığın aydınlanmasıdır, doğruluktur. Croce, konuyu estetik bakış açısından ele alırken; güzelliğin kaynağını, insanın kendi iç dünyasına taşır. İnsanın çevreye bakışı, onun psikolojik durumu, yaşı, mesleği, ümit ve hayalleri estetik bakışına etki etmekte onun güzeli güzel veya çirkin olarak görmesine neden olmaktadır. İdealist estetiği göre; sanat güzelliği yani insan yaratımı, doğa güzelliğinden üstündür ve insan yaratım ve ürünlerini ele aldığı oranda güzelliği yüceltir<sup>23</sup>.

12 Cuvillier, A., *Felsefe Yazarlarından Seçilmiş Metinler*, Ankara 2005, s.412.

13 Cuvillier, a.g.e., s.418.

14 Honer, Hunt, Okholm, a.g.e., s. 357.

15 Honer, Hunt, Okholm, a.g.e., s. 365.

16 Timuçin, *Felsefe Sözlüğü*, s.257.

17 Kula, O. B., *Hegel Estetiği ve Edebiyat Kuramı*, İstanbul 2011, s.39.

18 Honer, Hunt, Okholm, a.g.e., s. 351.

19 Jimenes, M., *Estetik Nedir?*, İstanbul 2008, s. 143.

20 Kula, a.g.e., s.47.

21 Kula, a.g.e., s.48.

22 Timuçin, *Estetik*, s.126.

23 Cuvillier, a.g.e., s.450-451.

Sanat, insan bilincinin kendi içinden çıkıp belli bir nesnede yoğunlaşmasıdır. Gerçekten sanatçı yaratırken, kendini aşar. Kendi bilincinden çıkıp bir nesnede yoğunlaşarak odaklandığı nesneye kendini tamamen ve karşılıksız olarak adayarak onunla özdeşleşir<sup>24</sup>.

Aristoteles'e göre güzeli belirleyen ölçü, bizzat insanın kendisi ve kendi oranlarıyla olanakları ve bu çerçevede gerçekliği algılayışıdır<sup>25</sup>. Güzel, insana estetik heyecan verendir. Güzel değer yargıları; iyi kötü, doğru yanlış ve güzel çirkin olmak üzere; üç temel normatif kavramdan, birisini oluşturur. Nitekim Kant; güzeli, evrenselle ve kavramsız olarak, hoş giden olarak tanımlar. İyi ve kötü, nasıl etkinlik alanında ve doğru ve yanlış nasıl zekâ alanında uygulanıyorsa güzel ve çirkin de duygusal dünyalık alanında geçerlidir<sup>26</sup>.

Çirkin, uyumsuz olan, biçimsiz olan, uyarsız ve hoş gitmeyendir. Yeniçağa kadar çirkin, estetik dışı kabul edilirken, estetik kavrayışta güzel çirkin ayırımı yapılmıştır. Bugünkü estetik anlayışta artık böyle bir ayırım söz konusu değildir. Çirkin, güzelin bir başka görünümü ve güzelin tümleyenidir. Çirkin güzeli sezdirdiği oranda, bu bağlamda özel bir anlam ortaya koyduğu oranda güzelle bütünleşir<sup>27</sup>.

### **Estetik Yargılama Değeri Olarak Güzellik Kavramı**

Estetik, güzelin bilimi olarak özellikle güzel sanatlardaki güzelle ilgilenirken, güzellik, zevk ve estetik yargılamanın standartlarının incelenmesini içerir. Eski güzel kavramı, plastik bir anlam taşıırken; bugü-

nün estetiği ya da güzeli artık doğrudan anlamla ilgili bir kavrama dönüşmüştür<sup>28</sup>.

Güzel kavramı, gerçekliğin derli toplu bir görünümünü ortaya koyar. Doğadaki güzelle estetikteki güzeli doğadaki çirkinle estetikteki çirkinle birbirinden ayırmak gerekir. Doğal düzende türünü en iyi temsil edene verdiğimiz güzel sıfatını, estetikte daha çok anlam olarak kullanmaktayız.

Çağdaş estetiğin çirkinini, ne kadar değişik anlamlara gelse de uyumsuz olan ve istenmeyendir. Bayer, şöyle der: "Güzelin karşıtı olan çirkin özü gereği olumsuzdur, çirkinde özden bir yetersizlik, teknik amaçlarla sonuç arasında bir uyumsuzluk, biçimsel bir oransızlık vardır. Çirkin, güzelin karşıtı olarak biçimsiz olandır, uyumsuz olandır, yapısında tutarsızlık bulunan, kendi türünün yetkin özelliğini göstermeyendir."<sup>29</sup>

Güzel, estetiğin temel alanı olduğu için güzelden ayrılabilen tek bir estetik olay veya değer yoktur<sup>30</sup>. Bir değer olarak ortaya çıkan güzel bizi dünyaya bağlar ve dünyayla bütünleştirir. Estetik değer, insani tutarlılıkta belirirken, insani bir tutarsızlıkta yitip gider<sup>31</sup>.

### **Hukukun Değeri Analizi**

Hukuk kurallarının amacı, toplum yaşamının sosyal ilişkilerini belirlemektir. Hukuk ereği, toplumsal gereksinmelerin adalete uygun biçimde düzenlemesidir. Toplumsal yaşamın gereksinmelerini karşılama amacı, hukukun maddesel yönünü oluşturur. Hukuk toplumun gereksinmelerinin biçimsel olarak düzenlemek ve bu düzenlemeleri; adalet düşünce ve duygu-

24 Timuçin, *Estetik*, s.46.

25 Ziss, **a.g.e.**, s.173.

26 Tokathı, A., *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul 1973, s.165.

27 Timuçin, *Felsefe Sözlüğü*, s.67.

28 Jimenes, *Estetik*, s. 143.

29 Timuçin, *Felsefe sözlüğü*, s.66.

30 Ziss, **a.g.e.**, s.171

31 Timuçin, *Estetik*, s.57.

larına uygun olarak, yapmak zorundadır. Hukuk, adil kurallarla; adalet ve toplumsal güvenliği sağlamalıdır<sup>32</sup>.

Hukuk, ahlaki bir norm olarak adalet değerini esas alırken; evrensel insan davranışı eylemiyle arka planıyla zihinsel olan değerlerle bağlantılı bir yargılama yaparak, insan davranışlarını ve eylemlerini değerlendiriyor<sup>33</sup>. Bu değerlendirme biçim ve sonucuna göre; bir dil, kullanıyor. Hukuk tarihi ve hukuk felsefesi, hukukun kullandığı bu dil ve adalet değerinin ne olduğu konusundaki, farklı yaklaşımlara tanıklık ediyor.

Gerçek hukuk bilgisi yada hukuk bilimi, sadece geleneğe değil, doğru postullara yani teorik olarak ispatlanmayan fakat zorunlu olarak geçerli sayılan önermelere dayanmaktadır. Öte yandan hukuk uygulamaları, sadece hukuk hayatının mantık ve kanunlarına uymanın yanında deneyime de yer vererek dayanmak zorundadır. Mahkemenin nasıl karar vereceği yolundaki kehanet, hukukçunun hukuktan neyi anladığı konusundaki bilgisi kadar subjektiftir. Hukuk bilgisi ne olursa olsun insanların hareketleri bilinçli olduğu ölçüde, amaca yönelik hareketler olup, bu amaçlarına yaklaşma veya bu amaca yaklaşmama derecelerine göre; herkes kendi hareketine değer biçerek, değer yargısı üretebilir<sup>34</sup>.

Kanun sadece herhangi bir hukuk kaynağı değerini taşır. Asıl hukuk ise mahkeme kararlarında ve mahkeme kararları sayesinde varlık kazanır. Kanunlar toplum üyeleri tarafından nasıl davranılması gerektiğini belirten bir şekil ve kalıp görevini

yerine getirirler. Hukuku yorumlamak yetkisine sahip olan hukukçular, çoğu zaman; gerçek kanun koyucular gibi davranmak zorunda kalırlar. Gerçek hukuk, somut mahkeme kararlarında ve bu mahkeme kararları aracılığı ile varlık kazanır. Kanunlarda yer alan kelime ve cümlelere, canlılık ve varlık kazandıran mahkemelerdir<sup>35</sup>.

Hukuk uygulayıcısı, araştırmasını, önündeki sorunun çözümünde kullanabileceği kesin sonuç verecek bağlayıcı kaynaklarla sınırlamak ister. Örneğin; bir hâkim, önündeki davada ortaya çıkan hukuki sorunu çözmek için; uygulamak zorunda olduğu hukuk kurallarının ilgili yasa maddeleri ile sınırlıdır<sup>36</sup>. Kuralların özüne bakıldığında; hukuksal gerçekliğe esas alınan olay ve davranışların; yararlar, tutku ve duygular tarafından çarpıtılmış ve dejenere edilmiş tablolar olduğu ve bunların ussallaştırılması için yine ilkelere başvurulması nedeniyle uzun bir geçmişe sahip olan hukukun kültürel ve ideolojik bir belirleme sürecinin yaşandığı çok açıktır<sup>37</sup>.

Hukuk öncelikle insan davranışlarına yönelik normatif bir düzen olarak karşımıza çıkarken, değer ve değerlendirmeye ilgili her hukuk kuralında; insan davranış biçimlerinin amaca uygunluğa bağlı olarak, onaylanıp değerli kabul edildiği ya da tam tersine; insan davranışının değersiz kabul edilerek ve yaptırım uygulanarak, cezalandırıldığı görülmektedir<sup>38</sup>. Hukuk uygulayıcısının uygulanacak hukuk kuralını saptamadan önce kuralın uygulanacağı somut olayları belirlemesi gerekir. Zira saptanan somut olaylar çok sayıda şaşırtıcı unsur içerebilir. Tanıklar insan olduklarından

32 Yücel, M. T., *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2005, s.30.

33 Aral, a.g.e., s.82.

34 Hirsh, a.g.e., s.51.

35 Işıktaç, a.g.e., s.44.

36 Güriz, A., *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 2003, s.250.

37 Işıktaç, a.g.e., s.24.

38 Gürkan, G., *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Ankara 1999, s.25.



hataya düşebilir veya yanılabilirler. Hiçbir hukuk kuralı, yanlış ve yanıltıcı tanık ve tanık beyanı ile hukuk hayatının belirli bir ölçüde etkilenmesini önleyemez. Mahkeme kararlarında her zaman önceden bilinmesi veya tahmin edilmesi imkânsız bir belirsizliğin bulunduğu mutlaklıdır. Hukuk ile ilgili bu belirsizlik; hukukun, sosyal değerler ve sosyal gereklere uymasının doğal bir sonucudur. Mahkemelerin nasıl karar vereceği konusunda sağlıklı tahminde bulunmak çoğu zaman imkânsızdır. En iyi tahmin yöntemi, hukuk kurallarının sözsözsel anlamı ile bu kuralların uygulanmasından doğan sonuçların karşılaştırılması yolundan gidilerek, bulunabilir<sup>39</sup>.

İlk derece mahkemelerinin kararları uygulanan hukuku saptamak bakımından çoğu kez yetersiz ve elverişsiz olmasına rağmen Yüksek Mahkemelerin Kararları, hukuk düzeni ile ilgili olarak daha doğru tahminlerde bulunmak olanağı verebilir. Öte yandan yargı organlarının uygulamalarında kesinlik bulmak her zaman mümkün olmaz. Mahkemelerin genel fonksiyonu, hukuk kurallarını veya yüksek mahkeme içtihatlarını mekanik olarak uygulamak değildir. Benzer şekilde hukuk kavramının içeriği çokda belirgin değildir. Hukukun, sürekli bir değişim veya gelişim içinde olması, sosyal amaçlara aracılık fonksiyonu niteliği taşıması nedeniyle zaman ve mekân içindeki kesinliğini ortadan kaldıran bir yapısı bulunmaktadır.

### **Birbirine Benzerlik Bağlamında Hukuk ve Estetik**

Sanat yapıtı olmadan estetik iş göremez. Sanat yapıtı bir yol açmadır, özgünlüktür<sup>40</sup>. Ancak gerçekleştiğinde geçmişin görüşüne sahip estetiğin ilgi alanına girer. Aynı şekilde hukuk da hukuksal olay ol-

madan iş göremez. Her sosyal ya da bireysel olay özgündür. Ancak şekillendikçe de hukuk yaratır. Hukuksal olay, muhatabına göre; herkes için, başka bir anlam taşır. Sanat yapıtları da, her estetikçi için farklı anlamlar taşır. Bütün hukukçular ve bütün estetikçiler açısından, ortak algılar çoğu zaman yetersizdir. Somut olaylardaki algı yetersizliği, hem hukukçuyu, hem de estetikçiyi; kendi alanında, iletişimsiz ve yalnız bırakır. Özneden özneye geçiş yoluyla elde edilen bilgi, her iki bilim dalında da algı yetersizliği yaratmaktadır. Bilgilerin bu kadar subjektif ve özneden özneye geçiş yoluyla elde edilmesinin yetersizliğini ve sıkıntısını; hem hukuk ve hem de estetik disiplini, ister istemez yaşamak zorunda kalır.

Her iki bilim de, biricikler alanına ait bir görü ve varsayımla harekete geçerken, yeni genellemeler oluşturacak görü ve varsayımlar yaratmaya çalışırlar. Hukuk da, estetik de yüzlerini geçmişe döndürmüştür. Her ikisi de, olanla ve gerçekleşenle ilgilenirler. Bu bağlamda hukuk ve estetik yargılaması; gerçeklik yargılarına dayanır. Gerçeklik yargıları, şeyler, kişiler ya da olgular arasındaki ilişkileri bildiren yargılardır. Gerçeklik yargıları, olan şeyler arasındaki ilişkileri bildiren yargılar olarak doğrudan değer yaratırlar<sup>41</sup>.

Estetikçi, sanat tarihçisi, sanat ruh bilimcisi ve eleştirmen gibi rolleri de taşıyarak değerlendirme yapar. Hukukçu da; belge arayıcılık, yargılayıcılık, yorumlayıcılık, ahlakçılık gibi rollerle birlikte; doğruluk, haklılık, gerçeklik değerlerine ulaşmaya çalışırken gerginlik yaşamaktadır. Giderek her iki bilim de alt disiplinlere ayrılmışlardır. Bu alanlardaki çalışmalar büyük ayrıntılar yaratarak ana bilgi alanından bağımsızlaşmışlardır. Tam da bu nok-

39 Güriz, A., *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 2003, s.251.

40 Cuvillier, a.g.e., s.423.

41 Hirsh, a.g.e., s.50.

tada, hem hukuk ve hem de estetik; kendini tanımlama ile ilgili sorunlarla, karşı karşıya kalmışlardır.

Hukuk kavramına yöntem açısından bakıldığında; sözcüklerin keskin farkındalığı, olayları kavrayışımızı da keskinleştirir. Hukukta anahtar rol oynayan yasa, yükümlülük, zorlama, iyiniyet gibi kavramların dilsel analizi, standart kullanımları ve toplumsal bağlamları dikkate alındığında aynı yöntemlerin estetik biliminde de kullanıldığı görülmektedir.

Hukuksal eleştiride dilsel analize güvendiği gibi estetik eleştiride de dilsel analiz esas alınmaktadır. Aynı şekilde hukukta tartışılan dilin toplumsal bağlamda analizi biçimindeki mantıksal zorunluluk içinde dikkate alınması gerekliliği ile ampirik olasılığa dayanması gerektiği tartışması da estetik eleştirisinde de aynen sürüp gitmektedir.

Hukukla estetik arasında kurmaya çalıştığımız kavramsal yakınlık ilişkisi ve bu bağlantının kavramsal çerçevesi; hukuk ve estetik bilimlerinin ortak noktaları olan kurallara uyma, usulüne uygun kural koyma, sosyal etkenlik, içerik açısından doğruluk unsurlarına bağlanmaktadır. İçerik açısından doğru olma kavramı, ahlaki unsurları içerdiği için burada kurgulanan hukuk kavramı ister istemez hukuki pozitivist olmayan bir hukuk kavramıdır.

Hukukla estetik arasında bir bağlantı bulunduğu hatta sıkı bir karşılıklılığın var olduğu veya var olması gerektiği düşünce ve savı, hukukçular arasında pek de alışık olunmayan, yaygın olmayan ötesinde vurgulanmaya gereksinim duyulan bir düşünce ve iddia değildir. Hukuk, belli bir zaman diliminde ortaya çıkan kocaman bir kültür yumağıdır. Tam da bu nedenle hukuksal düşünce ve değerlerin oluşumunda pek çok nedenin bulunduğu da çok açıktır. Herhangi bir neden sonuç belirlemesine girmeksizin burada ileri sürülmek istenen,

estetik ve hukuk arasında hem yöntem hem de içerik bakımından yakın bir benzerlik ve bağlantı bulunduğu. Bu benzerlik ve bağlantı, hukukun oluşum sürecinden başlamak üzere teknik hukuk bağlamındaki uygulanma aşamasına kadar her hukuki süreçte izlenebilir.

Estetik ve hukuk biliminin her ikisi de; insan etkinliklerini takip ettikleri için, ortak bir kavrayışa muhtaçtırlar. Hukuk, insan davranışlarını açıklamaya çalışırken; estetik de ruhbilimden yararlanarak, insan yaratılarını anlamlandırmaya çalışır. Ayrıca hukuk ve estetik olarak her iki bilimin de; felsefeye, felsefenin kazandırdığı o genel görüşe gereksinimi vardır. Hukukun, hukuk felsefesinin; sanat yapıtının, estetik felsefesinin yol göstericiliğine ihtiyacı bulunmaktadır. Görüldüğü gibi; her iki alanın birbirine katacağı ve birbirinden faydalanacağı, birçok ortak nokta bulunmaktadır. Her iki disiplin de kendi bulgularını, diğerleriyle test etme olanağı bulacağından; benzerlikleri ve farklılıkları bilimsel faydaya ve zenginliğe dönüştürülebilir. Estetiğin değer ve değer felsefesine ilişkin kazanımları, hukukun değer analizlerinde ve adalet değerinin tespitinde çok etkin bir şekilde kullanılabilir.

Hukuk ve estetiğin karşılaştırılmasından çıkarılan sonuç, hukuk ve estetiğin birbirine şaşırtıcı derecede yakın ve benzer olduğudur. Bu benzerlik, her iki alan içinde kavramsal ve yöntemsel açıdan birbirine benzer birçok zenginlikler barındırmaktadır. Her iki alanın birbirine katacağı ve birbirinden faydalanacağı birçok ortak nokta bulunmaktadır. Çok farklı alanlar gibi görünmelerine rağmen, hukuk ve estetikte; ortak kavramlar, değerler ve kategoriler bulunmaktadır. Bütün hukukçular ve bütün estetikçiler için, birleştirici ortak bir yöntemin belirlenmesi; değer yargıları ve değer yargılamasıyla ilgili kavramlara, yüklenen anlamı değiştirecektir.

Hukukla estetik arasında birbirini tamamlayan bir ilişki var mı diye sorgulamayı ve sorgulatmayı amaçlamakla başladığımız çalışmada; şimdi de, bu sorgulamanın yeterli olup olmadığı sorgulanmaya başlanmaktadır. Hukuk estetiği hakkında düşünme ve düşündürmeye yönelik bir arayış ve yöneliş arzusu yaratmanın ötesinde ve derininde; hukuk güzellemesine duyulan özlemi arttırmak yatmaktadır.

### **Öznellik Nesnellik Sarmalında Hukuk ve Estetik**

Estetik gibi, hukuk alanında da; hukuk bilgisine ulaşmada, hukuksal olaya yaklaşım açısından; neredeyse öznenen, özneye bir ilişki zorunludur<sup>42</sup>. Belki de hukuksal olay sanat yapıtından daha çok nesnellik taşır. Ancak dışa vuruş tarzı ve görünüm açısından sanat yapıtı hukuksal olaydan çok daha nesnelleşmiş bir görünüm ortaya koyar<sup>43</sup>.

Bilginin, özne nesne ilişkisi içinde oluşması çok tartışmalıdır. Hukuk Felsefesi tarihi boyunca yapılan, tüm pozitif hukuk doğal hukuk tartışması bu yüzden yapılmaktadır. Estetik ve hukukun öznellik nesnellik açmazından çıkışı, belki de yeni bir bilim anlayışı ya da bilimselliğin çok daha geniş kapsamlı olmak koşuluyla yeni bir tanımının yapılmasıyla olabilecektir. Ortaya çıkan bu bilim ve tanım, bir nitelikler araştırması bilim ve tanımı olacaktır. Bayar'ın belirlediği gibi; "Bu bilim; bir nitelikler bilimi, bir değer yargıları bilimi, kişiyi yükümleyen yargıların bilimi olacaktır." Her düşünce, gerçekliğin bilgisini öngörür. Gerçeklik, özneliğin karşısında nesneleşir ve nesne değeri kazanır. Bu bağlamda nesne, bir bilebilene açılan bir bilinebilendir<sup>44</sup>. Güzelin bilgisine ulaşma

sürecinde estetik, sanat yapıtına yaklaşım açısından neredeyse öznenen özneye bir ilişki öngörür<sup>45</sup>. Bu öznenen özneye ilişki estetiğin bilim olma yolundaki engellerinden biridir. Zira bilimsel bilginin temelinde kişisel ögenin dışarı atılması yatar. Kişisel ögenin dışarı atılması, hem hukuk ve hem de estetik için asla tam anlamıyla mümkün olmayacaktır.

Hukuk ve estetik alanlarının her ikisi de bilim olma savında olmalarına rağmen konularını tam anlamıyla nesnelleştiremediklerinden dolayı bilim olarak kabul edilmelerinde halen tartışmalar yaşanmaktadır. Bu tartışmaların özünde, her iki alanın özneliği yatmaktadır. Belki hukuksal olay, sanat yapıtından daha çok nesnellik taşır. Ancak dışa vuruş tarzı ve görünüm açısından sanat yapıtı hukuksal olaydan çok daha nesnelleşmiş bir görünüm ortaya koyar. Her şekilde hukuksal olayda da sanatsal olayda da normatifiğin getirdiği öznellik, elde edilen ürün ve ilişkileri sürekli kaygan bir zeminde bırakmaktadır<sup>46</sup>. Ne hukuksal olayda, ne de sanatsal olayda; tam ve tümünden bir öznellik, söz konusu olamaz. Karar yaratıcılarının bilinç koşulları da özne-nesne etkileşimi içinde olduğu için bilincin eylemlerinde örtülü bir nesnellikten söz edilebilir. İşte öznelindeki bu nesnellik her iki disiplini bilim olma yolunda umutlandırmaktadır.

Hukuk ve estetik bireysel bağlamda biricik olanla uğraşır. Her hukuk olayı ve her sanat olayı biriciktir. Diğer hukuksal olaylarla benzerlikler olsa da; her olayı, başkalarından ayıran şahsi özellikler; hukuksal olayda da, sanatsal olayda da biriciktir. Bu nedenlerin hepsi; genellemelerle, kurallaştırılmaya ve yasalastırılmaya engel olunacak türdendir.

42 Timuçin, *Estetik*, s.139.

43 Ringer, *a.g.e.*, s.222.

44 Timuçin, A., *Düşünce Tarihi 1, İstanbul 2000*, s.5.

45 Timuçin, *Estetik*, s.138.

46 Aral, *a.g.e.*, s.148.

Hukuk ve hukuk biliminin varsayımı dayanan kurgusal ve kavramsal yapısı dikkate alındığında estetik ve estetik biliminin de aynı şekilde kurgulanmakta olduğu görülmektedir. Öte yandan Hart'ın da belirttiği gibi; hukuk, açık dokuludur ve belirsizlikler içerir. Gerçekten hukukun duraksamadan uygulanmasında aydınlık alanın sınırlarında ve ufkunda bir alaca karanlık kuşağı vardır.

### **Hukukun Değer Analizinde Estetik Yargılama**

Hukuk gerçekte belli bir zaman diliminde ortaya çıkan kocaman bir kültür yumağıdır. Tam da bu nedenle hukuksal düşünce ve değerlerin oluşumunda pek çok nedenin bulunduğu da çok açıktır. Hukuk uygulayıcısı, araştırmasını, önündeki sorunun çözümünde kullanabileceği kesin sonuç verecek bağlayıcı kaynaklarla sınırlamak ister. Örneğin bir hâkim önündeki davada ortaya çıkan hukuki sorunu çözmek için uygulamak zorunda olduğu hukuk kurallarının ilgili yasa maddeleri ile sınırlıdır. Kuralların özüne bakıldığında; hukuksal gerçekliğe esas alınan olay ve davranışların; yararlar, tutku ve duygular tarafından çarpıtılmış ve dejenere edilmiş tablolar olduğu ve bunların ussallaştırılması için yine ilkelere başvurulması nedeniyle uzun bir geçmişe sahip olan hukuk kültürel ve ideolojik bir belirleme sürecini yaşamaktadır.

Öte yandan estetik, güzeli ve güzelin insanda uyandırdığı duyguyu inceleyen bir bilimdir. Estetiğin, çevreye yarattığı iki önemli kazanım ve algı vardır: Estetik yaratım ve estetik algılama. Hukuk bilimi de aynı hukuksal yaratım ve hukuksal yargılama gibi benzer yöntemlerle varolmaktadır. Herhangi bir neden sonuç belirlemesine girmeksizin, estetik ve hukuk arasında hem yöntem hem de içerik bakımından yakın

bir benzerlik ve bağlantı bulunmaktadır. Bu benzerlik ve bağlantı, hukukun oluşum sürecinden başlamak üzere hukukun, teknik hukuk bağlamındaki uygulanmalarının her aşamasında ve her hukuki süreçte izlenebilir.

Estetik, güzelin kurallarını araştıran bir değer yargıları bilimi olarak kabul edilirken; hukuk, adalet değerinin kurallarını araştıran bir değer yargıları bilimidir. Hukukla estetik arasında kurmaya çalıştığımız kavramsal yakınlık ilişkisi ve bu bağlantının kavramsal çerçevesi; hukuk ve estetik bilimlerinin ortak noktaları olan kurallara uyma, usulüne uygun kural koyma, sosyal etkenlik, içerik açısından doğruluk unsurlarına bağlanmaktadır.

İçerik açısından doğru olma kavramı, ahlaki unsurları içerdiği için burada kurgulanan hukuk kavramı gerçekte doğal hukuk kavramıdır. Hukukla estetik arasında bir bağlantı bulunduğu hatta sıkı bir karşılıklılığın var olduğu veya var olması gerektiği çok açıktır.

Hukukta çirkin; haksızlıktır, doğru olmayan hukuktur. Doğru olma iddiası, hukuk kavramının zorunlu bir unsurudur. Hukukla ahlak arasındaki ilişki doğru olma iddiasına dayanmaktadır. Doğruluk argümanı olarak, doğru ve en doğruya ulaşma zorunluluğu, ahlaki olanı gerçekleştirecek hukuk kavramının ahlaki doğruluk unsurlarını da içerecek şekilde estetik bir temel ve esasa oturtulmasını gerektirir.

Hukukla ahlak arasında zorunlu bir ilişki vardır<sup>47</sup>. Hukuk dışsal dünyayı tasarımlarken ahlak bireyin iç dünyasını düzenlerken; hukukun, minimum ahlak veya etik olduğu söylenir. Hukuk ve estetik arasındaki zorunlu bağda olduğu gibi normatif nedenlerle hukuk kavramı ve hukuksal geçerliliğin ahlaki unsurlarını estetik bağ-

47 Güriz, A., *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s.17.

lamı da içine alacak şekilde yeni bir yapılandırılmaya gidilebilir.

Hukukun değer, değerlendirme ve değerlendirmelerle ilgili her türlü konu ve sorunlarında estetik yargılama hukukun uygulama ve anlaşılma olanaklarını arttırabilir. Estetik yargılamanın hukukçu tarafından doğrudan bir değer olarak algılanmasında; özellikle hukukun öz değeri olan adalet değerinin daha kapsamlı ve daha nitelikli algılanması ve yorumlanması yapılabilir. Estetik yargılama pratik hukuk uygulamalarında teknik bir hukuk yöntemi olarak kullanılabilir<sup>48</sup>. Özellikle hukuki ilişkiler ve oluşumların sosyal gerçekliği içinde çoklu değer algısı açısından uygulanması halinde estetik yargılama hukuka ışık tutarak kullanılabilir. Farklı perspektiflerden ele alınmanın yarattığı zenginlik içinde daha nitelikli bir hukuki algı ve yorum yaratılabilir.

İnsanlar arası ilişkileri düzenleyen hukukun, insan psikolojisinden etkilenmemesi imkânsızdır. Yargılama işine katılan hakim, savcı, tanık, davacı ve davalı, bilirkişi ve mahkeme katibi hepsi insandır. İnsan psikolojisi ve insan belleği ile ilgili özellikler sınırlı ölçüde de olsa hukuk hayatını etkilemekte ve belirsizleştirmektedir. Gerçekten hukuk ve estetik alanlarının her ikisinin sonuçları da belirsizlik içermektedir. Hukukta da estetikte de her eleştirel ifade, ister istemez toplumsal bağlamın bütününde rastlantısal ve yerel bir anlam kümesi içermektedir. Algı ve düşünceye dayanan anlam kümelerindeki mantıksal zorunluluğun ne kadar belirsiz olduğu daha açık bir şekilde ortaya çıkar. Belki de tam da bu nedenle hukukun estetik yargılamaya ihtiyacı bulunmaktadır.

Gerçekten hukukun değer analizinde estetik yargılama, sürekli oluşum halinde olan bir gerçekliktir. Toplum hayatının,

hukuk; gerçeklikten daha süratli bir şekilde değişmesi nedeniyle bu değişim ve karmaşa içinde hukuk normlarının daha kullanışlı bir biçimde algılanması ve akıl yürütme yollarının kullanılması gerekebilir. Bu bağlamda hukukun metodolojik sorunlarının irdelenmesinde, estetik yargılama ve estetik değer yargıları çok önemli bir araç olarak kullanılabilir. Özellikle belirsizliklerden oluşan, hukuk boşluklarının doldurulması ve hukukun yorumlanması için estetik yargılama ve estetik değer yargısı yöntemlerinden yararlanılabilir.

### **Estetik Bir Değer Olarak Hukuksal Güzel**

Güzelliğin on para etmez.  
Şu bendeki Aşk olmasa...  
Aşık Veysel

Hukukun birbiriyle çatışan amaçları bulunmaktadır. Hukuk düzen ve genellik isterken; adalet ve hakkaniyet kavramıyla bireyselleşiyor, özelleşiyor. Hukuksal düzlemde, birbiriyle çatışan değerler arasında bir denge ve uyum kurmak gerekiyor. Bu noktada karar vericilerin sanatsal bir yargılama yapmaları ya da estetiksel bir değerlemeye başvurmaları şart oluyor.

Hukuk ve estetik ilişkisinde adalet kavramı, estetiğin güzel diye belirlediği, güzele denk düşen normatif bir değerdir. Ancak adalet güzelin karşıtı olan çirkinin özelliklerini taşıyamaz. Taşırırsa, adalet olmaz. Hukuk minimum etik olarak tarif edilirken, belki de gelecekte hukuk estetiğini, maksimum adalet olarak tanımlamak gerekecektir. Hukukçu için, adaletin gerçekleşmesi; bir uyum ve bir hukuk güzellemesi verecektir. Bu uyum ve hukuk güzellemesi heyecanı ve duygusu, hukukla estetiğin bağlantı noktasıdır. Hukukta adaletin içeriğine haklı ve doğru hukukun yerleştirilmesi, adaletin güzel değerini ortaya çıkarır.

48 Ringer, F., Weber' in Metodolojisi, çev. Mehmet Küçük, Ankara 2003, s.166.

Çalışmayı, bir ütopya denemesi olarak kabul edip alsaydık; hukuksal estetiğin minimum güzel değerini, minimum ahlak demek olan hukuksal gerçeklik değeriyle eşlerdik. Hukuksal estetiğin maksimum değerini ise, eğer mutlak gerçeklik diye bir gerçeklik varsa; maksimum ahlak ya da maksimum doğruluk, haklılık ve mutlak gerçeklik kavramıyla eşleyerek bütünleştirdik. Böylece hukuksal güzel kavramının anlamını; iyilik, doğruluk, haklılık ve gerçeklik bağlamında genişleterek kullanmak isterdik.

Hem hukuk, hem de ahlak; yüksek değerlerin, gerçekleşmesine yönelmiştir. Ahlak iyinin, hukuk ise adaletin gerçekleşmesini sağlamaya çalışır. Adalet değerinin ahlaken iyi olanın içinde yer alması nedeniyle hukukun ve ahlakın birbiriyle birleşmesi gerekmektedir<sup>49</sup>. Hukukun ahlak ve diğer disiplinlerle yaşadığı sınır sorunları olarak; değer, değerlendirme ve değer yargısı sorunlarına daha makro düzeyde estetik bir bilimsel kavrayış ve kapsama alanı yaratarak, gerektiğinde estetik değer ve yöntemleri araçsallaştırarak; hukuksal düzlemin; ölçümleme, yargılama ve değerlendirmelerde kullanılacak yeni olanaklara sahip olacağını söyleyebiliriz.

### Hukuk Estetiğinde Adalet Değeri

Hukuk bilimi de, estetik bilimi de; insan davranışlarına yönelik, bir yaratma eylemini gerçekleştirir. Hukuk ahlaki bir norm olarak, adalet değerini; evrensel insan davranışı eylemlerinin, arka planıyla zihinsel olan değerlerle bağlantılı olarak ele alarak insan davranışlarını ve eylemlerini değerlendirir. Hukuk kurallarının amacı, toplum yaşamının sosyal ilişkilerini belirlemektir. Hukukun amacı, toplumsal gereksinimleri adalete uygun biçimde düzenlemektir. Toplumsal yaşamın

gereksinmelerinin karşılanması amacı, hukukun maddesel yönünü oluşturur. Öte yandan hukuk toplumun gereksinimlerini, biçimsel olarak düzenlemek yanında; bu düzenlemeleri, adalet düşüncesi ve duygularına uygun olarak yapmak zorundadır. Temelinde bireyin yer aldığı belgelere ve yasaya dayalı bir açıklık içinde ortaya konan ve ardından toplumla kamu düzeni işleyişi çerçevesinde korunmasından hayata ve yaşama geçirilmesinden söz eden insan hakları ve adalet değeri hukuksal bütünlüğü içinde anlam kazanmaktadır.

Toplumsal yaşam için üstüne ayaklarını bastığımız yer adalettir. Tüm toplumsal yaşam adaletin üstünde yükselir<sup>50</sup>. Toplumsal davranış kurallarını belirleyen hukuk bir toplumda kamusal yaşamın işleyişini tümüyle belirleyen kamusal alanın öznesi olan bireylerin eylemlerini, yasaya dayalı ve yaptırım gücü olan bir işleyiş çerçevesinde sınırlayan bir tasarım veya oluşumdur. Hukuk günümüzde özellikle ve öncelikle ulusal niteliğiyle ortaya çıkarken aynı zamanda ulusal üstü olarak kişileri ve devletleri etkiliyor. Hukuk bir toplumdaki kamusal ilişkilerin biçimiyle ve kamusal ilişkilerin öznesi olan bireylerin davranışlarını yaptırım gücüyle belirleyen bir değerlendirme kaynağıdır. Hukuktan beklenen adaletin gerçekleştirilmesidir. Her toplum özellikle devlet adını alan örgütlenişi içinde bizzat belirlediği, oluşturduğu yasalarıyla toplumsal düzeni ve adaleti yaptırım gücü olan yasalar yoluyla gerçekleştirmeye çalışır.

Hukuk adalete yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir. Bu tanımda hukukun üç temel fonksiyonu açıkça ortaya çıkmaktadır: Sosyal olgu, düzen ve adalet. Adalet hakkaniyet ilkesiyle, hiç olmazsa/ asgari anlamda etiğin gerçekleşmesini istiyor. Hukukun üç fonksiyonu, birbiriyle

49 Işıktaç, Y., *Hukuk Felsefesi*, İstanbul 2006, s.504.

50 Işıktaç, s.514.

çelişerek bütünleşen, ancak amaçları konusunda, birbiriyle çatışık durumda olan çatışık değerler arasından hukuksal analiz ve yargılama yapılmasını şart koşuyor. Bu yargılama ile doğru hukuk ve karara ulaşmak için; hukukun temel amaç ve fonksiyonları arasında uyumlu bir denge içinde orta noktayı bulmaya çalışmak gerçekten sanat yapmakla eşleniyor? Bu bağlamda hukukun fonksiyon ve amaçlarına bağlı olarak doğru iyi ve güzel hukuk için yapılan estetiksel yargılama, uyum denge ve değere hukuk estetiği adının verilebileceğini düşünüyoruz.

Acaba doğru hukuk bilgisinin yarattığı adalete hukuksal güzel, hukuk güzellemesi ya da hukuk estetiği adı verilebilir mi? Estetik değerle oluşturulan duygu bağı, sanatla kurulduğuna göre, hukuk güzellemesi hedefini sağlamak üzere denge ve uyum içinde oluşturulması; uyum heyecanını ve hukuksal tutkuyu ortaya koyarken ister istemez hukuk estetiğini başlatır. Hukuksal estetiğin yapısı, insanın değer bilinciyle, hukukun estetik olarak yeniden tasarlanıp kurgulanmasıyla belirlenir. Bu bağlamdaki estetik bir araştırma, bir nitelik araştırması olduğuna göre ortaya konacak yargılarda nitelik yargıları olacaktır<sup>51</sup>. Belki de bu nokta, tam da hukuk estetiğinin başladığı noktadır. Pozitif hukukta içi boş bir kabuk olarak kabul edilen adalet değerini, doğruluk bilgisine verilen değerle doldurmak ve bu ikili kavramı, estetik bağlamda; bir üst çerçeve olarak, hukuksal estetikle birleştirmek mümkün değil midir?

Hukuksal düzlemin temel sorunu, belirlenen yasaların hukukun özü ve temel kavramı olan adaletle ilişkisinin nasıl oluşturulacağı konusunda yaşanır. Hukuk ve hukuksal ilişkiler doğrudan insan yaşamıyla bağlantılıdır. Özellikle kamusal ilişkilerin tek kişinin egemenliğini gittik-

çe sınırladığı hatta ortadan kaldırdığı bir dünyada özel toplumsal kamusal yaşamın etkin öznesi olan tek kişinin, öteki kişilerle toplum kurumlarını ve devletle ilişkisinin hangi değerlerle ve hangi farklı ve çeşitli düzeydeki yasalarla nasıl kurulup ilişkilendirilebileceği hayati bir değer taşımaktadır. Bu ilişkiyi belirleme ve ilişkilendirmeye hukukun son dönem postmodern yaklaşımları, çoklu hukuk düzenleriyle küreselleşme bağlamında yeniden yapılandırılan toplumlararası, ülkelerarası ve devletlerarası ilişkilerini de dâhil edebiliriz. Nasılını sergilediğimiz bu değerlendirme hangi değerlere; hangi değerlendirme yöntemlerine ve hangi değer yargılarına göre kurgulanabilecektir.

Günümüz postmodern yaşam biçimleri, hukuksal yasalarımızda da; önceki zamanlardan, çok daha köklü bir disiplinler arası işbirliğini şart koşmaktadır. Bu çalışmada, hukuk ve hukukun özü olan adalet kavramının kendi sınırları içinden çıkarak değer felsefesiyle ve değer felsefesinin somutlaşmış biçimi ve bir bilim dalı olan estetik bilimiyle, estetik biliminin estetik nesne ve estetik değer yargılarıyla bağlantılandırılmasına çalışılmıştır.

Hukukta adalet değerinin ölçülmesi mümkün müdür? Hukukta adalet değerinin gerçekleşmesi ve gerçekleşme oranı nasıl ölçülebilir? Hukuksal güzelliği veya çirkinliği derecelendirmek mümkün müdür? Aynı şekilde çirkinliğin, az çirkin, daha az çirkin veya en çirkin gibi bir değerlendirme ve derecelendirilmesi mümkün müdür? Bir antiestetik değer olan, çirkinlik bağlamında adaletsizlik gerçeği, bir çirkinlik değeri olarak kabul edilebilir mi? Adaletsizlik, bir antiestetik hukuk yaratmaz mı? Bu bağlamda adaletsizlik bir çirkinlik değil midir? Adalet arayışı, adaletsizlik alanları üzerinde yükselir. Üstelik adalette ke-

51 *Timuçin, Estetik, s.49.*

sinlik arayışı, belirsiz ve imkânsızdır. Bu bağlamda adaletseverlik, hiç bitmeyecek ve sonu olmayan bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Adalet dille yarattığımız bir dünyada, dille yarattığımız ve içsel duygularımızla can havliyle sarıldığımız soyut bir kavramdır.

Hukuk ve estetik ilişkisinde adalet kavramı, estetiğin güzel diye belirlediği, güzele denk düşen normatif bir değerdir. Ancak adalet güzelin karşıtı olan çirkinin özelliklerini taşıyamaz. Yoksa adalet olmaz. Hukukun çatışan değerlerinin aynı anda gerçekleştirilmesi zorunluluğu ve bu çelişikliğin giderilmesi ancak bu üçü arasında bir denge ve bir uyum sağlanmasıyla mümkün olacaktır.

Hukukçunun hukukun fonksiyonları arasında uyum sağlamak üzere çalışması; bir sanatkar gibi sanat yapan biri gibi olmasını gerektirmektedir. Bu noktada adalet duygusuyla davranmak zorundadır. Adaleti duyguyla kavramak bir değerdir. Hukuksal yaratılarda ve hukuk uygulamalarında bu ahengi ve uyumu yaratacak; bu uyum ihtiyacını hissetmek veya hissederek hukuk yaratmaya ve hukuk uygulamaya çalışmak sanat yapmaktır, estetik değer yaratmaktır.

Hukukçuya adaletin gerçekleşmesi bir uyum ve bir hukuk güzellemesi yaratacaktır. Hukukçunun, estetik için uyum yaratırken; aynı zamanda hukuksal uyum için estetik yaratmayla uğraştığını söylemeliyiz. Hiçbir görünür fizik maddesi olmadığı halde adaletsizlik ve haksızlık duygusu, insanoğlunun en temel içsel güven ya da isyanını yaratır. Hukuksal doğru olarak hukuksal güzel olarak yaratılmak istenen uyum ve hukuk güzellemesi heyecanı ve duygusu, hukukla estetiğin bağlantı noktasıdır. Hukukta adaletin içeriğine haklı ve doğru hukukun yerleştirilmesi, adaletin güzel değerini ortaya çıkarır. Hukukun

fonksiyonları ve birbiriyle çatışan değerleri arasında bir denge ve uyum kurmak gerekiyor. Bu nokta da karar vericilerin sanatsal bir adaletseverlikle yargılama yapmaları ya da estetiksel bir değerlemeye başvurmaları gerekiyor.

Hukukun minimum etik niteliği olduğu yolundaki tartışmayı hukukun maksimum etik boyutunu da içine alacak şekilde başka bir boyuta taşımak mümkün değil midir? Hukukla estetik arasında hem kuramsal hem de normatif bağlamın varolabileceği bu kadar açık ve ortada iken; bu alanların birbirine nasıl katkı sağlayabileceğini göstermek ve bu amaçla sorgulamak mümkün değil midir? Gerçekten, içi boş olan adalet değerini; doğru hukuk bilgisine verilen değerle doldurmak ve bu ikili kavramı, estetik bağlamda bir üst çerçeveye taşıyarak; estetik kavramıyla açıklamaya çalışılmak mümkün olamaz mı? Acaba doğru hukuk bilgi ve ihtiyacının yarattığı adalete ve hukuksal güzellemeye, hukuksal estetik veya estetik hukuk adı verilebilir mi? İyi, doğru ve adil bir hukuk olarak hukuksal güzeli, hukuksal estetik olarak tanımlamak mümkün olabilir mi? Adalet değeriyle sonucun doğru olması sevgisi ve talebi, iyi hukuk sevgisini gerektirir<sup>52</sup>. İyi hukuk seven ve talep eden adaletsever kişi, adalet değerinin gerçekleştirildiğini nasıl anlayacak nasıl bilebilecektir? Bu bilmenin bir ölçüsü ve bir standardı var mıdır, bu değeri bulmak olası mıdır?

Hukukun ne olduğunu belirleyen kriterler belli olup, bu konuda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Hukuk objektif olup hukuku objektif kılan hukuki çevresidir. Hukukun en tartışmalı ve en az nesnelleştirilebilen öznel değeri olarak adalet ve adalet değeri ise; hukukun amacı ve gerçekte ne olduğunu belirlemesine rağmen hukuk dışına çıkarılır. Doğru hukuk

52 Aral, V., *Hukuk Ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 2001, s.31.



yaratıcısı ve bir hukuk güzelleme olan adalet değerinin hukuksal düzlem dışına atılması, adalet değerinin göz ardı edilmesiyle antiestetik bir hukuksal süreç yaratır. Oysa ki tam da burada daha üst bir değer olarak daha objektif bir adalet değerinin gözetilmesi gerekir. Öte yandan ahlaki argümanlar ahlaki argümanlarla açıklanırken, hukukun bu noktada ahlak karşısında herhangi bir argümanı olmadığından boyunu bükük kalır.

### **Bir Güzelleme Olarak Adalet Kavramı**

Sosyal erdemler üzerinde duran Hume'nin ahlak felsefesinin temel erdemi; bütünü iyiliğini destekleyip ileri götüren eylemler ile karakterlerin tümü olan adalet kavramına dayanmaktadır<sup>53</sup>. Öte yandan Shattesburg'un ahlak felsefesini üzerine kurduğu temel kavram, estetik bir değer olan ahlak duygusudur<sup>54</sup>.

Adaletin öz değerinin eşitlik ilkesi olduğu tartışılmaz. Hukuk ideali olan adalet kavramı<sup>55</sup>, çoğu zaman eşitlikle eş anlamlı olarak kullanılırsa da adaletin her zaman eşitliği sağladığı söylenemez. Adalet hukuki bir değer ve hukuksal tasarımın biricik temel amacıdır. Adaletin içeriği eşitlik ve tarafsızlık ilkesi ile belirlenir<sup>56</sup>. Adaletin hakkaniyet, eşitlik, hak ediş ve hak ile olan ilişkisi onun bir dağıtım değeri olarak alınabileceğinin temel kriterleridir<sup>57</sup>.

Subjektifliği nedeniyle adalet değerini reddeden pozitif hukuk düzeni, insan haklarına saygı temelinde adalet değerini değer felsefesine göre hukuksal düzeni ve yargılama sürecini de birleştirecek şekilde yeniden içeriklendirerek değerlendirmek zorundadır.

Günümüzde toplumların hukuksal düzeni insan haklarına saygının ötesinde tümüyle insan haklarına dayalı olarak uygulanarak değerlendirilmek istenmektedir. Hukuksal düzlemin insan haklarına saygı temelinde yeniden konumlandırılması talebi, pozitif hukukça içeriği boş bir kabuk olarak kabul edilen adalet değerinin yeniden hukuksal yapı içinde değerlendirilmesini gerektirir.

Adalet arayışı adaletsizlik alanları üzerinde yükselir. Adalet doğal olmaktan çok insani bir kavramdır. Adalette kesinlik arayışı belirsiz ve imkânsızdır. Bir meta dil olarak hukuk diliyle inşa edilen hukuk ve hukuk dili, bu kadar çok belirsizlik içerirken adaletle verilen değerler de çoğu zaman nesnellik yerine öznelik içerir.

Adaleti nasıl kesinleştirebiliriz? Adalet değerinin, bu kadar subjektif bir değer olması nedeniyle; adalet tanrıçası Themis'in tarafsızlığını göstermesi için gözleri bağlı bir elinde terazi ve bir elinde gerektiğinde kesip yok edebilme gücünü göstermesi bakımından kılıçla temsil edildiğini görüyoruz. Öte yandan Liliput ülkesindeki Adalet Tanrıçası'nın, gözlerinde bant yoktur. Tam tersine, Adalet tanrıçasının her şeyi çok daha iyi görmesi için, altı tane gözü bulunmaktadır<sup>58</sup>.

Son dönemde yeni doğal hukuk teorisyle birlikte hukukla ahlak ilişkisinde yeni bir minimum içerik belirlenmesi şekillenmiştir<sup>59</sup>. Rawls'ın da söylediği gibi; adalet insanlar arası ilişkilerde en yüksek değer olmayıp sadece minimum etikettir. Ahlaki alanda asgari etik göstergesi olarak adalet sadece en az etiği değil aynı zamanda en alt sınırı da göstermektedir. Eğer birisine

53 Gökberk, M., *Felsefe Tarihi, İstanbul 1974, s. 388.*

54 Gökberk, a.g.e., s. 381.

55 Aral, V., *Hukuk Ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2001, s.32.*

56 Güriz, A., *Hukuk Başlangıcı, Ankara 2009, s.28.*

57 Işıktaç, Y., *Sözleşme, s.362.*

58 Işıktaç, a.g.e., s.515.

59 Işıktaç, a.g.e., s.507.

hakkı olanı vermeyeceksek birlikte yaşamın ne anlamı olabilir? Adalet taşıyıcı bir değer olarak ve bu sınırı belirleyerek daha azına razı olamayacağını da göstermektedir<sup>60</sup>.

Hukukun minimum etik değer olduğu üzerindeki tartışma bir başka boyuta taşınabilir mi? İçi boş olan adalet değerini, doğru hukuk bilgisine verilen değerle doldurmak ve bu ikili kavramı estetik bağlamda bir üst çerçeveye taşıyarak estetik kavramıyla açıklamak gerekmektedir. Acaba doğru hukuk bilgisinin yarattığı adalet hukuksal güzel ya da hukuk estetiği adı verilebilir mi?

Adalet değeriyle, sonucun doğru olması sevgisi iyi hukuk sevgisi gerektirir<sup>61</sup>. İyi hukuk seven ve talep eden biri, adalet değerinin gerçekleştirildiğini nasıl anlayacak nasıl bilebilecektir?<sup>62</sup> Hukukun doğurduğu sonuçların etki ve amacı, hukuk estetiğinin değerini ortaya koyarken, kararların değer analizi bizi hukukun değer analizine götürebilir? Hukukta adalet değerinin ölçülmesi mümkün müdür? Hukukta adalet değerinin gerçekleşmesi ve gerçekleşme oranı nasıl ölçülebilir? Adaletsizlik gerçeği, bir antiestetik gerçeklik değil midir? Bu bağlamda adaletsizlik bir çirkinlik değil midir? Güzelliği ve çirkinliği derecelendirmek mümkün müdür?

### **Hukuk Estetiğinde Yeni Bir Değer Ölçütü: Adalet Endeksi**

Hukuksal düzlemde, hukuksal güzelliği veya çirkinliği derecelendirecek hukuksal estetik değerler sistemini ve estetik değerlendirme yöntemlerini, teoriden pratiğe geçirebildiğimiz zaman; hukuk estetiğinin somutlaştırılması söz konusu olacaktır. Bu noktada, hukuk estetiğinde; yeni bir değer

ölçütü olarak, adalet endeksinden bahsetmek gerekebilir.

Gerçekten, bilgi ve güzellik yargılarının doğruluk ölçütüne göre değer dereceleri vardır. Değer derecelerini değerlendirmek, bir ölçüte göre belirli bir şeyi takdir etmek ve yargı üretmek demektir<sup>63</sup>. Hukukun doğurduğu sonuçlara göre değerlendirilmesi, hukuk hayatını etkileyen olaylar üzerinde durduğu için sosyolojik bir özelliğe de sahip bulunmaktadır. İnsanlar arası ilişkileri düzenleyen hukukun, insan psikolojisinden etkilenmemesi imkânsızdır. Yargılama işine katılan hakim, savcı, tanık, davacı, davalı, bilirkişi ve mahkeme kâtibi hepsi insandır. İnsan psikolojisi ve insan belleği ile ilgili özellikler sınırlı ölçüde de olsa hukuk hayatını etkilemektedir. Aynı şekilde insanların hukuktan bekledikleri ile gerçekleşen hukuk arasındaki farklılık üzerinde durarak hukuk hayatındaki belirsizliğin nedenlerine odaklanmak gerekmektedir.

Karar verecek hukuk yaratıcısının bağımsızlığı ve tarafsızlığı yanında objektif olması gerekir. Objektiflikte, objektif kararın nasıl alınabileceğiyle ilgili objektif bir süreç söz konusudur. Karar alıcının objektif olması için, objektif standartların olması gerekir. Karar alıcısının objektif standartları arasında nesnel adaletseverlik ve bir hukuksal güzelleme olarak nesnel adalet kavramının tamamlayıcısı olarak hakkaniyetin de yer aldığı bir hukuk somutlaşmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Adalet değerini, nasıl kesinleştirebiliriz? Objektif hukuk standartları arasında, hukukun somutlaşmasına yol açacak, hukuk estetiğinde yeni bir değer ölçütü olarak, bir adalet endeksi ortaya konabilir mi? Güzelliği ve çirkinliği; bu adalet endeksi içinde, derecelendirmek mümkün müdür?

60 Işıktaç, a.g.e., s.514.

61 Aral., a.g.e., s.31.

62 Işıktaç, Y., *Sözleşme*, İstanbul 2007, s.362.

63 Hirsch, a.g.e., s.51.

Hukuksal güzelliği veya antiestetik bir değer olarak hukuka aykırılık ve haksızlığı adalet endeksi içinde değerlendirmek, daha güzel bir hukuksal gerçeklik yaratabilir mi? Böyle bir hukuksal gerçekliği objektif standart kapsamında değerlendirebilecek adalet endeksinin ölçümlemesi nasıl yapılabilecektir?

### Sonuç

Hukukun estetik görünümü, adaleti gerçekleştirmeye çalışırken; hukuk estetiğinin güzeli, doğru hukuksal gerçekliğin; normatif kurallara uygunluğuna bağlı bir güzeldir. Hukuksal bir güzel olarak, adalet değerinin belirsizliği ve göreceliliği, hukuksal gerçeklik ve hukuksal doğruluk yanında; hukukun iyiniyet, dürüstlük ve hakkaniyet gibi; kavram ve değerlerini de, ister istemez birer değer ölçütü olarak estetik düzleme taşımaktadır.

Hukuk ve adalet estetiği üzerine yapılacak böyle bir denemenin, çok daha geniş başka bir çalışmada; birçok yeni soruyla birlikte, sorular kapsamının çok daha genişleyeceği ortadadır. Belki de çalışma sonuçları yerine; ulaşılan yeni soruları, aktarmak gerekmektedir.

Hukukla ahlak arasındaki zorunlu bağda olduğu gibi normatif nedenlerle hukuk kavramı ve hukuksal geçerliliğin ahlaki unsurlarını estetik bağlamı da içine alacak şekilde yeni bir yapılandırılmaya gidilemez mi?

Estetik, güzelin kurallarını araştıran bir değer yargıları bilimi olarak kabul edilirken; hukuk adalet değerinin kurallarını araştıran bir değer yargıları bilimi değil midir? Ya da hukuk, bu kapsamda yeniden tanımlanamaz mı? Hukukta, eşitlik düşüncesini oluşturan adaletin değerinin; hukuksal estetik bir değer ile daha da belirginleştirilmiş, bir olması gereken hukuk olarak, normatif bir yeniden kurgulanması yapılamaz mı?

Nitelikler araştırması olarak hukuk ve estetik; hukukun estetik bileşeni olarak adalet ve adaletin niteliği, adaletin estetik bileşeni olarak eşitlik ilke ve değerlerinin, hukuksal estetik içinde yeniden yapılandırılması gerekir mi? Doğal Hukuk, pozitif hukukun estetik bileşeni olarak, kabul edilebilir mi? Weber metodolojisindeki değer analizlerini, hukuksal değer analizlerinde kullanabilir miyiz? Hukuk estetiği ve estetik hukuk yargısında, estetik değerlere ulaşılmasını sağlayacak estetik kriterler neler olabilir?

Hukuksal estetiğin, değer yargılarının yapısı; insanın değer bilinciyle, yeniden nasıl tasarlanıp kurgulanabilir? Estetik değer olarak güzelin değeri esas alınırken hukukta eşitlik düşüncesini oluşturan adaletin niteliğini hukuksal estetik bir değer ve daha belirginleştirilmiş bir olması gerekenle normatif olarak yeniden kurgulanması gerekmez mi? Hukukun doğurduğu sonuçların etki ve amacı, hukuk estetiğinin değerini ortaya koyabilir. Kararların değer analizi, bizi hukukun değer analizine götürebilir mi?

Hukuksal estetik bağlamında adalet değeri ve bununla ilgili hukuksal değerlendirmeleri ve hukuksal değer yargılarını nasıl kurgulayacağımızın da ayrıca araştırılması gerekmektedir. Gerçekten adalet değerinin ölçülmesi mümkün müdür? Adaletin değerinin ölçülmesi mümkünse bunun bir standardı olabilir mi? İçi boş olan adalet değerini, doğruluk bilgisine verilen değerle doldurmak ve bu ikili kavramı estetik bağlamda bir üst çerçeve olarak hukuksal estetikle birleştirmek gerekmez mi?

Bir antiestetik değer olan çirkinlik bağlamında adaletsizlik gerçeği, bir çirkinlik değeri olarak kabul edilebilir mi? Aynı şekilde çirkinliğin, az çirkin, daha az çirkin veya en çirkin gibi bir değerlendirilmesi ve derecelendirilmesi mümkün müdür? Bu bağlamda bir adalet endeksi oluşturulabi-

lir mi? Oluşturulacak adalet endeksinde değişkenlerin niteliksel değişim ve farklılıklarını göstermek üzere bulanık mantık ilkelerinden yararlanılabilir mi?

Belki de hukuksal güzelleme olarak adalet değerini, aradığımız sorulara cevap bularak somutlaştırmak mümkün olabileceğinden ve ancak adalet değerinin somutlaştırılmasıyla, teoriden pratiğe geçilebileceğinden; hukuk estetiğini, bu sorular ve bu kapsamla birlikte okumak gerekecektir. Son olarak, estetik bir ölçü olarak adalet değerinin ve hukuk estetiği kavramları için; minimum etik olan hukukun maksimum etik değerlerinin, yeniden tartışmaya açılması gerektiğini ve hukuk estetiği bağlamındaki bu tartışmaların, henüz yeni başladığına dikkat çekmeliyiz.

#### KAYNAKÇA

- ARAL, V., Hukuk Ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2001.
- CUVİLLİER, A., Felsefe Yazarlarından Seçilmiş Metinler, Ankara 2005.
- GÖKBERK, M., Felsefe Tarihi, İstanbul 1974.
- GÜRİZ, A., Hukuk Felsefesi, Ankara 2009.
- GÜRİZ, A., Hukuk Başlangıcı, Ankara 2003.
- GÜRKAN, G., Hukuk Sosyolojisine Giriş, Ankara 1999.
- HİRSH, E., Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1996.
- HONER, S.M., Hunt, T.C., Okholm, D.L., Felsefeye çağrı, İstanbul 2003.
- İŞIKTAÇ, Y., Hukuk Felsefesi, İstanbul 2006.
- İŞIKTAÇ, Y., Sözleşme, İstanbul 2007.
- JİMENES, M., Estetik Nedir?, İstanbul 2008.
- KULA, O. B., Hegel Estetiği ve Edebiyat Kuramı, İstanbul 2011.
- RİNGER, F., Weber'in Metodolojisi, çev. Mehmet Küçük, Ankara 2003.
- TİMUÇİN, A., Düşünce Tarihi 1, İstanbul 2000.
- TİMUÇİN, A., Estetik, İstanbul 2005.
- TİMUÇİN, A., Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1994.
- TOKATLI, A., Felsefe Sözlüğü, İstanbul 1973.
- YÜCEL, M. T., Hukuk Felsefesi, Ankara 2005.
- ZİSS, A., Estetik, İstanbul 1984.

# Hegel'in Hukuk Görüşü Bağlamında 'Evrensel Bir Hukuk'un Olabilirliğinin Araştırılması

Metin BECERMEN\*

Felsefe İdeler'le uğraşır, dar anlamda kavramla değil (1986: 29; 1991a: 33)

## I. Hegel'de Evrensel Kavramı

### Üzerine

Felsefenin her bir bölümünün felsefi bir bütün, kendini kendi içinde kapayan bir çember olduğunu söyleyen Hegel, felsefi İdea'nın tikel bir belirlilik ya da öge içinde orada olduğunu belirtir. Bu bağlamda, tikel çember, kendi içinde bütünlük olduğu için, kendi ögesinin sınırlarını parçalayarak daha geniş bir alan kurar. Bütün de kendini her biri zorunlu moment olan çemberlerden bir çember olarak sunar ve böylece kendine özgü öğelerinin dizgesi ideayı oluşturur; İdea da kendi payına eşit ölçüde her bir tekil çemberde görünür (Hegel 2004: 66).

Öte yandan, Hegel'e göre, duyulur olan tekil ve yiten bir şeydir; ondaki kalıcı yan üzerine-düşünme yoluyla bilinebilir. Doğanın bize sonsuz bir bireysel şekiller ve fenomenler çokluğu gösterdiğini söyleyen Hegel için, biz, bu karmaşa içerisine bir birlik getirme gereksinimi duyarız; bu nedenle karşılaştırma yapar ve her birinin evrenselini tanımaya çalışırız. Burada üzerine-düşünmenin nasıl zaman değişmez, kalıcı, kendi içinde belirli olanı ve tikeli yöneteni aradığı görülebilir. Evrenseli bu şekilde belirlerken, onun başka bir şeyin karşısavını oluşturduğunu, ve bu başkasının dolaylı, iç ve evrensel olana karşı salt, dolaysız, dış ve tekil bir şey olduğunu görürüz. Bu evrenselin dışsal dünyada bir

evrensel olarak varolamayacağını belirten Hegel'e göre, tür tür olarak algılanamaz. Bu nedenle gök cisimlerinin devim yasaları gökte yazılı değildirler. Öyleyse evrensel ne işitilir ne de görülebilir; aksine yalnızca anlama yetisi için vardır (Hegel 2004: 81).

Hegel, kavramın hareket ettirici ilkesine, evrensel'in özelliklerinin yalnızca analizi değil, aynı zamanda meydana getirilmesi anlamında olmak üzere, diyalektik adını verir (Hegel 1991a: 56; 1986: 84). Kavramın kendi gelişme süreci içindeki belirlenimleri, bir yandan, bizzat birer kavramdırlar; öte yandan, kavram içeriği itibariyle İde olduğu için, bunlar, mevcudiyet formu alırlar. Böylece ortaya çıkan kavramlar dizisi, aynı zamanda, bir somut figürler dizisidir ve felsefe biliminin bunları bu şekilde incelemesi gerekir (Hegel 1986: 85; 1991a: 57).

Hegel için felsefi incelemenin amacı dış zorunlulukla aynı şey olan rastlantısallığı uzaklaştırmaktır. Tarihte de akılsal bir zeminde genel bir erek aranmalıdır. Akılsal olan kendisi için olandır. Dünya tarihi işte bu tek aklın bir görünüşüdür. Felsefe ise, akla uygun olduğundan, doğru olanı çarpıtmayacaktır. Böylece felsefe, ancak İde'yi kendine öndayanak olarak aldığı anda işbaşında olur.

\* Dr. Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

## II- Hegel'in Hukuk Fikri

Kavrama dair bu açıklamalardan sonra şimdi de Hegel'in hukuk'a dair söylediklerine bakabiliriz. Hegel'e göre, bilimsel hukuk felsefesinin konusu hukuk idesi'dir, yani hukuk kavramı ve bunun gerçekleşmesidir (Hegel 1986: 29; 1991a: 33). Hukuk ise genellikle pozitif niteliktedir, çünkü: A) belli bir devlet içinde geçerli formel bir karaktere sahiptir ve bu legal geçerlik, onun bilgisinin, yani pozitif hukuk biliminin kılavuz ilkesini oluşturur; B) içeriği bakımından da hukuk, pozitif bir unsura sahiptir ve bu unsur: a) her halkın özel milli karakterinden, tarihi gelişme düzeyinden ve doğal zorunluluklara bağlı şartların genel bütününden; b) bir pozitif yasa sistemi için, konuların ve alanların dışarıdan verilmiş özel niteliğine evrensel bir kavramın uygulanması zorunluluğundan (bu uygulama, spekülatif düşüncenin ve kavramın dışında; anlama yetisinin, kapsama sokma, özel'i evrensel'e tabi kılma işleminde ibaret uygulamadır); c) realitede son kararların verilebilmesi için gerekli yasa hükümlerinden kaynaklanır. Hegel'e göre, doğal veya felsefi hukuk ile pozitif hukuk ayrı ayrı şeylerdir, ama bu ayrılığı bir zıtlık veya bir çelişki haline getirmek önemli bir hata olur (Hegel 1991a: 35). Öte yandan, pozitif yasa olarak bildirilmekle hak, belirlenmiş bir mevcudiyet kazanır. Bunun için, pozitif hukukta hak olan, yani meşru hak olan şeyin bilgisi, kaynağını yasal olan'da bulur. Bu bakımdan, pozitif hukuk bilimi, otorite ilkesine dayanan tarihi bir bilimdir (Hegel 1986: 212-3; 1991a: 176).

Öte yandan, somut ve hakiki olan (her hakiki somuttur), yalnız evrensel'dir, ve karşıtı özel'de, belirli olanda bulur. Fakat, bu özel kendi üzerine dönmek suretiyle evrensel ile uzlaşan, onunla eşitleşen bir özel'dir. Bu birlik, bireysellik'tir (Hegel 1986: 55; 1991a: 43).

Hegel evrensellik konusunu açıklarken İsteme kavramı üzerinde durur. İsteme son-

lu ve sonsuzun birliğidir. Bu, kendi üzerine dönmüş ve böylece evrenselliğe yükselmiş özelliktir, yani bireyselliktir. Ben'in kendi belirlenimi demek, Ben'in kendi kendisini hem Ben'in inkarı olarak, yani belirlenmiş ve sınırlandırılmış olarak ortaya koyması, hem de buna rağmen kendi kendisi olarak kalması, yani kendi kendisiyle aynılığı ve evrenselliği içinde kalması, sonunda da belirleniminde kendi kendisinden başka hiçbir şeye bağlı olmaması demektir (Hegel 1986: 55; 1991a: 43).

Bununla birlikte, isteme, karar vermekle, kendisini belirli bir kişinin istemesi ve kendisini başka bir kişiden ayıran bir isteme olarak koyar. Ancak dolaysız isteme bu durumda, bilinç olayı olarak hem sonlu hem de şekli ile içeriğinin ayrılığı nedeniyle formeldir. Ona ait olan sadece soyut karardır ve bu kararın içeriği henüz onun özgürlüğünün içeriği ve ürünü değildir (Hegel 1986: 64; 1991a: 46). Fakat, kendiliğinde belirlenmemiş olan özgün belirlenim ancak yukarıda sözü geçen materyalde bulan bu formel evrenselliğin hakikati, kendi kendisini belirleyen evrenselliktir, istemedir, özgürlüktür. İsteme, içerik, nesne ve amaç olarak kendi kendisini, sonsuz form olarak evrensel'i aldığı an, artık sadece kendiliğinde özgür isteme olmaktan çıkar, kendisi için özgür isteme olur; o, artık hakikati içinde İde'dir. Özgür isteme, şimdi burada var olan İde'dir (Hegel 1986: 71-2; 1991a: 50). İsteme evrenseldir, çünkü her türlü tehdit ve bireysel özellik onda bertaraf edilmiştir (Hegel 1986: 75; 1991a: 52).

Hegel'e göre, hukukun ve hukuk biliminin başlangıç noktasını oluşturan özgür isteme görüşü, insanın köle olabileceğini kabul eden, çünkü onu doğal bir varlık olarak ve yalnızca sanal bir kavram olarak gören yanlış bakış açısının ötesindedir (Hegel 1986: 123-4; 1991a: 72).

Bu bağlamda, özgür tinin mutlak amacı veya deyim yerindeyse- mutlak içgüdü, kendi özgürlüğünü kendi nesnesi haline ge-

tirmek, yani özgürlüğünü nesneleştirmek ve böylece, istemenin kendiliğinde olduğu şeyi, İde olarak, kendisi için hale getirmektedir. Kısaca, isteme İdesi'nin soyut kavramı, genel bir ifadeyle, "özgür istemeyi isteyen özgür isteme" olarak kalır (Hegel 1986:79; 1991a: 54). Özgürlük ise, ancak tinin kendi üzerine dönük düşüncesinde, kendini doğadan ayırmasında ve onun üzerindeki etkisidir (Hegel 1986: 350; 1991a: 166).

Westphal'e göre, Hegel *Hukuk Felsefesi'nde, özgürlüğe ulaşmanın iki temel gereği olduğundan söz etmektedir.* Bunlar, amacına ulaşmak ve istemli eylemler yapmaktır. Böylece Hegel için özgürce eylemde bulunmak, hem amacına ulaşmayı hem de niyetiyle eyleminin sonuçlarını birbirine uydurmayı gerektirir. Hegel'e göre özgür eylemin başarıya ulaşmasının koşulları aşırı derecede karmaşıktır ve sonunda iyi düzenlenmiş bir devletin üyesi olmayı gerektirmektedir (Westphal 1996: 303). Bu bağlamda, özgürlüğün genel olarak mevcudiyetinin, yani özgür istemenin olması Hukuk (Hak) demektir. Şu halde, Hukuk, tanımı gereği, İde olarak özgürlüktür (Hegel 1986: 80; 1991a: 54).

Bununla birlikte, öznel ve nesnel ahlaklılık, devletin çıkarı, hep birer özel hukuktur; çünkü bunların her biri, özgürlüğün bir belirlenimi ve bir gerçekleşmesidir. Hegel için her hukuk, özgürlük kavramını, yani tinin en yüksek belirlenimini içinde taşır ve bunun karşısında başka hiçbir şey, tözsel bir varlığa sahip olamaz. Ancak çatışmanın bir başka yüzü daha vardır; o, sınırlıdır ve, dolayısıyla, başka bir ögeye tabi bir şeydir. Ona göre, mutlak ve sınırsız olan yalnızca evrensel Tin'in hukukudur (Hegel 1986: 83-4; 1991a: 55-6).

Öte yandan, kendiliğinde ve kendisi için özgür isteme İdesi'nin gelişme aşamalarına göre isteme, öncelikle dolaysızdır; şu halde, kavram soyuttur: empirik mevcudiyeti, dolaysız bir şeydir. Bu soyut

hukuk'un ve formel hukuk'un alanıdır.

Bununla birlikte, özgür isteme, dış mevcudiyetten kendi üzerine dönüşür. Bu yüzden, evrensel'in karşısında, ona zıt olarak öznel bireysel karakterdedir. Bu ise öznel ahlaklılık alanıdır.

Son olarak, bu iki soyut momentin birliği ve hakikati söz konusu olur. Burada sadece düşüncede kavranılmakla kalmayıp, aynı zamanda, kendi üzerine dönük istemede ve dış dünyada gerçekleşmiş İyilik İdesi bulunmaktadır. Özgürlük artık hem töz olarak mevcut olur; bu da kendiliğinde ve kendisi için evrensel mevcudiyeti içinde İde'dir, yani nesnel ahlaklılık'tır.

Öte yandan nesnel ahlâki töz de aynı zamanda doğal tin, yani aile; bölünmüş ve fenomenal tin, yani sivil toplum; özgürlük olarak devlet'tir. Bu özgürlük de, devletin özel istemesinin özgür otonomisi içinde bile evrensel ve nesnelidir. Burada söz konusu olan organik ve gerçek tin, öncelikle, belli bir milletin tinidir; daha sonra, kendisini, farklı özel milli tinler arasındaki ilişkilerde fiilen gerçekleştirir ve gösterir; bu ise, onun, evrensel tarih içinde, evrensel tin olarak tecelli etmesine ve gerçekleşmesine kadar devam eder; evrensel tinin hukuku (hakkı), en yüce hukuktur (Hegel 1986: 85-7; 1991a: 57-8).

Bu noktada, Hegel, çeşitli kurumlara ve bunların işleyişine ilişkin açıklamalar yapar. Bu bağlamda Aile, Sivil Toplum ve Devlet üzerine belirlemelerde bulunur. Aile, başka şeyler yanında, cinsel arzuyu görenekselleştirmek ve aklileştirmek için kurumsal bir bağlam ve gelecek kuşağı yetiştirme görevini yerine getirmek için bir yol sağlar. (Westphal 1996: 310) Sivil toplum çeşitli gereksinim ve istekleri karşılayan ürünlerin üretim, dağıtım ve tüketimiyle ilgili kurum ve pratikleri içerir. Westphal, Hegel'in bunu "gereksinimler sistemi" olarak dile getirdiğini belirtir (Westphal 1996: 311).

Öte yandan, sivil toplum üç tür kurum içerir. Bunlar, Adli Yönetim, Kamu Otoritesi ve Kurumlar'dır. Adli Yönetim meşru yasaları gözden geçirir, değiştirir, yorumlar ve yönetir. Kamu otoritesi, bireysel amaçlara ulaşmanın önündeki engelleri ortadan kaldırmaktan veya düzeltmekten sorumludur (Westphal 1996: 311). Hegel'in devletindeki son kurum ise merkezi bir hükümettir (Westphal 1996: 312).

Devlet ise somut özgürlüğün fiil halindeki realitesidir (Hegel 1986: 406; 1991a: 203). Devlet hem aile ve sivil toplum karşısında oluşan ve kişisel hak ve çıkarları sınırlayan bir kurumsal yapıdır, hem de bunların varolmasının nedenidir.

Hegel'e göre, siyasal anayapı, her şeyden önce, devletin organizasyonu, ve onun organik hayatının kendi kendisiyle ilişkisi içindeki süreci demektir. Bu süreç boyunca o, çeşitli momentlerini kendi içinde farklılaştırır ve bunları sabit mevcudiyetler halinde geliştirir. Devlet, aynı zamanda, tek ve özel bir bireydir; böyle bir birey olarak da, kendisi gibi başka bireylerle ilişkiye girer. Yani farklılaşmış organizmasını dışa doğru çevirir ve -bu belirlenim içinde- kendi iç farklı mevcudiyetlerine kendi içinde ideallik kazandırır (Hegel 1986: 374; 1991a: 220). Siyasal bir varlık olarak devletin asıl karakteri, tözsel birlik'tir, yani "momentlerinin ideallığı"dir (Hegel 1986: 441; 1991a: 226).

Öte yandan, devlet, bir politik varlık olarak, evrensel'i belirleyen ve tesis eden güç olarak Yasama gücü; özel alanları ve bireysel halleri evrenselin kapsamına sokan güç olarak Yürütme gücü; nihai karar istemi istenci olarak özne güç olarak Hükümlerlik gücü şeklinde tözsel farklılıklara bölünür. Aynı ayrı güçler, hükümdarın şahsında bireysel bir birlik halinde toplanırlar ve bu şekilde hükümdar, meşruti krallık denen şeyin meydana getirdiği bütünü hem zirvesi hem de temeli olur (Hegel 1986: 435; 1991a: 222).

Hegel hükümlerliği yalnızca hükümdara değil, bütün olarak devlete atfeder. Devletin her ögesinin hükümlerlikte kurumsal olarak tanımlanmış bir rolü varsa da, hükümlerlik bu öğelerin hiçbirine ait değildir; hiçbir devlet görevi de hiçbir kişiye ait değildir (Hegel 1986: 442-3; 1991a: 226-7).

Hegel, bu noktada, evrensel tinin tarihte ilerleyişine değinir. Evrensel tinin ilerleyişi içinde devletler, milletler ve bireyler, iyice belirlenmiş olan kendi özel ilkeleriyle tarih sahnesinde boy gösterirler. Her birinin özel ilkesi, onun siyasal ana yapısında ifadesini bulur ve tarihi durumunun gelişmesi içinde gerçeklik kazanır. Onların bilinci bu ilkeyle sınırlıdır ve bunun menfaatini kendi menfaatleri olarak görürler; ama, aynı zamanda, bir gizli faaliyetin, kendi içlerinde çalışan evrensel tinin, bilinçsiz aletleri ve momentleridirler. Bu derin faaliyet içinde özel şekiller yok olup giderken, kendiliğinde ve kendisi için tin, bir sonraki yüksek aşamaya geçişin yolunu hazırlar (Hegel 1986: 505; 1991a: 267).

Öte yandan, tinin özü özgürlüktür. Tinin tarih sürecindeki ereği öznenin özgürlüğüdür. Hegel'e göre, sürekliliği bulunan şey erektir, devlettir ve her devlet de kendisi için erektir. Devlet bireyin özgürlüğe sahip olup onun tadını çıkardığı gerçekliktir. Devlette özgürlük nesneleşir ve olumlu olarak gerçekleşir. Hegel için tek kişinin keyfe kalmış davranışları özgürlük değildir. Böylece insan, ona göre, yalnızca devlette akılsal varlığına kavuşur. Öte yandan, istemenin kendisi etkinliktir, bu etkinlik de öznel isteme olarak dış dünyada karşıtını bulur. İstemenin ilkesi kendi için değildir: bu da dışlaşmayı ve sonluluğu gerektirir. Böylece devlet, dünya tarihinin daha yakından belirlenmiş konusudur, özgürlük onda nesnellik kazanır ve bu nesnellüğün tadını çıkararak yaşar. Çünkü yasa tinin nesnellidir, doğrulanmış istemedir. Yalnızca ya-



saya boyun eğen isteme özgürdür. Dolayısıyla, akılsal olan tözselliğiyle zorunludur, biz de onu yasa olarak tanıdığımız ve kendi özümüzün tözü bildiğimiz ölçüde özgürüz. Hegel'e göre, bu durumda nesnel ve öznel istek barışır ve aynı aydınlık bütünde birleşir. Hegel bir nesnenin kavramının doğasıyla aynı şey olduğunu söyler. Devleti devlet yapan şey de yasalaradır. Birey de bu yasalara boyun eğer ve bu boyun eğme ile özgür olduğunu bilir: böylelikle kendi istemesiyle karşılaşır. Öyleyse burada bilme ve isteme birleşir (Hegel 1991b:126).

Bununla birlikte, devlet kendi başına ele alındığında bir soyutlama olarak görünecektir. Bu soyutlamanın yaşam ve gerçeklik kazanması ise ilkin anayasa yoluyla olur. Anayasa aracılığıyla bir yöneten-yönetilen ayrımı ortaya çıkar. Dolayısıyla devletin en baştaki ayrımı yöneten-yönetilen ayrımı olacaktır. Anayasanın getirdiği şey, devletin akla uygun, politik bir varlığa dönüştürülmesi, kavramdaki öğelerin özgürce ortaya konmasıdır. Böylece tek tek güçler ayrışacak, tamamlanacak, özgürlük içinde bir ereğe katkıda bulunacak ve o erekte birleşip organik bir bütünü oluşturacaktır. Bunun sonucu olarak devlet, akılsal, kendini nesnel olarak bilen ve kendi için varolan özgürlükle aynı şey olacaktır. Çünkü bu özgürlüğün nesnelliği, tam olarak öğelerinin salt düşüncede kalmaması, pratikte gerçekleşmesidir.

Hegel hükümeti Anayasa genel başlığı altında ele alır. Anayasanın ebedi addedilmesi gerektiğini söylemiş olmakla birlikte onun değişime tabi olduğunu ve zamanla olgunlaşacağını kabul etmiştir (Hegel 1986: 465; 1991a: 241). Hegel'in yasalar için söylediği şey, yani yasaların uygulanabilmesi için belirli olması gerektiği düşüncesi Anayasa için de geçerlidir. Bu nedenle, Anayasa ve diğer yasaların belirli yer ve durumda geçerli olan bir özelliğe sahip olmaları gerekir, bu ise yasanın uygulan-

ma süreci içinde değişime uğrar. Aslında bu durum hukukun doğasına aykırı gibi görülebilecek olsa da öyle değildir; çünkü Hegel yasaların gerekçelerini bütünlüştürmüş bir toplum içinde o anda yerine getirdikleri işlevde bulduklarını vurgulamaktadır. Koşullar değiştikçe, meşru ve etkili kalmak için yasaların da değişmesi gerekmektedir. Bu şekilde, ülkeler Anayasalarını yavaş yavaş değiştirerek ilk baştakinden çok farklı bir duruma getirebilirler. Hegel'in bunu tarihsel olumsallığa verilen kaçınılmaz bir ödün olarak değil, özgürlük elde etmek ve bu özgürlüğü korumak için gerekli hukuki koşulların kolektif bir şekilde tedricen gözden geçirilmesini içeren akılsal bir süreç olarak gördüğü söylenebilir (Westphal 1996: 312-3).

### III. Sonuç

Hegel, her bir devletin anayasal bir temel üzerinde yapılanması, yani bir anayasa çerçevesinde bir düzenleme yapmasına vurgu yapmaktadır. Bunu da, bireyin özgürlüğünü, özgür bir vatandaş olarak eyleyebilmesini hesaba katarak yapmak gerekmektedir. Nihai hedef olarak da dünya yurttaşlığını esas alacak bir dünya anayasası oluşturulması söz konusu olabilir. Ama her çağda ve her koşulda -gerek anayasal gerek yasal- yeni düzenlemeler yaparak bunun sağlanması gerekmektedir.

Bu nedenle, evrensel bir hukukun olabirliğinden söz edebiliriz. Anayasa her bir yurttaşın istemlerini/taleplerini hesaba katarak oluşturulmalı ve bir kişi olarak özgür vatandaşlar olabilmelerinin önünü açmalıdır. Buna göre, yasaların da anayasaya bağlı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu şekilde, özgür bireylerin yetişmesi sağlanabilecek ve bireysel özgürleşmenin önü açılacaktır.

### KAYNAKÇA

- Hegel, G. W. (1986) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main.
- Hegel, G. W. (1991a) *Hukuk Felsefesinin Disiplinleri*, (Çev. Cenap Karakaya), İstanbul: Sosyal Yayınlar.
- Hegel, G. W. (1991b) *Tarihte Akıl*, (Çev. Önay Sözer), İstanbul: Ara Yayıncılık.
- Hegel, G. W. (2004) *Felsefi Bilimler Ansiklopedisi I Mantık Bilimi*, (Çev. Aziz Yardımlı), İstanbul: İdea Yayınları.
- Westphal, K. (1996) "Hegel'in Hukuk Felsefesinin Temel Bağlam ve Yapısı", (Çev.: Doğan Şahiner), *Cogito*, Sayı 9, ss. 294-316, İstanbul: YKY.

## Doğal Hakların Kaynağı ve İşlevi

Hamdi BRAVO\*

İnsanın ‘insan olduğu için’ ve ‘insan olmak dolayısıyla’ sahip olduğu haklar var mıdır sorusu, hukuk açısından önemli bir sorudur. Bu soruya “Vardır” diye yanıt vermekle “Yoktur” diye yanıt vermek, hukukun varmak istediği bir hedefi olup olmadığını belirlemek açısından önemli farklılıklar yaratır.

“Yoktur” diye yanıt vermek, hukuku sürekli değişen güç ve iktidar koşullarına bağımlı kılmak ve evrensel bir hedef iddiasının çok uzağına taşımak sonucuna götürebilir. Çünkü böyle bir durumda neyin hak olduğunu belirleyecek tek ölçüt, yasaları yapma gücüne sahip iktidarlar olur. İktidarların anlık çıkarları, bu çıkarlar için bireylerden ve toplumdaki beklentileri, “hak olan”ın yegane ölçütü haline dönüşür. Bu haliyle hukuk, kaynağını iktidar olanın arzusunda bulduğu için, her iktidarla birlikte değişen hedeflere sahip bir kurum haline gelir.

Buna karşın bu soruya “Vardır” diye yanıt vermek ya da verebilmek, hukukun bir hedef kazanması olanağını da yaratır. Hukuku koşullara ve bireysel arzulara bağımlı olmaktan çıkarabilir, hakların kaynağına “insan”ı yerleştirmekle insana insanca bir yaşamın koşullarını hazırlamayı hedefleyen bir kuruma dönüşebilir. Bu bildiride, “Yoktur” iddialarını çürütüp “Vardır” iddialarını temellendirmek yerine, bu hakların var olduğu kabulünden yola çıkılıp bu hakların nereye bakılarak türetilebileceği; buna ek olarak da insan için temel bir işlevi gösterilmeye çalışılacaktır. Bu amaç doğrultusunda da, böyle bir çaba için İ. Kuçuradi’nin kimi makalelerinde bu doğ-

rultuda sorduğu sorulardan ve bu sorulara verdiği yanıtlardan yararlanılacaktır.

\*

Sahip olduğumuz hakların çoğunlukla nasıl belirlendiğine baktığımızda, bunun ardındaki şu gerçekle karşılaşırız: Haklarımızın büyük çoğunluğuna, belirli bir toplumun bir parçası olmak dolayısıyla sahibizdir; yani haklarımızın büyük kısmını var eden, toplumsal yaşamdır. Toplumsal yaşamdan önce ya da onun dışında bunların hak olduğundan söz edilemez bile. Hobbes, Hegel, Nietzsche gibi düşünürler bu nispeten daha yumuşak iddiayı en uç noktasına kadar taşımış, toplumsal yaşamdan önce hak diye bir şeyin olmadığını söylemişlerdir. Onlara göre, doğa durumu diye adlandırılan bu ortamda koşulların zorlukları karşısında insanların ortaya çıkan hak iddialarından ya da taleplerinden söz edilebilir, ama bunların “hak” olduğunu iddia edebilmek asla söz konusu değildir. Dolayısıyla hak, toplumsal yaşamla birlikte varlık kazanan, içeriği toplumsal ilişkilere göre oluşan, genişliği ya da derinliği toplumsal ortamın koşullarının gerektirdiği sınırlar içerisinde belirlenen bir şey olarak ortaya çıkar. Bunun ne anlama geldiğini daha iyi kavrayabilmek için, bu düşünürler için “toplumsal yaşam”ın insan varlığının devamı açısından önemi ve işlevi üzerinde kısaca durmak gerekir.

İnsan kendi kendine yetebilen bir varlık değildir. Bu, kendi yapısıyla içinde varlığını sürdürmek zorunda olduğu ortamın uyumsuzluğundan kaynaklanır. Gereksinimleri diğer canlılara göre daha çeşitli olmasına rağmen bütün bunları içinde ya-

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

şadığı ortamdaki tek başına karşılayabilecek bedensel ya da ruhsal donanıma sahip değildir. İkincileyin doğal malzemelerin neredeyse hiçbiri onun doğrudan doğruya, dönüşüme uğratması gerekmeden yararlanabileceği yapıda değildir. Bu iki nedenden dolayı, insanın diğer insanlarla birlikte iş görmesi gerekir. Toplumsal yaşamın varoluşunun kaynağında, bu “birlikte iş görme gerekliliği” vardır. Bu gereklilik, bu türden hakların kaynağını da oluşturur. Ama nasıl?

İnsanlar toplumsal yaşama kendi gereksinimlerini karşılayacak yararları elde etmek amacı ve umuduyla dahil olmuşlardır. Ancak gereksinimlerin karşılanabilmesi, insanın eksik ve her an eksilen varlığının sürekli tamamlanabilmesi için, bu gereksinimleri karşılayacak, eksiklikleri giderecek ürünlerin üretilmesi gerekir. Bu açıdan bakılınca, toplum, bu ürünlerin üretilmesi için iş gören bir mekanizmadır. Bireylerin toplumun ürettiklerinde pay sahibi olabilmesi için, bunların üretiminde de pay sahibi olması gerekir. Yani bu mekanizmanın işleyebilmesi için gerekli etkinlikleri gerçekleştirilmesi, bu mekanizmanın işleyişini aksatan ya da engelleyen etkinliklerden uzak durması gerekir. Bireyler için “hak olan” ve “olmayan” tam burada belirlenir. Toplumun içerisindeki bireyler için yarar sağlayan etkinlikleri gerçekleştirmek bireyin hem sorumluluğudur hem de hakkı (örneğin çiftçilik ya da boyacılık yapmak); bu etkinlikler aracılığıyla kendi gereksinimlerini giderecek ürün ve araçları elde etmesi ise kendisinin hakkıdır. Buna karşın, diğer bireyler için zarar üreten etkinlikleri gerçekleştirmek bireyin hakkı olmayan eylem biçimlerine işaret eder (örneğin hırsızlık ya da dolandırıcılık). Bu etkinlikleri gerçekleştirerek kendi gereksinimlerini karşılayacak ürün ve araçlara ulaşmasıysa haksızlığı oluşturur.

Dolayısıyla, “hak”ın ancak toplumsal yaşamla birlikte var olabileceğine inanan

bir düşünür için “hak”, “toplum içerisindeki bireyler için gerçekleştirdiğimiz yarar üretecek bir etkinlik sonucunda bize borçlu olunan” anlamına gelir; ancak bu borçlu olunanın, yasalar tarafından hükme bağlanmış olması gerekir.

Böyle söylendiğinde, bu hak tasarımı biraz eksik kalmaktadır. Bu bakımdan onu şu biçimde genişletmek gerekir: Toplumsal yaşamdaki tüm haklarımıza, gerçekleştirdiğimiz etkinlikler sonucunda sahip olmayız; bize kimi haklar da, henüz gerçekleştirmediğimiz, ancak daha sonra gerçekleştirmemizin beklendiği kimi etkinlikler için bir anlamda “avans” olarak verilir. Örneğin eğitim alma hakkı, onu hak etmek için herhangi bir şey yapmadan bize sunulur. Ancak eğitim yoluyla içinde bulunduğumuz topluma uygun eylemlerde bulunacağımız ve toplumun bireylerine yarar sağlayacak bir meslek sahibi olacağımız düşünülerek, henüz onu hak edecek bir etkinlik gerçekleştirilmeden, ama ileride gerçekleştireceğimiz varsayılarak bu hak bize tanınır. Dolayısıyla toplumsal yaşamdaki kimi haklar da, yukarıdaki tanımın içine ancak ufak bir ek ifade kullanılarak sığdırılabilir: “Toplum içerisindeki bireyler için *gerçekleştirdiğimiz* ve gerçekleştireceğimiz yarar üretecek bir etkinlik için bize borçlu olunan”.

Ancak tanım ne kadar biçim değişirse de, bu haklar konusunda “etkinlik”, “yarar” ve “hak” arasında üçlü bir ilişki olduğu gerçeği değişmez. Bu üçlü ilişki, neredeyse bütün **pozitif hakların** temelinde ve özünde bulunur. Toplumsal yaşamda hak olanı ve olmayanı ayırmada temel belirleyici, bu üçlü arasındaki ilişkinin bir biçimde ya da tam karşıt bir biçimde kurulmasıdır. İlişki bir biçimde kurulduğunda, hak olan, bireyleri belirli türden eylemleri gerçekleştirmeye ve onları topluma ve bireylerine yarar sağlayan bir insan kılmaya hizmet eder. Yani işlevi bu olur. Tam karşıt bir ilişki ortaya çıktığında, yani birey yarar

sağlamayan etkinlikleri gerçekleştirip hak elde etmeye çalıştığında, toplumsal yaşamın çözülmesine ve insan türünün (ya da söz konusu toplumun) varlığının tehlikeye düşmesine yol açar. Yani pozitif kendi varlıklarının kökenini, söz konusu toplumun varlığını devamında ve giderek daha iyi bir düzeyde devamında bulur ve bu işlevi yerine getirir. Bizim bildirimiz açısından önemli bir başka soru da tam bu bağlamda anlam kazanır:

*Pozitif haklar kaynağını ve işlevini bu üçlü ilişki içerisinde buluyorsa, insanların, (şu ya da bu koşullardan dolayı) yarar sağlayacak hiçbir etkinlik gerçekleştirmeseler bile ya da etkinlikleri aracılığıyla zarar üretmeler bile, birtakım haklarının olduğundan söz edebilir miyiz? Yani, toplumsal yaşam bağlamı dışında, o bağlamı hiç dikkate almayı gerektirmeyen, doğal haklarımız var mıdır? Yoksa bütün haklarımızın varlığı ve sınırı, toplumun ve onu oluşturan bireylerin yararı ve zararıyla mı ölçülür?*

\*

Bu bildiriye hazırlarken ele aldığımız metinlerinde Kuçuradi herhangi bir biçimde “doğal hak” ifadesini kullanmıyorsa da, onun “temel insan hakları” adını verdiği ve hiçbir koşula bağlı olmadan her insanın insan olmak dolayısıyla sahip olduğu haklar, “doğal hak”ın genelde kullanılan anlamına çok yakın bir biçimde kullanılmıştır. Burada yapılacak olan, Kuçuradi’nin bunları hangi kaynaktan türettiğinin ve bunlara ne tür bir işlev yüklediğinin serimlenmesi olacaktır.

Kuçuradi için ‘haklar’, “kişilerin insansal olanaklarının korunması ve geliştirilmesi olanağını sağlayan koşulları” içerir. Bunlar korunduğunda ya da sağlandığında, kişiler, kendilerinin insan olmalarını sağlayan, yalnızca insan türüne özgü özellikleri-

ni gerçekleştirme olanağı bulurlar; bunlar korunmadığıdaysa, bu olanaklar gerçekleştirilemez ve insan kendi özsel yanını tam anlamıyla ya da bütünüyle gösteremez. Bu açıdan bakıldığında ‘adaletsizlik’, “mevcut koşulların, kişilerin ya da grupların insansal olanaklarını gerçekleştirilmeye, aynı zamanda insanın bazı olanaklarını gerçekleştirilmesine elverişsiz olduğu durum ya da doğrudan doğruya veya dolaylı olarak engel oluşturduğu durumdur.” Dolayısıyla Kuçuradi için haklarımızın belirlendiği kaynak için kaynak burası oluyor. Biraz daha açmak gerekirse, şunları söyleyebiliriz:

Kuçuradi, doğal haklar (ya da insanın insan olmak dolayısıyla sahip olduğu haklar belirlenirken) şunlara bakmamız gerektiğini düşünüyor: “birbirine karşılaştırılacak iki şeye ve bunların karşılaştırılmasını sağlayan bir orta terim işlevi gören bir üçüncü şeye”:

“a) bir kişinin belirli bir anda *sahip olduğu* şeylere,

b) başka birinin, aynı anda yine *sahip olduğu* şeylere,

c) [bu ikisini karşılaştırmamıza olanak sağlayan] *değer verdiğimiz* üçüncü bir şeye”<sup>1</sup>.

Bu karşılaştırma, yani 3. adım, “birinin sahip olduğu ve durumunu daha ‘iyi’ yapan ... ve diğer kişinin de sahip olması gerektiğini düşündüğümüz bir şey açısından” yapılıyor. Bu, doğru kişinin yoksun bırakıldığı, buna karşın “hakkı olan” şeyin ortaya çıkmasını sağlıyor.

Temel insan haklarının bilgisi de bu yolla ediniliyor:

“...bazı insanların belirli bir tarihsel anda içinde buldukları koşulları, aynı

1 İ. Kuçuradi, “Adalet Kavramı”, *Adalet Kavramı içinde*, Ed. Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1994. s. 29.

tarihsel anda başka insanların içinde buldukları koşullarla, -insanların o çağda ulaştığı koşullarla-, belirli insansal olanakların değerinin bilgisi ışığında karşılaştırıyoruz. Edison'un elektriği bulmasını, Saint-Exupery'nin *Küçük Prens'i* yazmasını sağlamış ve başkalarının bugün nimetlerinden hepimizin yararlandığı başarıları ortaya koymalarını sağlamış olanakların bilgisi ışığında karşılaştırıyoruz bunları. Bu bilgi, bir insanın *ne olabileceğinin* bilgisi ve böyle olanakları gerçekleştirebilmiş insanların ortaya koyduğu başarıların insanlık için öneminin bilgisidir<sup>2</sup>.

Bu söylenenler ışığında bakıldığında, haklar, insanın ve insanlığın yararına olanların üretilmesini olanaklı kılan gerekli koşullar olarak karşımıza çıkar. İnsanın insan olmak dolayısıyla sahip olduğu bu haklar, insanın -başkasına katkı sağlayacak- olanaklarının gerçekleşmesi olanağını yaratacak koşulların bir gereklilik biçiminde dile gelmiş halinden oluşmaktadır.

“... insan hakları, kişilerin insansal olanaklarının gerçekleştirilebilirliğinin genel koşullarını dile getiriyor”<sup>3</sup>.

Bu perspektiften bakıldığında, doğal hakların işlevi, insanlığın insanlık lehine gelişimine hizmet kılığını alıyor. İnsanların içinde yaşadığı koşulları, birbirlerinin yararına olanları oluşturmalarına olanak sağlayacak bir biçime kavuşturmak ideali, doğal hakların kaynağı olarak yer buluyor. Dolayısıyla insan için hak, tıpkı *pozitif haklarda* olduğu gibi, “etkinlik”, “yarar”, “hak” üçlüsü arasındaki ilişkide anlamını buluyor.

Ancak burada yine de bir soru beliriyor: “İnsan insan olarak sahip olduğu haklara, ancak diğer insanlar için sağlayacağı yararlar nedeniyle mi sahiptir?. Varlığıyla hiçbir yarar sağlamasa bile, birtakım hak-

lara doğal olarak ve insan olarak doğmak dolayısıyla sahip olduğu söylenemez mi?”

\*

Bu sorulara yanıt verebilmek için, yine doğal hakların kaynağı meselesine dönmek gerekir. Burada, vakit dolayısıyla uzun uzun bir temellendirmeye girişmeden hemen şu iddiamı dile getirmek istiyorum: Doğal hakların kendisine bakılarak temellendirileceği kaynak, yine “insanın insanlaşması olgusu” olacaktır. İnsanın insanlaşması ya da insanlığından uzaklaşması, doğrudan doğruya onun gördüğü muameleyle bağlantılı bir sonuçtur. Dolayısıyla doğal haklar, insanın insanlaşmasına yol açan muameleleri içerir. Peki bu ne demektir? Bunu şöyle anlamak gerekir: belirli türden muamele, insanın kendisinin özsel, kendisinin tümel yanıyla, yani kendisinin insan olmasıyla barışık olmasını sağlar; bu barışıklık, yalnızca içsel bir barışıklıkla sınırlı değildir ve aynı zamanda, kendisinin dahil olduğu kendisi dışındaki tümel insanlıkla da, yani insan adını verdiğimiz varlıkla da barışık olmasını sağlar. Bu barışıklığın en temel görünümü, birlikte yaşama arzusudur; bu arzu çeşitli kılıklarda ortaya çıkar, ama en belirgin görünümü, birlikte yaşamı besleyecek eylem biçimlerinin gerçekleştirilmesidir.

Dolayısıyla doğal haklar, insanın insan olmak ve insan türüne dahil olmaktan haz almasına olanak sağlayan haklar demettir. Bu hakları devşirmek için bakacağımız yer burasıdır. İnsanda haksızlık duygusunun yarattığı en önemli belirtiler, başka insanlara güvensizlik duyması, birlikte yaşamak arzusunun zayıflaması, bunların sonucunda da birlikte yaşamı zayıflatacak eylemlere kalkışmasıdır. Bunlar, onun doğal yapısının yarattığı hak ve adalet beklentisinin önemli görünümleridir.

2 a.g.e., s. 30.

3 a.g.e., s. 31.

Dolayısıyla insanın doğal hakları belirlenirken, bu düşünümü “toplumsal yaşam”, “koşullar”, “yarar” gibi bileşenlerin ışığı olmadan düşünebilmek pek olanaklı görünmemektedir. Ve bu haliyle doğal hakların içeriklendirilmesi, pozitif hakların içeriklendirilmesinden pek de farklı bir kaynak taşımamaktadır, diye düşünüyorum.

# Thomas Hobbes ve John Locke'un Doğal Hak Anlayışları

## Işıl Bayar BRAVO\*

### ÖZET

İnsanların neler üzerinde ne tür hakları olduğu, bu hakların nasıl ve ne zaman doğal hak olarak nitelenebileceği, nasıl ve neden korunmaları gerektiği konuları felsefe tarihinde tartışılmalı, öyle görünüyor ki tartışılmaya devam edilecek konularındandır. Bu çalışmada bu sorulara yanıt önerisinde bulunan iki filozofun görüşlerine yer verilmiştir. Hobbes'a göre insanların doğal hakları vardır, ancak bunlar güvence altında olmadıklarından, her zaman bir savaş durumu (doğa durumu) vardır. Hakların korunması ve yaşamın devamlılığı için doğa durumundan çıkıp insanların birbirleriyle toplum sözleşmesi yapması gerekir. Locke'a göre de insanların doğal hakları vardır. Ancak doğa durumu her zaman bir savaş durumuna karşılık gelmez. Savaş durumu, toplum sözleşmesi yapılmadan önceki durumu imler. Sözleşme yapıldıktan sonra, doğal haklar bir ölçüye kadar güvence altına alınmış olur. Her iki filozof için de doğal haklara sahip olmanın teminatı akıldır.

**Anahtar Sözcükler:** Doğal hak, doğa durumu, savaş durumu, insan doğası, akıl, toplum sözleşmesi.

#### a. T. Hobbes'un Doğal Hak Anlayışı

Doğal haklara ilişkin görüşler, felsefe tarihinde önemli yer tutar. 18. yüzyılda yaşamış ve doğal hak denince ilk akla gelebilecek filozoflardan biri Thomas Hobbes'tur. Onun 'doğa durumu', 'doğal hak', 'doğa yasaları', 'toplum sözleşmesi', 'insan doğası' kavramları arasındaki bağlantılar burada serimlenmeye çalışılacaktır.

Hobbes'a göre "insanlar doğuştan eşittir" (Hobbes, 1993, 92). Bu eşitlik hem bedensel hem de zihinsel bakımdandır. Bedensel bakımdan eşittirler, çünkü bedensel olarak zayıf biri hileye başvurarak ya da başkalarıyla birleşerek çok güçlü birini öldürecek hale gelebilir. Zihinsel bakımdan da eşittirler, çünkü "... insanların doğası öyledir ki, başka birçoklarının daha zeki veya daha güzel sözlü veya daha bilgili olduklarını teslim etseler de, kendileri kadar zeki çok fazla insan bulunduğu kolay kolay inanmazlar; çünkü kendi zekalarını iyi tanırlar, başkasının zekasını ise uzaktan. Fakat bu, insanların bu alanda eşitsizliğini değil, tersine eşit olduklarını kanıtlar aslında. Çünkü bir şeyin eşit pay edildiğinin en büyük kanıtı, herkesin kendi payından memnun olmasıdır" (Hobbes, 2007, 26). Ancak eşit olan bu insanlar, bu eşitlikten dolayı birbirlerinin kurdu olurlar. Çünkü yeteneklerdeki eşitlik, amaçlara ulaşmadaki eşitliği de getirmektedir ve insanlar, aynı anda aynı şeye sahip olmayı istediklerinde, esasen varlıklarını korumak ya da sadece haz almak olan amaçları uğruna birbirlerine düşman olurlar. Zora ya da hileye başvurarak birbirlerini egemenlikleri altına almaya çalıştıkları bir durum ortaya çıkar (Hobbes, 1993, 93). İnsanlar açısından böyle güvensiz bir durumda olmak aslında 'doğa durumu'na karşılık gelir, bu, aynı zamanda bir 'savaş durumu'dur.

Hobbes'a göre insanın iki yanlı bir doğası vardır. Bunlardan birincisi insanın varlığını sürdürme isteği olarak kendini gösteren yanıdır; bunu 'içgüdüsel doğa'

\* Doç.Dr. Süleyman Demirel Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.



olarak adlandırır. Bu yan insana yaşamını korumak ve devam ettirmek için kendi gücünü dilediği gibi kullanma ve uygun gördüğü her şeyi yapma hakkı vermektedir (Hobbes, 1993, 96). Bu yana göre insanın eylemde bulunduğu durum ‘doğa durumu’nu oluşturur. Bu durumda insanı çatışmalara iten bazı duyguların yer aldığını görürüz: rekabet, güvensizlik, şan şeref v.b. (Hobbes, 2007, 24). Hobbes’a göre bunların tümünü baskı altında tutacak bir güç olmaması durumunda insanlar arasında savaş çıkar. Bu savaş herkesin herkese karşı savaştır. Hobbes devletin olmadığı durumu, herkesin herkese karşı sürekli bir savaş durumu (*bellum omnium contra omnes*) olarak tanımlar. Bu savaş tehdidi sürekli, ancak bu tehdidin sürekliliği daima savaşılmamasını gerektirmez. Önemli olan, mücadelenin çarpışma ile yürütüleceğinin herkes tarafından biliniyor olmasıdır. Savaş sadece çarpışmadan ya da kavgedan ibaret değildir, çarpışma iradesinin yeterince bilindiği bir durumu ifade eder (Hobbes, 2005, 88-89). Bu durumda insan hayatı yalnız, yoksul, kötü, vahşi ve kısadır. Bu savaşta hiçbir şey adalete aykırı diye düşünülmemelidir; çünkü doğru-yanlış, adalet-adaletsizlik doğa durumundaki insan için söz konusu değildir, bunlar ancak toplum halinde yaşayan insanlar için söz konusudur. Doğa durumundaki insan o halde sürekli ölüm korkusuyla yaşayan, varolma mücadelesi veren, bencil, içgüdüleriyle hareket eden bir varlık olarak karşımıza çıkar.

İnsan doğasının ikinci yanı Hobbes tarafından “ussal doğa” diye adlandırılır. İnsanın savaş durumundan çıkmasını sağlayabilecek olan, onun bu yanıdır. Hobbes’a göre ölüm korkusu, rahat yaşamak için gerekli şeyleri elde etme arzusu ve çalışarak bunları elde etme umudu, insanları barışa yöneltmiş, bunun koşullarını da “akıl” göstermiştir: bunlar ‘doğa yasaları’dır. (Hobbes, 1993, 96). İnsanın varlığını sürdürme-

si için, içgüdüsel doğasını aklının kontrolü altına alması gerekmektedir; ancak bundan sonra hangi haklara sahip olduğu belirlenebilir.

Doğal hak, insanın kendi doğasını korumak için gücünü dilediği gibi kullanmak ve aklıyla bu amaca ulaşmak için uygun yöntem olarak gördüğü her şeyi yapma özgürlüğüdür (Hobbes, 2007, 28-9). Bu hak tanımına Hobbes, ‘insan doğası’ndan ulaşmıştır. Bu, aslında insan doğasının doğal (içgüdüsel) yanıyla ilgilidir, akıl yanısıra bu hakkın korunmasının yollarını belirlemekle ilgilidir.

Doğa durumunda herkesin her şey üzerinde hakkı vardır, ama bu hak devam ettiği sürece ne kadar akıllı ya da güçlü olursa olsun, kimse doğanın verdiği yaşam süresini sonuna kadar kullanma güvencesine sahip olamayacaktır (Hobbes, 1993, 97). Dolayısıyla barışı aramak ve akıllı kullanmak kendi varlığını korumak ve sürdürmek için elzem olmaktadır. İnsanların barış içinde yaşamaları için aklın onlara gösterdiği şartlara uymaları gerekir. Bu şartlar hatırlanacağı gibi doğa yasalarıdır. Doğa yasaları doğa durumunda da vardır, ama bağlayıcılıkları farklıdır. Vicdanen her zaman bağlayıcı olmalarına rağmen, ancak devlet kurulduktan sonra fiilen bağlayıcı olurlar (Hobbes, 2007, 79-80).

Bir yasanın doğa yasası olup olmadığı nasıl anlaşılacağı konusunda Hobbes “... Eğer istinasız bütün uyrukları bağlayan ve yazılı olmayan ve insanların görebileceği bir yerde ilan edilmemiş olan bir yasa varsa, bu bir doğa yasasıdır. Çünkü insanların, kendi akıl ve mantıklarına dayanarak yasa olarak bildikleri bir şey her insanın akıl ve mantığı için uygun olmalıdır; bu da ancak bir doğa yasası olabilir (Hobbes, 1993, 93). Buna örnek olarak “başkası tarafından sana yapılmasını uygun bulmadığın bir şeyi sen de başkasına yapma” düsturunu verir. Hobbes’un saydı-

ği diğer doğa yasaları şunlardır: Barışı ve kendini korumak için her şey üzerindeki hakkını bırakıp başkalarına karşı onlara tanıyacağı kadar özgürlükle yetinmek (Hobbes, 2007, 31), yapılan akitleri yerine getirmek (Hobbes, 2007, 38), minnetkarlık duymak (Hobbes, 1993, 110), karşılıklı uyum ve nezaket, affetmek, ölç alırken geçmişteki kötülüğün büyüklüğüne değil, gelecek faydanın büyüklüğüne bakmak, başkalarını aşağılamamak, herkesin bir başkasını doğal olarak eşiti kabul etmesi, hak ve adalete uygun davranmak, hakem kararına rıza göstermek (Hobbes, 1993, 113-4). Hobbes'a göre bu yasalar ebedi ve değişmez niteliktedir. Çünkü bu yasaların tersi (adaletsizlik, nankörlük, küstahlık, kibir, haksızlık, adam kayırma v.b.) hiçbir zaman geçerli kılınamaz. Ona göre savaşın hayatı koruması, barışın da yok edilmesi düşünülemez. Ayrıca Hobbes'a göre doğa yasalarının gerçek bilimi, gerçek ahlak felsefesidir (Hobbes'un *De Cive* eserinden aktaran Bernard Gert, 2001, 250). Çünkü ahlak felsefesi neyin iyi neyin kötü olduğunun bilimidir. Doğa yasaları da ahlaki erdemler olduğundan bunlar iyi, erdemsizlik ise kötüdür (Hobbes, 2007, 61 ve 63). *Hobbes'a göre aslında bütün doğa yasaları "kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma"* eylem ilkesiyle özetlenebilir (Hobbes, 1993, 115).

Doğa durumunda hiçbir bireyin varlığını korumasının güvence altında olmaması durumu, devletin varlık koşulunu oluşturmaktadır. Doğa durumunda varolan özgürlüğü ve başkalarını egemenliği altına almayı seven insanların bir arada yaşamasının mümkün olamayacağı daha önce söylenmişti. Birarada yaşayabilmenin koşulu insanların devlet kurmalarına bağlıdır. Ona göre "kılıcın zoru olmadıkça akitler, sözlerden ibarettir ve insanı güvence altına almaya yetmez" (Hobbes, 1993, 127 ve 2007, 79). Devlet, Hobbes'a göre sanki bir sözleşmeyle kurulmuştur. Hobbes toplum-

sal sözleşmeye/meşruiyete sadece devletin kuruluş aşamasında gerek duyar (Çetin, 2002, 5). Bu sözleşmede devlet herkesin herkese "senin de hakkını ona bırakman ve onu bütün eylemlerinde aynı şekilde yetkili kılmak şartıyla, kendimi yönetme hakkını bu kişiye ya da heyete bırakıyorum" demesiyle bir sözleşme aracılığıyla oluşturulmuştur (Hobbes, 1993, 130). Buna dayanarak sözleşmenin karşılıklı hak devretmeyle mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Burada bireyler haklarını gönüllü olarak, doğal hukuka göre hareket etmek üzere sınırlamaktadırlar (Tuck, 1979, 119-25). Ancak tüm haklar devredilemez. Ona göre her iradi eylemin amacı, faydadır; bir hakkı devretmek de iradi bir eylemdir. Bu konuda Hobbes, bir insanın varlığını ortadan kaldırmak için kendisine zorla saldıranlara direnme hakkını bırakamayacağını, çünkü bunda elde edeceği bir faydanın bulunmadığını söyler. Ayrıca yaralanma, hapsedilme, vurulma durumları için de aynı şey geçerlidir (Hobbes, 2007, 42). Toplum sözleşmesi aracılığıyla insan istediği herşeyi yapma özgürlüğünden vazgeçmiş, ama kendi bedenine sahip olma, hava, su, hareket, bir yerden bir yere gitme ve insanın onlarsız yaşayamayacağı bütün diğer şeyleri kullanma haklarını elinde tutmaya devam etmiştir (Hobbes, 1993, 113). "Yaşamak", "özgürlük", "eşitlik" gibi doğal haklar, toplumsal yasalarla sınırlanmıştır (Hobbes, 1993, 191). Zaten yasa koymanın amacı, doğal hakların sınırlanmasıdır. Örneğin özgürlük toplum durumunda 'bedensel özgürlük', yani hapsedilmeme ve tutsak olmama olarak anlaşılmaktadır (Hobbes, 1993, 156). Ona göre bir toplumda yaşayan insanların özgürlüğü, hükümdarın yasaklamadığı işlerdedir. Mülkiyet bir haktır, ama devlet kurulduktan sonra varolabilen bir haktır (Hobbes, 1993, 106). Bu haktan vatandaşlar, hükümdarın istediği kadar yararlanabilir. Hükümdarın mutlak egemenliği kimi sorunlar yaratacak olsa da,

olmaması durumu daha vahim sonuçlar yaratacağından, hükümdarın olması durumu tercih edilmelidir (Hobbes, 1993, 154 ve 2007 116-7). Hükümdar kayıtsız şartsız egemenlik hakkına sahiptir (Hobbes, 1993, 151). Bu hakimiyet de efendinin kölesi üzerindeki hakimiyetine benzer (Hobbes, 2007, 122-123).

### **b. J. Locke'un Doğal Hak Anlayışı**

Hobbes'un doğal hak anlayışıyla benzerlik gösteren bir diğer görüş de Locke'a aittir. Locke insanı diğer varlıklarla karşılaştırarak, onun herhangi bir yasaya bağlı olup olmadığını soruşturur. Tanrı'nın iradesine boyun eğerek, tüm canlı varlıkların kendi doğalarına ve yaşamlarını idame ettirmelerine ilişkin yasalara sahip olduklarını, şeylerin tüm yapısında onların doğasına uygun olarak, kesin ve değişmez yasaların işleyişine engel olabilecek hiçbir şeyin olmadığını söyler (Locke, 1954, 109). Tanrı, doğal haklar söz konusu olduğunda gerekli ve önemli bir konudur Locke için. Tanrısal ödüllendirme ya da cezalandırma, doğal hakların doğüstü ve sonsuz karakterine işaret eder (Esperanza, 2006, 69). Burada şu soru akla gelebilir: İnsan kendi mallarının, kişiliğinin efendisiyse, herkesle eşitse neden özgürlüğünden vazgeçip kendini başka bir erkin egemenliği altına sokmak istesin? Locke bu soruya şu şekilde yanıt verir: İnsan doğa durumunda tüm haklara sahip olsa da bu haklarını kullanma konusunda güvende değildir, yani başkalarının saldırılarına açıktır, çünkü herkes kral, özgür ve başkasıyla eşittir. Bu, güvensiz ortamdan kurtulma ve toplum halinde yaşama isteği yaratır. (Locke, 1954, 233).

Locke'a göre Tanrı, mutlak ödevler ve haklar için daima kullanışlı bir temel oluşturmuştur (Bix, 2004, 299). Doğüstü bir gücün, diğer bir deyişle Tanrı'nın bir hükümü olarak tanımlanan doğa yasası, doğanın ışığıyla fark edilebilir ve bize neyin ussal doğayla uyumlu neyin uyumsuz olduğunu

gösterir, üst bir güç tarafından konulmuş akıl doğa yasasını yapılandıramaz, ancak onu keşfedebilir. Yani akıl, doğa yasasının ne yorumlayıcısı ne de yapıcısıdır (Locke, 1954, 111). Bu noktada Locke hak ile yasa arasında bir ayırım yapar: Hak, bir şeyi kullanma özgürlüğüne sahip olduğumuzu ifade eder; Yasa, bir şeyi yapmayı ya emreder ya da yasaklar. O halde doğa yasası, yasanın tüm getirdiklerini kendinde taşır. Locke doğa yasasını, Tanrının doğayı amaçsız yaratmış olamayacağı varsayımından türetmektedir. Tanrının amaçsız bir iş yaptığı düşünülemez olduğundan, Tanrının insanı yaratmakla, insanın varlığını sürdürmesini istemiş olduğu da çok açıktır. Dolayısıyla insanın varlığını sürdürmesini isteyen Tanrı, insanın varlığını sürdürmesine yarayacak araçları da kendisine vermiştir. İşte yeryüzü ve üzerindeki insanın varlığını sürdürmesi için Tanrının insana verdiği araçlardır. Dolayısıyla bu şeylere sahip olmak insanın doğal hakkıdır (Locke, 2004, 25-26). Dünyayı ve hayvanları yaratan Tanrı olduğundan, bunların tümünün tek sahibi Tanrıdır. Tanrının mülkiyeti olan insan, Tanrının bu mallarını kullanma hakkına sahip olmalıdır ve olmak zorundadır. İnsan, Tanrının mallarını, onun gösterdiği sınırlar içinde kullanma hakkına ve özgürlüğüne sahiptir. Ancak, insan da Tanrının malı olduğundan, kendi varlığını sürdürmek ve kendisine zarar vermemek zorundadır. Dolayısıyla, insan varlığını sürdürmek zorunluluğu altındadır ve bu bağlamda varlığını sürdüreceği araçlara sahip olmalıdır. Dolayısıyla, insanın mülkiyetinden söz ettiğimizde, insanların bu mülkiyeti Tanrının izin verdiği biçimde kullanma hakkından söz ediyoruz demektir. Yine benzer biçimde insanın yaşamı da Tanrının mülkiyetidir ve sadece yaşamın kullanımını insanın mülkiyetindedir. İnsan Tanrıya ait olan bu yaşamı intihar ederek yok edemez. Temel doğa yasasından diğer doğa yasaları ve bunlardan da doğal haklar doğar (Tully, 1980, 62).

Yasanın (ve doğa yasasının) kesinliği, üstün istemenin hükmü olmasından gelir. Yasanın (ve doğa yasasının) görevi de neyin yapıp neyin yapılmayacağını göstermektir. Bu bakımdan yasa herkesi bağlar. Ancak doğa yasası, pozitif yasalarla aynı yolla bilinemez; o, yalnız doğanın ışığıyla kavranır (Locke, 1954, 113). Doğa yasası akılla bilinebilir bir yasaysa, neden akıl sahibi her insan onun bilgisine sahip değildir? Locke'a göre aklın ışığını hiç kullanmayan bazı insanlar vardır. "İnsan, gözlerini açmazsa ve yolculuk için iyi hazırlanmazsa güneş ona gideceği yolu gösteremez".

Her akıl sahibi bilmesede doğa yasası vardır, çünkü insanların vicdanları vardır. Çok kötü bir şey yapıp, bunu kendi vicdanında aklayacak biri yoktur. Bu durum doğa yasasının varlığının kanıtlarındandır.

Doğa yasası yazılı değildir. Bu, onun varolmadığı anlamına gelmez. Doğaya baktığımızda görürüz ki, tüm varolanlar kendi doğalarına uygun varoluş ve işleyiş tarzlarının değişmez yasalarına uyarlar (Locke, 1954, 117).

Doğa yasasının varolduğuna ilişkin ikinci kanıt da insanların toplum halinde yaşamalarından çıkarılabilir, çünkü doğa yasası olmasaydı insanlar arasında toplumsal bir ilişki ya da anlaşma olamazdı. Son olarak doğal hukuk olmadan iyilik de kötülük de olamaz, çünkü o zaman ne iyiliğin ödülü ne de kötülüğün cezası olurdu. Bu noktada Hobbes ve Locke aynı biçimde düşünülmektedir: "Yasanın olmadığı yerde suç da suçluluk da yoktur" (Locke, 1954, 119).

Yasanın bilgisine, daha önce de söylendiği gibi, doğanın ışığıyla ulaşılabilir. Bunun için doğanın insana verdiği ussal yetileri kullanmak gerekir. Doğa herkeşe bu yetileri vermiştir, ama bu, herkesin onları doğru kullandığı anlamına gelmez. Locke'a göre insanların çoğu zaten akıl-

larına göre değil, başkalarının kurallarına, yönlendirmelerine, fikir ve önerilerine göre hareket eder. Bu şekilde yaşayan insanlar doğa yasasını doğanın ışığıyla bilemez.

Doğa durumunda insanlar, izin almadan ve başka birinin iradesine bağlı olmadan doğa yasasının sınırları içinde eylemde bulunmak, mal sahibi olabilme özgürlüğüne sahip, ama bunların korunmasından daha soylu bir gerek olmadıkça, kendini ya da başka bir varlığı ortadan kaldırma özgürlüğünün olmadığını söyler.

İnsan doğasının özü, akıl sahibi olmasıdır. İnsanlar doğal olarak yaşama, sağlıklı ve özgür olma ve mülkiyetlerine dokunulmama hakkına sahiptirler. Bu bilgiyi insan aklı sayesinde edinir. Ancak akla danışan insan için tüm bunlar söz konusudur. Bu hakları güvence altına alacak yasanın yürütülmesi, buna karşı gelenleri cezalandırma hakkının herkesin eline verilmesine bağlıdır. Burada cezanın oranı, akılla ve vicdanın ışığında belirlenir.

### c. Sonuç

Locke'a göre "doğa durumu", insanlar arasında yargı verme iradesi olan üst bir yetke olmadan, akla uyarak birlikte yaşamın sürdürüldüğü duruma karşılık gelir. Doğa durumunda yapılan anlaşmalar bağlayıcıdır. İnsanlar birbirlerine sözler verir ve bunları yerine getirirler; bu, insanların ödevidir. Oysa Hobbes'a göre doğa durumunda sözünde durmak, insanın varlığını tehlikeye atacaksa, her zaman uyulması gereken bir kural değildir.

Locke'a göre savaş durumu, insanlar hakkında karar verecek üst bir yetke olmayınca, birinin başka biri üzerinde baskı kurma durumudur. Locke'a göre bu durum, doğa durumundan farklıdır. Locke'un doğa durumu, savaş durumunun özdeşi değil tam karşıtıdır; insanların eşit ve özgür oldukları bir barış, yardımlaşma ve iyiniyet durumudur. Zor, haksız olarak uygulandığında bir

savaş durumu doğar, ama bu durum, doğa durumu ile özdeşleştirilmemelidir. Çünkü savaş durumu, doğa durumunun çiğnenmesinden başka bir şey değildir (Copleston, 1991, 180). Bu iki durum arasında öylesine açık bir farklılık vardır ki, bu ikisi, bir barış, iyiniyet, karşılıklı yardım ve koruma durumu ile bir düşmanlık, ihanet, şiddet ve karşılıklı yok etme durumu kadar birbirlerinden farklıdır. Dolayısıyla Locke için durum, Hobbes'un tasarısının tam tersidir. Doğa durumu genel olarak barış durumudur, ancak bu barış tablosunun içinde kimi zaman savaş durumları doğabilir. Bu durum yine de doğa durumunun genel barışçı görünümünü bozamaz. İster doğa durumu olsun ister toplum durumu olsun, başvurulacak ortak bir makamın olmadığı yerde başkasının saldırısına uğrayan kişi karşısındakiyle savaş durumunda demektir (Locke, 2004, 19).

Oysa Hobbes'a göre savaş durumu ile doğa durumu aynı anlama gelir: İnsan doğa durumunda, potansiyel olarak bir savaş durumundadır. Bununla birlikte gerek Hobbes gerek Locke için savaş durumu da doğa durumu gibi bitmiş değildir, her zaman yaşanabilir. Ayrıca her iki filozof için de insanın kendini yok etmekle tehdit eden kişiyi yok etmeye hakkının olması akla ve adalete uyar. Yine her iki filozof için de insanın akıl sahibi varlık olması ayırıcı özelliğidir ve akıl, doğal haklara sahip olmanın ve bu hakları bilmenin teminatıdır.

Hobbes *Leviathan*'da (I, 14-15) 19 adet doğal yasa saymaktadır. Ancak dikkatlice incelenecek olursa diğer bütün doğa yasalarının “Kendine yapılmasını istemediğini başkasına yapma!” diye özetlenebilecek temel doğa yasasından türetildikleri görülecektir. Örneğin doğal hakkını bırakmak ve kendisinin başkalarına tanıdığı kadar özgürlükle yetinmek temel doğa yasasının bir gereğidir ve temel doğa yasasından türemiştir: Bu yasa ikinci doğa yasasıdır.

Üçüncü doğa yasası olan adalet, sözleşmeye uyulmadığında adaletsizliğin doğacağını öngörür ki, sözleşme barışı korumak için, yani birinci doğa yasasının buyruğunu yerine getirmek için yapılmıştır. Dolayısıyla doğa yasalarını sayıp saymama, kuramcılarının çalışmaları arasında ciddi bir farklılık olarak görülmemelidir. Çünkü Hobbes da, diğer doğa yasalarını temel doğa yasasından türetmektedir. Locke türetme işini insan aklına bırakırken, Hobbes türetmeyi kendisi yapmaktadır. Ama sonuçta her iki kuramcıda da diğer doğa yasaları temel doğa yasasından türemektedir (Bakırcı, 2008, 10).

### KAYNAKÇA

- Bakırcı, Fahri (2008) "Hobbes'ta Sözleşmenin Kökeni Akıl mıdır?" Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi, cilt: 63, sayı: 3, s.1-48.
- Bix, Brian H. (2004) "Doğal Hukuk: Modern Gelenek" (çev. Ertuğrul Uzun), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 6, sayı 2, s. 291-343.
- Copleston, Frederick (1991) *Felsefe Tarihi, Çağdaş Felsefe: İngiliz Görgüculüğü*, (çev. Aziz Yardımlı), İstanbul: İdea Yayınları.
- Çetin, Halis (2002) "Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine" C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, cilt 3, sayı 2, s. 1-16.
- Esperanza, Jerry Gaeta (2006) *John Locke and the Natural Law: Yesterday and Today: A Critical Analysis*, Pamplona: Universidad de Navarra (Navara Üniversitesi'nde sunulmuş ve yayımlanmamış doktora tezi)
- Gert, Bernard (2001) *Hobbes on Reason, Pacific Philosophical Quarterly* kitabı içinde, USA: University of Southern California and Blackwell Publishers Ltd.
- Hobbes, Thomas (1993) *Leviathan* (çev. Semih Lim), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Hobbes, Thomas (2005) *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealthe Ecclesial and Civill* UK: Cambridge University Press.
- Hobbes, Thomas (2007) *Elementa Philosophica DE CIVE: Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri*, (çev. Deniz Zarakolu), İstanbul: Belge Yayınları.
- Locke, John (1954) *Essay on the Law of Nature* (ed.by W. Von Leyden), Oxford at the Clarendon Press.
- Locke, John (2004) *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, (çev. Fahri Bakırcı), Ankara: Babil Yayıncılık.
- Tuck, Richard (1979) *Natural Rights Theories: Their Origin and Development*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Tully, James (1980) *A Discourse on Property*, London: Cambridge University Press.

# H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı

Şule Şahin CEYLAN\*

## Giriş

20. yüzyılın en önemli hukuk felsefelerinden biri olan H.L.A Hart, hukuksal pozitivist anlayışa yepyeni bir bakış açısı kazandırarak kendisinden önceki kabulleri değiştirmekte, hiç değilse yeni bir sorgulama alanı açmaktadır. Ona göre hukuka veya doğasına ilişkin tartışmaların merkezinde üç temel sorun yer almaktadır. Bunlar, hukukun tehditle desteklenen buyruklarla ve ahlaki yükümlülüklerle nasıl farklılaşmış ve ilişkilendiği, kuralların ne olduğu ve hukuka ne ölçüde belirlendiğidir. Temelde birbirlerinden oldukça farklı ve tek bir soru veya yanıtta birleştirilemeyecek önemdeki bu meseleler, hukuka ilişkin net bir tanımla da engellemektedir. Hart bu gerekçeyle hukuku tanımlamak yerine bir hukuk sisteminin karakteristik yapısını, hukuk, zorlama ve ahlak arasındaki fark ve benzerlikleri analiz etmeyi, böylece hukuk kuramına katkı sağlamayı tercih etmektedir (Hart, 1994, s. 13-15).

Hart modern bir hukuk sisteminin analizini yapabilmek için, öncelikle kendisine kadarki dönemde hukuksal pozitivistimin ideal görünümü olarak kabul gören buyruk teorilerini eleştirmiş; özellikle Austin'in hukuka ilişkin görüşleri üzerinde durmuştur. Austin'e göre pozitif hukuk, "*siyasi üstünlüğü bulunan bir monark veya egemenin doğrudan veya dolaylı buyruklarıdır (Austin, s. 110)*". Hart Austin'e yönelttiği itirazları üç başlık altında birleştirmiştir. *Yasaların kapsamıyla* hukuk dalları içinde, egemenin tehditle desteklenen buyruklarına benzemeyen, kişilere yaptırım tehdidiyle yükümlülük ve ödev yüklemeyen, belirli

bir davranış biçimini zorunlu kılmayan hukuk alanlarının da olduğunu hatırlatır. *Uygulama sahası*, Austin'in egemeninin hiçbir şekilde yasalarla bağlı olmamasını ve kuramının yasama organının kendini bağlayıcı işlemlerini açıklamakta yetersiz kalmasını; *hukukun kaynakları*, Anglo Sakson sistemi hukuk kuralı sayılması yasalara bağlanmaya bağlı olmayan örf ve adet kurallarına da yer verdiği halde, Austin'in hukukun kaynağı olarak sadece yasama faaliyetini ve egemeni göstermesini hedef alır (Hart, 1994, s. 27-49). Hart'ın analizinde ikinci durak, ahlaki yükümlülüklerdir. Hukuk ve ahlak ayrımı çerçevesinde, önce konvansiyonel ahlak kurallarına atıfta bulunarak, hukukla kesişme ve ayrılma noktalarını ortaya koymuş; daha sonra ahlaki değerlerin hukuka etkisini, erekselcilik, doğal hukukun kabul edilebilir kapsamı ve adalet idesi üzerinden tartışmıştır (Şahin Ceylan, s. 106-109, 113-123).

Tehditle desteklenen buyruklar ve ahlaki yükümlülükler, hukuku tanımlamaya yetmese de, en azından ne olmadığını göstermektedir. Hart'ın analizinin üçüncü ayağı olan kurallar, aynı zamanda bu tebliğin de konusunu oluşturmaktadır. Sırasıyla hukuksal pozitivistime, hukukun tanımlanmasındaki güçlüklerle ve bir kurallar sistemi olarak hukuka değinilecek; Hart'ın birincil ve tamamlayıcı kurallar ayrımı açıklanmaya çalışılacaktır.

## Genel Hatlarıyla Hukuksal Pozitivizm

Doğal hukuk düşüncesine göre hukukun geçerliliği, bir takım değerlerin ve

\* Yard. Doç. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

bunların ürünü olan ideallerin varlığına bağlıdır. Olması gereken hukuk başlığıyla tanımlanan evrensel, sonsuz ve değişmez nitelikteki doğal hukuk ilkeleri, doğada rasyonel bir şekilde mevcuttur ve insan aklı aracılığıyla kolaylıkla kavranabilir. Pozitif hukukun geçerliliği, doğal hukuka ve sağladığı ahlak kriterlerine uygunluğuyla ilgili olup, buna uymayan bir yasa yanlış ve adaletsizdir (Curzon, s. 38, Cavendish Law Cards, s. 19-21). Doğal hukukun özellikle hukuk ve ahlak arasında kurduğu güçlü bağlantı, karşıt bir düşünce akımına, hukuksal pozitivizme zemin hazırlamıştır. Farklı düşünürlerce farklı yönlerine vurgu yapılan bu kuramın ortak savları şu şekilde birleştirilebilir: Hukuk yasalaştırma faaliyetinden bağımsız olarak varlık kazanamaz, hukuk ve ahlak birbirlerine zorunlu ve sıkı surette bağlı olgular değildir, 'olan' ve 'olması gereken' arasında bir sınır çizilmelidir, hukukun analizi ve araştırılması sürecinde ahlaki sorunlar dışarıda bırakılmamalıdır. Hukukun ne olduğu ve iyi hukukun ne olduğu, olan ve olması gereken ayrımını yansıtan ve tamamen bağımsız sorulardır (Wacks, s.18-19). 'Olan'ı ifade eden ilk soruya verilen cevap hukukun farklı toplumdaki uygulamalarıyla ilgili olup, hukuk kavram ve ilkelerinin analizine yöneliktir. Hukukun ahlakla kesişen bazı yönleri olsa da tamamen kendine ait kavram, kural ve uygulamaları vardır. 'Olması gereken'le ilgili ikinci soru, hukukun değil din, ahlak, siyaset gibi değer yargılarıyla biçimlenen alanların kapsamını belirler (Chinhengo, s. 27-28).

Hukuksal pozitivizmin farklı görünümlerini Hart beş başlık altında toplamaktadır: (a) Hukuk tanımında pozitivizm: Geniş anlamıyla hukuk, insan iradesinin ifadesi şeklinde tanımlanmıştır ve egemenin buyruğu olarak hukuk, pozitivizmin bu biçimi açısından çok önemli bir örnektir. (b) Yasal bir çalışma biçimi olarak pozitivizm düşüncesi: Amacı yasal kavramların

anlamlarının çözümlenmesi ve açıklanması olan, kavramsal açıdan hukukun sosyolojik, tarihsel, siyasal veya ahlaki araştırmalarından tamamen farklı nitelikteki pozitivizm düşüncesidir. (c) Yargısal bir süreç olarak pozitivizm: Yasal bir düzen, doğru kararların, doğrudan ilgili yasal kuralların anlatımı ve davada geçen olaylar hakkındaki bir anlatımın birleşmesinden çıkarılabildiği kapalı bir mantıksal düzendir. (d) Pozitivizm ve ahlaktaki bilinmezlik: Ahlaki yargılar, akılcı tez, kanıt ya da delillerle kurulamazlar. (e) Pozitivizm ve hukuka uyma yükümlülüğü: Hukuka mutlak biçimde uyma zorunluluğu vardır öyle ki içeriğin ne olduğu önemli değildir (Hart, 1994, s. 302; Hart, 1983, s. 57).

### Hukuka İlişkin Bir Tanım Arayışı

Hart'a göre "hukuk nedir?" ve "hukukun doğası nedir?" sorularına cevap ararken kesin bir tanım vermeyi güçleştiren bir takım engeller vardır. İlk zorluk, yapıları ve uygulamaları modern hukuk sisteminden tamamen farklı olan ve hukukilikleri tartışılan uluslararası hukuk veya ilkel hukuk gibi şüpheli durumların varlığıdır. İkincisi, bazen standart ve şüpheli durumlar arasındaki farkın sadece derecelendirme meselesi oluşudur. Örneğin hiç saç olmayan birisi kelken, gür saçlı diğeri değildir ancak kafasının farklı yerlerinde saç olan üçüncü kişi hangi sıfatla tanımlanır? Üçüncüsü, standarttan sapmaların her zaman bir derecelendirme meselesi olarak ortaya çıkmamasıdır. Bazen standart olarak nitelenen durum, birarada bulunan farklı unsurların karışımı olabilir. 'Uçan bir tekne gemi midir?' sorusu, bir teknenin gemi olma özelliğiyle beraber bulunduğunu ancak dışarıdan eklenen 'uçmak' eylemiyle hala bu özelliğini koruyup korumadığını da sorgulamaktadır. 'Şah yoksa bile oynanan oyun hala satranç mıdır?' cümlesi, şah, satranç ve oyun unsurlarından birinin eksilmesi halinde herhangi bir standarttan



bahsedilip bahsedilemeyeceğine ilişkindir. Hart bu tip soruların, kişileri dikkatli düşünmeye zorladıkları ve standartın ne olduğunu belirlemeye yönlendirdiği için öğretici sayılabileceğini kabul eder. Ancak Ona göre böyle bir standartlaştırma ve kavrama çabası, hukukun ne olduğuna ilişkin derin tartışmaları sonuçlandıramayacak kadar geneldir (Hart, 1994, s. 3-5).

Eğer hukukun sıradan birisinin verebileceği iskelet yanıtla karşılanabilecek bir kapsamı olsaydı ve bu tanım standart durumun belirlenmesine yetseydi, 'hukuk nedir?' sorusuna, bir takım basit hatırlatıcılar yoluyla son verilebilirdi. Teknenin bir gemi olması kolayca anlaşılabilmekte ve sapmalarla ilgili düşünülebilmektedir. Oysa hukuk alanında standart durumların yanısıra bazı ortak özellikleri paylaşıp diğerlerini paylaşmayan, hukuk sayılıp sayılmayacakları belirsiz, farklı ve tartışmalı örnekler de vardır. Standart bir hukuk sisteminin tipik unsurlarına işaret eden kural, mahkeme ve yasama organı zaten hukuk tarafından yaratılmakta (Hart, 1994, s. 4-5), varlıkları hukuktan kaynaklanan unsurlar, hukukun tanımlanmasında da kullanılmaktadır. Bazen bir kelimenin tanımı basit bir harita sağlayabilir ve diğer fenomenlerle arasındaki ilişkileri sergileyebilir. Kimi zaman tanımın yalnızca verbal<sup>1</sup> veya kelimeler hakkında olduğu söylene de bu, tanımlanan ifadenin mevcut kullanımlardan sadece birini simgelediği durumlarda yanıltıcı olabilir. Bir üçgenin 'üç kenarlı düz çizgilerden oluşmuş bir şekil' veya bir filin 'diğerlerinden kalın derisi, dişleri ve hortumuyla ayrılan dört ayaklı' olarak tanımlanması, hem kelimelerin sıradan kullanımını hem de bunlarla kastedilen nesnelere hakkında bilgi sağlamaktadır. Bu genelde geniş bir nesnelere ailesiyle paylaştığı ve

onu ailenin diğer üyelerinden ayıran özelliklerini göstererek kelimeyi diğer terimlere çeviren bir kod ya da formül sağlamakta ve kelimenin ilişkili olduğu nesne türünü saptamaktadır. Burada sadece kelimelerin anlamı değil, ilişkili oldukları gerçeklikler de dikkate alınmaktadır (Hart, 1994, s. 14).

Bu tip bir tanım biçimi, üçgen ve fil örneğinde tatmin edici olsa da, her zaman elverişli ya da aydınlatıcı değildir. Niteliğinden emin olunan ve tanımlanan şeyin de içinde yer aldığı daha geniş bir nesnelere veya *genus* ailesinin bulunması gerekir. Bir üçgenin 'üç kenarlı düz çizgilerden oluşmuş bir şekil' olduğu söylendiğinde, üçgenin şekiller ailesinin üyesi olduğunu gösteren açık bir tanımlama, ailenin niteliğine dair belirsiz ve karışık düşüncelerimiz varsa yardımcı olamayacaktır (Hart, 1994, s. 14). Cins ve türe göre sınıflandırarak tanımlama için, tanımlamak istenilen tür kadar (üçgen) ait olduğu cins kavramının da (şekil) açık ve anlaşılır olması gerekir. Bu, şeklin kaplamasının bilinmesini gerektirir (Özlem, s.120). Oysa temel hukuk kavramlarının üyesi olduğu genel ve açıkça anlaşılmuş bir kategori bulunmamaktadır. Ne hukuku ne de hukuki kavramları içine alan genel, açık, tartışmasız ve belirli bir kaplamadan bahsedilebilmektedir. Ayrıca hukuk kavramlarıyla şeyler ve olgular arasında dolaysız bağlantı kurulamamaktadır. Hukuk kavramları tanımlayıcı değildir; şeylere, kişilere veya süreçlere doğrudan işaret etmezler (Hart, 1983, s. 32). Hukuk ve ilgili kavramlar söz konusu olduğunda, sıradan dildeki gibi doğrudan atflara gidilememekte, tanımlanması istenen kavramın somut dünyada net bir karşılığı bulunmamaktadır. 'R bir inektir' denildiğinde, 'inek' kelimesi varolan gerçek somut bir canlıya, R isimli belirli bir ineğe

1 *Sözcük ya da verbal tanım: a- Bir sözcüğün anlamını dildeki anlamına geri giderek belirtme b- bir sözcüğün anlamını bilinen başka bir sözcükle belirtme' Yasemin Işıқтаç, Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul: Filiz, 2003, s.40 (52. dipnot).*

yapılan atfı simgelemektedir. Tanım cümlesindeki inekle, gerçekten yaşayan inek arasında doğrudan ve saydam bir bağlantı vardır. Oysa hukuki kavramlar bakımından bu geçerli değildir. Bir hakkın ne olduğu sorgulandığında, inek örneğinden farklı olarak, gerçek dünyada atfı yoluyla doğrudan bağlandığı, görülebilen, düşünülebilene ya da hayal edilebilen net ve somut bir karşılıktan bahsedilemez. 'Hak ne demektir?' sorusu aslında hakkın neye atıfta bulunduğu sorgulanmasıdır, ki bu bir hakkın atıfta gösterilebilecek bir varlığının bulunduğu yanılığısıdır (Hart, 1983, s. 21-35).

Öte yandan cinse-türe ve farklılıklara göre yapılan tanım, üçgenler ve filler gibi tanımlanması gereken tüm örneklerin genel özellikleri bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Ancak şüpheli ve sınır-daki durumların varlığı, genel bir terimin farklı örneklerinin aynı özellikleri taşıması gerektiği varsayımının dogmatikliğini göstermektedir. Sınırdaki durumların yanı sıra, genel bir terimin farklı kullanımları, basit biçimde tanımlanandan farklı yollarla (Örneğin bir insanın 'gözü' ve bir çekmecenin 'gözü' gibi bir benzetmeyle) birbirlerine bağlanmış olabilir. Ana bir unsura farklı ilişkilerle bağlanmaları da mümkündür. Böyle bir bütünleştiricilik, 'sağlıklı' kelimesinin yalnızca bir insandan değil o kişinin görünümünden ve sabah egzersizlerinden bahsederken kullanımında da mevcuttur. Örnekteki ikinci unsur (o kişinin genel görünümü) bir işaretir ve sabah egzersizleri ilk ana niteliğin, sağlıklı olmanın bir nedenidir. Burada belki de yasal düzeni oluşturan farklı kural biçimlerini birleştirene benzeyen bir ilke yer alabilir. Çeşitli örnekler kimi karmaşık faaliyetlerin birleşimi olabilirler. Sıfat niteliğindeki 'demiryolu' sadece bir trenin değil aynı zamanda hatların, bir istasyonun, vagon hizmetlisinin ve limited şirketin bu birleştirme ilkesiyle düzenlenen ifadesidir (Hart, 1994, s. 15-16).

Hart'a göre hukuk kavramları ve olgusal gerçeklik arasındaki bağlantının, sıradan dildeki kelimelere göre çok daha karmaşık, dolaylı ve bulanık oluşu farklı bir yöntemi gerekli kılmaktadır. Bu gerekliliğe dayanarak, temel hukuk kavramlarının Bentham tarafından da kullanılan alternatif bir yöntemle analizini önermektedir. Ona göre kelimelerin tek başlarına ne anlama geldiğinin sorgulanması yerine, bir hukuk sistemi kapsamında kullanılırken karşıladıkları işlev ortaya konulmalıdır. İlk olarak kelimenin kullanımının doğru olduğu standart koşullar belirlenmeli, daha sonra bu koşulların hangi kapsamda ve amaçla oluşturulduğu incelenmelidir (Hart, 1957, s. 960-961). Yani sadece kelime anlamı üzerinde bir analiz çabası gütmektense, kavramın yer aldığı cümleyi bütün halinde değerlendirmek ve kullanılagelişini dikkate almak daha elverişlidir (Birmingham, s. 782-83).

Hak, ödev gibi kavramların, karşıladıkları işlevler ve içinde yer aldıkları bütüne göre çözümlenmeleri mümkün olsa da, aynı yöntemin hukukun ne olduğunu ortaya çıkarmak için uygulanması, tatmin edici bir tanımla sonlanmamaktadır. 'Hukuk nedir?' sorusunun cevaplandırılması, tehditle desteklenen buyruklar, ahlaki yükümlülükler ve kuralların tek bir başlıkta birleştirilememesi güçleştirir. Hart hukuku tanımlamaya çalışmak yerine, bir hukuk sisteminin 'olmazsa olmaz'larını ortaya çıkarmayı tercih etmiş; bunu da, tehditle desteklenen buyruklar ve ahlakın yetersizliğinden bahisle, kurallar üzerinden gerçekleştirmişti. Modern bir hukuk sisteminin karakteristik yapısını oluşturan kurallara göz atmak, sistemin bütünü ve işleyişini kavramamızı kolaylaştırabilir.

### **Sosyal Kurallar ile Alışkanlıkların Farkları**

Kişilerin belli davranışları yerine getirmesini veya bunlardan kaçınmasını gerek-

tiren hukuk kuralları, ahlak, din, moda gibi diğer sosyal kurallarla birlikte toplumsal yaşamı düzenlerler. Kişiler bu kurallara ya isteyerek ve gönüllü biçimde, ya da kendilerini zorunlu hissettikleri için uyarlar. İki koşulda da kurallara uyma davranışı, bir alışkanlığın sürdürülmesiyle benzerlik göstermektedir. Hart bu benzerliğe rağmen sadece kurallara ait özellikleri ortaya koyarak, sosyal kurallara bilinçli olarak ve alışkanlıkla uyma hallerini kurallara ait üç özellikle birbirlerinden ayırmıştır. Öncelikle, bir alışkanlığın bulunması için davranışların birleşmesi yeterlidir. Ortak davranışların bir akışı vardır ve düzenli akıştan sapmalar herhangi bir eleştiriyi gerektirmemektedir. Oysa kurallardan sapmalar, eleştiriye açık yanılğı ve hatalar olarak kabul görmekte; buna ilişkin bir olasılık bile baskıyla karşılanmaktadır (Hart, 1994, s. 55). İkincisi, kurallardan sapma davranışına yönelen eleştirilerin haklılığının, hem ihlalde bulunan hem de diğerleri tarafından kabul edilmesidir. Çoğunluk, kurala uyulması doğrultusunda yapılan tenkitlerin meşru ve haklı olduğuna inanmaktadır (Hart, 1994, s. 55-56).

Sosyal kuralları alışkanlıklardan ayıran üçüncü özellik, kuralların *içsel yönüdür*. Sosyal bir topluluk içinde yaygın bir alışkanlık varsa, bu genellikle sadece topluluğun çoğunun görülebilen davranışlarıyla ilgilidir. Böyle bir alışkanlığın bulunması için grubun hiç bir üyesinin genel davranış üzerine düşünmesi, hatta söz konusunu davranışın genel olduğunu bilmesi gerekmemektedir. Öğretmek için çaba harcamalarına veya bu alışkanlığın devam ettirmeyi planlamalarına ihtiyaç yoktur. Her birinin kendi payına, diğerlerinin de davrandığı biçimde hareket etmesi yeterlidir. Bu, sosyal kuralların alışkanlıklarla paylaştığı ve bir gözlemcinin kaydedebileceği davranış düzenliliklerine dayanan dışsal bakış açısına işaret eder. Bir de sadece kurallara özgü olan içsel bakış açısı vardır. Bir kuralın

varlığı halinde, en azından bir kişi bu davranışın haklılığına ve doğruluğuna inanmakta, herkes için geçerli bir standart olarak kabul etmektedir. Kişi kurala uygun davranması gerektiğini düşünmekte, diğerlerinin de böyle yapması gerektiğine inanmakta, kurala uyacağı hareketlerinden anlaşılamayan veya gerçekten de uymayan birini eleştirebilmekte, kendisi herhangi bir nedenle kurala uymazsa dışarıdan gelen eleştirilere katlanabilmektedir (Hart, 1994, s. 56-57). Kuralların içsel yönü aynı zamanda yükümlü olmak ve bir yükümlülüğü bulunmak arasındaki farka da işaret eder. 'Yükümlü olmak' durumunda kişi, kendisinden isteneni yapmazsa bazı olumsuz sonuçlarla karşılaşacağına inanmakta ve bunlardan kaçınmak için isteği yerine getirmektedir. Oysa kuralların içsel yönünden kaynaklanan 'yükümlülüğü bulunmak', olası bir zarar veya olumsuzluktan bağımsızdır. Kişi kurala uymaması halinde olumsuz bir sonuçla karşılaşmayacağını düşünse ve neredeyse emin olsa bile, bir yükümlülüğünün bulunduğuna inanmakta ve kurallara uymaktadır (Hart, 1994, s. 88-89)

Hukuku dışarıdan gözlemlenebilen ve egemenin iradesinin ürünü olan normlarla sınırlayan Austin'ci yaklaşım, sadece dışsal yönünü ele almakta ve diğer toplumsal normlarla paylaştığı içsel bakış açısını göz ardı etmektedir. Hukuk, sosyal kurallar ailesinin bir üyesi olmakla, bazı ortak özellikleri barındırır. Ancak hukuk buyruklar toplamı değilse, uyma davranışı alışkanlıktan değil içsel bakış açısından ve bir yükümlülüğün bulunmasından kaynaklanıyorsa, diğer kurallardan ayrıldığı nokta nedir? Daha açık ifadeyle, hukukun kendine özgü bir sistem olmasını sağlayan kurallar nelerdir?

### **Birincil ve Tamamlayıcı Kuralların Birliği Olarak Hukuk**

Austin tüm hukuk kurallarını buyruklara indirirken, Hart birincil ve tamamlayıcı kurallar aracılığıyla hukukun çeşitliliğinin

den bahseder. Birincil tip kurallar kişileri isteseler de istemeseler de belirli davranışlarda bulunmak veya kaçınmak yükümü altına sokarken; tamamlayıcı kurallar insanlara birincil tiptekileri değiştirme, eskilerini kaldırıp yenilerini koyma, ihlalleri halinde yargılamanın nasıl ve kimler tarafından yapılacağını belirleme yetkisi verirler. Birincil kurallar vatandaşlara doğrudan uygulanırken, tamamlayıcı olanlar sistemin bütünüdür düzenlerler. Değiştirme kuralları yasa koyucu ve vatandaşları yeni birincil kurallar yaratma ve değiştirme yönünde yetkilendirir, muhakeme kuralları birincil kuralların ihlal edilip edilmediğini tespit etme yetkisi verir, tanıma kuralı ise vatandaşların bir kuralın hukuk sistemine dahil olup olmadığını kararlaştırabilmeleri için bir kriter oluşturur (Bix, s. 35).

### **Birincil Kurallar**

Yasama organı, mahkemeler veya polis teşkilatının bulunmadığı bir toplumda bile, kişilerin toplumun geri kalanı için zararlı olabilecek vahşi güdülerini ve şiddet eğilimlerini kısıtlayan, diğerleri lehine pozitif ödevler yükleyen, kişiler arası uyumsuzlukları çözen bazı kurallar mevcuttur. Hart'ın birincil sıfatını uygun gördüğü bu kurallar, kişilerin davranışlarını düzenlemekte ve yükümlülüklerini belirlemektedir. Her ne kadar bunlar aracılığıyla asgari bir düzen sağlanıyor olsa da, bazı zorunlu koşulların gerçekleşmesi gerekir. İlki, şiddetin serbestçe kullanımı, hırsızlık, cinayet, dolandırıcılık gibi bazı eylemlerin engellenmesi ya da sınırlandırılmasıdır. Ayrıca kişilere yaşamın akışını kolaylaştıracak ve toplumsal hayata katkıda bulunacak bazı olumlu ödevler de yüklenmektedir. İkincisi, kuralları kendiliğinden benimseyenlerin ve içselleştirenlerin, sosyal baskı korkusuyla uyum gösterenlerden sayıca fazla olması ve çoğunluğu oluşturması gereğidir. Kuralları benimsemediği halde uyarılmış gibi görünenlerin, örgütlenme ve fiziksel güç

bakımından da daha zayıf olması şarttır. Sadece birincil kuralların hüküm sürdüğü böyle bir toplumdaki düzen hukuk olarak tanımlansa bile, gerçekte ahlak kurallarından farklı değildir. Yasal bir sistemin yerleşik ahlak kurallarının egemen olduğu bir düzenden ayrılmasını sağlayan temel özellik, birincil tiptekilere ek olarak tamamlayıcı kuralların da bulunmasıdır (Hart, 1994, 91-92).

### **Tamamlayıcı Kurallar**

#### *a.Tanıma Kuralı*

Sadece birincil tipteki kuralların bulunduğu bir toplumda bazı aksaklıklar ortaya çıkabilir. İlki, kuralların kapsamı ve ne olduklarıyla ilgili bir şüphe belirlediğinde, bunu giderecek bir kriterin bulunmayışıdır. Birincil kurallar rejiminin belirsizliğinin çaresi, birincil kuralları belirli bir kritere atıfla tanımlayan ve sistemin hukuki geçerliliğini sağlayan tanıma kuralıdır. Bir tanıma kuralı yazılı bir belge ya da yazıtlar biçiminde ortaya çıkabilir. Daha önce yazılı olmayan kuralların yazıya dökülmesi, yasal öncesi dönemden yasala doğru önemli bir adımdır. Yazılı bir metnin bulunmasına ek olarak, bu metnin hukuk kuralının varlığıyla ilgili şüpheleri gidereceğine inanılmalıdır. Böyle bir kabulün varlığı halinde, tamamlayıcı kuralların birincil kuralları saptayan biçimi, yani tanıma kuralı mevcuttur. Gelişmemiş bir toplumdaki tanıma kuralı bile, birbirinden farklı ve bağlantısız kuralları bütünleştirmekte, yasal geçerlilik düşüncesinin başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Modern bir devlet hukukundaki tanıma kuralı daha karmaşıktır. Kuralları saptarken sadece bağlayıcı bir metne bakılmamakta, tipik bir organ tarafından çıkarılmaları, geleneksel ya da yargısal uygulamalar gibi bazı başka şartlar da aranmaktadır. Özetle tanıma kuralı, kişilerin yasal sistem içerisinde hangi kurallara uymaları gerektiğini, hangi kuralların bağlayıcı olduğunu belirler (Hart, 1994, s. 94-95).

*b. Değiştirme Kuralları*

İkinci aksaklık, kuralların durağanlığıdır. Kuralların gelişen ve farklılaşan şartlara uydurulması ve planlı bir değişimin sağlanabilmesi için Hart'ın önerdiği çare, değiştirme kurallarıdır. Bu kurallar birincil tipte yeni kurallar koyma ve eskilerini kaldırma yetkisini verir. Değiştirme kuralları, yasa koyma yetkisinin kimlerde bulunduğunu, bu yetkilerin sınırlanmasını, izlenmesi gereken usulü göstermektedir. Değiştirme kurallarının varlığı, tanıma kuralınca saptanan özelliklere bağlıdır. Öyle ki tanıma kuralı geçerli bir yasalastırmanın niteliklerini belirtecek, değiştirme kuralları da bunlara uygun biçimde düzenlemeler yapacaktır. Tanıma kuralının mutlaka yasama usulünün tüm ayrıntılarına değinmesi gerekmemektedir. Bazı resmi belge veya metinlere atıfta bulunması ve hukuka uygun yasalastırmanın koşullarını tanımlaması yeterlidir. Kişilere kendi yasal statülerini değiştirme ve özel hukuk sözleşmelerini gönüllüce yaratma imkanı veren kuralların varlığını da değiştirme kuralları mümkün kılmaktadır (Hart, 1994, s. 95-96).

*c. Muhakeme Kuralları*

Üçüncü aksaklık, kuralların ihlal edilip edilmediğini araştırmak ve denetlemek için yetkilendirilmiş bir temsilcinin bulunmadığı toplumlarda, kuralların varlığını koruyan sosyal baskının etkisizliğidir. Kuralların ihlali halinde sosyal baskının belirli bir kurum ya da kişi tarafından uygulanmaması veya uygulanmasına karar verilmemesi, kişisel kin gütmelerin önünü açacaktır. Grubun suçluları yakalamak ve cezalandırmak yönündeki örgütlenmemiş çabası aynı zamanda ciddi bir zaman kaybına da neden olacaktır (Hart, 1994, s. 92). Yayılmış sosyal baskının etkisizliğinin çaresi, birincil kuralların ihlal edildiği durumları tespit etme yetkisi veren muhakeme kurallarıdır. Bu kuralların işlevi, hüküm verme yetkisi bulunan kişileri saptamak, izlenme-

si gereken usulü tanımlamaktır. Yargıçlara ödev yüklemeyip, yükümlülüklerin bozulmasıyla ilgili yargısal bildirimlerde bulunmalarına imkan tanıyan yargı yetkisi ve özel bir statü vermektedir. Mahkemelerin bir kuralın ihlaliyle ilgili bağlayıcı karar verme yetkisinin bulunuşu, kuralların ne olduğuna dair kararı da onlara bırakmaktadır; ki bu aslında birincil kuralların mahkemelerin yargısı doğrultusunda saptanması anlamına gelir. Hart'a göre bu bir aksaklık olarak düşünülebilir. Çünkü söz konusu yargılar bir zaman sonra hukukun kaynağı haline gelecektir. Yargı hakkıyla beraber var olan bu kuralların kullanımları, bağlayıcı bir metin ya da yasadan farklı olarak, genel terimlerle açıklanmadığından, bazı kararlardan hatalı ve zayıf anlam çıkarılması tehlikesi her zaman vardır. Öyle ki güvenilirliği yorumcunun tarzına ve yargıçların tutarlığına göre değişecektir (Hart, 1994, s. 96-97) .

Hukuk kurallarını ve düzenini ahlak kurallarından ayıran bu çarelerin ortak özelliği, birbirlerinden ve birincil kurallardan farklı olmaları, birincil kuralları konu edinmeleridir. Birincil kurallar yapılması ya da yapılmaması gerekenlerle ilgilirken, bunlar birincil kurallarla ilgilidir; bu kuralların araştırılma, tanınma, kaldırılma, değiştirilme yolları ve ihlallerinin kararlaştırılmasını açıklamaktadırlar. Hepsi hukuk literatürüne yeni kavramlar eklemekte, tamamlayıcı kurallar yasal öncesinden yasal dünyaya girişi simgelemektedir (Hart, 1994, s. 94).

**Sonuç**

Hukuk düşüncesi tarihinin köşe taşlarından biri doğal hukuksa, diğeri hukuksal pozitivizmdir. Hart'ın yaklaşımı, her iki kuramın klasikleşmiş görünümü karşısında bir alternatifi simgeler. Hukukun doğasına yönelik analitik bir yöntemle, en sık karıştırıldığı iki kavramı saf dışı bırakır: Hukuk egemenin tehditle desteklenen buy-

rukları değildir. Hukukun geçerliliği ahlaki değerlerle ölçülemeyeceği gibi, modern bir hukuk sistemi, ahlak kurallarıyla yönetilen bir başkasına da benzetilemez.

Bir hukuk sistemi birincil ve tamamlayıcı kurallardan meydana gelir. İlkine her tip sosyal grupta rastlamak mümkünken, tamamlayıcı kurallar hukukla yönetilen sistemlerin tipik unsurudur. Bu çoklu kurallar mekanizması içinde, hukuki geçerliliğin dayanak noktası, tanıma kuralıdır. Tanıma kuralı genelliğin, kesinlik ve öngörülebilirliğin garantisidir. Bu kural tipini de içine alan ikili kurallar mekanizması, hem Hart'ın hukuksal pozitivist yaklaşımının temelini oluşturur ve hukukun kavranış biçimine ilişkin yeni bir açıklama getirir hem de hukuk ve ahlak kurallarıyla idare edilen sistemlerin farkını ortaya koyar. Pozitif ahlakı oluşturan birincil kurallar, ilkel veya modern fark etmeksizin tüm toplumlarda mevcutken, tamamlayıcı kurallar hukukun varlık koşuludur ve diğer toplumsal kuralardan ayrılma noktasıdır.

#### KAYNAKÇA

- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*, (Edt.) Wilfrid E. Rumble, New York: Cambridge University Press.
- Birmingham, R. (1984). "Hart's Definition and Theory in Jurisprudence Again", *Connecticut Law Review*, Volume 6, Number 4.
- Bix, B. (1999). *Jurisprudence- Theory and Context*, 2nd Edition, London: Sweet&Maxwell.
- Cavendish Law Cards (2002). *Jurisprudence*, 3rd Edition, London: Cavendish Publishing Limited.
- Chinhengo, A.M. (2000). *Essential Jurisprudence*, 2nd Edition, London: Cavendish Publishing Limited.
- Curzon, L. B. (1995). *Jurisprudence- Lecture Notes Series*, 2nd. Edition, London: Cavendish Publishing Limited.
- Hart, H.L.A. (1957). "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, No. 7, ss.953-975.
- Hart, H.L.A. (1983). "Definition and Theory in Jurisprudence", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, New York: Oxford University Press, içinde ss. 21- 48.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, 2nd Edition, London: Oxford University Press.
- Işıқтаç, Y; Metin, S. (2003). *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul: Filiz.
- Şahin Ceylan, Ş. (2004). "H.L.A. Hart: Hukuk Kavramı" ve Ayrım Tezi", *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*, (Edt.) Ahmet Haluk Atalay, İstanbul: Teknik Yayıncılık, içinde ss. 93-123.
- Özlem, D. (1999), Mantık, 6.baskı, İstanbul: İnkılap.
- Wacks, R. (2006). *Philosophy of Law- A Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press.

# Anayasanın Değişmez Maddelerine Felsefi Bir Bakış

Yasin CEYLAN\*

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 4. Maddesi, kendisinden önceki 3 maddenin değişmeyeceğini, değişmesinin teklif bile edilemeyeceğini bir norm olarak belirler. Aslında bu maddenin içeriği, Anayasa maddelerinin nasıl değiştirilebileceğini düzenleyen 175. Madde'ye derc edilseydi, hukuk ıstılahat ve terkinde esas olan, dilde ekonomi prensibine uygun hareket edilmiş olurdu. Bu haliyle, normlarda değişikliğin usulü, iki maddeye yayılmak suretiyle, ciddi bir metinde olmaması gereken bir israfa gidilmiştir.

Bir ulusun tümüne hitap eden anayasa maddelerinde olması gereken özellikler, maddelerde belirtilen hükümlerin, mümkün olduğu kadar genel içerikli ve tüm insanlığa hitap edercesine kabule şayan ifadeler olmasıdır. Diğer bir özellik de, maddelerde çelişkili kavram ve tamlamaların kullanılmamasıdır.

Bu makalemde Anayasanın “değişmesi teklif edilemez” maddelerinden 2. maddeyi çeşitli açılardan ele alacağım. Madde şöyledir:

**MADDE 2-** Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Maddede “Türkiye Cumhuriyeti” ifadesi ile “insan haklarına saygılı” ifadesi arasına giren “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde”, zarf cümlecığı veya şart cümlesi mesabesindeki

sözler, norm metodolojisine aykırı, kanun koyucu rolünü terk edip, başka bir kaynaktan medet umarcasına bir beklenti ifadesidir. “Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılıdır” gibi sahit bir norma, bir fayda kazandırmadığı gibi, form ve semantiğine zarar vermektedir.

Maddenin devamında gelen, “Atatürk milliyetçiliğine bağlı” ifadesi, daha önce gelen “insan haklarına saygılı” ifadesiyle anlam bakımından çelişkilidir. Çünkü “Atatürk milliyetçiliği” ile “insan hakları” birbirine benzeyen veya birbirini tamamlayan ilke veya düşünceler değildirler. Milliyetçiliğin hemen her türü, bir milletin diğer milletlere üstünlüğünü savunurken, insan hakları, millet ve ırklar arasındaki üstünlüğü reddeder, aksine eşitliği savunur. Diğer taraftan, bütün bir milleti ve devleti, kolektif bir değerler sistemi yerine, bir şahsın bireysel aklına tevdi etmek – bu bireysel akıl ne kadar dâhiyane olursa olsun—ne derece doğrudur ayrı bir tartışma konusudur.

Maddenin devamında gelen, “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan” ifadesinde kastedilen ilkelere, girişte belirtilen “hürriyetçi demokrasi”, “çağdaş medeniyet” kastediliyorsa, işte bu ilkelere, gerek bu maddede belirtilen değerler ve gerekse bu maddeyi takip eden, 4. Maddede vazedilen “değiştirilemez” hükmü arasında, uyumsuzluk olduğu açıkça ortadadır. Çünkü hürriyetçi demokrasilerde “değişmez hüküm”, hürriyeti kısıtlar diye kabul görmez. Çağdaş medeniyetten kasıt batı medeniyeti ise, batı demokrasilerinde bu tür değişmez maddelerin kabulü mümkün

\* Prof.Dr. ODTÜ Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

değildir. 4. Madde ve işaret ettiği maddeler olsa olsa nevi şahsına münhasır(*sui generis*) bir hüküm olarak mütalaa edilebilir.

4. Maddenin felsefi analizine gelince, “bu madde değişmez”, “kimse değişti-remez”, çünkü içerisindeki anlam ve değerler fevkalade ulvidir iddiası çok vahim sonuçlara yol açar. Bu hükmü koyan kanun koyucu, bir bakıma, benden daha iyi kanun koyan yoktur ve olamaz demektedir. Başka bir açıdan ise, bu maddelerdeki değerler, insanlığın nihai olarak keşfettiği kutsal değerlerdir; insanlık bunlardan daha kıymetlisini bulamaz iddiasıdır. Hâlbuki hem insan aklı, hem de değerler, daimi tekâmül içerisinde. Bizim neslimiz, nasıl geçmiş nesillere kıyasla, bilgi ve tecrübe yönünden daha avantajlı ise, gelecek nesiller de bizden daha donanımlı düşünme imkanına ve daha kapsamlı insani değerlere ulaşma fırsatına sahip olacaklardır. Bir taraftan “hürriyetçiyiz” diye iddia edeceksin, diğer taraftan gelecek nesillerin özgürlüğünü kısıtlayacaksın ve “ben senden daha iyi düşünürüm” diyeceksin. Bu, bariz bir çelişki değil midir?

Gelecek nesillerin yaşamlarını düzenlemek, rejimlerini tespit etmek bize düşmez. Bu bir haksızlıktır. Çünkü geleceğin nasıl şekilleneceğini tahmin edemeyiz. Gelecek nesillerin yaşam ve pratikleri, bilginin, gelecek içindeki evrimine bağlıdır. Bilginin nasıl gelişeceğini kimse bilemez. Bilginin zaman içindeki halleri ve inkişafı çizgisel(*linear*) değildir. Hiç beklenmedik açılımlarla insanlık tarihi, dramatik mecalara sürüklenebilir. Bu sebeple, gelecek nesillere hamilik yapmaktan vazgeçelim. Onların biyolojik ataları olmamız, kozmik hukukta, onlara vasi olmamızı gerektirmez. Onlara karşı en büyük görevimiz, hatalarımızı ve nakısalarımızı onlara miras bırakmamaktır. Bunun da bir yolu, çocuklarımızın, düşünce ve eylemlerimizden şüphe edebilmelerini, eleştirel bir zihin sa-

hibi olmalarını sağlamaktır. Onlara “mutlak değerler” adına değişmez normlar bırakmak, hayırlı bir miras değildir.

Değer ve kavramları mutlaklaştırmanın bir sebebi de, bazı değer ve kavramları, insan değerinin üstünde görmektir. Bu yaklaşım, “mutlaklar” kaybolursa her şey allak bullak olur kaygısına yol açar. Hâlbuki insan kaybolmadıkça değerler de, insanlık da kaybolmaz. Bütün değerlerin kaynağı insanın kendisidir. Nasıl en mucizevî bilgi ve teknoloji, insan aklının eseri ise, en ilahi ve yüce değerler de, insan akıl ve vicdanının eseridir. Hiçbir hukuk sistemi, insan vicdanındaki adalet, safvet ve ulûhiyetine ulaşamaz. Hukuk sistemleri, bu kaynağa yaklaştıkları oranda yüce normlara ulaşabilirler. Bu sebeple, esas olan, insanı ve vicdanını korumaktır. Onu aziz bilmektir. Bütünlüğünü bozmamak, kendisinin ürettiği değer ve kavramları, ondan üstün görmemektir.

Anayasanın kendisinin, tümünden veya bazı maddelerinin değiştirilmesi konusuna tekrar dönecek olursak, değişiklik prensibini yalnız normlarda veya normlar arasındaki ilişkide ararsak, o sistemin(burada tabi ki anayasa) içinde döner dururuz. Onun dışına çıkamayız. Ya fasit daire, ya da, sonsuza giden normlar zincirine mahkûm oluruz. Mesela, Anayasanın değişmez denilen ilk üç maddesini, 175. Maddeye dayanarak değiştiremeyiz. Burada 175. madde kilit madde durumundadır. Bu normu, sistem içinde kalarak değiştirmek mümkün değildir. Bu normun değişmesi demek, anayasanın bütününe değişmesi demektir. Bu normun kaynağı, kanun koyucu, insanın hüküm veren teorik aklıdır. Başka bir norm değildir. Başka bir deyişle, 175. maddenin arkasında başka bir norm yoktur; norm koyan insan iradesi vardır. İnsan aklı, yeni bir iradeyle, yeni bir hukuk teorisini ortaya koyar. Bunun meşruiyetini tartışmak, insanı tanımamak, ona güvenmemek demektir. İnsanüstü mercilere başvurmak



demektir. Bu da, insanın kendi kendini küçültmesi anlamına gelir.

Kanun koyucu insan iradesi, selef hâlef bakımından yetki kaybına uğramaya çağından, bir norm koyucuyu, diğerinden üstün saymanın hiçbir meşru delili olamaz. Buna, içtihatın infirat bakımından, büyük İslam hukukçusu Ebu Hanife'den bir örnek verebiliriz. Ebu Hanife bir hukuk mütalaa-sında, kendince yeni bir içtihat ortaya koyar. Hazır bulunanlardan biri, "siz bu görüşünüzle Tabiun(peygamberden sonraki ikinci nesil)dan ayrılıyorsunuz" diyerek itiraz eder. Ebu Hanife'nin cevabı fevkalade

manidardır: "Hüm Ricalün ve Nahnu Rical". Yani "Onlar adamsa biz de adamız".

Ortaya koymaya çalıştığımız bu analiz ile "değişmez" denilen normların, neden "değişmezliği" hak etmediğini anlatmaya çalıştık. Kendisi zamana tabi olan insanın, tüm zamanlara mukavim nesne ve kavramların varlığını iddia etmesi, insan olmanın doğasına ve özüne aykırıdır. Bununla birlikte, acaba insan için "değişmezliği" hak eden veya "değişmez" gibi kabulü mümkün, bir yasa var mıdır diye sorulursa, olsa olsa, böyle bir sığata layık yegane yasa, "Ahlak Yasası"dır diye cevap verebiliriz.

# Antik Yunan'da ve Modern Batı Topluluklarında Hukuk ve Bilime Eleştirel Bir Bakış

Sezgin Seymen ÇEBİ\*

## Giriş

Bu makaleye esas olan okumalar tarihin bir akışının ve yönünün olduğunu ve bu anlamda hukukta da evrensel ilkelere ulaşılabilirliğini öne süren bir varsayımlar bütününden ayrılarak tarihin belli bir akışının ve yöneldiği bir gayenin olmadığı, her topluluğa ilişkin neden ve fenomenlerin ancak o topluluğun tarihselliği ve tikelliği içerisinde anlaşılabilirliğini öne süren bir epistemolojik ve metodolojik bakış açısı ile yapılmıştır.<sup>1</sup>

Bu çalışmada Antik Yunan'da ve günümüz modern Batı toplumlarında<sup>2</sup> var olan

Bilim<sup>3</sup> ve Hukuk anlayışını sosyolog Max Weber'in tarih felsefesine büyük katkısı olduğunu düşündüğüm 'ideal tipler' üzerinden yapılan tarihsel karşılaştırma yöntemine dayanarak göstermeye çalışacağım.<sup>4</sup> Buna göre, antik Yunan'daki 'hukuk' (nomos) ve 'bilim' (episteme ve physis ya da phusis)<sup>5</sup> ile modern zamanlardaki 'modern bilim' ve 'modern pozitif hukuk' kavramlarını Max Weber'in ideal tipleri açısından sınıflandıracağım ve her toplumun genel anlamda bir bilim<sup>6</sup> ve hukuk<sup>7</sup> bakışının olacağı gerçeğinden hareketle antik Yunan'daki bilim (episteme ve physis)<sup>8</sup> ve hu-

\* Yard. Doç. Dr. Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

- 1 Esasen felsefede evrensellik-tekillik tartışması özellikle Hermeneutik (yorumsama) alanında uzun yıllardır tartışılan bir konudur. Ben bu makalede yasacı ve evrenselci Anglo-Sakson sosyal bilim geleneği ile tekillik ve bireyselleştirici Almanya kökenli tarih-toplum bilimleri ya da kültür bilimleri geleneği arasındaki tarihsel tartışmada; tarih-toplum bilimlerinde zaman ve mekan üstü, evrensel, yasa türü genel açıklamalara ulaşamayacağını, bu nedenle her olayın kendi tikelliği ve öznelliği içerisinde ele alınması gerektiğini savunan Alman geleneğinden yana tavır koymaktayım.
- 2 Bu noktada, özellikle geç modern Batı toplumlarında, hukuksal olay içtihat temelli Anglo-Sakson/Amerikan gelenek ile Kıta Avrupası'nın kodifikasyon temelli Roma-Germen hukuk geleneği olmak üzere iki ayrı hukuk sisteminin bulunduğu yönündeki itiraza karşı, bu ayrımın özellikle bilimin modern zamanlardaki gelişimi ve hukukun üzerindeki etkisi açısından çok önemli bir ayrıma tekabül etmediği hususunu belirtmek isterim. Nitekim makalemizde eleştirel bakışımızın hedeflerinden birisi olan hukuksal pozitivizmin içindeki en yetkin hukuk teorilerini ortaya koyanlar arasında bulunan J.Bentham, J.Austin, H.L.Hart gibi bazı isimler Anglo-Sakson hukuk geleneğinin içinde yer almaktadır. Kaldı ki günümüzde bu ayrım bir çok alanda birbirlerine yaklaşan bu iki Batı hukuk geleneğini açısından eski önemini kaybetmiştir.
- 3 Bu makale boyunca 'bilim' dediğimizde kastettiğimiz şey, aksini belirtmedikçe, doğal bilimler olacaktır.
- 4 Bu anlamda, Max Weber her ne kadar sosyoloji alanında tekilliklerle evrenselcileri bir ölçüde yakınlığa çalışsa da ideal tipler yaklaşımıyla son tahlilde tekilliklerin yanında yer almış bir düşündürüdür.
- 5 Antik Yunan'da bir bilme türü ve etkinliği olarak episteme ancak antik Yunan'ın doğa (physis ya da phusis) her ikisi de aynı anlama gelmektedir, ancak ben bu makalede 'physis' kelimesini kullanmayı tercih edeceğim-) anlayışı ile birlikte ele alındığında anlaşılabilircektir. Episteme ve physis bize antik Yunan'da bilim denen etkinliğin nasıl birşey olduğunu hakkında fikir verecektir. Aynı durum modern zamanlarda Batı'da karşımıza çıkan modern bilim anlayışını anlayabilmemiz için onun modern zamanların doğa (nature) anlayışı ile birlikte ele alınması gerektiği gerçeği ile de bizi karşı karşıya bırakacaktır.
- 6 Burada 'bilim' kelimesini modern zamanlardaki yüklü anlamıyla değil, her toplumda görebileceğimiz doğaya ilişkin bir bilme istemi ve etkinliği ve buna paralel olarak o toplumun doğaya bakışı anlamında ele almamız gerekecektir.
- 7 Yine bu noktada 'hukuk' u her toplumun sahip olduğu ve geniş anlamda düzen sağlamaya yönelik yazılı ve/veya sözlü normlar bütünü olarak düşünmemiz lazımdır.

kuk (nomos) bakışını Max Weber'in ideal tipleri açısından sosyolojik ideal tipler olarak nitelendireceğim. Ancak, modern zamanlarda batı toplumlarında görülen 'modern bilim' ve 'modern pozitif hukuk' kavramlarının batı düşüncesinin ve rasyonalitesinin modern zamanlardaki çok özel gelişim tarihleri içerisinde ulaşılmış 'tarihsel ideal tipler' olduklarını iddia edeceğim. Bu noktadan hareketle, bu çalışmada öncelikle 'physis' ve 'nomos' kavramlarının antik Yunan'da ortaya çıkışı ve gelişimi üzerinde duracağım. Ardından modern zamanlara gelip 'modern pozitif hukuk'un ve 'modern bilim'in Batı'da ortaya çıkışını etkileyen çok özel felsefi ve tarihsel olgular üzerine eğileceğim. Bu karşılaştırma sonucunda şunu iddia edeceğim: 'her ne kadar Batı, eski Yunan'ı kendisine felsefi ve tarihsel bir başlangıç noktası olarak görse de aslında söz konusu olan insana, doğaya ve topluma bakışları temelden farklı iki ayrı kültür ve toplumdur'.<sup>9</sup> Takdir edilecektir

ki, böylesine kapsamlı ve iddialı bir konu bir makalenin hatta orta ölçekte bir kitabın da üstesinden gelemeyeceği hacimli sorunları içermektedir. Tüm bu hususlara bir makalenin sınırları içerisinde değinmek elbette olası değildir. Bu çalışma hukuk ve bilimin iki spesifik toplumda, antik Yunan toplumu ile modern batı toplumlarında aldığı biçim ve geldiği noktanın bir karşılaştırma denemesidir. Yapılan çalışma bundan sonra konu üzerinde yapılacak okuma ve araştırmalara mütevazı bir katkı sağlarsa hedefine ulaşmış olacaktır.

### Max Weber ve İdeal Tipler

Bu makaledeki inceleme yöntemsel olarak bilimsel pozitivist anlayışın dışına çıkarak sosyal bilimsel çalışmalarda doğa bilimlerinde olduğu gibi yasa-türü<sup>10</sup> genel, soyut, zaman ve mekan üstü genellemelere ulaşılamayacağı epistemolojik ve metodolojik yaklaşımı üzerinden inşaa edilmiştir.<sup>11</sup> Bu yaklaşım esas alındığında 'hukuk'

- 8 *Esasen burada 'physis'ten kastedilen antik dönemde Yunan toplumunun doğa yorumundan başka birşey değildir. Bu bağlamda 'physis' terimi felsefi olduğu kadar kültürel bir terimdir de. Kuşkusuz antik Yunan'da physis felsefi bir terim olarak karşınıza Miletos okulu ile başlayan doğa felsefesiyle birlikte çıkmaktadır. Kültürel bir terim olarak physis, makalemizde de belirteceğimiz üzere, bu tarihten çok önceleri de Yunan düşüncesinde vardır.*
- 9 *Batı'nın kendisini tarihsel ve felsefi olarak eski Yunan'a bağlaması tarihsel bir gerçeklikten çok bir XIX. yüzyıl ideolojisidir ve halen devam etmektedir. Bu durum antik Yunan felsefesinin batı felsefesini etkilediği anlamına gelmez. Ancak aynı antik Yunan felsefesi, özellikle Platon ve Aristoteles, İslam felsefesini de derinden etkilemiştir. Fakat haklı olarak hiç kimse İslam toplumları ile antik Yunan toplumu arasında tarihsel bir bağ ve devamlılık görmemektedir. Helenistik dönem boyunca eski Yunan'ın politik, kültürel ve sanatsal değer, kurum ve inançları İslam coğrafyasında, hatta Hint coğrafyasında, bulunan birçok toplum ve medeniyeti de derinden etkilemiştir.*
- 10 *Max Weber, pozitivist anlayış gereği yasa kavramına yüklenen 'genelgeçerliliğin' bırakınz kültür bilimlerini doğa bilimlerinde bile asla ulaşılamayacak bir durum olduğundan söz etmektedir. Bu konuda özellikle bkz. Doğan Özlem, Weber'de Bilim ve Sosyoloji, İnkılap yayınları, İstanbul 2001. s: 84.*
- 11 *Modern bilim tarihi açısından XIX. yy çok önemli bir aşamayı temsil etmektedir. Bu yüzyılda doğal bilimlerde artık tamamıyla yerleşen ve gözlem ve deneye dayalı, ampirik tümevarım metodunun sosyal bilimlerden de ideal metodoloji olarak kabul gördüğünü biliyoruz. Bu bakışın günümüze değin süren bilimsel ve felsefi sonuçlarını halen köklü bir şekilde yaşıyoruz. Bu konuda özellikle Almanya'da Tarihçi Okulun ve Yeni Kantçı akımların etkisi altında ortaya konulan ve Sosyal Bilimlere yaklaşımın ve onun metodolojisinin farklı olması gerektiği yolundaki görüş, Anglo Sakson/Amerikan geleneğinde Doğa Bilimleri (Natural Science) örnek alınarak ifade edilen Sosyal Bilimler (Social Science) terimi yerine Alman düşüncü W. Dilthey tarafından önerilen Geisteswissenschaften (Tin Bilimleri) ya da yine M. Weber'i de etkileyen H. Rickert tarafından önerilen Kulturwissenschaften (Kültür Bilimleri) terimlerini önermiştir. Zaman içerisinde Anglo-Sakson/Amerikan geleneği ve onun pozitivist yaklaşımı Sosyal Bilimlere egemen olmuştur ve bu egemenlik halen devam etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Doğan Özlem, Tarih Felsefesi, İnkılap Yayınları, İstanbul, 2001; yine Doğan Özlem, Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji, İnkılap yayınları, İstanbul 2001.*

ve 'bilim'i eski Yunan'daki ve modern batı toplumlarındaki çok özel gelişim tarihleri içerisinde ideal tipler olarak ele almak ve onların gelişimini bu yolla ortaya koymak makaleyle ulaşılmak istenen sonuca uygun düşecektir.

Max Weber'in yorumcu sosyolojisi tarihe ve sosyolojik olay ve olgulara ideal tipler üzerinden yaklaşmaktadır. Weber'e göre kültür bilimlerinin konusunu oluşturan tarihsel gerçeklikler bireysel ve tekil karakterleri nedeniyle rasyonelleştirmeye daha az yatkındırlar.<sup>12</sup> Esasen kültür bilimlerinin genelgeçer yasalar değil, ideal tipler üzerinden kurulmalarının nedeni budur. Weber için bütün kültür bilimlerini konularını nedensel yoldan anlayıp açıklayabilmek için ideal tipler kurarlar. Ona göre ideal tipler genel kavramlar değil, zamansal ve mekansal anlamda, sınırlı bir geçerliliğe sahip kavramlardır. Weber kültür bilimlerinin başvuracağı kavramları tarihsel ideal tip kavramları ve toplumsal (sosyolojik) ideal tip kavramları olarak ikiye ayırmaktadır. Tarih bilimi bireyselleştirici olduğu için onun konusu bir defada olup bitenin düzenliliği ve kurallılığını araştırmak iken, sosyoloji doğal bilimlerdeki genel ve evrensel olduğu düşünülen, yasa düzeyine

ulaşmasa da anlamlı görünen süreçlerin tekrar etmesi ya da benzerliğine dayanan bir düzenliliği ve sürekliliği araştırır.<sup>13</sup> Weber, tarihsel ideal tipe örnek olarak Batı'da bir üretim biçimi olarak çok özel koşullar altında ortaya çıkan kapitalizmi, sosyolojik ideal tipe de, farklılıklar gösterse de, hemen her toplumda görülen, yazılılığa, hiyerarşiye ve sorumluluk ile yetki dağılımına dayalı bürokrasiyi örnek olarak göstermiştir.<sup>14</sup> Bu bağlamda, antik Yunan toplumunda gördüğümüz hukuk (nomos), geniş anlamda, belirli bir toplumun sadece yazılı değil, aynı zamanda yazılı olmayan ve o toplumda düzeni sağlamaya yönelik tüm kural, gelenek ve alışkanlıklarını içeren bir anlam kazanmaktadır.<sup>15</sup> Bu anlamda her toplumun bir 'hukuk'u vardır; ama toplumların hukukları benzerlikler ve yaklaşıklıklar gösterse de farklıdır sonucuna varabiliriz. İşte antik Yunan'daki hukuk anlayışı karşımıza 'nomos' olarak çıkmaktadır. Aynı noktadan hareketle, her toplumun içinde yaşadığı 'doğa'ya<sup>16</sup> ilişkin bir bilme isteği ve yorumu vardır ve bu istek ve yorum benzerlikler ve yakınlıklar gösterse de yine de kendi tekilliği içerisinde anlaşılabilir. Bu anlamdaki 'bilim'in kendisi de bir sosyolojik ideal tip olarak nitelendirilebilir.

12 Max Weber, *olgudan tamamen uzaklaşan Rickertçi bir kültür felsefesini de bilimsel bulmamıştır: Ona göre sosyal bilimler (özellikle sosyoloji) bilim olmak için olgulardan hareket etmek zorundadır. Ancak pozitivistimin, anlamı tamamen reddeden yaklaşımı da doğru bulmaz. Bu anlamda Weber, esasen bir rasyonalist empiristtir. Ancak sosyal bilimler için anlam ve anlamaya (verstehen) yaptığı vurgu onu Almanya'daki Kültür bilimleri geleneği içerisinde anmamızı sağlayacaktır.*

13 Özlem, Doğan. *Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji*, s: 114-115

14 Özlem, *ibid* s: 116. *Weber'e göre, kapitalist üretim biçimi protestan ahlakına dayalı yönüyle Batı'ya özgü bir üretim biçimidir. Bürokrasi ise tüm toplumlarda aynı özellikleri gösteren yasa gücünde bir sosyolojik olgu değil-ki Weber için ne sosyolojide ne de diğer sosyal bilimlerde bu tür yasalar olamaz-benzerlik ve yaklaşıklık aşmayan, tekrar eden toplumsal olgu olarak sosyolojik bir ideal tiptir.*

15 [http://www.blackwellreference.com/public/tocnode?id=g9781405106795\\_chunk\\_g978140510679515\\_ss1-99/28.03.2011](http://www.blackwellreference.com/public/tocnode?id=g9781405106795_chunk_g978140510679515_ss1-99/28.03.2011).

16 *Bizim Türkçeye 'doğa' olarak çevirdiğimiz batı dillerindeki 'nature' Latincedeki 'natura' dan çevrilmiştir. Bugün modern bir anlam kazanan 'nature' kelimesinden çevirdiğimiz 'doğa' kelimesi de antik Yunan'daki Pyhsis fenomenini tam karşılamamakta ve temel farklılıklar göstermektedir. Bu durum kullandığımız kelimelerin tarih içerisinde değişikliğe uğrayan kültürel fenomenler olduğunu bizlere göstermektedir. Ancak insan ve onun oluşturduğu toplumlar ile doğa arasında kurulan ilişki anlamında, her toplumun, farklılıklar olsa da, böyle bir ilişkiye sahip olduğu aşikardır.*

Ancak iş modern zamanlardaki ‘modern bilim’ ve ‘modern pozitif hukuk’a gelince karşımıza Weberci anlamda sosyolojik değil, tarihsel ideal tipler çıkmaktadır. Çünkü üretim ilişkileri açısından nasıl kapitalizm, Weber’in deyimiyle, tutumluluğa ve biriktirmeye dayalı Protestan ahlakı ile batı rasyonalitesinin etkisiyle çok özel tarihsel koşullar içerisinde ortaya çıkan, batıya özgü ve oradan tüm dünyaya yayılan bir üretim biçimi ise, aynı mantıkla ‘modern bilim’ de neden-sonuç ilişkilerine dayalı rasyonalleşme; doğanın tanrıdan, moral alanın tanrısal buyruklardan arındırılması anlamında rasyonalleşme-sekülerleşmeyle; insanı merkeze koyan ve doğayı çevreleştirip insanın egemenliğine ve hizmetine sunan bakış ve dualist Kertezyen felsefenin hakim olması gibi çok özel tarihsel koşulların bir araya gelmesi ile Batı’da ortaya çıkan ve oradan tüm dünyaya yayılan tarihsel bir ideal tiptir. Nitekim Weber birçok eserinde Batı’da ortaya çıkan ‘modern bilim’i batı toplumuna özgü spesifik bir konu olarak ele almıştır.<sup>17</sup> Aynı koşullar içerisinde ortaya çıkan ‘modern pozitif hukuk’ da, yine bu çok özel tarihsel koşulların bir ürünüdür ve bu anlamda Weberci bakıştan hareket ettiğimizde tarihsel bir ideal tiptir. Kuşkusuz Batı’da antik Yunan’dan günümüz modern batı toplumlarına gelene kadar geçen süreci eski Yunan’dan modern batı toplumlarına doğru oluşan deterministik bir evrim süreci içerisinde ele almak, bizatihi Weber’in yorumcu sosyolojisine aykırı bir durum teşkil ederdi. Böylesi bir yaklaşım neden sonuç ilişkilerine dayalı bir tarihsel determinizme ve yasa-türü açıklamalara da bizi mahkum edebilirdi kanısındayım. Oysa ki belirtilen olguları ideal tipler olarak ele aldıktan sonra antik Yunan’da ‘bi-

lim’ (episteme ve physis) ve ‘hukuk’ (nomos) olarak ortaya çıkan sosyolojik ideal tipleri, aralarında farklılıklar olsa da, tüm toplumların doğa ve kendileri ile ilişkilerinde ortaya koydukları bir yorum türü, bir sosyolojik ideal tip olarak nitelendirilebiliriz. ‘Modern bilim’ ve ‘modern pozitif hukuk’ ise tüm toplumların değil, sadece modern batı toplumunun çok özel tarihsel gelişimiyle karşımıza çıkan fenomenler oldukları için onları da tarihsel ideal tipler olarak ele alabiliriz. Bu anlamda, Weber’in ideal tipler yaklaşımı iki spesifik toplumu, antik Yunan ve modern batı toplumunu, karşılaştırma olanağını bizlere sağlamaktadır. O halde şimdi ‘Bilim’ ve ‘Hukuk’un eski Yunan’daki görünümüne kısaca bir göz atalım.

### **Eski Yunanda ‘Episteme’ ve ‘Techne’ Ayırımı**

Eski Yunan’da ‘episteme’ kelimesi günümüz Türkçesine ‘bilgi’ olarak çevirebileceğimiz bir kelimedir ve daha çok kuramsal bir etkinlik olarak görülebilir. Eski Yunanca ‘techne’ ise ‘zanaat ya da sanat’ olarak dilimize çevirebilir ve temelde ‘ortaya birşey koyma’ etkinliğinin genel adıdır. Ancak günümüzdeki teori-pratik ayırımını eski Yunan’daki episteme-techne ayırımında göremeyiz. Örneğin, Xenophon ‘episteme’ ve ‘techne’yi birbirinden ayrı olarak kullanmazken, Plotinus, ‘techne’nin gerçeklikten çok uzak olduğunu düşündüğünden bu kelimeyi çok az kullanmıştır. Aristoteles’e geldiğimizde ise modern zamanlardaki saf teori-pratik ayırımına benzer bir episteme-techne ayırımına rastlar gibi olsak da, esasen Aristoteles de çoğu zaman zanaat olan ‘techne’yi bir ‘episteme’ (bilgi, bilme) olarak görmüştür. Platon’un formları saf bir bilme türü olarak

<sup>17</sup> *Bugün Batı’da modern zamanlarda ortaya çıkan pozitif hukukun ve pozitif bilimin Batı dışı toplumlar tarafından benimsenmiş olması, bu iki tarihsel ideal tipin Batı değer, kurum ve inançları tarafından şekillenmiş ve Batı’ya özgü özellikler oldukları gerçeğini değiştirmez.*

ideal epistemeler olarak görülse de, Platon da form bilgisi (episteme) tarafından şekillenmiş bir 'techne'yi de oldukça önemsemiştir. Örneğin, Devlet adlı eserinde 'polis'i yönetecek ideal yönetici filozofun yönetme zanaatına (techne) ilişkin bilgisi saf form bilgisi tarafından oluşturulan bir bilgidir. Stoacılar göre de 'erdem' yaşama ilişkin, evreni anlama temelli bir tür techne, bir zanaat olarak görülmüştür.<sup>18</sup> Burada görüleceği üzere antik Yunan'da episteme ile techne arasında modern zamanlarda teori ve pratik ayrımına benzer bir felsefi ayırımdan çok karşılıklı olarak birbirini çeken ve iten ve birbiri yerine geçebilen karmaşık ve bütünsel bir ilişki söz konusudur. Bizim bu noktada epistemeye ilişkin bakışımız onu daha çok eski Yunan'da doğa (physis)'yı bilmeye yönelik etkinlikler içinde ele alarak eski Yunan toplumunun doğayla ilişkisini ortaya koymaya yönelik olacaktır. Şimdi eski Yunan'daki doğa (physis) anlayışına daha yakından bakalım. 'physis'e yönelik bu bakış kaçınılmaz olarak eski Yunan'daki doğaya yönelik episteme (bilgi ve bilme) etkinliğini de daha yakından görmemizi sağlayacaktır. Peki tam olarak nedir bu 'physis'? Eski Yunan'daki bilim kavramını anlamak için bu fenomene biraz daha yakından bakmamız gerekmektedir.

### Antik Yunan'ın Doğası: Physis

Sokrates öncesi filozoflar için 'physis' evrenin orijini ve bir bütün olarak gelişimi

anlamını içeriyordu. İnsanlık ve onların oluşturdukları topluluk bu bütünün parçası olduğu için onların da bu gelişimi takip etmeleri gerekmektedir.<sup>19</sup> Mitolojik döneme gidildiğinde dahi, mitolojik nedenlere bağlanmış olsa da, 'physis' kelimesinin aşağı yukarı aynı anlamda kullanıldığını görüyoruz.<sup>20</sup> Nitekim 'physis' kelimesinin etimolojik kökenlerine ve özellikle mitolojik dönemde Homer ve kozmolojik dönemde Herakleitos dahil kullanımına bakıldığında, bu kelimenin bir şeyin, o şey başlangıcından sonuna değin bütün özellikleriyle algılandığında gerçek esasını teşkil eden şey demek olduğu görülecektir. Physis kelimesi asla statik olarak değil, bir şeyin başlangıcı, gelişimi ve sonu olarak kullanılmakta ve esasen anlam olarak bu üçünü de içermektedir.<sup>21</sup> Physis kelimesinin bu niteliği ve içeriği, farklı kaygılarla ve düşünsel yönelimler içerisinde ele alınsa da, Sokrates sonrası Yunan düşüncesinde de etkin olmaya devam etmiştir.<sup>22</sup>

Bugün konuyla ilgili bilim adamları arasında oybirliği ile kabul edilen husus antik zamanlarda physis fenomeninin bir kavram olarak ortaya çıkışının İyonya biliminin bir yaratması olduğu hususudur. Bu kelime ile İyonyalılar doğal nedenleri mitsel nedenlerin yerine ikame edecekleri yeni bir dünya anlayışına ulaşıyorlardı.<sup>23</sup> İşte antik Yunan'daki 'physis' temelli ve doğal felsefesi içinde yer alan bilgi (episteme) etkinliği zaman içerisinde bugün

18 <http://plato.stanford.edu/entries/episteme-techne/>29.03.2011.

19 Naddaf, Gerard, *The Greek Concept of Nature*, SUNY Press, Albany, NY s:1

20 Burada Antik Yunan düşüncesi Mitolojik dönem, felsefi düşüncenin başladığı Kozmolojik dönem ve nihayet düşüncenin insana ve onun yaşadığı topluluklara yöneldiği Sokrates ve Sofistler sonrası Antropomorfik dönem olmak üzere üç aşamada ele alınmıştır. Bu arada Antropomorfik teriminden kasıt asla modern anlamda insan merkezli bir bakış değildir.

21 Naddaf, Gerard, *The Greek Concept of Nature* s: 15

22 Bernard Russell bugün nature (doğa) kelimesinin anlamının çok belirsiz olduğunu ama çok ender olarak physis kelimesinin içerdiği 'gelişme' anlamına geldiğini belirtmektedir. Bkz. Bertrand Russell, *The History of Western Philosophy*, Simon and Schuster, New York, 1972, s: 205.

23 Naddaf, Gerard, *The Greek Concept of Nature* s: 15

bilim olarak adlandırdığımız şeye benzer, ama yine de amacı ve sonuçları ondan çok farklı bir biçime dönüştü.<sup>24</sup>

Bilindiği üzere, eski Miletli filozoflar herşeyin kendisinden yapıldığı ilk materyalin ne olduğu sorusu üzerinde durmuşlar ve buna değişik yanıtlar vermişlerdi.<sup>25</sup> Miletli filozoflar şeylerin nedenlerini mitolojik birtakım unsurlara bağlamak, şeylerin arkasında ilahi güçler, tanrısal süreçler aramak yerine, dünyayı anlamının doğru yolunun şeylerin doğasına bakmak olduğunu düşünmüşlerdi.<sup>26</sup> Sonraki Yunanlı düşünürler benzer düşüncelerle dünyayı anlamada matematiğin ve geometrinin önemi üzerinde durmuşlardır.<sup>27</sup> Matematik üzerindeki bu çalışma astronomi üzerinde yapılan çalışmaları da beraberinde getirmiştir; çünkü gökssel cisimlerin hareketlerinin dikkatli bir gözlem, hesaplama ve matematiksel şablonlarla oluşturulacak geometrik modellerle açıklanabileceği düşünülmüştü.

Fakat eski Yunan felsefi düşüncesinde matematiksel modellere dayalı bu düşünce biçimi ile günümüz modern bilim adamlarının düşünce biçimi arasında çok köklü

farklılıklar olduğunu da bu noktada belirtmek gerekmektedir. Modern araştırmacıların aksine eski Yunan filozofları gözlem, sayılar ve matematiksel modellerle elde ettikleri bu bilgiyi doğayı kontrol altına almak ya da doğanın doğasını değiştirmek gibi bir düşünceyle yapmamışlardı. Onların bu yolla doğayı kavrama çabaları herşeye rağmen yine de dinsel ve manevi bir etkinlikti. Bu bilgi ile onlar yine sonuçta dünyayı bütün görünüşleriyle ortaya koyan o sürekli düzeni sağlayan yüksek ve ilahi bilgiye ulaşmaya çalışıyorlardı.<sup>28</sup> Bir başka deyişle; bu filozoflar sıkı bir matematik çalışmanın ruhu temizleyeceğini ve birçok irrasyonel dinsel ritüellerin, mitlerin ve gizemlerin yerine (rasyonel) ilahi amaç üzerine düşünmek için insan aklını hazırlayacağını düşünüyorlardı.<sup>29</sup> Bu filozoflara göre, doğa (ve onu çevreleyen yeryüzü ve kozmos) esasen ilahi olarak var olan ve akılla, en azından kısmen, kavranabilecek ve üzerinde düşünülebilecek gizemli bir şeydi. İşte bilimsel spekülasyonun amacı, esası manevi olan bu kavrayışa hizmet etmektir. Bu nedenle eski Yunanlı bilimciler

24 Henüz doğa üzerine olan düşüncelerin ve yaklaşımların felsefi olduğu bir dönemde bilimsel etkinlik ve doğa felsefesinin içindedir.

25 İyonyalı filozoflardan Thales ilk nedenin su, Anaksimenes hava olduğunu söylerken Anaksimandros ise ana maddenin (Arhhe) sınırsız-belirsiz bir şey(Aperion) olduğu sonucuna varmışlardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Ahmet Arslan, *İlkçağ Felsefe Tarihi, Sokrates Öncesi Yunan Felsefesi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2009 Sonraki filozoflardan Democritos ise maddenin eski Yunan'da bölünemeyen anlamına gelen atomlardan oluştuğunu söylemiştir.

26 Johnson, Ian; *Ancient and Modern Science, Some Observations*, <http://records.viu.ca/~johnstoil/essays/hist-sci.html> 22.03.2011.

27 Bunların en başında kuşkusuz (bu konuda Platon dahil) birçok takipçisi de olan Pythagoras idi. Pythagoras ve takipçileri kendilerini sayıların ve geometrinin üzerinde çalışmaya adanmışlardı. Aşağı İtalya'da bulunan Kroton şehrinde yaşamış olan, İyonyalı filozofların aksine, herşeye şekil veren şeyin hava ya da su gibi maddi şeyler değil, soyut bir şey olduğunu, bu soyut şeyin de rakam olduğunu iddia etmiştir. Pythagoras ve takipçileri müzik ile matematik arasında bağlar kurmuşlar ve kimilerine göre mistik bir okul oluşturmuşlardır. Bu konuda özellikle bkz. Arif Müfid Mansel 'Ege ve Yunan Tarihi', *Türk Tarih Kurumu*, 6. Baskı, Ankara, 1995

28 Burada bir hususa değinmek gerekmektedir; Yunanlı filozoflar her ne kadar mitolojik açıklamaları reddetmiş olsalar da, büyük çoğunluğu ateist olmadıkları için, yine de gözleme ve matematiksel araçlara dayanan yeni bakış açılarıyla ulaşacakları bilginin sonuçta kendilerini ilahi olduğuna inandıkları ve dünyanın düzenini kuran o yüksek bilgiye ulaştıracağına inanıyorlardı.

29 Platon tarafından birçok eserinde vurgulandığı üzere akla dayalı bir dünya dünya düzeni hocası Sokrates'in (ve kendisinin) ulaşmak istediği bir idealdi.

deneyle ve bilimsel düşüncelerini pratik sonuçlara dönüştürmekle ilgilenmediler.<sup>30</sup> Doğa orada üzerinde düşünmek, merak edilmek, hatta kimi zaman belki tapınmak için vardı, ama değiştirilmek ve altililmek için yoktu. Evrene ilişkin temel düzeni ortaya koyan akli ve planı kavramaya çalışan bir düşünsel çaba için şeylerin nasıl çalıştığından çok onların bütün bu akılsal ve manevi düzen içerisindeki yerlerini ve anlamlarını kavramaya çalışmak önemli idi. Dolayısıyla eski Yunan'da bilimsel çalışma olarak nitelendirilebileceğimiz etkinlik öncelikle değerlere ilişkin bir etkinlik olmuştur. Böyle bir çalışmanın manevi değerleri daha iyi anlamamıza ve kavramamıza yardım edeceğine inanılmıştır. Bu anlamda Sokrates öncesi filozoflarla Sokrates sonrası filozoflar arasında bir fark yoktu. Nitekim Sokrates sonrası filozoflar da insan topluluklarında var olan adalet sorunlarını anlamak ve kavramayı bu değer etkinliğinin bir parçası olarak gördüler.

Değere dair yapılan bu vurgu Aristoteles'in ünlü tüm şeylerin dört değişik nedenini açıkladığı pasajlarda çok daha net hale gelmektedir. Eğer bilimsel çalışma öncelikle ve özellikle şeylerin var oluş nedenlerini ortaya çıkarmaksa, Aristoteles'e göre burada dört nedenden söz edebiliriz: maddi neden, etkili neden, biçimsel neden ve amaçsal neden. Burada 'maddi neden' şeylerin kendisinden yapıldığı maddeyi; 'etkili neden' maddeyi bir araya getiren

süreci; 'biçimsel neden' maddeyi ortaya koyan planı, düzenlemeyi ya da dizaynı; 'amaçsal neden' de maddenin nihai amacını açıklar.<sup>31</sup> Klasik bilimin ilgilendiği esasen bu son nedendi. Çünkü bu son neden maddenin büyük, ilahi ve manevi düzen içerisindeki yerini bize gösterecekti. Eski Yunan felsefesinde gerek doğaya ve gerekse politikaya ilişkin yapılan spekülasyonların bütün amacı da şeylerin Platon'un ve Aristoteles'in 'iyi' olarak nitelendirdiği bu ilahi ve manevi düzendeki yerini tespit etmektir.

Yaşamda var olan 'değer' üzerine yapılan bu vurgu gözönüne alınca eski Yunanlı filozofların onlara doğa üzerinde hakimiyet sağlayacak deney, teori ve buna ilişkin pratik sonuçlarla neden ilgilenmedikleri daha kolay anlaşılabilir. Elbetteki tüm kültürler gibi Yunan kültürü de tıp, metalurji, çanak-çömlek imali, inşaat (özellikle gemi), evcil hayvanların beslenmesi gibi teknik bilgilere sahipti. Fakat doğayı anlamaya çalışan filozoflar bu tür şeylerin bilgisini aşağı bilgi olarak nitelendiriyorlardı. Bu teknik bilgileri genişletmek- ve böylece belki doğaya egemen olmak- onların düşüncelerinde yer verdikleri birşey değildi.<sup>32</sup> Bu noktada, eski Yunan'daki 'nomos' fenomenini incelemeye önce 'physis-nomos' ayrımının nasıl ortaya çıktığını daha yakından incelememiz faydalı olacaktır düşüncesindeyim.

30 Johnson, Ian; *Ancient and Modern Science, Some Observations*, <http://records.viu.ca/~johnstoi/essays/history.htm>.22.03.2011. Örneğin, M.Ö. IV. ve III. yüzyıllardaki Helenistik dönemde Yunanlı bilimciler bir buhar makinesi yapabilecek teorik bilgiye sahiptiler. Fakat böyle bir buhar makinesi icat edip, doğaya var olan belirli sınırlamaları alt edebilecekleri düşüncesi akıllarına gelmiyordu. İşte bu noktada episteme, doğa ile uyum içerisinde yaşamayı içeren bir ortaya koyuş (techne) ile birlikte düşünüldüğünde, Yunan biliminde de pratik yaşamı kolaylaştırıcı ve gemicilikten tarıma kadar uzanan birçok pratik buluş olduğu görülecektir. Ancak antik Yunan'daki 'techne' doğayı hakimiyet altına almaya yönelik bir ideolojik tavır olan modern zamanların 'teknoloji' si değildi.

31 Aristotle, *Physics*, NuVision Publication, Sioux Falls, SD, USA, 2007, s. I.1, I.5-9, II.1-3, II.8 (AGP 694-709, 716-718) Bu hususta Aristoteles'in yaklaşımını daha iyi kavramak için konunun ayrıntılı olarak ele alındığı *Metafizik* adlı eserin ilgili bölümleri de okunmalıdır. Özellikle, bkz. Aristotle, *Metaphysics*, translated by W. D. Ross. eBooks@Adelaide 2007:A.3 ff.;Part. An. 639b12ff.

32 Johnson, Ian; *Ancient and Modern Science, Some Observations*, <http://records.viu.ca/~johnstoi/essays/history.htm>.22.03.2011.



### Antik Yunan'da Physis - Nomos Ayrımı

Eski Yunan'da 'nomos' ve 'physis'in birbirlerine karşıt oldukları düşüncesi M.Ö. V. yüzyıla dayanmaktadır. Buna göre, o çağda temel ayırım doğa (physis) ile insanların kurduğu düzen (nomos) arasında idi. 'Nomos' bu anlamda 'physis'e göre yapay olanı temsil etmekteydi. M.Ö. V. yüzyıldan önceki felsefi düşüncede 'nomos-physis' ayrımına dayalı bir düşünsel ve eylemsel pratikten çok, evrendeki rasyonel birlik üzerine yoğunlaşan ve bunu kozmos olarak nitelendiren bir kavrayış sözkonusuydu.<sup>33</sup> M.Ö. V. yüzyılda yaşanan dönüşüm değişik felsefi spekülasyonun kozmosdan insana ve onun dünyasına yönelmesiyle ortaya çıkmıştır.<sup>34</sup> Antropomorfik dönem<sup>35</sup> olarak niteleyebileceğimiz bu dönemden önce, özellikle Sokrates öncesi filozoflar olarak nitelendirdiğimiz filozoflar, kozmos üzerine yoğunlaşan ve evrendeki düzeni akılcı bir biçimde açıklamaya çalışan filozoflardır. Felsefenin de doğuşunu gerçekleştiren bu faaliyetlerden önce, Aristoteles'in teologlar olarak nitelendirdiği mitolojik düşüncenin<sup>36</sup> önde gelen isimleri olan Homeros ve Hesiodos'u

görmekteyiz. Özellikle bu sonuncusu evrenin başlangıcını kaos olarak niteleyen görüşlerle ve tanrıların doğuşunu ortaya koyan eserleriyle bilinmektedir. Homeros ise Odyssey adlı eserinde 'physis'i belirli bir bitkinin kendine özgü gelişimini anlatmak için kullanmıştır.<sup>37</sup>

M.Ö. V. yüzyılda 'nomos/physis' ayrımı kozmolojik düşünceden antropomorfik<sup>38</sup> düşünceye geçişin ortaya koyduğu bir ayırım olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ayırimda 'physis' bugün fizik evren olarak nitelendirdiğimiz doğaya karşılık gelmekte iken, 'nomos' hukuku da içine alan ve fakat adet, gelenek, göreneklerle birlikte insanın birarada yaşama için geliştirdiği sözlü ve yazılı kurallar bütününi içeren geniş bir alanı kapsamaktadır. Bir başka ifadeyle, 'physis' doğal olanı temsil ederken, 'nomos' insan yapımı ile ilgili olanı anlatmaktadır. Antik Yunan'da antropomorfik düşüncenin hakim olduğu dönemde bir şeyin değerini azaltmanın en bilinen yollarından birisi o şeyin doğal (physis) olarak değil, insan yapımı (nomos) olarak var olduğunu ileri sürmektir. Yine 'nomos', 'physis'e uygun olduğu ölçüde-hatta bizzat ondan geldiği ölçüde- kabul edilebilir ve

33 Weinrich, Lloyd L. *Natural Law and Justice*, Harvard Univ Press, Cambridge, MA, 1987 s:1. Şair Homeros'tan Yunan düşüncesinin Stoacı felsefeyle Roma'ya transferine kadar olan süreçte, olayların akışının temel (doğal/ilahi) bir normatif düzeni ortaya koyduğuna yönelik inanç Yunan düşüncesini temelden etkilemiştir.

34 Burada düşünsel değişimden kasıt modern anlamda salt bir teorik değişimin çok ötesinde birşeydir. Bu noktada eski Yunan düşüncesinde modern zamanlardaki teorilpratik ayırımının söz konusu olmadığını anımsamalıyız.

35 Esasen bu makalenin konusu ışığında, antik Yunan dönemini Mitolojik, Kozmolojik ve Antropomorfik dönemler olarak üçe ayırmıştık. Mitolojik dönemi, şeylerin kökenini tanrısal ve metafizik güçlerde arayan dönem, Kozmolojik dönemi, evrende akla dayanan bir kozmos olduğunu iddia eden ve Miletoslu filozoflarla birlikte felsefi düşüncenin de doğuşunun gerçekleştiği dönem, Antropomorfik dönemi de Sofistler ve Sokrates ile birlikte düşüncenin insana ve topluma yöneldiği dönem olarak ele alabiliriz.

36 Arslan, Ahmet. *İlkçağ Felsefe Tarihi, Sokrates Öncesi Yunan Felsefesi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2006, s: 75. Gerek Homeros gerekse Hesiodos şairdirler ve felsefe öncesi mitolojik düşüncenin temsilcisidirler.

37 Esasen 'physis' kelimesinin bir metinde bilinen en eski kullanımı budur.

38 Yeniden belirtelim ki, burada antropomorfik kelimesi modern insan merkezli değil, insana yönelen olarak anlaşılmalıdır.

39 Kelley,Donald R., *The Human Measure, Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1990, s:4

makbul bir şeydi insanların gözünde. Nitekim Aristoteles 'nomos'u 'ikinci doğa' olarak nitelendirmiştir.<sup>40</sup> Şimdi eski Yunan düşüncesindeki 'nomos' fenomenine biraz daha yakından bakalım.

### Genel Olarak Eski Yunan'da Nomos Anlayışı

Yunan mitolojisinde nomos (veya nomus) hukuk tanrısı veya hukukun ruhu anlamına geliyordu. O tanrısal bağlılık, sevgi, sadakat, görev ve evladi saygının tanrıçası olan Eusabia'nın kocası ve adaletin babası idi.<sup>41</sup> Batı düşüncesinde en önemli dönüm noktalarından birisi bilincin ortaya çıkışı ve aklın ve ruhun ayırdaya varılmaya başlanması olmuştur. Pythagoras ruhun moral anlamda önemli olduğunu vurgularken, Herakleitos ruhu kozmolojik programına ekleyen ilk filozoftu. Mitolojik döneme ait Homerik şiirlerde, maddi ve fizyolojik açıklamalar dışında, kişilik (personalite) olgusu ile ruh (psyche) fenomenine rastlanmamaktadır.<sup>42</sup> Mitolojik zamanda kişilik kahramansal nitelikte olup, ancak bir çatışma sonrasında ortaya çıkan bir durumken, Yunanlılar mitolojik düşünce sonrası dönemde Olimpos tanrılarının bu çatışma temelli bakışının yerine 'adalet' kavramını koymuşlardır. Artık tanrılar ve doğal güçler-ki buna mitsel doğal adalet anlayışı (Dike) da dahildi- tamamen keyfi olarak hareket edemiyorlar ve yazılı dilin konvansiyonel kurallarına uymak zorunda kalıyor-

lardı. Bu dönemde adalet gibi mitsel olgular sadece kavramlaştırılmakla kalmamış, antik anlamda uygarlaşmış bireyin temel erdemleri olarak içselleştirilmiştir. Solon için adalet (Dike) esasen kentin bugünün, geçmişin ve geleceğin bilgisine sahip ruhuuydu. Adalet kavramı Platon'un felsefi vizyonunun temeli olmuştur.<sup>43</sup> Esasen başlangıçtan bu yana hukukun (nomos) ilahi karakteri Yunan spekülatif düşüncesinde hep mevcuttu. Mitolojik düşüncede adalet (Dike) tanrıların buyruğuna uymaktı. Yunan düşüncesinde kaba güce dayalı bir hukuk anlayışından tanrısal da olsa adalet (dike) temelli bir hukuk (nomos) anlayışına yine de mitolojik dönemde geçilmiştir.<sup>44</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 'physis' ve 'nomos' eski Yunan'ın mitolojik ve kozmolojik döneminde iç içe geçmiş olarak düşünülmüş ve gerek düşünsel ve kavramsal gerekse eylemsel anlamda 'nomos'un physis'ten ayrılması Yunan düşüncesinde M.Ö.V. yüzyılda gerçekleşmiştir. Bu yüzyıl ise bilindiği gibi özellikle Sokrates ile birlikte Yunan düşüncesinin insana ve topluma yöneldiği bir aşamaya tekabül etmektedir ki, 'nomos'un kategorik olarak 'physis' ile karşılaştırılmasının bu yüzyıla ait olması tesadüf olmasa gerektir.<sup>45</sup> Esasen nomos ile physis karşılaştırılması özellikle kent devleti (polis) yaşamında daha da açıklıkla ortaya çıkmaktadır. Nitekim 'polis'teki özel alana ilişkin ve içinde ekonomi ile etiki barındıran aile yaşamı ile kamusal

40 <http://www.theoi.com/Daimon/Eusebia.html>, 28.03.2011.

41 Kelley, Donald R., *The Human Measure*, s: 14.

42 *Ibid* s: 15

43 *Bu geçişin ayrıntılı bir betimlenmesi için bkz. Kelley ibid s:17-20. Şurası unutulmamalıdır ki, Platon'un zamanında dahi bütünüyle akıl temelli bir hukuk anlayışı yoktu. Atina toplumunda hukuk büyük ölçüde mitsel dönemden gelen dinsel karakterini korumuştur. Örneğin, bu dönemde Yunan yasaları bilge kişilerin yaratması olmasına rağmen Delfi'deki kahine onay için sunuluyorlardı. Yine bu yasalar genelde dinsel bir saygı da görüyorlardı. Yine hukuk eski Yunan'da dinsel bir ofis olan archon basileus ile yurttaşlığa ilişkin ritüelleri yorumlayan uzmanların aktiviteleri ile de ilgili görülmüyordu. Kelley, *The Human Measure*, s: 21*

44 Yukarıda da belirttiğimiz gibi *Physis* kelimesinin kavramlaştırılması Miletosun doğa filozofları tarafından gerçekleştirilmiştir.

45 Kelley, Donald R., *The Human Measure*, s: 23.

alana ilişkin politik yaşam arasındaki gerilim bunda önemli bir rol oynamıştır.<sup>46</sup> Şimdi 'nomos' ve 'physis'in kavramsal olarak Yunan düşüncesinde ve hukuk düzeninde aldığı biçimi daha yakından anlamak için, Sokrates sonrası dönemin iki büyük filozofu olan Platon ve Aristoteles'in bu konudaki yaklaşımlarını daha yakından ele alalım.<sup>47</sup>

### Platon ve Aristoteles'te Nomos ve Physis Kavramı

Bireyin hak ve özgürlüklere sahip bir hukuk öznesi olarak ele alınması bir modern zamanlar fenomeni olup, eski Yunan'da bizim modern zamanlarda bildiğimiz anlamda bir hukuk öznesi yoktu. Yunan dünyasında güce dayalı ilişkinin en belirgin örneği efendi ile köle arasındaki ilişki olmuştur. Yunanlılar yönetenle yönetilen arasındaki güce dayalı ilişkiyi efendi ile köle arasındaki ilişkiye yakın görüyorlardı. Onların böylesi bir ilişki için kullandıkları kelime despotik (despotike) idi. Zor ile başkasına tabi olma eski Yunanlıların gözünde bir nevi kölelikti. İşte bu fikir eski Yunanlıların en önemli politik buluşları olan 'demokrasi'nin ortaya çıkışının arkasındaki en önemli etkenlerden birisidir.<sup>48</sup>

Platon Devlet adlı eserinde herşeyden önce aklın egemen olduğu-yönettiği bir yapıyı anlatmaktadır. Platon bu eserinde, insan metaforu üzerinden, hukukun da içerisinde yer aldığı ideal bir 'polis'teki düzeni ortaya koymuştur. Buna göre insanda bulunan yaşamsal güç (psyche)'teki üç ögeden akıl yönetmeye, ruh korumaya ve istekler (appetites) ise çalışmaya tekabül etmekte, politik yapılanmada ise bu ayrım sırasıyla yönetici, savaşçı ve çalışanlara karşılık etmektedir.<sup>49</sup> Burada yöneticiler aklı temsil edenler olarak topluluğun (polis) yönetenleri, savaşçılar psyche'nin ruhi bölümünün temsilcileri olarak topluluğun koruyucuları, çalışanlar ise yine psyche'deki yapılanmada istemlerin (appetites) yerine getiricileri olarak topluluğun günlük yaşamdaki ihtiyaçlarını karşılayanları temsil etmektedir. Adaletli bir psyche işte bu üçsel yapılanmada herkesin kendi işini yaptığı bir yapıyı temsil ederken, adaletli bir polis de yönetenlerin, savaşçıların ve çalışanların kendi görevlerini yaptıkları bir politik yapılanmaya karşılık gelmektedir. Bu adaletli 'polis'te yöneticiler yöneticilik vasıflarını bilgilerinden, özellikle neyin iyi neyin kötü olduğuna ilişkin bilgilerinden almak-

46 Batı düşüncesi üzerindeki etkileri göz önüne alındığında bu iki filozofun konumuza ilişkin görüşlerini ayrı bir bölümde ele almak gerekecektir.

47 Keyt, David ve Fred D. Miller Jr., *Ancient Greek Political Thought, Handbook of Political Theory* ed by Gerald F. Gaus ve Chandran Kukathas, Sage Yayınevi, 2004, s: 303. Memorabilia adlı eserinde Xenophon Atinalı devlet adamı Perikles ile onun ergenlik yaşındaki erkek yeğeni Alcibiades arasında geçen hukukun doğasına ilişkin konuşmaya atıfta bulunur: Bu konuşmada Perikles yasanın (nomos) bir şehrin yada 'polis'in yönetenlerinin orayı yönetirken yapıp-ettikleri (enactments) olduğunu söyler. Alcibiades'in sorusu üzerine Perikles bir tiranın yurttaşlar üzerindeki ya da azınlığın çoğunluk üzerindeki güce dayalı hakimiyetinin yasanın olumsuzlanması (negation of law-anomia) olduğunu kabul eder. Alcibiades'in bir demokraside çoğunluk mülkiyet sahipleri üzerinde güç kullanırsa ne olur yönündeki sorusuna, Atina demokrasisinin lideri Perikles adeta kaçamak yanıt verir ve kendisinin de gençliğinde bu tür karmaşık sorunlarla uğraştığını söyler.

48 *Ibid* s: 310

49 Platon'a göre iki tür dünya vardır. Bunlardan birincisi formların-ideaların dünyası ki içinde bulunduğumuz dünyada görüp-hissettiğimiz herşeyin asılları bu formlar dünyasındadır. İçinde yaşadığımız dünya ise sadece ve sadece bu asılların taklitlerinin oluşturduğu bir dünyadır. Formlar dünyasındaki şeylerin en tepesinde ise 'iyi'nin bilgisi yer almaktadır. İşte filozof formlar dünyasının ya da şeylerin asıllarının bilgisine haiz olan kimse olarak herşeyden önce ve bu nedenle, yani neyin doğru olduğu ve ona nasıl ulaşabileceğine ilişkin bilgiye vakıf birisi olarak yönetici de kendisi olmalıdır. Bu nedenle, Platon'a göre çoğunluğun (ya da ona göre doğrunun bilgisine sahip olmayan insanların) yönetici olduğu demokrasi kötü bir yönetim biçimidir.

taydılar. Platon bu anlamda yöneticilerin filozof olması gerektiğini ileri sürüyordu.<sup>50</sup>

Platon'un Yasalar adlı eserinde Eleatik yabancı yasayı aklın bir taklidi olarak görmekte iken Atinalı yabancı yasayı aklın bütünleştiği, kendini ortaya koyduğu bir şey olarak görmektedir. Atinalı yabancı adalet anlayışını da sayısal ve orantısal eşitlik anlayışı ile ortaya koymaktadır. Buna göre sayısal eşitlik ölçümlerin, ağırlıkların, sayıların dünyasında her yurttaşın diğerinin eşiti saymaktadır. Orantısal (ya da gerçek) eşitlik anlayışı ise şerefleri her yurttaşın sahip olduğu erdeme göre dağıtmayı öngörmektedir.<sup>51</sup> Buna göre şereften bazı yurttaşlar diğerlerinden daha çok alabilecekleri gibi bazı yurttaşlar bu dağıtımdan hiç pay alamayacaklardır. Atinalı yabancı'ya göre orantısal adalet yasa yapımında yol gösterici ilke olmalıdır. Hakiki yasaları yaparken, yasa yapıcı üç şeyi amaçlar: özgürlük (köleliğin antitezi), arkadaşlık (fraksiyonlara ayrılmanın antitezi) ve bilgelik. Yasalara kölelik, Platon'un Yasalar adlı eserinin ana konularından birisidir. Yöneticiler yasaların kölesi olduklarında güvenlik ve iyi şeyler gerçekleşir. Aksine yöneticiler yasaları köleleştirdiklerinde, bölünmeler ve fraksiyonlar yaratarak 'polis'i yıkarlar. Bunların yanında ikna ve güç kullanma yasanın iki ayrı elementidir. İkna, güç kullanmadan daha iyidir. Fakat

ikna olmayacak kişilere ilişkin nasıl yaptırımlar uygulanacağına ilişkin hükümler de ikna olmayan yurttaşları yönetebilmek için yasalara eklenmelidirler. Son olarak, yasa 'nomos' ile 'physis'i olabildiğince birbirine yaklaştırmalıdır. Çünkü yasanın doğruluğu doğada (physis) bulunmaktadır.<sup>52</sup> Öte yandan Platon'da adalet idesi ile 'nomos'a uygun davranmayı ilişkilendirme eğilimi de görülmektedir. Nitekim Sokrates kendisini mahkum eden Atina yasalarının yanlış olduğunu ileri sürerken, yine de sahip olduğu adalet anlayışı gereği kendisini o yasalara uymak zorunda hissetmiştir.<sup>53</sup>

Platon 'nomos'un karşıtı olan 'anomos' kelimesini de anarşi, hukuksuzluk ve sosyal örgütlenmenin ve düzeninin bozulması anlamlarında kullanmaktadır. Nitekim Platon, Devlet adlı eserinde demokrasiyi anarşist bir özgürlük anlayışı ile, şehvet düşkününü bir ahlaksızlığın sınırlarında doluşmayı anlatan ve aynı kökten gelen anomia sözcüğü ile ilişkilendirir.<sup>54</sup>

Platon doğayı esas almasıyla Protagorasçı relativizme ve konvansiyonalizme karşı cephe almıştır. Fakat onun esas aldığı doğa ya Yasalar adlı eserinde olduğu gibi kutsal akıl (divine reason) ya da Devlet adlı eserinde olduğu gibi zaman ve mekan ötesi değişmez formlar dünyasıdır. Aristoteles de doğal olana başvurarak relativizme savaş açmak istemiştir. Fakat o bunu

50 *Ibid*, s: 312

51 *Ibid* s: 312

52 Gouldner, Alvin W., *Enter Plato, Classical Greece and the Origins of Social Thought*, Basic Books Publishers, New York, 1965 s: 221. Burada Sokrates'in karşılıklılık (reciproity) gereği yasalara uyduğu da ileri sürülebilecektir. Nitekim Sokrates'in de belirttiği gibi; yasanın kendisinden yasaya uyulmasını bekleme hakkı vardır. Çünkü o yasa anne ve babasının bir araya gelip evlenmesi, doğumu ve eğitimi için bir sığınak sağlamıştır. *Ibid* s: 221.

53 *Ibid* s: 221. Herodotus anomos kelimesini adaletin zıttı anlamında kullanmıştır. Herodotus'tan bu yana nomos ve anomia kelimeleri artarak kullanılmaya devam etmiştir. Bu kullanımlarda anomia tanrısızlık, tanrılara saygısızlık, düzensizlik, devamsızlık, vahşi anlamlarında kullanıldığı gibi, Platon'un kullandığı gibi anarşi kelimesine eşdeğer anlamda da kullanılmıştır.

54 Keyt, David ve Fred D. Miller Jr., *Ancient Greek Political Thought* s: 312. Nitekim, Raphael'ın ünlü Atina Okulu adlı freskunda Platon ve Aristoteles birlikte okuldan ayrılırken Platon göğü işaret ederken, Aristoteles yeri göstermektedir.

Platon'un aksine duyular üstü bir standarda ya da varlığa başvurmadan yapmak arzusundadır. Aristoteles'in doğa (physis) kavramı ile kastettiği duyum organlarımızla algılanabilir ve değişime tabi bir alan olup, bugünkü fizikçilere ve biyologlara uzak bir kavram değildir.<sup>55</sup>

Ünlü Yunanlı tragedya yazarı Sophokles'in Antigone oyununda Antigone'un, Kreon yasalarının erkek kardeşinin gömülmemesini öngören hükümlerine karşı, ebedi ve yazılı olmayan hukukun erkek kardeşini gömmesini öngören yasalarına başvurmasını Aristoteles, Antigone'nin konuşmasında physis adı geçmese de, doğal olana atıf yapma olarak değerlendirmektedir. Aristoteles 'iyi ve doğru' eylemlerin niteliğinin değişik topluluklarda çeşitlilik ve farklılık arzemesini bu eylemlerin physis (doğal olan)'a göre değil, nomos (burada insan yapımı anlamında)'a göre var olduğunu gösterdiğini ileri sürmektedir.<sup>56</sup>

Aristoteles felsefesinde doğa (physis) üç alanda ilk görünümelerini vermektedir. Bunlardan birincisine göre, 'polis' doğal olarak vardır. İkincisi insanın doğası ge-

reği politik bir hayvan olduğunu söyler. Üçüncüsü ise 'polis'in doğal olarak içinde yaşayan yurttaştan önce geldiğine ilişkin ön kabuldür.<sup>57</sup>

Aristoteles'e göre nomos emir ve yasakları ile insanın yapıp etmelerini organize eden bir tür düzendir. Yasal olan insan aklının bir ürünüdür ve bu nedenle yukarıda sözünü ettiğimiz maddeye ilişkin dört nedenden doğal 'etkili neden' anlamında doğal olana aykırıdır. Fakat Aristoteles'e göre yasa, doğal 'amaçsal neden' anlamında, yani doğal insanın sonlarını desteklemek anlamında 'doğal' olabilir ve olmalıdır da.<sup>58</sup>

Aristoteles'e göre insan yapımı şeylerin aksine doğal şeyler güç ile değil, doğal olarak bütüncüdür. Buna göre, Aristoteles için doğal bir varlık olan 'polis'in güç ile bir arada tutulması doğal olmayan bir şeydir. Bir başka deyişle zorlama ya da kaba kuvvet doğal halindeki 'polis'e yabancı ve doğal olmayan bir durum yaratır. Politik bir yapıda gücün alternatifi ve onun anti-tezi olan, istek ile yerine getirilen itaatın kaynağı olan 'ikna'dır.<sup>59</sup>

55 *Ibid* s: 306

56 *Ibid* s:313

57 *Ibid* s: 313. Yeniden belirtelim ki, Aristoteles sadece Retorik adlı eserinde doğal hukuktan bahseder ve bu bahsedilişle birlikte bugüne kadar süren Aristoteles'in doğal hukukun teorik babası olup olmadığı yönündeki tartışmaları alevlendirir. Esasen doğal hukuk anlayışının teorisini ilk kez Çiçero yapmıştır. Bu anlamda ele aldığımız dönem açısından doğal hukukun nomos-physis ayrımında özellikle 'nomos'un bir anlamda içinden çıktığı physis ile karşılaştırılması ve ona benzetilmeye çalışılması Sokrates sonrası Yunan düşüncesinin önemli özelliklerinden birisi olmuştur. Bilindiği üzere, Helenistik dönem okullarından Stoacı düşünce yapısında bu öykünme çok belirgindir. Buna göre Stoacı düşünce insan isteminin doğaya uygun olması gerektiğini ve ancak bu hali ile erdemi içerisinde barındırabileceğini belirtir. Stoacı Yunan okulunun etkisinde şekillenen Roma düşüncesinin adeta 'nomos' ile 'physis'i birleştiren doğal hukuk anlayışını kavramsal olarak ortaya koyması bir tesadüf olmasa gerekir. Ancak doğal hukuk okulu temelli bu tartışma esas olarak Roma dönemini de içermek zorunda olduğundan ve bu makale ise eski Yunan toplumu ile modern kapitalist batı toplumlarının bir karşılaştırmasını içerdiğinden, stratejik bir kararla doğal hukuk anlayışının antik ve modern versiyonlarını bu çalışmada ele almadım. Kuşkusuz physis-nomos ayrımı açısından bu durum apayrı bir makalenin konusu olabilecek nitelikleri haizdir.

58 Aristoteles, *Politics*, translated by C.D.C Reeve, Hackett Publishing Company, Indianapolis, the USA s: 52a34.

59 Kelley, Donald, *The Human Measure*, s: 26. Esasen bu ayırmada kullanılan Yunanca kelimeler (*Physikon dikaion* ve *nomikon dikakion*) physis-nomos genel ayrımının özel bir kavramsallaştırılması olarak gözükmektedir.

Aristoteles'in adaletli olan ve olmayan hakkında söyledikleri de onun doğalcılığının göstergeleridir. Aristoteles politik adaleti doğal adalet (physikon dikaion) ve konvansiyonel adalet (nomikon dikaion) olarak iki ayırır. Bunlardan birincisi değişmeyen adalet olarak betimlenirken ikincisi değişebilir adalet olarak belirtilmiştir.<sup>60</sup> Ona göre sosyal ilişkinin içinde doğal olmayan hiçbir şey adaletli değildir. Aristoteles evrensel adalet ya da yasallıkla öznel adaleti ya da hakkaniyeti birbirinden ayırır ve sonucusunu dağıtıcı ve denkleştirici adalet olarak ikiye ayırır. Buna göre dağıtıcı adalet doğal adalet ile Platoncu orantısız eşitlik anlayışının bir kombinasyonundan ibarettir. Bu yaklaşıma göre adaletli bir anayasa politik gücün doğa standartlarına göre ölçülen değerle orantılı olarak dağıtıldığı bir 'polis'in anayasasıdır. Aristoteles'in Politika adlı eserinde tanımladığı bu 'polis'in doğal standardı zenginlik ya da özgürlük değil, erdemdir.<sup>61</sup> Bir başka deyişle, politik güç zenginlik ya da özgürlükten çok erdem ilkelerine göre dağıtılmalıdır. Doğru ve normal anayasa altındaki yöneticiler genel yararı amaçlayarak homonia (düzen)'ya varırlar. Yanlış ve anormal anayasa altındaki yöneticiler ise sadece kendi yararlarını amaçladıkları için statis (kargaşa) oluştururlar.<sup>62</sup>

Aristoteles'e göre eğer bir kişinin dünsel kapasitesi kendisini koruyamayacak ölçüde zayıf ise bu kimse doğa (physis) gereği köledir ve bu nedenle politik düzende köleleştirilebilir ve köle olarak kul-

lanılabilir.<sup>63</sup> Yine Aristoteles yaptığı rejim analizinde güce dayalı ve böylece doğal olana aykırı anayasaları despotik anayasalar olarak nitelendirmiştir. Böylelikle demokrasi<sup>64</sup>, oligarşi ve tiranlık gibi despotik anayasal rejimlerin altında yaşayanlar gerçek anlamda köledirler.<sup>65</sup> Anlaşılan o ki Aristoteles'in gerek ideal 'polis'inin oluşumunda (ki erdem önemli bir yer tutar) gerekse insan ve toplum anlayışında oldukça idealleştirilmiş bir physis (doğa) anlayışı ile karşı karşıyayız ve bu physis onun eserlerinde nomos (geniş anlamda yasalar ve insan yaşamını düzenleyen her türlü kural ve kaideler) için önemli ve ideal bir referans kaynağı olarak ortaya çıkmaktadır.

Aristoteles'in aksine Protagoras da gerçek üzerine olan çalışmasında 'insanı herşeyin ölçüsü' yapmak suretiyle bu alanda relativizme doğru en köklü adımlardan birisini atmıştı. Bu ilkeye göre eğer rüzgar beni üşütüyor fakat aynı rüzgar başka birisini üşütmüyorsa o zaman o rüzgar benim için soğuk fakat o başka birisi için soğuk değildir.<sup>66</sup> O taktirde tüm toplulukları ve tüm 'polis'leri kapsayan, herkese her yerde ve her zaman uygulanabilir ebedi ve genel yasalar peşinde koşmak boş bir uğraştır. Bu anlamda adalet de toplumdaki topluma değişen göreceli bir kavramdır. Protagoras'da gördüğümüz şey 'nomos' için idealleştirilmemiş bir 'physis' anlayışıdır.<sup>67</sup>

Yukarıdan beri eski Yunan düşüncesinde 'nomos' ve 'physis' hakkında söylediklerimizden aşağıdaki sonuçlar çıkartılabilir düşüncesindeyim:

60 Keyt, David; *Ancient Political Thought*, s:312.

61 *Ibid* p.: 313

62 *Ibid* s: 314 Aristoteles'in ideal 'polis'inde çiftçiler de köledirler. Ancak Aristoteles bu son kölelik durumunun physis gereği mi yoksa yasa (nomos) gereği mi olduğundan söz etmez.

63 Aristoteles'e göre demokrasi de sonuçta erdeme değil, sayısal güce dayalı siyasi bir rejimdir.

64 *Ibid* s, 314

65 *Ibid* s: 306

66 Bu noktada yine belirtmek gerekir ki; Protagoras gibi relativist sofistler dahil eski Yunan düşüncesinde mitolojik dönemden bu yana değişmeyen düşünce yapısına göre physis'in düzeni ilahi-manevi ve etiksel bir düzendir. Aslolan onun içerisinde şeylerin yerini ve anlamını tespit etmektir.

67 <http://plato.stanford.edu/entries/episteme-technel/>. 22 Şubat 2011.

Antik Yunan düşüncesindeki Hukuk (nomos) ve Bilim (episteme ve physis) mitolojik, kozmolojik ve antropomorfik dönemlerde ele alınarak incelenmesi gereken ve Yunan toplumunun kendi toplumlarına ve doğaya bakışlarını en temelden anlamamızı sağlayacak sosyolojik ideal tiplerdir.

'Nomos'un kavramlaştırıldıktan sonra bir kavram olarak 'physis'in dışında (karşıtı-antitezi olarak değil) görülmeye başlanması yaklaşık olarak M.Ö. V. yüzyılda olup, bu Yunan düşüncesinin insana yöneldiği döneme tekabül etmektedir. Bundan önceki dönem esasen Yunan düşüncesinde 'nomos'un aşamalı olarak 'physis'ten ayrılarak V. yüzyılda bağımsızlığını kazanacağı bir sürece tekabül etmektedir. Bunun yanında, Yunan düşüncesinde 'nomos'un insanın düzen sağlamaya yönelik tüm gelenek, görenek ve yapıp etmelerini içeren genişlikteki anlamı, zaman içerisinde daha çok hukukun sözlü ve yazılı anlatımını içeren daha dar, ama net bir çerçeveye oturmaktadır.

Yunan düşüncesindeki doğa (physis) bugün nesnel toplama olarak gördüğümüz doğadan daha başka bir şey olarak görülmüştür. Bu anlamda doğada yer alan şeylerin ne oldukları ve gelişme esaslarını anlamaktan çok onların evrendeki yerleri, işlevleri ve anlamlarını içeren bir bakış açısı 'physis'e ilişkin düşüncede esas olmuş ve bu anlamda Yunan düşüncesi, maneviyet ve ilahi niteliğini hep korumuştur. Nomos sözcüğü de mitolojik dönemdeki dinsel ve manevi anlamlarını sonraki dönemlerde de büyük ölçüde muhafaza etmiştir.

Modern felsefeye ve hukuki düşünceye de büyük etkileri olan Platon ve Aristoteles'in düşüncesinde physis, evrensel nitelikte bir nomos için öykünülmesi gereken ideal bir başvuru kaynağı olarak görülmüştür.

Şimdi modern zamanlarda yaşanan gelişmeleri daha yakından inceleyebiliriz:

### **Episteme'den Modern Bilime; Antik Physis'ten Modern Doğaya**

Bilim sözcüğü ilk kullanıldığı tarihten bu yana en köklü etimolojik evrime uğramış sözcüklerden birisidir. Esasen Türkçe'ye bilim olarak çevrilen, İngilizce ve Fransızca'da 'science' olarak kullanılan kelimenin etimolojik kökeni Avrupa Ortaçağına kadar gitmekte olup Latince 'scientia' kelimesine dayanmaktadır. Gerek 'scientia' gerekse 'science' kelimeleri Yunanca 'episteme' kelimesini tercüme etmek için kullanılmıştır. Antik dönemde Yunanca 'episteme' kelimesi, özellikle Aristoteles'te, güçlü bir felsefi kullanımı ifade etmiş ve modern zamanlardaki 'science'ın tek tek olgulardan genellemele-re giden tümevarımsal değil, genellemelerden tek tek olgulara giden tümdengelsel ve mantıksal olarak inşa edilen, kullanılabilir ve öğretilebilir bir güvenilir bilgi türü olarak düşünülmüştür. Diğer bir deyişle, 'bilim (science)' kelimesinin modern kullanımı içinde deney (experiment)'i de barındırırken, antik Yunan'da 'episteme' deneyi içermemektedir.<sup>68</sup>

Bilim kelimesi günümüzde giderek daha çok spesifik ve sınırlı bir kullanıma

68 Yukarıda da belirttiğim gibi; episteme'nin bir bilme türü olarak o bilgiye ilişkin yapma (techne)'yi de içerdiği antik Yunan'daki kullanımında (Xenophon, Sokrates, Platon) açıkça görülmektedir. Hatta episteme ve techne kelimeleri birbirlerinin yerine de kullanılmıştır. Episteme- techne ayırımını ilk kez Aristoteles'te (Nikomas'a Etik, VI. Kitap) görmekteyiz. Ancak bu ayırım antik Yunan felsefesindeki düşünsel bir dönüşüme tekabül etmemektedir. Nitekim Aristoteles eserlerinin birçok bölümünde episteme ve techne'yi kendisinden öncekiler gibi bir bütünlük içerisinde kullanmıştır. Modern zamanlarda ise dönemin hakim paradigmasını oluşturan dualist Kartezyen düşüncedeki teori-pratik ayırımı, bilim (science) ve teknoloji (technology)'nin net ayırımında görüyoruz. Modern kullanımda bilim pratik değil, teorik bir biçime bürünmüş, teknoloji ise o teorinin pratiğe dönüşümü olarak anlaşılmıştır.

ulaşmıştır. İlk bölümde de belirttiğimiz gibi 'episteme' kelimesi, eski Yunan'da (hatta bir ölçüde Ortaçağ Hıristiyan dünyasının kullanımında) genel anlamda herhangi bir şeye ilişkin bilme durumu ya da gerçekliği anlamlarında kullanılırken, bu kullanım zaman içerisinde yok olmuş ve modern zamanlarda bilim doğanın-ki bu artık antik dönemdeki physis değildir- belli kısımlarına ilişkin çok spesifik bir öğrenme biçimi şeklini almıştır.<sup>69</sup> Özellikle XIX. yüzyıldaki pozitivist gelişmelerden sonra bugün bilim özellikle üniversite eğitiminde felsefeyi de içeren sanatın (arts) karşısında konuşlandırılmıştır.<sup>70</sup>

Günümüzde modern bilim olarak adlandırdığımız şey XVI. ve XVII. yüzyıllarda eski Yunan ve Hıristiyan düşüncesine karşı geliştirilmiş teorik bir duruş ve doğayı kavrayış biçimidir. Modern bilim-

sel düşüncenin başlangıcı Polonyalı keşiş Kopernik'in evrene ilişkin olarak yaptığı geleneksel dünya merkezli evren anlayışından merkezinde güneş olan ve gezegenlerin onun etrafında dairesel bir ekseninde döndükleri bir evren anlayışına geçiş olarak gösterilmektedir. Aslında geleneksel bilimsel yaklaşımlara en köklü karşı çıkışı, bilimin farklı bir amaca yönelmesi ve farklı bir yöntem kullanması gerektiğini eserleriyle vurgulayan İtalyan gökbilimci, fizikçi ve matematikçi Galileo Galilei'de görüyoruz.<sup>71</sup> Galileo hıristiyan teolojisinin gök cisimlerini kutsal bir hiyerarşiye oturtan ve onların mükemmel olduklarını iddia eden bakış açısına karşı çıkmış ve aslında gökyüzünde sanıldığı gibi mükemmel ve kusursuz bir düzen olmadığını iddia etmiştir. Örneğin, ayın düzensiz yüzeyi, kuyruklu yıldızlar ve güneş noktaları gibi astronomik gerçeklikler ile deneysel gözlemler

69 R.G. Colingwood, *Galileo'nun doğayı tanrının matematiksel bir dille yazdığı bir kitaba benzetmesinden yola çıkarak Galileo'nun antik Yunan'daki Pythagorasçı ve Platoncu bakış açısını yeniden dile getirdiğini öne sürmektedir. Oysaki söylenenler benzer gibi gözüke de Galileo içinde yaşadığı dünyayı her türlü mistik bakıştan, maneviyattan ve tanrısalıktan uzak bir bakış açısıyla ele almıştır. Bu doğa artık Pythagoras'ın ve Platon'un 'physis' olarak kendi maneviyatı içinde düşündükleri bir doğa değildi. Çünkü onların sayılara ve matematiğe bakışı Galileo ile aynı değildi. Örneğin; Pythagoras için sayıların mistik bir karakteri vardı ve belli sayılar doğada ve çevremizde var olan belli fenomenlerle ilişki içerisindeydi. Galileo için ise sayılar doğayı okumamızı sağlayan araçlardı. Hiçbir maneviyatı ya da mistisizmi içinde barındırmayan doğa bir nesnelere toplumu idi. Bu bakış modern zamanlarda M.Weber'in deyimleriyle doğanın büyüünün bozulması ((disenchantment) sürecinin başlangıcını teşkil etmektedir diyebiliriz. Colingwood modern doğa görüşüne geçişi Hegel ile birlikte başlatmaktadır: Hegel'in Kant'tan ayrılarak şeylerin özünün bilinebileceğini ileri sürmesi, doğayı ruhun kaynağı olarak yeğleyen maddeci görüşü yeğlemesi ve Kant'ın aksine fiziksel evrenin kurgusal değil gerçek olduğunu ileri sürmesi modern doğa görüşünü kuşkusuz etkilemiştir. Bunun dışında, Colingwood'un belirttiği gibi, XIX. yüzyılda Bergson'da doruğa ulaşan evrimci dirimibilimsel anlayışın modern zamanlardaki pozitif bilim yaklaşımı da vardır. Ancak bu Colingwood'un yaptığı gibi modern zamanlardaki doğa yaklaşımını Rönesansçı ve Modern doğa görüşleri olarak ikiye ayırmamızı da gerektirmez. Colingwood'un da belirttiği gibi Rönesans dönemi de dahil, modern zamanlarda 'doğa'ya bakışta gerçekleşen temel dönüşüm ruhun 'doğa'dan kovulması ve 'doğa'nın bir ölü nesnelere haline gelmesidir. Bununla birlikte, modern zamanların ilerleyen dönemlerinde yaşanan başka bir dönüşüm 'doğa'ya modernitenin temel yaklaşımlarından birisi olan 'ilerleme' kriteri ile bakılmasıdır. 'Doğa'da olanlar ya da yaşananlar döngüsel değil, ilerleyicidir ve bu da XIX. yüzyılda karşımıza evrim olarak çıkmaktadır. Bu konudaki ayrıntılı tartışma için bkz. R.G.Colingwood, *Doğa Tasarımı*, çev. Kurtuluş Dinçer, İmge Kitabevi, İstanbul, 1999.*

70 Ortaçağda Hıristiyan teolojisi, eski Yunan düşüncesinde görülen Varlığın Büyük Zinciri (*The Great Chain of Being*) düşüncesiyle var olan şeyleri birbirine bağlayan ve özellikle Aristoteles'te görülen yaşamdaki herşeyi gittikçe yükselen hiyerarşik bir düzene oturtan Yaşam Merdiveni (*The Ladder of Life*) anlayışına uygun olarak yerin en alta konduğu ve gök cisimlerini mükemmel işleyen tanrısal bir hiyerarşik düzenin parçaları olarak gören bir kozmos fikrine sahipti.

71 Russell, *ibid* s: 525



geleneksel ‘Varlığın Büyük Zinciri’ yaklaşımına uymuyordu.<sup>72</sup> Yeni çağın bilim adamları gözlemlere, duyusal algılara, ve deneylere öncelik veriyor, teorilerini buna göre oluşturuyor ve o teorileri de deneysel gözlemlerin testine tabi tutuyorlardı.

Bertrand Russell’a göre modern dünyayı ondan önceki yüzyıllardan ayıran hemen her şey bilime atfedilebilir. Russell haklı olarak XVII. yüzyılda başlayan bu süreçte bilim tarafından ortaya konulan kavramların felsefeyi de temelden etkilediğini belirtmektedir. Nitekim modern felsefenin kurucusu sayılan Descartes, XVII. yüzyılda ortaya konan bilim anlayışının yaratıcılarından birisi sayılmaktadır.<sup>73</sup>Eski Yunan düşüncesi doğasal araştırmaları etik yaklaşımlara ikincil kılmıştı. Bilimin ve esasen tüm yaşamın amacı dünyanın verili gerçeğini kabul etmek, onaylamak ve kutsamaktı. Aslıolan bu düzen içerisinde var olan şeylerin yerini ve anlamını kavramaktı. Bu uğraş ise, yine yukarıda belirttiğimiz üzere, temelde etik ve manevi bir uğraştı. Yeni bilimsel bakış, kendi bakışınca var olan gerçekliğe hiçbir şey eklemeyen ve onu kutsayan bu anlayışa karşı çıkmıştır. Francis Bacon’a göre doğal şeylerin nedenini açıklarken onlara Tanrının tüm evrene ilişkin var olan planına yönelik olarak birtakım esaslı unsurlar atfetmenin hiçbir pratik değeri yoktu. Francis Bacon, Fransız meslektaşını düşünür Descartes gibi herşeyden önce pratik bir bilimin varlığını elzem görüyordu. Ona göre bilmek esasen yapabilmektir. Modern teknolojinin ortaya çıkmasını sağlayan bu bakış esasen insan-

lara doğa üstünde daha büyük bir güç verecek ve Descartes’in deyimiyle insanın varlığının rahatlamasına yol açacaktı.<sup>74</sup> Öte yandan, Aristotelesçi terminoloji ile konuşursak yeni bilim anlayışı şeylerin nedenlerine ilişkin olarak ‘amaçsal neden’ değil, süreçlere ilişkin olarak ‘etkili neden’ üzerinde duruyordu. Esasen ‘neden-sonuç’ ilişkisini öne alan bu yaklaşım olguların neden maddenin öyle davranmasına yol açtığı sorusunu bilimsel araştırmaların merkezine koyuyordu. Bu bakışın beklenen sonucu doğanın mekanik bir modellemesiydi. Doğa bir saat gibi görülmeliydi ve bilim adamları bu saatin nasıl çalıştığını anlamak için onun iç mekanizmasının çalışma esaslarını ya da yasalarını ortaya koymalıydılar. Bu bakış açısında manevi-etiksel bir yön yoktu ve olamazdı. Doğa artık içinde tanrıların dolaştığı veya Tanrı ya da tanrıların müdahale ettiği, ruhu olan ve yaşayan bir şey değil, esasen metafizik anlamda ölü bir nesne idi. Bu bakış Kartezyen felsefenin akıl-beden ve özne-nesne ayrımlarına bire bir uyan bir bakıştı. İnsan merak içerisinde doğayı inceleyen, onu anlamaya çalışan ama ondan ayrı olan bir özne, doğa ise kendine özgü yasaları olan, keşfedilmeyi bekleyen ve ancak merak içerisinde yapılan bilimsel çalışmalarla yapısı çözülebilecek bir nesnelere toplama idi. Bu nesnelere doğası ya da yasaları keşfedildikçe doğa (nature) da hakimiyet altına alınabilecek ve ona, insan yapımı diğer şeylerde olduğu gibi, bir düzen verilebilecekti. Ama bu düzen artık doğanın kendi düzeni değil, insanın doğaya verdiği düzen olacaktı. Bir

72 *Burası, modern bilimin ortaya çıkışında saf anlamda bilme ya da bilmek için bilmenin ötesine geçen ve doğayı hakimiyet altına almaya çalışan ideolojik bakışın çıkış noktalarından birisi olarak görülebilir.*

73 *Kuşkusuz bu süreci başlatan bilim adamları ve felsefecilerin yol açtıkları değişimin ne kadar köklü olduğunu ve belirttiğimiz teorik ve pratik sonuçlara yol açacağını en azından bu ölçülerde düşündüklerini ileri sürmek gerçekçi olmaz. Onlar bir yerlerde tıkanma olduğunu farkındaydılar ve bunu aşmak istiyorlardı. Ama ortaya koydukları bilimsel ve felsefi yaklaşımlar ünlü bilim felsefeci Thomas Kuhn’un deyimiyle bir paradigma değişimine tekabül ediyordu. Bu konuda bkz., Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.*

74 *Descartes ile başlayan modern felsefe de bu Kartezyen ayrıma dayanmaktadır.*

başka deyişle, doğanın vahşi düzeni yerine insana ve onun hedeflerine hizmet eden ve bu anlamda araçsallaşmış ve ehlileştirilmiş olan doğa, artık antik düzende Physis olarak nitelenen şeyden başka bir şeydi. Herşeyden önce o varlıklar ve yaşamlardan oluşan manevi bir birlik ve düzen değil, şeyler ve nesnelere oluşan bir kümeler bütünüydü.<sup>75</sup>Nesneleşmiş bu doğayı anlamaya çalışan ise özne olan insandı.<sup>76</sup> İngiliz fizikçi Newton'a göre bütün evren sonsuz bir şekilde belirlenmiş matematik ilkelere göre düzenlenmişti ve hareket ediyordu.

<sup>77</sup> Ayrıca bu dönem nitelikten çok niceliğin, yani sayıların ve matematiğin önem kazandığı bir döneme işaret etmektedir. Yalnızca Galileo'nun değil, çok sonraları Einstein'ın da doğanın matematik ilkelerle okunabileceğini düşünmüş olmaları bir tesadüf değildir. Esasen Isaac Newton'un kitabının adı da bildiğimiz üzere Doğa Felsefesinin Matematik İlkeleri'dir. Modern zamanlarda matematiğin önem kazanmasının bir diğer sonucu da ölçmenin bir değer olarak yaşamımıza girmesidir. Artık adeta nicelleştirilemeyen, sayılara indirgenemeyen, ölçülemeyen şeylerin bilimsel bir değeri kalmamıştır.

Esasen bu bakış doğa dahil dünyanın spesifik bir rasyonelleştirilmesinden başka birşey değildi. Burada üzerinde durulması gereken husus antik Yunan'da Platon ve Aristoteles gibi filozofların, hatta ondan

önceki doğa filozoflarının yaptığının da dünyanın spesifik bir rasyonelleştirilmesi olduğudur. Ancak antik Yunan'daki rasyonelleştirme çabasında dünya bir olgular yığını olarak görülmedi. Olgular üstü ve olgu dışı birtakım ilke ve nedenler, kutsal güçler vs. bizatihi dünyanın içerisinde düşünüldü. Sırf bu nedenle mitolojik düşünce sonrası Yunan rasyonelleşmesi manevi bir düzen kurmuştu. Bu dünya aslında duyularımıza, ideallerimize ya da dinsel inançlarımıza göre oluşmuş bir kozmos, bir büyük dünyasıydı.

Modern zamanlarda Aristotelesçi anlamda 'etkili neden'e vurgu yapıp süreçler üzerinde duran, doğayı mekanik ve matematik ilkelere göre açıklamaya çalışan ve gözlem ve deneye dayanan yeni bakış ise son üçyüzyıl içerisinde doğa üzerinde insanın kesin hakimiyetini sağlayacak süreci de hızlandırmıştır. Bu bağlamda yeni bilim moral-manevi ilkeler altında değil, güç-iktidar ilkesi<sup>78</sup> altında kendisine yön bulmuştur ve bulmaktadır. Sona yönelik amaçsal nedenin inkarı ile etkili neden üzerinde yoğunlaşma batıda bilimini manevi/ahlaki değerlerden ayırmış, kimilerine göre bu değerlerden kurtarmıştır.<sup>79</sup> M. Weber modern zamanlardaki rasyonelleştirmenin dünyayı eski anlam düzeninden koparttığını, büyü-sünü ortadan kaldırdığını (disenchantment) belirtmektedir. Bu dünya Weber'e göre artık büyüü yitmiş bir dünyadır.<sup>80</sup>

75 *Ama tüm bunların ardında yine bir yaratıcı gücün olduğunu öne süren bir 'tasarım argümanı' da modern çağlar boyunca hep varolagelmştir. Fakat D. Hume ve I. Kant gibi filozoflar yarattığı maddi şeylere bakarak tanrısal bir güce ulaşmanın bir mantıksal yanlışlık olduğunu, tanrısal olmayan şeylerden Tanrının varlığına ulaşamayacağını ileri sürmüşlerdir. Eğer Tanrı yarattığı şeylerden radikal olarak farklı ise yaratılan şey üzerinden mantıksal olarak tanrıya ulaşmak mümkün olmayacaktı. Esasen Darwin'in teorilerinin temelini oluşturan doğal seleksiyon kuramı bir tasarımcının olmadığını belirtiyor, tesadüfleri öne çıkartıyor ve Tanrısal tasarıma değil, yaşamda kalma mücadelesine vurgu yapıyordu.*

76 *Burada güç-iktidar kavramını hem politik iktidarı içeren makro iktidar, hem de Foucaultçu anlamda yaşamın her alanında görebileceğimiz mikro iktidar ilişkileri olarak anlamak gereklidir düşüncesindeyim.*

77 Johnson, Ian; *ibid* s.3

78 *Özlem, Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji*, s: 68

79 Kelley, Donald R.; *The Human Measure Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1990, s:12.

### Modern Zamanlarda Hukuk-Bilim İlişkisi

Donald R. Kelley'e göre eğer doğa kitabı Galileo'nun düşündüğü gibi matematik dilinde yazıldı ise insan doğasının sosyal biçiminin kitabı da, en pratik durumlarda, hukukun dili tarafından yazılmıştır.<sup>81</sup> Antik Yunan'daki 'nomos' kavramına modern zamanlarda en yakın kavram Gustav Hugo ve John Austin tarafından Ortaçağ hukukundan alınan 'pozitif hukuk' kavramıdır.<sup>82</sup>

Günümüzde var olan hukuk-bilim ilişkisini yetkinlikle anlayabilmek için modern zamanlarda gerçekleşen felsefi dönüşüme de kısaca göz atmamız gerekmektedir. Modern zamanların kurucu felsefesi Descartes ile başlayan Kartezyen felsefedir. Gerek Sokrates öncesi ve gerekse Sokrates sonrası düşünürler aklın bedene ait olduğunu ve onunla birlik içinde yaşadığını düşünmüşlerdi.<sup>83</sup> Yine R.G. Colingwood'a göre Yunan doğa düşüncesini Rönesans doğa düşüncesinden ayıran şey Yunanlıların doğadaki düzenliliğin (kozmos) kaynağının doğanın kendi aklı olduğunu düşünmeleri olmuştur. Rönesans düşüncesinde ise akıl -esasen Ortaçağda kazandığı- aşkın (transandantal) niteliği ile öne çıkmış ve doğanın dışında bir yaratan akıl olarak düşünülmüştür.<sup>84</sup> Kuşkusuz modernitenin ilerleyen aşamalarında

bu üst akıl insan merkezli bir bakışta insan tarafından kullanılan akıl olacak ve bu akıl doğayı düzenleyen (bir anlamda yeniden yaratan da diyebiliriz) ve insanın hizmetine sokan akıl haline gelecektir. Nitekim Colingwood antik Yunan'daki Sokrates'in yerine yeni çağda (ki bunu modern zamanlar olarak da okuyabiliriz) Berkeley'i koymakta ve yeni çağda sorunun aklın özü bakımından kendisinden farklı bir işleyişe sahip, zihinsel değil mekanik olan doğayla nasıl bir bağ kurabileceği sorunu olduğunu belirtmektedir. Berkeley, Hume, Kant ve Hegel'i uğraştıran temel sorun budur. Verilen yanıt ise aşağı yukarı aynıdır: akıl doğayı kurar.<sup>85</sup>

Gerçekten de modern zamanların hakim felsefesi olan Kartezyen felsefe antik zamanların aksine doğaya ve insanlara bütüncül değil, dualist bir bakış ile bakar.<sup>86</sup> Bu anlamda özne nesneden, akıl bedenden, teori pratikten, somut soyuttan, ideal olan gerçeklikten ve doğa kültürden kesin çizgilerle ayrılmıştır. Felsefi alandaki bu dualizmin yanında, yukarıda da vurguladığımız gibi, doğa bilimlerinin ve ona bağlı olarak gözleme ve deneye dayalı bilginin epistemolojik olarak öne geçtiği ve aynı süreçte yöntemsel açıdan tümevarım yönteminin ağırlık kazandığı bir süreçtir bu.

80 *İbid s: 10. Burada elbette Nomos ile ilişkin kıldığımız pozitif hukuk kavramı yazılı hukuku, legal pozitivism ise hukuka ilişkin felsefi bir yaklaşımı göstermektedir.*

81 Nitekim eski Yunan düşüncesinde kullanılan 'psyche' kelimesi yaşam, akıl, nefes ve ruhun birleşimine verilen bir addır. Burada bedeni ayrıca belirtmeye gerek yoktur, çünkü o akıldan ayrı düşünülmemiştir.

82 Colingwood, *ibid*, s: 24..

83 Colingwood. *ibid*, s: 16.

84 Kuşkusuz modern zamanlarda Spinoza ve Hegel gibi Kartezyen dualizme karşı çıkan monistlerle, Roman-tiklerin ve Schopenhaur, Nietzsche, Heidegger gibi birçok düşünürün Kartezyen düşüncenin merkezindeki 'akla' yönelik şiddetli eleştirilerini de görmekteyiz. Ancak modern zamanların bilimsel düşünceye hakim olan felsefi paradigması günümüze değin Kartezyen düşünce olmaya devam etmiştir.

85 Santos *ibid s: 14. Yine vurgulamakta yarar var ki; belirttiğimiz eğilim modern zamanların hakim felsefi ve bilimsel eğilimi olmuştur. Bu anlamda, örneğin Hegel Naturphilosophie' de eski Yunan düşüncesinin de etkisiyle anti-mekanikçi ve organikçi bir tutum takınmıştır. Benzer tutumları Hegel sonrası düşüncede de görmekteyiz.*

86 *İbid s: 15*

Modern zamanlarda bilmek demek öncelikle rakamlarla ifade edebilmek, sonra parçalara ayırabilmek, sonra klasifike edebilmek ve ardından da parçalar arasında sistematik bir ilişki tesis edebilmek demektir. Nitekim Descartes'a göre (modern) metodun en temel ilkelerinden birisi zor bütünleri olabildiğince parçalara ayırmaktır. Bu anlamda, bilimsel bilgi formal nedene öncelik tanıyarak bir anlamda mekanist belirlemeciliğin önünü açtı ve bilme; faydacı, fonksiyonel bir hal alarak gerçekliği anlamaktan çok onu kontrol etme ve dönüştürme kapasitesi olarak görülmeye başlandı.<sup>87</sup> Bu bağlamda, Newton'un kozmik düzene ilişkin kompleks yapıyı basit yasalarla ifade etmesi modern bilimin düşünce sistematikliğini modern zamanların hegemonik rasyonalitesi haline getirmekle kalmadı, sonraki gelişmeler bu rasyonaliteyi toplum bilimleri alanında da hakim kıldı. Bir başka deyişle Kartezyen rasyonalite ve Bakoncu ampirisizm XIX. yy'da pozitivizme dönüştü. Bilimsel pozitivizm için de yalnızca iki tür bilimsel bilgi vardı: mantık ve matematik ile doğal bilimlerin mekanist modelini takip eden ampirik bilimler. Sosyal bilimler bunun dışında kalmadı.<sup>88</sup> Nitekim sosyal bilimler alanında ilk ortaya çıkan bilim dallarından sosyoloji tamamiyle bu ilkeler üzerine kuruldu. Onu takip eden ekonomi, antropoloji ve sonrasında siyaset bilimi de bu pozitivist etkinin dışında kalamadı.

Modern zamanlarla modern öncesi zamanlar arasındaki önemli bir fark da modern zamanlarda etiğin rasyonelleştirilmesi ve geleneksel ahlaki değer ve erdemlerin içeriğinin bu rasyonalite tarafından test edilmesidir. Bu süreç özellikle Kant'ın felsefesiyle birlikte ivme kazanan ve etik

değer yaratma gücünün tanrıdan alınıp insana verildiği bir düşünsel sekülerleşme dönemiyle birlikte düşünülmelidir.

İşte hukuk tüm bu süreçlerden ve etkileşimlerden bağımsız olamazdı ve olmadı da. Batı düşüncesi ve hukuk geleneğinde antik zamanlardan (Yunan ve Roma dönemi dahil) bu yana retoriğe verilen önemin bilimsel-teknolojik rasyonalitenin hegemonik bir karakter kazandığı ve pozitivizmin egemen olduğu modern zamanlarda ortadan kalkması bunun güzel bir örneğini teşkil etmektedir. Hukuk her zaman-özellikle antik zamanlarda- retoriğin önemli alanlarından birisi oldu. Roma hukukunda da retorik üzerinden yapılan hukuksal tartışmalar önemli bir yer tutuyordu. XIX. yüzyıldaki kodifikasyon hareketi ve ona eşlik eden legal pozitivizm legal bilim lehine legal retoriği reddetti.<sup>89</sup>

XIX. yüzyılda hukuktaki pozitivizm ekonomik faydacılık, mekanik monizm ve sosyal Darwinizm gibi akımlardan da etkilendi. Yine doğal bilimlerin uygulamada gösterdiği başarı bunların araştırma yöntemlerinin sosyal bilimlere de uygulanmak suretiyle sosyal davranışın, hatta fiziksel alanın, sosyal teknik ve stratejilerle kontrol edilebileceği inancını doğurmuştur.<sup>90</sup> Bu inancın varlığının modern zamanların en önemli normatif etkinliği olan 'pozitif hukuk yaratma' etkinliğince göz ardı edilmesi düşünülemezdi. Esasen doğal bilimlerin doğaya egemen olma amaçları, aynı metodolojiyi benimseyen sosyoloji gibi yeni sosyal bilim alanlarında da toplumu tanıyarak dönüştürme, yeni bir toplum yaratma gibi modernist inanç ve ideolojileri besledi. Santos'un haklı olarak vurguladığı gibi bir norm olarak hukuk aynı zamanda

<sup>87</sup> *Ibid* s: 39.

<sup>88</sup> Wieacker, Franz, *A History of Private Law in Europe*, translated by Tony Weir, Oxford University Press Oxford, UK, 2000. s: 19.

<sup>89</sup> *Ibid* s: 4-5

<sup>90</sup> *İşıktaş, Yasemin; Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010 s: 349.*

bilim olarak hukuk olmalıdır yönündeki düşünce çağdaş sosyal teoride de önemli bir geleneğe sahiptir. Montesquieu'dan Saint Simon'a Bentham'dan Comte'a, Beccario'dan Lombroso'ya kadar XVIII. ve XIX. yüzyılın sosyal düşüncesinde hukukun buyruklarının sosyal davranışa ilişkin bilimsel bulguların uygulayıcısı olması ve bu yolla bilim temelli sosyal bir düzen yaratılması görüşü çok önemli bir yere sahip olmuştur.<sup>91</sup> Kuşkusuz topluma şekil ve yön vermede kullanılabilir en etkin normatif araç hukuktur. Bir anlamda pozitif hukuk, ideolojik-politik bir amacın tekniği olarak kullanılabilir etkin bir normatif araç olarak görülmüştür. Hukukun bilimleşmesi ve doğa bilimlerinin neden sonuç ilişkilerine dayalı araçsal rasyonalitenin hukukta egemen olması böylesi bir sürecin ayrılmaz bir parçası olarak görülmelidir düşüncesindeyim. Hukuk normunu belirli bir davranışın gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi konusunda zorlayıcı bir tasarruf olarak görüp, hukuku temel olarak güç, zorlama ve yaptırım çerçevesinde ele alan hukuksal pozitivist yaklaşımları (Bentham, Austin ve Kelsen)<sup>92</sup>hukuka ilişkin hakim bakışın anlattığım tarihsel süreçten nasıl etkilendiğini bizlere açık bir şekilde gösteren örnekler olarak değerlendiriyorum. Kanaatimce XIX. yüzyıldan iti-

baren hukukta etkin olan ve hukuku metafiziksel unsurlardan temizlemeye çalışan, hukuk ile ahlakı kesin çizgilerle ayıran bu pozitivist yaklaşımların hukuku neredeyse bir tekniğe<sup>93</sup> indiren anlayışlarına en güzel örneklerden birisi de hukuku 'egemen gücün emri' olarak gören (J.Austin) bakıştır.<sup>94</sup>

Sonuç olarak; bugün modernite bize son derece zengin ve karmaşık bir paradigma sunmakta. Santos'un deyimiyile bu paradigma iki temel sütun üzerinde durmaktadır. Bu sütunlardan birisi 'düzenleme' (regulation), diğeri de 'kurtuluş (emancipation) sütunudur. 'Düzenleme' sütunu Devlet ilkesi (ki modern zamanlarda Hobbes tarafından yetkin bir biçimde formüle edilmiştir), Pazar ilkesi (Locke ve Adam Smith) ve Topluluk ilkesi (Rousseau'nun sosyal ve politik teorisi) tarafından oluşturulmuştur.<sup>95</sup>

'Kurtuluş ilkesi' Max Weber tarafından yetkin bir şekilde ortaya konduğu üzere üç tür rasyonel mantık tarafından inşa edilmiştir. Sanat ve edebiyatın estetik-mana rasyonalitesi, bilim ve teknolojinin yukarıda sözünü ettiğimiz kavramsal-araçsal rasyonalitesi ve etik ve hukukun moral-pratik rasyonalitesi.<sup>96</sup>İşte modernite paradigması Kurtuluş ilkesi ile Düzenleme ilkesinin düzenli ve karşılıklı gelişimini ve bu geli-

91 *Kimi zaman bir (sosyal) bilimsel disiplin olarak görülen hukuk teorisinin pozitif hukuka olan yansımaları karşımıza ceza hukukundan çevre hukukuna ve fikri ve sınai mülkiyet hukukundan idare hukukuna kadar salt bir 'teknik' olarak hukukun çok değişik görünümlerini çıkarmaktadır. Kuşkusuz bu görünümlere ilişkin inceleme ayrı bir yazının konusudur.*

92 *Esasen hukukun bilim olup olmadığı tartışması Kıta Avrupası'nın Roma-Germen hukuk geleneğine özgü bir tartışma olsa da, Anglo-Sakson hukuk geleneğinde de gördüğümüz hukuku tamamen moral alandan ayırmaya ve metafizik unsurlardan temizlemeye çalışan hukuksal pozitivist yaklaşımlarda bulunan neden-sonuç ilişkilerine dayalı kavramsal-araçsal rasyonalitenin hakim pozisyonu göz önünde bulundurulduğunda, modern zamanlardaki hakim bilimsel rasyonalitenin bu ikinci gelenekte de egemen olduğu görülecektir.*

93 Santos, *De Soussa Boaventura, Toward a New Common Sense; Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, NY, 1995. s: 2

94 *Ibid* s: 2

95 *Ibid* s: 2

96 *Esasen F. Bacon Novum Organum adlı eserinde modern zamanların başlangıcında bilimin insanlığı doğanın hakimi ve sahibi yapacağı yönündeki öngörüsü gerçekleşmiş, bilim sadece doğanın hakimiyeti için değil, içinde yaşadığımız topluma hakim ve sahip olma yolunda da kullanılan bir enstrüman haline gelmiştir. İşte hukuk bu büyük projenin dışında kalamamış, ona tabi olmaktan kurtulamamıştır.*

şimin bireysel ve toplumsal yaşamın tam rasyonel hale getirilmesi amacına hizmet etmesini hedeflemektedir. Bu bakışa göre, bu iki sütunun birbirine bağlılığı potansiyel olarak birbiriyile bağdaşmaz gözükün adalet, otonomi, dayanışma, kimlik, eşitlik ve özgürlük gibi değerlerin harmonizasyonunu da mümkün kılacaktır.<sup>97</sup>

Fakat M. Weber'in de haklı olarak tespit ettiği gibi, modern zamanlarda yaşanan şey bilimin üretim için bir güç haline dönüştürülmesi ve bilimsel kriterler olan etkililik ve etkinlik ile kapitalist üretim ilişkilerinden doğan karlılık ve verimlilik değerlerinin hegemonik hale gelmesi ve zaman içerisinde diğer kurtuluş alanlarına ait rasyonaliteleri bertaraf ederek bu alanlarda da etkinleşmesidir.<sup>98</sup> Örneğin, bilimsel teknolojik rasyonalite hukuk alanını işgal edip o alanda hakim olmaya başlamış, Alman Pandeikt hareketi, 1804 tarihli Napolyon Medeni Kanun Kodifikasyonu ve Kelsen'in saf hukuk teorisi toplumun bilimsel yönetimi için gerekli olan unsurları içinde taşıdıkları için övülmüşlerdir. Bir başka deyişle, hukuka ilişkin moral-pratik akıl, bilimin alanına ilişkin kavramsal-araşsal akla teslim olmak ya da onunla eşdeğer bir nitelik kazanmak zorunda kalmıştır. Santos'a göre olan şudur: modernite projesi sadece bilim ile gerçekleştirilemeyeceği için modern hukukun ikincil düzeyde ama merkezde yer alan katılımı sağlanmıştır. Bu yolla toplumun

bilimsel yönetimi de garanti altına alınmış olacaktır. Kanımca bilimle hukuk arasında bilimin önderliğinde ve gözetiminde gerçekleşen bu işbirliği modern zamanların en içkin özelliklerinden birisidir.

### Sonuç

Bu makalede evrenselci-genelci ve tümelci bir yaklaşımdan kaçınarak, her tarihsel dönemin tekilliği, tekliliği ve öznelliğini göz önünde bulunduracak bir yaklaşımla 'hukuk' ve 'bilim'in antik Yunan ve modern batı toplumlarındaki görünümünü, M. Weber'in ideal tip yaklaşımını kullanarak, ele almaya çalıştım. Eski Yunan'da doğaya yönelik bilme etkinliği (episteme) eski Yunan'ın doğayı anlama ve anlamlandırma (kültürel) etkinliğinin dışında düşünülemeyecek bir şeydir. Bu sadece eski Yunan için değil tüm toplumlar için böyledir. Nitekim modern zamanlardaki pozitif bilim etkinliği de modern doğa (nature) anlayışından ayrı düşünülemez. Bu nedenle günümüz bilimine karşılık gelen eski Yunan'daki episteme fenomenini yine eski Yunan'daki doğa (physis) kavramı ile birlikte ele aldım. Makalede bu noktadan hareketle her toplumda, benzer ve birbirine yakın ama, yine de kendi tekilliğinde gerçekleşen doğayı bilme ve tanımaya yönelik 'bilimsel', yazılı ya da yazılı olmayan normlar ortaya koyma anlamında da 'hukuksal' bir etkinlik vardır diyerek 'hukuk' ve 'bilim'i Weberci sosyolojik ideal tipler olarak nitelendirdim. Antik Yunan toplu-

97 *Ibid s: 3 Aynı şey sanatta yaşanmış ve örneğin, sanatta XX. yüzyılın başındaki Futurist, Dadaist, Sürrealist, Rus yapısalcılığı ve Proletkült gibi avant-garde akımlar, sanat alanının toplumun teknolojik ve bilimsel kurtuluşu fikri tarafından işgal edilmesi olarak görülmüş ve araşsal rasyonalitenin estetik-anlam rasyonalitesinin alanı olan sanatta hegemonik hale geldiğinin göstergesi olarak değerlendirilmiştir.*

98 *Nitekim bu konudaki en ilginç yaklaşımlardan birisi Fransız tarihçi-düşünür M. Foucault tarafından ortaya konulmuştur. Ona göre XVIII.yy'dan itibaren devletin gücü ki o bunu yargısal ve legal güç olarak nitelendiriyor- disiplinci (insan bilimleri) güç ile karşı karşıya gelip aşamalı bir biçimde yerini ona terk etmiştir. Foucault için disiplinler güç zamanımızın dominant gücü olup, insan bilimlerinde üretilen ve okul, hastahane, kışla, hapishane, aile ve fabrikalarda uygulanan bilimsel bilgi tarafından oluşturulmaktadır. Yargısal-legal gücün aksine disiplinler gücün bir merkezi yoktur, bölünmüştür ve kılcıl damarlar gibi toplumun her kesimine yayılmıştır ve uygulanmaktadır. Bu güç tepeden değil, tabandan yukarı uygulanmaktadır ve temeli normalleştirme ve standartlaştırma ifadesini bulan bilimsel bir söyleme dayanmaktadır.*

mu da her toplum gibi doğaya ilişkin bir bilme etkinliği ile toplumsal düzen sağlama-yana yönelik geniş anlamda bir hukuksal etkinliğe sahip olmuştur. Onların doğayı ve toplumu anlamaları sırasıyla 'episteme ve physis' ile 'nomos' fenomenleri yoluyla gerçekleşmiştir.

Modern zamanlarda batı toplumlarında bilim ve hukuk alanında yaşananlar ise yukarıda belirttiğimiz anlamda her toplumda görülebilecek bir bilme ve norm koyma olarak nitelendirilemeyecek bir 'modern bilim' ve 'modern pozitif hukuk' gerçekliklerini ortaya çıkarmıştır. Bu dönem batı toplumlarında, doğaya bakışın doğanın parçası olduğumuz ontolojik gerçekliğinden apayrı bir 'doğayı egemenlik altına alma ve değiştirme' haline dönüştüğü, doğaya ve topluma bakışı derinden etkileyen neden-sonuç ilişkilerine dayalı hegemonik bir rasyonelleşmenin ve moral sekülerleşmenin gerçekleştiği çok özel bir tarihsel sürece işaret etmektedir. Bu anlamda makalemde 'modern bilim' ve 'modern pozitif hukuk'un batı toplumlarına ilişkin çok özel bir tarihsel sürecin ürünü olan Weberci tarihsel ideal tipler olduğunu ileri sürdüm.

Sonuç olarak, bir karşılaştırma yaptığımızda karşımıza şu neticeler çıkmaktadır:

Modern bilim (science) antik Yunan'daki episteme gibi saf bir bilme etkinliği değil, doğayı egemenlik altına alıp dönüştürmeye çalışan ideolojik (ve politik) bir etkinliktir.

Modern bilim Kartezyen felsefenin dualist bakışına uygun, antik Yunan'da kimi zaman birbirinin yerine kullanılan episteme-techne fenomenlerinin çok ötesine geçen doğayı dönüştürmeye dayalı bir bilim-teknoloji ayrımına dayalıdır.

Antik Yunan'da doğa manevi bir bütün, bilimsel etkinlik ise temel anlamda şeylerin bu manevi düzendeki yerini anlamaya çalışan etik-ve manevi bir uğraş ola-

rak görülmekte iken, modern zamanlarda doğa ruhsuz bir kümeler yumağı, bilimsel etkinlik ise bu ruhsuz kümelerin mekanik çalışma esaslarını belirlemeye çalışan manevi ve etik olmayan bir etkinliktir.

Modern zamanlar batı toplumlarında, etik alan dahil, genel anlamda bir rasyonelleşme dönemi olarak görülebilir. Bu bağlamda, Batı'da modern zamanlar doğayı egemenlik altına alıp dönüştürme çabalarının bir sonucu olarak neden-sonuç ilişkilerine dayalı bir kavramsal-araçsal rasyonalitenin hakim olduğu ve bu hakimiyetin sadece doğal bilimlerde değil, etikten hukuka ve sosyal bilimlere kadar değişik alanlarda etkin olduğu bir dönemi de anlatmaktadır.

İşte Batı'da modern zamanlarda tüm bu süreçlerin dışında kalamayan hukuk, kuramsal olarak bilimin ve onun rasyonalitesinin hakim olduğu ve bilimsel olmaya çalışan ya da en azından bilimin rasyonalitesine boyun eğen pozitivist bir hukuki yaklaşımın etkisine girmiştir. Modern hukuk, pratikte gerçekleşen kodifikasyonlar hareketi ile de, bilimsel rasyonalitenin doğadan topluma yönelen bilme, kontrol etme ve dönüştürme ideolojik-politik etkinliğinden bağımsız düşünülemez bir pozitif hukuk yaratma olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında anlaşılması gereken nokta şudur: modern zamanlarda batı toplumlarındaki hukukun ve bilimin çok özel tarihi bizlere, batı rasyonalitesinin doğaya bakışının onun hukuka da bakışını derinden etkilediğini göstermektedir. Bu neden-sonuç ilişkilerine bağlı rasyonalitenin doğaya ilişkin dönüştürme arzusu modern teknolojiyi yaratırken, aynı rasyonalitenin birey ve toplumu değiştirmeye yönelik ideolojik-politik ve disiplinler tavrı hukuku da salt bir tekniğe indirecek her türlü unsuru içerisinde taşımaktadır. Esasen son iki yüzyılda hukuk felsefesinde gördüğümüz, hukuku salt ve saf bir norm bilimi olarak ele

almaya veya hukuku emirlere ve yaptırımlara indirgemeye çalışan, moral-pratik rasyonaliteye değil bilimin kavramsal rasyonalitesine dayalı hukuksal pozitivist görüşler bu hususu teyit etmektedir.

Modern zamanlarda geldiğimiz nokta itibariyle, doğaya yönelik hegemonik, ideolojik ve politik yaklaşımlardan uzak saf bir bilme isteğine dayalı bir bilim kuramının varlığı anlayışı naif ve gerçeklikten uzaktır. Bu bağlamda, hukuku bilim ya da salt norm, emir veya yaptırım olarak gören pozitivistik hukuk teorilerinin moral ve metafizik unsurlardan arınmış, ideolojik-politik kaygılardan uzak saf bir hukuk yaratma gayretleri de aynı ölçüde naif ve gerçek dışıdır. En başta hukuka yönelik bu tavrın bizatihi kendisi ideolojik bir tavidir. Son iki yüzyıldır hukuki pozitivism ile yaratılan ve inanılan sürecin kendisi metafiziktir.

Bugün gerek batı toplumlarında ve gerekse batıda oluşan 'modern pozitif hukuk' geleneğini sürdüren toplumlarda, hukuka ilişkin sorunun ontolojik boyutları olsa da,

temelde epistemolojik bir krize ilişkin olduğu dikkat çekmektedir. Bu anlamda, hukukun moral-pratik rasyonalitesinin bilim ve teknolojinin kavramsal-araçsal rasyonalitesinin politik ve ideolojik egemenliğinden kurtarılması gerekmektedir. Bu kurtuluş hukukun yeniden moral-pratik alanın sınırları içerisine çekilmesi demek olacaktır. Kuşkusuz bu çekiliş hukuk açısından bir gerileme olmayacaktır. Aksine bu çekiliş hukuku ait olduğu yere yani moral ve pratik alana geri döndürecektir. Bu alan moral değerlerin olduğu kadar pratiğin ve deneyimlerin alanı da olduğu için hukuk yaşam denilen çok boyutlu fenomenolojik etkinlikle zenginleşen ve özgürleştirilen bir fenomen olarak karşımıza çıkabilecektir. En azından böyle bir olasılık vardır. Böyle bir ütopyaya sahip olmak, o ütopyanın gerçekleşme şartları üzerinde de bizi düşünmeye zorlayacaktır. Hukuk alanında yaşanabilecek bu ütopyik gelişmeyi sağlamaya yönelik teorik tartışma ise ancak bir başka yazının konusu olabilir.



## Erтеленmiş Adalet: Hukuk ve Dekonstrüksiyon

Gökhan YAVUZ DEMİR\*

Vladimir: Bu senin ilk gelişin.  
Çocuk: Evet Efendim. *Sessizlik*.  
Vladimir: Bay Godot'dan bir mesajın var.  
Çocuk: Evet Efendim.  
Vladimir: Bu akşam gelmeyecek.  
Çocuk: Hayır Efendim.  
Vladimir: Ama yarın gelecek.  
Çocuk: Evet Efendim.  
Vladimir: Kesinlikle.  
Çocuk: Evet Efendim. *Sessizlik*.  
(...)  
Estragon: Nereye gideceğiz?  
Vladimir: Uzağa değil.  
Estragon: A evet, hadi burdan uzağa gidelim.  
Vladimir: Gidemeyiz.  
Estragon: Niçin?  
Vladimir: Yarın dönmek zorundayız.  
Estragon: Niçin?  
Vladimir: Godot'yu beklemek için.  
Estragon: Ha! *Sessizlik*. Gelmedi mi?  
Vladimir: Hayır.  
Estragon: Artık çok geç.  
Vladimir: Evet, gece oldu.

**Samuel Beckett,**  
***Godot'yu Beklerken***

Adaleti tesis etmek için gözleri bağlı, bir elinde kılıcı öbür elinde terazisi ile tam teğhizat kuşanmış Tanrıçam, adalet nedir? Ey Themis, düşüncenin bu kâdim sorusunun cevabı senin metaforlarında mı gizli? Hiç sanmıyorum. Adalet *aporia*'dır. Adalet yol-olmayan yoldur. Dün de bugün de

“adalet nedir” sorusu İskender'i olmayan bir “gordion düğümü”dür. Düşüncenin boşluğa tosladığı bir yerdeyiz.

\*\*\*

Çok sevdiğimiz birinin kaybında Tanrı'yı, zayıf not aldığımızda hocamızı, bir futbol maçında takımımız aleyhine penaltı veren hakemi, terk ettiğimizde sevgilimizi, işler istediğimiz gibi gitmediğinde kaderi, işten kovulduğumuzda patronumuzu, Afrika'da açlıktan ölen bir çocuğu gördüğümüzde kapitalizmi, Bosna'da, Filistin'de veya Bağdat'ta masum siviller katledildiğinde emperyalizmi, Guantanamo Kampı'ndaki işkencelere şahit olduğumuzda tek-kutuplu dünyayı, Katrina Kasırga'sında aşığıdaki-siyahların ızdırına karşı sessiz ve duyarsız kalan yukarıdaki-beyazları, etnik bir iç savaşta akan kanın sorumlusu etnik milliyetçiliği “adil” olmamakla itham ederiz. Adalet taleplerimiz daima adaletsizlik ithamlarımız üzerinde yükselir. Adalet arayışımızı daima mağduru olduğumuz adaletsizlik motive eder. Adaletsizliğin olmadığı yerde adalet talebi veya adalet arayışı da yoktur. Adalet, adaletsizlik olmadan düşünülemez. Aslında anahtar kavram adalet değil adaletsizliktir. Adaletin ne olduğuna, ne olması gerektiğine ve nasıl tesis edileceğine dair buluşlarımızın tümünü adaletsizliğe maruz kalmamıza borçluyuz. Çünkü adaletin yaşadığımız dünyada bir gerçekliği yoktur. Evren, dünya veya doğa ne de gay-radil olabilir.<sup>1</sup>

\* Yard. Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi.

1 Hayek, Friedrich A., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük/ Sosyal Adalet Serabı*, çev. Mustafa Erdoğan. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1995, s. 57.

Dünya adalet olmadan başlamıştır ve sürekli ertelenmiş bir adaletin arayışıyla da bir gün sona erecektir. Adalet, tam da olmadığı için çok değerli bir kavramdır. Yeryüzünde adalet olmadığı için biz insanlar ona bu kadar anlam atfediyoruz. Adalet, fiilî durumdan ziyade olması istenen bir dünyayı dile getirir. Adalet bir ideal, adaletsizlikse realitedir. Bu sebeple hukukun adaleti tesis etmesini istiyor ve bekliyoruz. Oysa hukukun bir kutsiyeti yoktur ve hukuk demek adalet demek değildir. Çoğu zaman adalet hukukta gerçekleşmez. Hukukun zaman zaman adaleti zedelediği ve hatta yeri geldiğinde adaletin önündeki en büyük engelin hukuk olduğu da söylenebilir. Bunun kabaca üç sebebi vardır.

Birincileyin, hukuk her toplumda gücünün hukukudur. Egemenlerin hukukunda daima egemenlerin adaletinden söz edebiliriz. Bunu iç hukukta olduğundan daha iyi uluslararası hukukta görebiliriz. Nürnberg Duruşmaları'ndan Bağdat'taki son yaşananlara kadar savaş sonrasında uygulanan hukukun tesis ettiği adalet daima galiplerin adaleti olmuştur.<sup>2</sup> Hatta bu “galiplerin adaleti” ifadesindeki “galip” nitelemesi fuzulidir; çünkü mağlupların adaleti olamaz. Oysa söylediğimiz gibi adalete ihtiyacı olanlar daima aşağıdakiler, mağluplar ve güçsüzlerdir. Bu yüzden hukuka en çok ihtiyaç duyanlar da onlardır. Fakat hukukun daima iktidarın hukuku olması onu gayri-adil kılar. Günümüzde sürdürülen hukuk ve adalet ilişkisi tartışmasında hukukun açmazı budur.

İkincileyin, hukuk bir adalet bilimi olarak kesin ve objektif olmaya taliptir. Buna göre adaletin bilimi olarak hukuk kesin adaleti tesis edecektir. Bunu da genel ve soyut hukuk kurallarıyla gerçekleştirecektir. Fakat burada hukukun toplumun bütü-

nünün yararına vaz ettiği genel kural, çoğu kez özel durumları görmezlikten gelmesi veya yok saymasından ötürü adaletsizliklere yol açar. Hukukun bu kesinlik arayışı farklılıkların silinmesi/yok edilmesi ve daha da kötüsü değişmeyen/sabit bir dünya tasavvuru üzerinden gerçekleşir. Adaletin bilimi olarak kesinlik talep eden hukuk başımıza gelebilecek her türlü adaletsizliğe davetiye çıkarır. Ciceron'un şu ifadesini hatırlamanın tam yeridir: *summum ius, summa iniura* [tam hukuk tam adaletsizlik; hukukun kesin biçimde uygulanması en büyük haksızlıklara yol açar].

Üçüncüleyin, hukuk insan ürünü linguistik bir süreçtir. Bu süreçte adalet, çatışan yorumlar vasıtasıyla, hikâyeler ve metaforlar üzerinden inşa edilir. Ama ortaya çıkan adaletin adil olup olmadığı ise çok tartışmalıdır. Dildeki bütün iddiaların belirsizlik taşıdığı ancak dille ifade edilebildiği bu çözümsüz paradoksta, linguistik bir inşa olarak adalet de belirsizdir. Hayat ve insan belirsizken, hukuktan daha fazlasını ummak da insafsızlık olacaktır. Esasında hukukun kesin bir bilim veya adil olması gerekliliğine duyulan bu inancın kendisi insanî değildir. Çünkü insan ürünü olan her şey gibi hukuk da hiç adil değildir. Adalet bir idea olarak değerlidir, ama fiiliyatta yoktur.

Bu dünyanın hiçbir yerinde mevcut bir adalet yoksa, yalnızca “sonsuz bir adalet ideası” olabilir. Fiiliyatta adalet, bu dünyada imkânsız bir tecrübedir ve hukuk ne kadar çabalarsa çabalasın bu adaleti gerçekleştiremez.

\*\*\*

Derrida da hepimizin bildiği bu hukuk ve adalet ayırımını yapar. Ama öncelikle Derrida'nın kendi yaptığı ayırımı nerede

2 *Meselâ uluslararası mahkemelerde galiplerin mağlupları yargulamasıyla ilgili bkz. Zolo, Danilo, Vectors' Justice! From Nuremberg to Baghdad, trans. M.W.Weir, Verso, London 2009.*

temellendirdiğini anlamalıyız. Bunun için de Derrida'nın entelektüel açıdan kendini nerede konumlandığını bilmeliyiz. Bu da bizi Greklerin "logos" kavramına kadar geri götürür.

Grekler için logos'un iki anlamı vardı: dil/düşünce veya söz/akıl/logic. Logos'un bu iki anlamından iki farklı felsefe geleneği doğdu: "logos"un dil/düşünce veya söz/akıl anlamlarını iki farklı okuyan gelenek: logos'u düşünce/akıl/logic olarak okuyan Eflatuncu gelenek ve logos'u dil/söz/belirsizlik olarak okuyan Aristotelesçi gelenek. Derrida "logosentrizm" kavramıyla sözmerkezciliği değil, logosu ısrarla logic olarak okuyan geleneği eleştirir. Logosentrizm esasında logicosentrizm, yani mantıkmerkezciliktir.<sup>3</sup>

Derrida logosentrizmle kendini açıklayabilen, kendi adına buyurucu bir "logos"u veya dünya açıklamasını güvence altına alan bir aklın kendini-doğrulayan gururunu kasteder.<sup>4</sup> Çünkü Eflâton'dan Rousseau'ya, ondan da Hegel'e kadar, logos'u logic olarak okuyan Batı Felsefesinin logosentrizm, yani logicosentrizm düşüncesi

geleneği; düşüncenin kendiliğinden kendisine açık olduğu ideal/kesin bir dil ile bu tek sesli ve kesin "düşünce dili"ne dönüştürülmesi gereken ikinci bir dil, doğal ve belirsiz bir dil arasında ayırma gitmiştir. Logicosentrizm, dili düşüncenin şeffaf bir aracı haline getirerek kesin, objektif bilgiyi mümkün kılacak kesin ve matematiksel bir dil ve dolayısıyla sabit ve mutlak bir anlam arayışıdır.

Derrida bu logicosentrizm düşüncesi geleneğini dekonstrüksiyona uğratmak ister. Dekonstrüksiyon bir yöntem veya bir teknik değildir.<sup>5</sup> Dekonstrüksiyon dilin belirsizliğinden kaynaklanan metnin içindeki tutarsızlıkları/gerilimleri ön plana çıkararak yeniden okuma ve yeniden yazmadır.<sup>6</sup> Metni okumanın tek bir yolu yoktur ve okumak, okunan metni yeniden yazmaktır. Bunu da metnin içindeki kavram karşıtıları üzerinden yapar. Meşhur örnek konuşma ile yazı, yazar ile okur, gösterilen ile gösteren arasındaki karşıtıdır. Söz konusu karşıtıdaki bir kavramın tarihsel geleneği ve sosyal pratik içinde öncelikli/aslı/üstün hale gelmiş olduğu gösterilir. Çünkü

3 *Logosentrizm kavramı için bkz. Lucy, Niall, A Derrida Dictionary, Blackwell Publishing, Oxford 2005, ss. 69-72.*

4 *Mikics, David, Who Was Jacques Derrida? /An Intellectual Biography, Yale University Press, New Haven&London 2009, ss. 31-32.*

5 *Bu arada her kavrama mutlaka bir Türkçe karşılık bulma sevdalılarının bütün arzularına rağmen, "deconstruction" kavramını "yapıbozum," "yapısöküm" veya "kurgusöküm" diye karşılamak fahiş hatadır. Çünkü kavramların bir aurası yahut bir şebekesi vardır; ve bir kavramı bu anlam şebekesinden kopararak karşılamak sadece o kavramı sakatlar. Bu sebeple Türkçede "deconstruction" karşılığı önerilen bütün karton-kavramlar, "deconstruction" u sadece iğdiş eder. Çünkü Derrida "deconstruction" kavramını Heidegger'in "destruktion" kavramından ilhamla geliştirmiştir. "Deconstruction" ile "destruktion" arasında bu anlam birliği ve devamlılığı varken; "yapısöküm, yapıbozum" gibi mesnetsiz karşıtı kavramın tarihsel sürekliliğini saklamaktadır. Kavramın kontekstüel devamlılığını göz ardı ettiği için bu karton-karşıtıları sayesinde kavram, orijinal anlamının taşımadığı "yıkım, bozum, söküme" gibi asılsız anlamları da sadece Türkçede kazanmıştır. Gadamer "deconstruction" kavramını önceleyen "destruktion" için şunları yazıyor: "Destruktion, bizim için söküme (distantling), [Abbau, distmanling], gizlenmiş/gizli olan şeyi sökerek ortaya çıkarmadır. 'Yıkım/tahribetme' demek istediğimizde, 'destruktion' u değil, 'Zerstörung' u kullanırız. Bu yüzden Heidegger 1920'lerde Destrukction kavramını ortaya attı." Gadamer, Hans-Georg, "Hermeneutik ve Logosentrizm," Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler, der. ve çev. Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 337. "Deconstruction" u "yapısöküm" diye karşılamak hiç kuşkusuz "felsefi bir cinayet" tir.*

6 *Lucy, a.g.e., ss. 11-14. Ayrıca daha detaylı bir tartışma için bkz. WHEELER, Kathleen M., Romantizm, Pragmatizm ve Dekonstrüksiyon, çev. Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2011.*

Derrida'ya göre dekonstrüksiyon vasıtasıyla yapılması gereken şey tam da bu logico-sentrik dil içerisinde gömülü olan ve bizi konuşmayı yazmanın, yazarı okurun yahut gösterileni gösterenin üzerinde konumlanmaya teşvik eden gizli/saklanmış hiyerarşilerin radikal biçimde “merkezsizleştirilmesidir.” Bu faaliyetin amacı iki kavram arasındaki ilişki konusunda yeni bir kavrayışa ulaşmaktır. Bu bastırılmış/gizlenmiş kavram karşıtlıkları ortadan kaldırılamaz ve dekonstrüksiyonun da böyle bir iddiası yoktur. Bu kavram karşıtlıkları değişen kontekstlerde yeni yorumlarla daima yeni kisveler altında önümüze çıkacaktır.

Dekonstrüksiyon anlamın sabit, evrensel, mutlak, tarihten ve konteksten bağımsız olduğu varsayımını eleştirir. Dekonstrüksiyon metinlerin anlamsız olduğunu göstermez; aksine daha çok metinlerin çoğulcu ve sıklıkla da çelişik anlamlarla dolup taşıdığını gösterir: Aynı metin kendi içinde sonsuz sayıda metin üretebilir. Dekonstrüksiyon bütün metinler belirsizlikler içerdiği ve farklı biçimlerde okunabileceği için kuşatıcı/nihâî bir yorumun sonsuza ertelenmek zorunda olduğu anlamına gelir.<sup>7</sup> Dekonstrüksiyon sonsuz yorum faaliyettir; hiç bitmeyecek yorumdur. Dekonstrüksiyon ebedî yorumdur.

\*\*\*

Hukuk kesin bir bilim olma idealini sürdürdüğü ve kesin bir adalet tesis etmek istediği müddetçe bu logicosentrik gelenek içinde yer alır ve dekonstrüksiyona uğratılabilir. Çünkü yasal sistemlerin, hakların, yasaların bir tarihi vardır; bu tarih de yasaların dönüşümünün tarihidir. Bu nedenledir ki yasayı geliştirebilir, başka yasalarla değiştirebilirsiniz; ve böylesi bir tarihin dekonstrüksiyonu mümkündür. Bir yasayı

bir başkasıyla değiştirdiğinizde veya mevcut yasayı geliştirdiğinizde bu zaten bir tür dekonstrüksiyondur. Ama adalet yasa veya hukuk değildir; hatta yasalar yasa oldukları için adil değildir.<sup>8</sup> Açıklanabilirliğin ötesinde olan ve hesaba-kitaba gelmeyen adalet, dekonstrüksiyonu teşvik eden ama kendisi ona tâbi tutulamayacak bir şeydir. Adalet bizi yasayı geliştirmeye, yani onu dekonstrüksiyona uğratmaya teşvik eden şeydir.

Buna göre hukuk dekonstrüksiyona uğratılabilir; yani tarihi ve gelişiminin neyi içerip neyi dışladığı, hangi iktidar ilişkilerini gizlediği gösterilebilir. Bunu mümkün kılan ise adalet duygusudur.

Hukukun dekonstrüksiyona uğratılması ilkin hukukun ideolojiyle ilişkisini anlamamıza yardım edebilir. İdeolojiler başka her şeyi bastırarak, önemsiz kılarak ve yok sayarak sosyal hayatın belirli özelliklerini öncelikli kılarak işler. Bu yüzden dekonstrüksiyon düşünmenin belirli bir yolu veya hukuk doktrinlerinin belirli bir kümesi içinde bastırılan, gözden kaçırılan veya önemi azaltılan şeyi ortaya koyabilir.

Ayrıca dekonstrüksiyon, bir metnin farklı parçaları arasındaki umulmadık ilişkileri araştırır ve ilk bakışta periferik görünen fakat çoğu zaman metnin argümanının altını kazan (metni sıkı ve tutarlı bir bütün olarak düşünmemizi sağlayan) düşünüş tarzlarını gevşetir ve metnin nasıl farklı seslerle konuştuğunu gösterir.

Bizler sıklıkla metaforik veya retorik kullanımları süs ve zeyl olarak görsek de daha derin bir dekonstrüktif kavrayış dilin figüratif kullanımının hukukî argümantasyonda nasıl merkezî bir rol oynadığını açığa çıkarır. Çok defa, dekonstrüksiyon, bu figüratif kullanımların hukukî metinle-

7 Lilla, Mark, *The Reckless Mind/Intellectuals in Politics*, New York Review Books, New York 2001, s. 7.

8 Derrida, Jacques, “Force of Law: The ‘Mystical Foundation of Authority,’” *Deconstruction and the Possibility of Justice*, ed. Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson, Routledge, London 1992, s. 12.

rin argümantasyonunu desteklediğini veya desteklerken zayıflattığını gösterir.

Dekonstrüksiyon hukukî ayırımların tutarsız olduğunu göstererek kavram karşıtlıklarını tahrip edip yıkmaz; aksine bu karşıtlıkların yeniden yorumlanabileceğini gösterir.

Genelde metinlerin, özelde ise hukukî metinlerin sabit ve mutlak anlamları yoktur. Dekonstrüksiyon metinlerin bu çok anlamlı yapısı içinde alternatif anlamları bizim için görünür kılar.

Gadamer hermeneutiği, birinin fiilen söylemek istediği şeyi kavrama/anlama sanatı olarak tanımlar. Hermeneutik bunu “söylenenden söylenmeyi, söylenmeyenden de söyleneni” çıkararak yapar. Dekonstrüksiyon da tam olarak “söylenenden söylenmeyi, söylenmeyenden de söyleneni” çıkarmaktır.

Hukuk bütün bunlardan dolayı dekonstrüksiyona uğratılabilir ama adalet asla. Derrida’ya göre adalet bütün kaçınılmazlığıyla dekonstrüksiyonun karşısında dururken, kendini adaleti anlama işini yerine getirmekle yükümlü gören dekonstrüksiyon, bu yükümlülüğü üstlendiği andan itibaren adaletin içeriği konusunda bir takım çıkar-samalarda bulunmak riskiyle karşı karşıya kalır: bu adil bir davranış, ben adilim gibi.<sup>9</sup> Oysa adaletin içeriği konusunda çıkarsamalarda bulunmak ise doğrudan doğruya adaletle ihanet veya adaleti dinamitlemek ve onu hukuka dönüştürmek anlamına gelir. Bu sebeple adalet bir imkânsızlık tecrübesidir.

Adalet bu dünyada yoktur. Ama bu adaletin bu zaruri yokluğu bizi onun gelişini bekleme yükümlülüğünden kurtarmaz. Bu yüzden beklemeyi, adalet arzumuzu tatmin etmeyi ertelemeyi öğrenmeliyiz. Eğer dekonstrüksiyon herhangi bir hukuk veya kurumun mutlak adaletle vücut kazandırma iddiasını sorguluyorsa bunu adalet adına, sonsuz bir adalet adına yapar. Bu yüzden dekonstrüksiyon adalettir. Sokrates adaleti felsefeyle özdeşleştirmişti. Derrida ise adaletle dair logicosentrik söylemin feshi uğruna adaleti dekonstrüksiyonla eşitler.<sup>10</sup>

Adalet bir ideal olarak, bir metafor olarak vardır.<sup>11</sup> Bir ideal ve bir metafor olduğu ölçüde belirsizdir, ele geçirilemez. Oysa hukuk adaleti tanımlayarak kesinliğin alanına çekmek ister. Hukuk adaleti tekeline aldığı anda adalet, adalet olmaktan çıkar. Hukukun adaleti adil değildir. Adalet kesin değildir ve kesinleştiği anda yok olur. Çünkü kesinlik dışlar; ve adalet, eğer kelimenin tam anlamıyla adalet olacaksa dışlamamalıdır. Kesin bir adalet arayışı dışlayıcıdır, oysa belirsizliğin yorumlarıyla çiçek açan adalet kucaklar.

\*\*\*

Başlarken Adalet Tanrıçamız Themis’e adaletin ne olduğunu sormuştum. Şimdi Themis’in adaletin Tanrıçası olup olmadığını sorma zamanı geldi. Themis göz bandı, terazisi ve kılıcıyla bir ideal ve bir metafor olarak adalet anlayışımızı sergiler. Ama bu metaforlar adaleti anlamının yegâne ve en doğru metaforları mıdır? Hiç sanmıyorum. Bu kesinlik ve objektivite arayışına dair metaforlar Themis’in adalet

9 A.g.e., s. 10.

10 A.g.e., s. 13-14: “Dekonstrüksiyonu mümkün kılan, yasanın (droit) veya tercih ederseniz yasa olarak adaletin bu dekonstrükte edilebilir yapısıdır. Adaletin kendisi, elbette böyle bir şey varsa, yasanın dışında ve ötesinde dekonstrüksiyona tâbi kılınamaz. Dekonstrüksiyonun, elbette böyle bir şey varsa, kendisinin dekonstrüksiyona uğratılmıyacağı gibi. Dekonstrüksiyon adalettir.”

11 Demir, Gökhan Yavuz, “Bir Metafor Olarak Adalet,” Birinci Uluslararası Felsefe Kongresi “Özgürlük, Eşitlik ve Kardeşlik,” 14-16 Ekim 2010, Bursa-Türkiye, Yayınlanacak.

değil de daha çok hukuk Tanrıçası, logico-sentrik bir hukuk Tanrıçası olduğunu gösteriyor. Çünkü Themis'in bantlı gözleri her şeyden önce adalete kördür. Themis kesin ve tam bir adaleti tesis etme iddiasında olduğu anda artık adalete kördür.

Günümüz modern hukuk anlayışında Adalet Tanrıçası Themis adaletin sembolü olarak gösterilir, ki sembolize ettiği adalet anlayışı Aristoteles'in denkleştirici/düzeltilici adaletidir. Themis metaforik olarak, ellerindeki kılıç ve terazi, ve gözlerindeki bantla dengeli, kesin, tarafsız, cezalandırıcı bir adaleti dile getirir. Adalet Tanrıçasının terazi ile suçu ve kusuru belirleyeceği, kılıçla suçluyu ve kusurluyu cezalandıracağı ve bunları yaparken de gözü bantlı olduğu için hiçbir subjektif etki altında kalmayacağı metaforik olarak dile getirilir. Oysa dünyayı ve hayatı tecrübe etmenin sonsuz sayıda metaforik yolu vardır. Tıpkı, Jonathan Swift'in *Gulliver'in Seyahatleri*'ndeki Adalet Tanrıçasının önde, arkada ve yanlarda gözlerinin olması, sağ elinde ağzı açık, altın dolu bir torba, sol elinde kınının içinde bir kılıç olması gibi.<sup>12</sup> Bu, cezalandırmadan ziyade ödüllendirme amacını temsil eder ve Tanrıça Themis metaforunun adalet tecrübesinden çok farklı bir adalet tecrübesine işaret eder. Bu sebeple, yeryüzünde olmayan adaleti arayışımızda bizi adalete daha çok yaklaştıracak olan dilin özgülleştirici gücü metaforlardır.

Themis'in bantlı gözlerinin aksine Liputların adalet tanrıçasının açık altı tane gözü vardır. İlkinde adalet hukukun kesin adaletidir; kapalı gözleri kesinliği dile getirir. İkincisinde ise altı açık göz altı farklı perspektifi vurgular. Altı farklı perspektif hermeneutikteki görme plüralitesini akla getirir.

\*\*\*

Dekonstrüksiyon adalettir. Dekonstrüksiyon sonsuz bir yorum faaliyetidir. Adalet dekonstrüksiyondur çünkü yorumdur. Dekonstrüksiyon sonsuz bir yorum olduğu ve nihai bir yorum olmadığı için adalet ertelenmiştir ve gelecektedir. Kesinliğin mutlaklığı ve gayrı adillliği karşısında sonsuz bir yorum çeşitliliğinde adalet sonsuza dek ertelenir ve adalet olmağını korur. İster hukuk ister başka bir kurum bu adaleti ertelemek yerine tesis etmek istediği anda bütün bu yorum çeşitliliğini sonlandırarak nihai anlamı bizlere dayatır ve o anda adil olmaktan çıkar. Adaleti tesis etmek isteyen hukuk logicosentrik; bu logicosentrik hukuk karşısında sonsuz yorumlara kapı açan dekonstrüksiyon ise adalettir. Dekonstrüksiyon adalettir; çünkü sadece yorumlarımız adildir. Godot gelmeyecektir ve beklemek güzeldir...

## BİBLİYOGRAFYA

- DEMİR, Gökhan Yavuz, "Bir Metafor Olarak Adalet," *Birinci Uluslararası Felsefe Kongresi "Özgürlük, Eşitlik ve Kardeşlik,"* 14-16 Ekim 2010, Bursa-Türkiye, Yayınlanacak.
- DERRIDA, Jacques, "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'," *Deconstruction and the Possibility of Justice*, ed. Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld, David Gray Carlson, Routledge, New York 1992, ss. 1-67.
- GADAMER, Hans-Georg, "Hermeneutik ve Logosentrizm," *Hermeneutik ve Hümaniter Disiplinler*, der. ve çev. Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2002, ss. 329-342.
- HAYEK, Friedrich A., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük/ Sosyal Adalet Serabı*, çev. Mustafa Erdoğan. Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1995.

<sup>12</sup> Swift, Jonathan, *Gulliver's Travels, Best Loved Classics, USA 1985, s.33.*

- LILLA, Mark, *The Reckless Mind/Intellectuals in Politics*, New York Review Books, New York 2001.
- LUCY, Niall, *A Derrida Dictionary*, Blackwell Publishing, Oxford 2005.
- MIKICS, David, *Who Was Jacques Derrida?/An Intellectual Biography*, Yale University Press, New Haven&London 2009.
- SWIFT, Jonathan, *Gulliver's Travels*, Best Loved Classics, USA 1985.
- WHEELER, Kathleen M., *Romantizm, Pragmatizm ve Dekonstrüksiyon*, Çev. Hüsamettin Arslan, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2011.
- ZOLO, Danilo, *Victors' Justice/From Nuremberg to Baghdad*, trans. M.W.Weir, Verso, London 2009.

# Sosyal Haklara İlişkin Devlet Yükümlülükleri ve Devletin Değişen İşlevi

Özge YÜCEL DERİCİLER\*

## Giriş

Bu çalışmada, devletin insan haklarına ilişkin yükümlülüklerine ve bu bağlamda devletin işlevine ilişkin değişim, 20. yüzyıldaki gelişmeler çerçevesinde ve sosyal haklar özelinde tartışılmaktadır

Devletin yükümlülükleri kavramı ile, insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesinde devletin oynaması gereken rol kastedilmektedir. Belirli bir durumda bir hakkın ihlalini önlemek üzere; ihlal gerçekleştirildiği takdirde ise, ihlalin etkilerini mümkün olduğunca ortadan kaldırmak, ihlali gerçekleştiren(ler)i sorgulamak, gerekli yaptırımları uygulamak ve benzeri ihlallerin olmaması için gereken tedbirleri almak üzere adım atmak, gerekli kurumsal yapıyı oluşturmak ve ilgili mekanizmaları harekete geçirmek, devletin insan hakları alanındaki yükümlülüklerini ifade eder. İnsan haklarının korunmasına ilişkin belge ve mekanizmalar da bu anlayış üzerine kurulmuştur.

İnsan haklarının korunması ve teşvi-kinde rol oynayan pek çok aktör vardır: bireyler, uluslararası örgütler, uluslararası finans kuruluşları, çokuluslu şirketler, sivil toplum kuruluşları ve devletler. Bu aktörlerin her birinin ayrı ayrı sorumluluk ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak şu nokta önemlidir: devlet dışındaki aktör-

ler, temel bir hakkı, icraî veya ihmali bir yoldan, doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal ettiklerinde, mevcut sistem çerçevesinde nihai olarak yine devlet yükümlüdür. Bunun sebebi, uluslararası hukuk nezdinde sorumluluğun doğrudan devlette olmasıdır. Bu nedenle, çalışmamızda öncelikle devletin insan haklarına ilişkin farklı yükümlülük türlerine yer verilmekte; daha sonra, sosyal haklar açısından öne çıkan yükümlülükler üzerinde durulmakta ve son olarak, küreselleşmenin son yüzyılında devletin geçirdiği dönüşüm, bu dönüşümün neden olduğu işlev kayıpları ve bunun sosyal haklar alanda doğurduğu sonuçlar tartışılmaktadır.

## Devletin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülükleri

Literatürdeki yaygın kabul, medeni-siyasal haklar ile ekonomik-sosyal hakların birbirinden farklı olduğu ve bu farkların, Isaiah Berlin'in pozitif haklar-negatif haklar ayrımına dayandığıdır. Pozitif hak ve özgürlükte devletin müdahale etme yükümlülüğü, negatif hak ve özgürlükte ise müdahale etmeme yükümlülüğü esastır. Pozitif-negatif hak ayrımı, medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ayrıştırılmasında yaygın olarak başvurulan bir ölçüt olmuştur.<sup>1</sup> Bu görüşü, negatif hakların dev-

\* Yard. Doç. Dr. T.C. Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi

1 Koen, Raes, "The Philosophical Basis of Economic, Social and Cultural Rights", *Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Development*, (eds.) Peter Van der Auwerart, Tom de Pelsmaeker, Jeremy Sarkin, Johan Vande Lanoeette, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2002, s. 43; Türk hukuk yazınında da sıkça başvurulan bir başka sınıflandırma ise, Jellinek'in, pozitif statü hakları, negatif statü hakları ve aktif statü hakları ayrımıdır. Negatif statü hakları kişinin devlet tarafından dokunulmaması gereken özel alanın sınırlarını çizen, vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, konut dokunulmazlığı gibi hak ve özgürlüklerdir. Pozitif statü hakları, vatandaşlara devletten olumlu bir davranış, hizmet ve yardım isteme imkânını tanıyan, sağlık hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi haklardır. Aktif statü hakları ise vatandaşların toplum yö-



lete bir maliyetinin olmadığı ve bu nedenle hemen gerçekleştirilebilecek haklar olduğu; buna karşılık pozitif hakların maliyetli olduğu<sup>2</sup> ve ancak devletin kaynakları elverdiği ölçüde, buna bağlı olarak da zaman içinde/ aşamalı olarak gerçekleştirilebilecekleri tezi izlemiştir.

Ancak negatif ve pozitif haklar ölçütüne dayanılarak yapılan ayırım, her bir hakka ilişkin olarak devletin yükümlülükleri açısından doğru sonuçlar vermemektedir. Örneğin bu ölçüte göre ifade özgürlüğü ya da özel hayata müdahale yasağı, klasik liberal haklardır. Öte yandan, ifade özgürlüğünün güvence altına alınabilmesi için devletin, basın ve medya kuruluşlarının tekelleşmesini önlemesi ve hatta basında çoğulculuğu sağlamak üzere belirli medya kuruluşlarını desteklemek üzere müdahale etmesi gerektiği de haklı olarak ileri sürülmüştür. Hatta düşünce özgürlüğünün bilgi edinme hakkıyla ilgili olduğu ve dolayısıyla eğitim hakkı ve bilgiye ulaşabilme hakkıyla ilişkili olduğu da savunulabilir.<sup>3</sup> Liberal yaklaşımda yaygın olarak başvurulan pozitif hak-negatif hak ayırımı özellikle Henry Shue tarafından eleştirilmiş ve insan haklarının her birinin pozitiflik ve negatiflik unsurlarını bir arada barındırdığına işaret edilmiştir.<sup>4</sup>

Her bir hakkın hem negatif hem de pozitif boyutları olabileceği gibi, belirli bir hakka ilişkin yükümlülüklerin pozitif ve

negatif boyutları da somut duruma göre değişebilir. Jack Donnelly'nin örneğinden uyarlayarak söylersek, işkenceye karşı korunma hakkı İsveç'te negatif bir hak iken, Türkiye'de daha ziyade pozitiflik boyutu öne çıkan bir haktır. Zira işkence yasağı gereğince kişinin vücut bütünlüğüne müdahale etmemek yetmez; devletin aynı zamanda işkenceyi önleme yükümlülüğü ön plana çıkar. Bunun için de güvenlik güçlerinin eğitime ve denetimine yönelik mekanizmaların oluşturulması ve bu alana yatırım yapılması gerekir. Böylece tipik bir klasik ve negatif hak olarak görülen işkenceye karşı korunma hakkı örneğinde, işkenceye dayalı ihlallere karşı mücadele yürüten bir ülke söz konusu ise, devlet yükümlülüklerinin pozitif boyutu önem kazanır.<sup>5</sup>

Haklar arasındaki bu geçişkenlik, hak grupları arasında kesin ayrımlar yapmayı zorlaştırmakta; yukarıda bahsi geçen ölçüte göre yükümlülüklerin belirlenmesi ise hatalı değerlendirmelere neden olabilmektedir. Bu nedenle, belirli bir hakkın kullanılmasında devletin oynayacağı rol ve yükümlülükler meselesinin, o hakkın ekonomik, sosyal veya siyasal bir hak olarak adlandırılmasından ziyade, hakkın tam anlamıyla kullanılabilmesi için atılması gereken adımlarla ve alınması gereken önlemlerle ilgili olduğu ileri sürülebilir.<sup>6</sup> Gerçekten de, öyle alanlar vardır ki, devlet gerekli

*netiminde söz sahibi olmalarını ve karar alma süreçlerine katılmalarını sağlayan, örgütlenme özgürlüğü, seçme ve seçilme hakkı gibi siyasal haklardır: Berlin'in ayırımına benzer şekilde burada da pozitif statü hakları devletin müdahale etme yükümlülüğünü, negatif statü hakları ise hakkın kullanımına devletin müdahale etme yükümlülüğünü vurgular: Jellinek'in tasnifine ilişkin bilgi için bkz. Kapani, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Y., Ankara, 1993, s. 6.; Eide, Asbjorn, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, (eds.) Asbjorn Eide, 2001, s. 10.*

2 Raymond Plant, "A Defence of Welfare Rights", *Economic, Social and Cultural Rights: Progress and Achievement*, (eds.) Ralph Beddard, Dilys M. Hill, MacMillan Academic and Professional Ltd, London, 1992.

3 Raes, 2002, s. 43-44.

4 Bkz. Shue, Henry, "Temel Hakların Evrenselliği", *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, (haz.) İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Y., Ankara, 2009, s. 39-65.

5 Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Yetkin Y., Ankara, 1995, s. 43.

6 Örneğin Raes, konuya ilişkin olarak "bu bir bağlam meselesidir, ilke meselesi değil" demektedir ve her somut durum için farklı yükümlülüklerin öne çıkabileceğini vurgulamaktadır. Bkz. Raes, 2002, s. 45.

kurum ve mekanizmaları oluşturmadığı, yani ilgili alana yatırım yapmadığı takdirde, kimi medeni ve siyasal hakların yasal olarak tanınmış olması tek başına bir anlam ifade etmeyecektir. Böyle bir durumda medeni ve siyasal hakların maliyetsiz olduğunu savunmak da anlamsız olacaktır.<sup>7</sup>

Aslında, insan hakları alanındaki uluslararası başvuru mekanizmalarının geliştirdiği içtihatların da bir bakıma bu görüşü desteklediği düşünülebilir. Örneğin AİHM, AİHS'nin denetim organı olarak, sadece bu Sözleşmede yer alan medeni-siyasal hakların denetimiyle sınırlı bir yetkiye sahiptir. Ancak kimi başvurularda verilen kararlar, her ne kadar ihlal iddiaları Sözleşmede yer alan klasik haklara ilişkin olsa da, Sözleşme'nin kapsamı dışında kalan ekonomik-sosyal haklar alanına da etki eden sonuçlar doğurmakta ve bu alanda da adeta dolaylı bir denetimi mümkün kılmaktadır. Bu tür vakalarda Mahkemenin amacı yetkisini genişleterek ekonomik-sosyal haklara ilişkin dolaylı bir denetim yapmak değildir. Ancak uygulamada, devletin ihlaller karşısında nasıl bir tutum takınması gerektiği belirlenirken, yukarıda sözü edilen klasik yaklaşımları geçersiz kılan ve farklı hak grupları arasındaki geçişkenliği artıran böylesi durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Öte yandan, her ne kadar her bir somut hak ihlali çerçevesinde yükümlülüklerin farklı boyutları ortaya çıkabilse de, farklı hak grupları için belirli yükümlülük tiplerinden söz edebilmek son derece önemlidir. Zira bahsettiğimiz yükümlülükler, hak-

kı ihlal edilen kişinin diğer kişilere ve/veya devlete karşı hukuki hak arama yollarına başvurusu söz konusu olduğunda, nelerin talep edilebileceğine –ve edilemeyeceğine– ilişkin çerçeveyi de çizmiş olacaktır.

Günümüzde insan haklarına ilişkin uluslararası hukukta yaygın kabul gören temel ilke, hakların bütünselliği, bölünmezliği ve karşılıklı olarak birbirine bağlılığıdır. Bununla birlikte, insan hakları iki ana kategoriye ayrılmış durumdadır ve bu hak kategorilerinin tabi olduğu denetim mekanizmaları ve uygulamadaki korunma düzeyleri arasında görünür bir asimetri vardır. Bu durumda, hakların eşit –ve gereken– düzeyde korunabilmesi için devletlerin neler yapması gerekmektedir? Aşağıda öncelikle insan haklarına ilişkin temel bir ilkeye değinilecek; daha sonra ise bu ilkenin hayata geçirilebilmesi için devletlerin farklı hak gruplarına ilişkin farklı yükümlülükleri üzerinde durulacaktır.

### İnsan Haklarının Bütünselliği İlkesi

1993 yılında yapılan Dünya İnsan Hakları Konferansı sonucunda kabul edilen Viyana Deklarasyonu'nda, gerek insan haklarına ilişkin uluslararası hukukta gerekse ulusal düzeydeki uygulamalarda medeni ve siyasal hakların daha çok dikkat çektiğine, daha ziyade bu hakların yasal düzenleme ve yorumların konusu olduğuna; bu durumun da, sadece medeni ve siyasal hakların ihlali halinde insan hakları ihlallerinden söz edilebileceği gibi yaygın ve yanlış bir kanıya yol açtığına değinilir. Bu bağlamda ekonomik ve sosyal haklar “ikinci sınıf”, yani icra kâbiliyeti olmayan, dava

7 İki grup hak arasında ayırım yapılırken kullanılan başka ölçütler de vardır. Örneğin hakların kuşaklara göre sınıflandırılmasında ve öncelikle medeni-siyasal hakların, daha sonra ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, üçüncü kuşakta da dayanışma haklarının ortaya çıktığı belirtilir. Başka bir sınıflandırma, bireysel haklar-kolektif haklar ayrımıdır. Konumuz açısından önem taşıyan sınıflandırma biçimi ise pozitif-negatif haklara ilişkin olmalıdır. Zira bu sınıflandırmada esas alınan ölçüt, hakkın korunmasında ve gerçekleştirilmesinde devletin oynadığı roldür.

8 Vienna Declaration and Programme of Action (kısaca Vienna Declaration), UN Doc. A/CONF.157/23, 12 July 1993, para. 5.

edilemeyen ve ancak zaman içinde aşamalı olarak gerçekleştirilebilecek haklar olarak yorumlanmaktadır.<sup>8</sup> Ne var ki bu yaklaşım 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinde benimsenen, tüm hakların eşit önemde olduğu kabulünü gözden kaçırmaktadır. 1993 tarihli Konferans'ın temel tartışmalarından biri, hakların hukuki nitelikleri değil, kişilere hangi yetkileri verdiği ve taraf devletlerin yasal yükümlülüklerinin doğasıdır: “*Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar insanların haklarından, özgürlüklerinden ve sosyal adaletten eşzamanlı olarak yararlanabilecekleri bir bakış açısı üzerinde temellenerek, onların bütünlüklü bireyler olarak korunmasını sağlamak üzere tasarlanmışlardır*”.<sup>9</sup>

Herhangi bir insan hakkı üzerinde biraz detaylı düşündüğümüzde, o hakkın diğer haklarla nasıl ilişkili olduğunu kolayca görebiliriz. Bu ilişkilerin belki de en net görülebileceği hak eğitim hakkıdır. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin de 11 No'lu Genel Yorumunda belirtildiği üzere “*eğitim hakkı, ekonomik, sosyal ve kültürel hak gibi çeşitli tasniflere tabi olmuştur ve bunların tamamıdır. Hak, medeni ve siyasi hakların tam anlamıyla sağlanabilmesi açısından, birçok yönüyle, medeni ve siyasi bir hak özelliği de taşımaktadır. Bu bağlamda eğitim hakkı, insan haklarının bütünlüğü ve birbirine bağlılığının bir örneğini teşkil etmektedir*”.<sup>10</sup> Gerçekten de eğitim hakkı, medeni, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel boyutların her birini barındırması dolayısıyla üç kuşak altında da incelenebilen bir haktır<sup>11</sup> ve insan haklarını kuşaklara, devlet müdahalesinin gerekliliği ya da yokluğu ölçütüne veya bireysellik-kolektiflik

unsuruna göre sınıflandırma girişimlerinin her birinin eksik kalabileceğini göstermesi açısından önemli bir örnektir.

İnsan haklarının sınıflandırılmasında temel alınan ölçütlerin de gösterdiği gibi, herhangi bir hakkın hangi grupta yer aldığı ile devlet müdahalesini gerektirip gerektirmediği arasında doğrudan ilişki kurulmuş ve devletin temel yükümlülükleri de buna göre belirlenmiştir. Bu çerçevede ekonomik-sosyal haklar, devletin müdahalesini gerektiren ve böylece pozitif yükümlülüklerini öne çıkaran hak grubu olarak nitelendirilmiştir.

Ancak, hem insan haklarının bütünselliği, hakların karşılıklı bağımlılığı ve birbirleriyle ilişki içinde oluşu, hem de her bir hakkın pozitif ve negatif boyutlarının bulunması, hakkın niteliğinin belirlenmesinde devletin müdahale edip etmemesinin tek başına yeterli bir ölçüt olamayacağını ortaya çıkarmaktadır.

Günümüz insan hakları teorisinde devletlerin insan haklarına ilişkin üç tür yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir: hakkın varlığına saygı gösterme yükümlülüğü, hakkı koruma yükümlülüğü ve hakkın gereğini yerine getirme yükümlülüğü. Bu üç yükümlülük türü her bir insan hakkı açısından geçerlidir. Basitçe söylersek, saygı gösterme yükümlülüğü, devletin bireyin özgürlüklerine müdahale etmemesini; koruma yükümlülüğü, bireyin haklarına üçüncü kişilerce yapılacak müdahalelerin devlet tarafından önlenmesini; yerine getirme yükümlülüğü ise, bireyin kendi çabalarıyla güvence altına alamayacağı ihtiyaçlarının tatminini sağlamak üzere devletin gereken adımları atmasını ifade eder.<sup>12</sup>

9 Vienna Declaration, para. 5.

10 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 11, Plans for Action for Primary Education (art. 14), UN Doc. E/C-12/1994, 1999, para. 2.

11 Bkz. Nowak, Manfred, Introduction to the International Human Rights Regime, 2003.

Bazı yorumcular devlet yükümlülüklerine ilişkin üçlü tipolojiye dördüncü bir unsur daha eklemekte ve devletin aynı zamanda insan haklarını teşvik etme yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedirler. Bu son unsurun kullanılması durumunda devlet yükümlülüklerine ilişkin dörtlü tipoloji ortaya çıkmaktadır.<sup>13</sup>

O halde, sosyal haklar açısından da devletin üç tür yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>14</sup> Bu yükümlülük türlerine biraz daha yakından bakacak olursak:<sup>15</sup>

*i. Saygı Gösterme Yükümlülüğü:* İnsan haklarına ilişkin klâsik/liberal yaklaşımı yansıtan saygı gösterme yükümlülüğü, daha ziyade özgürlük boyutuna vurgu yapar. Yani bir hakkın kullanılabilmesi ancak, devletin hak kullanımına ilişkin müdahalesinin yokluğuyla mümkün olabilecektir. Örneğin yaşam hakkı, devlete, kişinin hayatına son vermeme yükümlülüğünü yükler. Oy kullanma hakkı, kişinin demokratik seçim sürecinden keyfi olarak dışlanmamasını gerektirir. Ekonomik-sosyal haklar çerçevesinde de saygı gösterme yükümlülüğü, devletin söz konusu ekonomik-sosyal hakkın kullanımına keyfi olarak müdahalede bulunmamasını gerektirir.

Örneğin, devlet keyfi olarak kişiyi istihdam piyasasının, sağlık bakım hizmetlerinin veya eğitim sisteminin dışında bırakırsa, bu yükümlülüğün ihlali söz konusudur. Ekonomik-sosyal hakların kullanılabilmesi, bu yönüyle, devletin *müdahaleden kaçınmasını gerektirir*.

*ii. Koruma Yükümlülüğü:* Koruma yükümlülüğünde devletin daha aktif bir ödevi vardır. Hakkın kullanılabilmesi için devlet müdahalesinin yokluğuna değil, aksine devlet müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu durum kimi zaman, söz konusu hakkın kullanılabilmesi için devletin gerekli hukuki yapıyı kurması ve gerekli mekanizmaları oluşturması yoluyla; kimi zaman ise hakka üçüncü kişiler tarafından yapılan/yapılacak olan müdahaleleri engellemesi yoluyla söz konusu olacaktır. Örneğin devlet, işverenlerin temel iş hukuku standartlarına riayet etmelerini sağlayamaz ve bu nedenle işçilerin hakları ihlal edilirse, koruma görevi yerine getirilmemiş olur.

*iii. Gereğini Yerine Getirme Yükümlülüğü:* Gereğini yerine getirme yükümlülüğü, hakların tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için devletin, kanuni, idari, yargısal, bütçe ile ilgili ve benzeri gereken her tür-

12 Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1995, s. 109.

13 İnsan hakları alanında devletin yükümlülüklerine ilişkin üçlü ve dörtlü tipoloji için şu temel metinlere bakılabilir: Eide's Presentation on the Right to Food at the Commitee's General Discussion at its Third Session, UN Doc E/C.12/1989/SR.20; Van Hoof G, "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views", *The Right to Food*, (eds.) Philip Alston, Katarina Tom evski, 1985, s. 97; *The Maastricht Guidelines*, paras. 6-7; Nowak, Manfred, *Introduction to the International Human Rights Regime*, 2003, s. 48-50. Shue ise yardım etme yükümlülüğünden (duty to aid) bahseder. Bkz. Shue, Henry, "The Interdependence of Duties", *The Right to Food*, Philip Alston, Katarina Tomevski (eds.), 1985, s. 85-86.

14 Burada dikkat edilmesi gereken husus, üçlü tipolojinin daha ziyade BM sisteminde esas alınan bir formüle olduğudur. Buna karşılık, örneğin Avrupa Konseyi sisteminde yer alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılamasında, devletin saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüklerinden değil, pozitif ve negatif yükümlülüklerinden yola çıkılarak değerlendirme yapılmakta ve hak ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilmektedir. Ekonomik-sosyal hakların dava edilebilirliği sorununa ilişkin tartışmalarda, Mahkeme'nin pozitif-negatif yükümlülükleri hangi çerçevede tartıştığı ortaya konmaktadır.

15 Bu tartışmalara ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. Yücel Dericiler, Özge, *Refah Devletinın Krizi Kısacasında Ekonomik-Sosyal Haklar ve Devletin Yükümlülükleri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 2010.

lü tedbiri almasını ifade eder. O halde bu alanlardaki düzenleme boşlukları da yükümlülüğün ihlali anlamına gelecektir. Örneğin çalışma, sosyal güvenlik, sağlık ve eğitim hakları, devletin gereken yasal düzenlemeleri yapmasını; istihdam piyasası, sosyal hizmetler, sağlık ve eğitim hizmetleri için uygun idari alt yapıyı kurmasını ve böylece kişilerin istihdam piyasasına, hastanelere, okullara ve ilgili diğer sosyal kurumlara, ayrımcılığa maruz kalmaksızın erişebilmelerini gerektirir.

Devletin saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüklerinin her birinin yine iki boyutu bulunur: *çaba gösterme yükümlülüğü* (obligation of conduct) ve sonuç alma yükümlülüğü (obligation of result). Çaba gösterme yükümlülüğü, belirli bir hakkın kullanımını gerçekleştirmek için gereken eylem planını yapmaktır. *Sonuç alma yükümlülüğü* ise, belirli bir maddi hakkın kullanılabilmesi için, devletin belirli hedeflere ulaşması gerekliliğini ifade eder.<sup>16</sup>

Devlet yükümlülüklerine ilişkin üçlü tipolojinin gösterdiği üzere, hakların tüm potansiyel ihlalcilere karşı korunması esastır. Ancak Nowak'ın işaret ettiği gibi, 19. yüzyılda Avrupa ve Kuzey Amerika'da etkisini gösteren liberal düşünce hakların yatay etkisini geri plana itmiş ve devlet müdahalesine karşı korunmayı öne çıkartmıştır. İnsan haklarına ilişkin uluslararası hukukta yakın zamanda yaşanan dönüşümle birlikte, hakların yatay etkisi yeniden dikkate alınmaya başlanmıştır. Bu dönüşümün sağlanmasında, örneğin, aile içi şiddetin hane içi ve özel bir mesele olarak görülmekten çıkıp bir insan hakkı ih-

lali olarak görülmeye başlanması, böylece uluslararası düzenlemelerin konusu haline gelmesi önemli rol oynamıştır.<sup>17</sup> Bireyi sadece devlete karşı koruma değil, bireyi her türlü ihlale karşı devlet tarafından koruma anlayışı öne çıkmaya başlamıştır.

### **Modern Devletin İşlevlerindeki Değişim ve Sosyal Haklar Alanındaki Yansımaları**

Sosyal hakların güvence altına alınması ve gerçekleştirilmesi, sosyal devletin temel bileşenlerinden biridir. Ancak, modern devletin tezahürlerinden biri olan sosyal devleti diğer devlet tiplerinden ayıran şey, salt devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesi değildir. Zira liberal ekonominin hüküm sürdüğü ülkelerde bile devlet hiçbir zaman tam anlamıyla ekonomik faaliyetlerin dışında kalmamıştır. Modern devletler, oluşmaya başladıkları zamandan bu yana ekonominin temel aktörlerinden olmuşlardır.<sup>18</sup> Hemen hemen tüm devlet tiplerinde devlet, ekonomik ve sosyal hayata değişen düzeylerde müdahale etmiştir.

Sosyal devletin ayırt edici özelliği, eşitsizliğin, yoksulluğun, sosyal adaletsizliğin, insan hak ve özgürlükleri merkezinde çözümlenmesinin amaçlanması ve bu amaca yönelik kurumsallaşmış politikalar oluşturulmasıdır. Modern devlet, 18. yüzyıla kadar koruyucu devlet formunda ekonomik ve sosyal alana müdahale etmekteydi. Koruyucu devlet, uygulanan sosyal politikalar ile aşırı yoksulluğun ve kitlesel isyanların önüne geçiyordu. Zira yoksulluk, kapitalizmin ortaya çıktığı 16. yüzyıldan beri varolan bir sorundur ve bu kesime yönelik devlet yardımları da modern sosyal

16 Goodwin-Gill, Guy S., "Obligations of Conduct and Result", *The Right to Food*, (ed.) Philip Alston, Katari-na Tomásevski, Martinus Nijhoff Publishers, 1994; Akilloğlu bu kavramları "*çaba gösterme yükümlülüğü*" ve "*sonuç alma yükümlülüğü*" olarak kullanır. Bkz. Tekin Akilloğlu, "*Avrupa Sosyal Şartı' Üzerine Bazı Gözlemler*", <[www.idare.gen.tr/akillioğlu-sosyalsart.htm](http://www.idare.gen.tr/akillioğlu-sosyalsart.htm)>, erişim tarihi: 16.11.2008.

17 Nowak, 2003, s. 51-52.

18 Pierson, Christopher, *Modern Devlet, Çiviyazıları*, İstanbul, 2000.

politikanın öncül uygulamalarıdır. Ancak bu politikaların maddi eşitliği, sosyal adaleti sağlamak gibi bir hedefleri yoktur. Hayırseverlik ve gönüllülük gibi unsurlar öne çıkmaktadır.<sup>19</sup> Geçmişte sosyal politika tartışmalarının temelinde yoksullukla mücadele geniş yer tutarken, vatandaşlık haklarının gelişiminin son aşaması olarak sosyal hakların ortaya çıkmasıyla, sosyal hizmetlerin herkes açısından erişilebilir olması anlayışı öne çıkmıştır.<sup>20</sup>

Sosyal devlet, evrensel olarak üzerinde uzlaşmış insan haklarını ve onun bir parçası olan sosyal hakları, uluslararası standartlarla belirlenen düzeyde korumaya ve gerçekleştirmeye çalışır. Sosyal devlette bireyin özgürleşmesinin yolu devletin piyasaya müdahale etmemesinden değil, ekonomik-sosyal hakları güvence altına alacak şekilde müdahalede bulunmasından geçer. Özellikle 1929 dünya ekonomik bunalımı sonrasında yeni bir toplumsal uzlaşımın sonucu olarak görülen Keynesyen refah devletinde sosyal hakların güvence altına alınması amacıyla devlete önemli roller verilmiştir. Bu modelde devlet:<sup>21</sup>

- Yoksullara ve bakıma muhtaç olanlara yönelik yardımları doğrudan yürütür;
- Eğitim ve sağlık hizmeti sunar;
- Tam istihdamı hedefler;
- Enerji, haberleşme, ulaşım, altyapı gibi temel sanayi dalları millileştirilir;
- Gelir dağılımındaki eşitsizlikler, artan oranlı vergilendirme ile dengelenmeye çalışılır ve sosyal sigortacılığın tüm vatandaşları kapsamaya ve risklere karşı koruması hedeflenir;

– Azınlıklar, kadınlar, göçmenler gibi dezavantajlı konumda olanlara yönelik pozitif ayrımcılık uygulamaları yürürlüğe konur.

İnsan haklarının evrensel düzeyde ve tam anlamıyla korunması ve teşvikinde devletin oynayacağı rol, her bir hakka ilişkin tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesidir. Ne var ki, seksenli yıllardan itibaren egemen olan neoliberal söylem ve pratik, devletin ekonomik ve sosyal hayattaki rolünü minimize etmeyi hedeflemiş ve bu büyük ölçüde gerçekleşmiştir. Bu nedenle, günümüzde, ekonomik-sosyal hakları doğrudan ilgilendiren konularda devletin etkinlik düzeyi giderek azalmaktadır. Örneğin, sağlık hizmetlerinin, eğitim sisteminin, hatta güvenlik hizmetlerinin ve hapisanelerin, özelleştirme ve taşeronlaşma gibi olgular neticesinde piyasa koşullarına terk edilmesi ve devletin bu alanlardan elini çekmesi, devletin doğrudan müdahale olanaklarını ortadan kaldırmakta ve böylece hakkı koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüklerinin önemini daha belirgin kılmaktadır.<sup>22</sup> O halde karşımıza çıkan birinci güçlük, neoliberal küresel sürecin devleti pek çok alanda işlevsiz kılmasıyla, sosyal hakların hangi aktör tarafından gerçekleştirileceğidir.

İkinci sorun ise, klasik anlamda sosyal haklar anlayışının günümüzün karmaşık toplumsal sorunlarını karşılamada yetersiz kalmasıdır. 21. yüzyılda Keynesyen refah devletinin krize girmesi ve tam istihdam hedefine ulaşamayacağına anlaşılmasıyla birlikte, çalışma odaklı bir sosyal hak anlayışının ihtiyaçlara cevap vermeyeceği ileri sürülmeye başlanmıştır. İş gücü piyasası büyük bir değişim geçirmiştir.

19 Buğra, Ayşe, *Kapitalizm, Yoksulluk ve Türkiye’de Sosyal Politika, İletişim Y., İstanbul, 2008, s. 9-12.*

20 Buğra, 2008, s. 66.

21 Sallan Gül, Songül, *Sosyal Devlet Bitti, Yaşasın Piyasa: Yeni Liberalizm ve Muhafazakarlık Kısacasında Refah Devleti, Etik Y., İstanbul, 2004, s. 150.*

22 Nowak, 2003, s. 49.

Yaşamakta olduğumuz neoliberal sürecin ekonomik-sosyal haklara yönelik temel tehditlerini değerlendirdiğimizde, karşımıza şöyle bir tablo çıkmaktadır:<sup>23</sup>

– Keynesyen tam istihdamın sağlanamayacağı kabulü ile, toplumun belirli bir kısmının en azından hayatının bir bölümünde çalışma hakkından ve çalışmaya bağlı haklardan mahrum kalacağı anlaşılmıştır. Güvenceli ve tam zamanlı istihdamın kural olmaktan çıkarak bir istisnaya dönüşmesiyle birlikte, çalışan sınıfların oldukça büyük bir kesimi için bazı ekonomik-sosyal haklara erişim sorunlu hale gelmekte; toplumun yoksul ve dışlanmış kesimleri için ise bu haklar tamamen erişilemez olmaktadır.

– Aile ve kadının rollerine ilişkin geleneksel işleyişin değişmesiyle birlikte, evi geçindiren erkek ve ev işleriyle ilgilenen kadın prototipleri üzerine kurulu refah rejimleri çıkmaza girmiştir.

– Çalışma kavramı dönüşüm geçirmekte ve yeni çalışma biçimleri ortaya çıkmaktadır. Kişiler daha esnek ve fakat daha güvencesiz çalışma şartlarında hayatlarını idâme ettirmeye çalışmaktadırlar.

– Kayıt dışı çalışanların sayılarında ciddi bir artış olduğu yapılan çalışmalarla tespit edilmektedir. Bu çerçevede özellikle enformel sektörde çalışan, tarım sektöründe ücretsiz aile işçisi olarak çalışan veya ev eksenli çalışan kadınların ekonomik ve sosyal haklara erişimi çok zor ve kimi haklar bakımından imkânsız olmaktadır.

– Uluslararası finans kuruluşlarının, sosyal politikaların sadece en yoksul kesime odaklanması yönündeki çağrıları ve sosyal güvenliğin kapsayıcı olmaktan çıkması, toplumun diğer katmanlarının refah politi-

kalarına inançlarının sarsılmasına ve desteklerini geri çekmesine neden olmaktadır.

– Ekonomik-sosyal hakların temelinde yatan sosyal dayanışma ve kolektif güçlenmeye yönelik değerler ihmal edilmekte ve bu haklar, sosyal patlamaları önlemeye yönelik yedek tedbirler düzeyine indirgenmektedir.

20. yüzyılda oluşmaya başlayan ve hâlen şekillenmekte olan bu tablo, sosyal hakların amaç ve içeriklerinin gözden geçirilmesini, mevcut normların daha etkili mekanizmalarla denetlenmesini ve küresel dinamiklerin ortaya çıkardığı yeni ihtiyaçları karşılayacak düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

### Sonuç

Sosyal hakların korunması ve gerçekleştirilmesi, hem ulusal hem de uluslararası düzeyde yürütülecek çok katmanlı bir çabayı gerektirir. Başlangıçta da belirtildiği üzere, insan haklarının korunmasında ve teşvikinde pek çok aktör rol oynamaktadır. Keza, ihlaller de farklı aktörler tarafından gerçekleştirilebilmektedir. Küreselleşme sürecinde bir yandan egemenliğin şekil değiştirmesi, diğer yandan ekonomik-sosyal haklara ilişkin temel sorunların ülkesel sınırları aşması ve farklı derecelerde olmakla birlikte tüm devletleri ilgilendiren bir nitelik taşıması, devletlerin tek başına mücadele ederek bu sürece direnmelerini zora sokmakta; süreci tek başlarına dönüştürme olasılıklarını ise tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Öte yandan, küreselleşen sadece ekonomik politikalar değildir; sosyal politikaların küreselleşmesi için yürütülen çalışmaların ve sosyal haklara ilişkin küreselleşen sivil hareketlerin varlığı, hakla-

23 Yücel Dericiler, 2010, s. 86-87.

rın hukukî statüsünü güçlendirme yolunda önemli katkılar sağlamaktadır.<sup>24</sup>

Devletin yükümlülükleri tartışmasında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, uluslararası hukukun aktörleri ve yükümlülükleri konusundaki yaklaşımların değişmesidir. Klasik yaklaşıma göre, sadece egemen devletler hak ihlallerinden sorumlu tutulabilirler. Ulusötesi şirketler gibi devlet-dışı aktörler ve bireyler tarafından gerçekleştirilen ihlaller ise uluslararası hukuka konu olmazlar. Söz konusu aktörler hak ihlalinde buldukları zaman, ihlali oluşturan eyleme müsamaha gösteren ya da dolaylı olarak bu eylemi desteklemiş olan devlet sorumlu tutulur ve uygun her türlü tedbiri alarak bu eyleme son verilmesi gerekir. Ancak, neoliberal küreselleşme süreci devletin etkinlik düzeyini azaltıp devlet-dışı aktörlerin gücünü artırırken, uluslararası hukuktaki klasik yaklaşım,

hak ihlallerinin önlenmesi, tekrarlanmaması ve mağduriyetin giderilmesi aşamasında yetersiz kalmaktadır.<sup>25</sup> Bu süreç hem devletlerin, güçleri ne kadar azalmış olursa olsun, hak ihlallerinin birincil derecede muhatapı olmaları nedeniyle hala son derece önemli bir işlevi yerine getirmekte olduklarını ortaya çıkartmakta; hem de devlet-dışı aktörlerin uluslararası hukuk düzeyinde sorumlu tutulmalarını ve tüm eylem ve işlemlerinde insan haklarına ilişkin evrensel norm ve ilkeleri dikkate almalarını gereklilik haline getirmektedir.

Devletin olduğu kadar devlet dışı aktörlerin insan haklarına ilişkin sorumluluklarını ve yükümlülüklerini belirlemede ise, insan haklarının etik ilkeler olduğunu dikkate almak son derece önemlidir.<sup>26</sup> Zira koruma, her şeyden önce normların oluşturulması aşamasında insan haklarının gereklerinin dikkate alınıp alınmamasıyla ilgilidir.

---

24 Küresel olumsuzluklara verilen en anlamlı yanıtlardan biri, 2001 yılında Porto Alegre’de ilki düzenlenen ve o tarihten bu yana sürdürülen Dünya Sosyal Forumu toplantıdır. Bkz. Dandan, Virginia, Miloon Kothari, “Foreword”, *Dignity and Human Rights: The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights*, (eds.) Berma Klein Goldewijk, Adalid Contreras Baspineiro, Paulo César Carbonari, Intersentia Pub., Antwerp, Oxford, Newyork, 2002, s. ix.

25 Nowak, 2003, s. 54.

26 Bkz. Kuçuradi, İoanna, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncülleri Olarak İnsan Hakları”, *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Y., Ankara, 2007.*



# Avrupa Birliği İlerleme Raporları Denetiminde Değişen Türk Pozitif Hukuku

Abdullah DİNÇKOL\*

## 1. Pozitif Hukuk<sup>1</sup>

Öğretide çoğu zaman birbirinin yerine kullanılan “Pozitif hukuk”, “müspet hukuk”, “yürürlükteki hukuk”, “mevzuat” kavramları, bir ülkede, belli bir zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütününe ifade etmektedir. Ülkemizdeki yürürlükteki yasa, tüzük, yönetmelik, genelge ve yönergelerin tümü, “Türk Pozitif Hukuku”nu oluşturmaktadır. Hukuk dogmatığı ise, bunlarla uğraşan disiplindir<sup>2</sup>. Kuşkusuz ki hukuk uygulanmak için vardır ve bu uygulanım, pozitif hukuk kurallarına göre yürütülmektedir. Hukuk dogmatığının dediği, yasa koyucu tarafından konmuş bulunan eylemsellikte yürürlü bir hukukun varolduğu ve bunu tartışmasızca kabulellenip uygulamanın zorunlu bulunduğu<sup>3</sup>.

“Pozitif hukuk, tarihen oluşmuş bir hukuktur ve bu yüzden de tarihî gelişim içerisinde yenisi ile değiştirilmeye elverişlidir.

Pozitif hukukun muhtevasının ne olacağına, onu yaratanlar karar verir; bu muhteva, onların buyruğundadır ve ihtiyaç olunca değiştirilebilir.

Nitekim bu hukuk devletten devlete ve devirden devire değişmektedir.

Birbirine yakın kültür düzeyinde bulunan devlet ve uluslarda sahip olduğu sayısız benzerliklere rağmen hukukun, ülkeden ülkeye değişik olduğu ve sınırın bu yanında hak olan bir şeyin, öbür yanda haksızlık olduğu, aynı ülke içerisinde dahi hak ve haksızlığa ilişkin kararın zamanla değiştiği görülmüş ve görülmektedir.”<sup>4</sup>

Bu anlamda pozitif hukuk, “olan hukuk” (de lege lata)’dır ve bir “Türk Pozitif Hukuku”ndan, bir “İsviçre Pozitif Hukuku”ndan, bir “Uluslararası Pozitif Hukuk”tan söz edilebilir.<sup>5</sup>

Pozitif hukukun kapsamı bu şekilde genişletilebildiği için, sadece yetkili bir makam tarafından, belli bir prosedüre uygun olarak konulmuş yazılı hukuk kurallarının bütününe ise, “mevzu (konulmuş) hukuk” bir başka deyişle “mevzuat” da denilmektedir. Yasalar, kanun hükmünde kararname, tüzükler, yönetmelikler mevzuatı yani mevzuatı oluşturmaktadırlar.

\* Prof. Dr. İstanbul Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Bu çalışmanın hazırlanmasında “Kopenhag Kriterlerinin Türk Pozitif Hukukuna Etkileri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:5 Sayı:10 Güz 2006/2 s.25-48; “Bir Pozitif Hukuk Kaynağı Olarak Avrupa Birliği Hukuk Sistemi”, Ankara Bar Association, International Law Congress, 8 January – 11 January, Ankara 2008, (basım: Ankara 2009) / ayrıca; İstanbul Barosu Yayınları, S.22, İstanbul 2010, s.189-214, isimli makalelerimden yararlanılmıştır. Ayrıca tebliğin sunumundan yayımlanmasına kadar geçen sürede meydana gelen değişiklikler ve özellikle yayınlanan 2010 İlerleme Raporu tespitleri ile Avrupa Komisyonu’nun Brüksel, 9.11.2010 Tarih ve Com(2010) 660 sayısı ile Avrupa Parlamentosu’na ve Konsey’e Sunduğu Bildirim hükümlerine de yer verilmiştir.

2 Tarık Özbilgen, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, s.356–357.

3 Ibid., s.360-361.

4 Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s.44–45.

5 Cahit Can, Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon, (basılı olmayan doçentlik tezi), Ankara 1982, s.86–87.

Mevzu hukuk içinde normlar hiyerarşisi bağlamında en önemli norm sistemi, “yasalar sistemi”dir. 1920 – 2010 tarihleri arasında gelişen 91 yıllık Türk yasalar sistemine, oluşturulma süreci açısından bakıldığında, özellikle 2001 – 2010 yılları arasındaki 10 yıllık dönemin Avrupa Birliği İçin Ulusal Program<sup>6</sup> çerçevesinde yasalastırma dönemi şeklinde belirlenebileceğini görüyoruz.

## 2. Avrupa Birliği’ne Uyum İçin Ulusal Program Çerçevesinde Yasalaştırma

2001 sonrası Türkiyesinde yoğun bir yasalastırma olgusu söz konusudur. Ancak halen içinde bulunduğumuz bu dönem yasalastırması oldukça yakın ve yoğun bir “dış ilgi ve kontrol” altında gerçekleştirilmektedir. Bu ilgi, etki ve kontrolün kaynağı ise Avrupa Birliği (AB)’dir.

### 2.1. Avrupa Birliği’ne Uyum

AB, klasik uluslararası örgütlerden farklı olarak, kurucu antlaşmaları itibariyle oluşturduğu hukuki yapısıyla, üye devletlerin iç hukuk mevzuatında doğrudan veya derhal uygulanabilir normlar aracılığıyla etkiler doğuran bir özelliğe sahiptir.

Üye devletler, Avrupa Toplulukları’nın Kurucu Andlaşmaları uyarınca, belirli alanlarda egemen yetkilerini devrederek veya sınırlandırarak tesis ettikleri Avrupa Toplulukları aracılığı ile kendilerine ve vatandaşlarına uygulanabilen bir hukuk normları bütünlüğü yaratmışlardır<sup>7</sup>.

AB’nin özgün bir karakter taşıyan hukuk düzeni için yaygın olarak “bütünleşme

hukuku” terimi kullanılmaktadır. Üye ülke hukuk düzenlerinden ayrı ve bağımsız bir hukuk düzeni teşkil eden AB hukukunun farklı yönü, üye ülke hukuklarının üstünde yer alması ve onlarla bütünleşmek zorunda olmasının yanında, ayrı bir yapı olmasıdır<sup>8</sup>.

Çeşitli alanlardaki “mevzuatın uyumlaştırılması” çabaları, hukuk yaratma gücünün iktisadi ve sosyal hayatın birçok alanlarında merkezileşmesi eğilimini destekleyen bir girişim olmuştur. Tek Avrupa Senedi (1987) ve Maastricht Antlaşması’ndan (1992) sonra Avrupa Topuluğu her biri özerk hukuk sistemlerine sahip bağımsız devletlerin bir topluluğu olmaktan çıkarak belirli alanlarda ortak yasalara tabi bütünleşmiş bir siyasi birliğe dönüşmüştür<sup>9</sup>. Bu açıdan bakıldığında siyasal birlik, bir hukuksal oйдаşmayı ifade etmektedir. Ama birlik hukukunun uygulanışındaki etkinlik de ulusal mevzuat harmonizasyonlarına bağlıdır. Bu durumda iki tür sorun karşımıza çıkar: Birincisi ulusal mevzuatın ne kadarının tümüyle ulusal olduğuna karar verilmesi ve ortak güçlü kesişenlerin tespit edilmesi sorunudur. İkincisi niceliksel çokluk ve bu çokluğun Birlik nezdinde işlenip dönüştürülmesine ilişkindir<sup>10</sup>.

Merkezileşmeyle paralel olarak üye devletlerin hukuk düzenlerini standartlaşmaya yönelik “mevzuatın uyumlaştırılması” politikası, Adalet Divanı’nın yerel/ulusal otoritelerin özerk davranma konusunda cesaretlerini kıran içtihadıyla birleşince, çeşitlilik ve farklılıkların Avrupa düzeyinde ortadan kalkma süreci başlamış oldu<sup>11</sup>.

6 Türkiye tüm aday ülkelerde olduğu gibi Müktesebatın Kabulü için Ulusal Program hazırlamış ve 19 Mart 2001 tarihinde Avrupa Komisyonu’na sunmuştur. Türkiye’nin Katılım Ortaklığı Belgesi’nde detaylı olarak belirtilen yükümlülüklerini bir takvime bağlayan Ulusal Program, Mart 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmiştir. ([http://www.tribeca.com.tr/delturtest/\\_webpub/Ulusal\\_Program.doc](http://www.tribeca.com.tr/delturtest/_webpub/Ulusal_Program.doc))

7 K. Reçber, Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri, Bursa 2004, s.149.

8 DTM, Avrupa Birliği ve Türkiye, 6. Baskı, Ankara 2007, s.28.

9 Mustafa Erdoğan, “Avrupa, Avrupa Birliği ve Türkiye”, Liberal Düşünce, Yıl.10, S.40, Güz 2005, s.8.

10 Beril Dedeoğlu, Adım Adım Avrupa Birliği, Okumuş Adam Yayınları, İstanbul 2006, s.170-171.

11 Erdoğan (2005), s.8.

Bu noktada şöyle bir soru akla gelebilir. Türk hukuku, AB hukukuna uyum sağlayabilir mi? Türk hukukunun özellikle pozitif hukukun niteliği açısından AB hukukuna uyumu diye bir sorun yoktur. Türk Hukuku zaten Kara Avrupası Hukuku'nun genel karakterlerini taşıdığından, hukuk düzeni ve/veya hukuk sisteminin geneli itibarıyla AB hukukuna "uyum" sorunu yaşanmamaktadır<sup>12</sup>.

Bu durumda, Türk hukuku, "AB hukukuna uyum sağlayabilir mi?" sorusunun cevabını verebilmek için burada "uyum"un ne anlama geldiğini belirlememiz lâzım gelmektedir; bunun için de, uyum sağlanacak olan yapıya, yani AB'ne ve onun hukukuna daha yakından bakmak gerekecektir.

## 2.2. Avrupa Birliği Etkisi

AB'nin temellerini oluşturan Roma Anlaşması'nın "Giriş" bölümünde kurucu ülkeler arasındaki işbirliğinin nedeni olarak "kaynakların bir araya getirilmesi yoluyla barış ve özgürlüğü korumak ve güçlendirmek" gösterilir<sup>13</sup>.

Bu anlamda Anlaşmayı oluşturan temel saikin, her birinin farklı ticari ve iktisadi beklentisi olan (Pazar, hammadde, sanayi ürünü ihracatı, tarımsal ithalat, vb.) bir grup devletin ihtiyaçlarına karşılıklı olarak cevap bulması; ancak bundan daha önemli amacın barış ve özgürlüğün egemen olduğu bir hukuk düzeninin yerleşmesi olduğu söylenebilir. Bu tür bir düzenin kurulması için ise her şeyden önce, tüm üye ülkelerde

geçerli olacak ve tümünü bağlayacak "ortak hukuksal normlar"ın oluşturulması gerekir. Roma Anlaşması'nın 3. maddesi de, bu amaçla yapılması gerekenleri saymış ve üye devletlerin ulusal mevzuatlarının birbirlerine yaklaştırılmasının sağlanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>14</sup>.

9-10 Aralık 1991 tarihlerinde, Hollanda şehri Maastricht'te toplanan Avrupa Topluluğu devlet ve hükümet başkanları, Avrupa Birliği Antlaşması üzerinde anlaşarak, metni 7 Şubat 1992 tarihinde imzalamışlar, Antlaşma 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Roma Anlaşması'nda yapılan en önemli ve en karmaşık hükümler içeren onuncu değişikliktir. Böylece AB'nin hukuksal temelleri atılmıştır. Antlaşmanın başlangıcındaki temel ilkelerden birisi, "Özgürlüğe, demokrasiye ve insan hakları ile temel özgürlüklere ve hukuk devletine saygıya bağlılıklarını teyit ederek" şeklinde ortaya konulmuştur<sup>15</sup>. Söz konusu hukuksal dönüşüm, Roma Antlaşması'nı değiştiren, siyasi ve ekonomik nitelik taşıyan iki sözleşmenin üye ülkeler devlet ve hükümet başkanları tarafından imzalanması ile sağlanmıştır<sup>16</sup>.

Dolayısıyla AB'de hem kurucu rol oynayacak, hem de sürekliliği sağlayacak temel unsur "hukuk"tur. Buna göre uygulama alanı ülkeden ülkeye değişse bile Avrupa hukuk kültürü, Birlik üyeleri açısından ortak bir nitelik arz eder<sup>17</sup>. Adalet Divanı, Yeşiller kararında Avrupa Eko-

12 Tuğrul Arat, "Cumhuriyet Hukuku AB Hukuku'na Uyum Sağlayabilir mi? Sorunlar ve Öneriler", Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, 30-31 Ekim 2003 Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, s.312.

13 Abdullah Dinçkol, "Kopenhag Kriterlerinin Türk Pozitif Hukuku'na Etkileri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:5 Sayı:10 Güz 2006/2, s.29.

14 [http://www.unizar.es/euroconstitucion/library/historic%20documents/Rome/TRAIT\\_ES\\_1957\\_CEE.pdf](http://www.unizar.es/euroconstitucion/library/historic%20documents/Rome/TRAIT_ES_1957_CEE.pdf), Article/3;

15 Dinçkol (2006), s.29-30. Dinçkol (2006), s.30.

16 Rıdvan Karluk, Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta, 8. Bastı, İstanbul 2005, s.85.

17 H. E. Beriş, "Avrupa Birliği Üyeliği Ya Da Türk Siyasetinde Demokratikleşme Eğilimleri", Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7/1 (2005), s.209. (<http://dergi.iibf.gazi.edu.tr/pubs.aspx?q=beri%fe>).

nomik Topluluğu'nu "hukuk topluluğu" olarak nitelendirmiştir. Ancak "hukuk topluluğu"nun "hukuk birliği"ne dönüşme süreci devam etmektedir<sup>18</sup>.

AB sistemi içine dahil olan veya dahil olmak isteyen her ülke öncelikle hukuk sistemini AB hukuk sistemine uydurmak zorundadır. Bu da AB hukuk sisteminin özellikle üye olmak isteyen ülkeler tarafından "hukuk kaynağı" olarak görülmesi sonucunu doğurmaktadır.

### 2.3. Avrupa Birliği'ne Uyum İçin Kopenhag Kriterlerinin Etkisi<sup>19</sup>

21-22 Haziran 1993 tarihinde Kopenhag'da yapılan AB Hükümet ve Devlet Başkanları Zirvesi sonrasında yayımlanan Sonuç Bildirisi'nde, Avrupa Birliği'nin genişlemesinin Merkezi Doğu Avrupa Ülkelerini kapsayacağı kabul edilmiş ve aynı zamanda adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılaması gereken "kriterler" de belirtilmiştir<sup>20</sup>.

Bu kriterlerin aday ülkeler tarafından karşılanıp karşılanmadığına AB Komisyonu karar vermektedir.

Kopenhag Kriterleri olarak bilinen prensipler bütünü, "siyasal"<sup>21</sup>, "ekonomik"<sup>22</sup> ve "topluluk mevzuatının (Acquis) benimsenmesi"<sup>23</sup> olmak üzere üç grupta toplanmıştır<sup>24</sup>.

Bu kriterlerin hemen yanında yer verilen iki şart daha vardır: Birincisi; aday ülkenin (kabul ettiği) Topluluk kazanımını etkili biçimde uygulayabilmesi için idarî ve adlî (kurumsal) kapasiteye sahip olmasıdır. İkinci (ek) şart ise; bütün diğer kriterlerin yerine getirilmesinden sonra, AB'nin nihaî değerlendirmesine ilişkin bulunmaktadır: Birliğin aday ülkeyi "absorbe" edebilme imkânının bulunması<sup>25</sup>.

AB üyesi olmak isteyen aday ülkeler politik, ekonomik ve hukuki yapılarını bu kriterlere göre yeniden düzenleyeceklerdir. Bir aday ülke Birliğe kendisi olarak değil, Birliğin olmasını uygun gördüğü bir yapıya sahip olarak katılabilir<sup>26</sup>.

Birlik hukuk düzeninin tamamlayıcı, üst bir ortak çalışma sistemi oluşturabilmesi için, üye devletlerin ulusal hukuk düzenleri karşısında zorlayıcı ve özerk bir konumda olması gerekir. Bu nedenle üye devlet hukuklarının Birlik hukuk sisteminin düzenleme alanına giren konularda yerlerini ortak hukuk sistemine terk etmeleri gerekir. Diğer bir ifadeyle kurucu anlaşmaların düzenleme yapma hususunda topluluk organlarına sınırlı sayım yöntemiyle yetki verdiği konularda, ulusal devletler yetkilerini yitireceklerdir. Bu konularda uluslararası bir konuma sahip bulunan AB kurumlarınınca verilen kararlara üye devletlerin uymaları gerekmektedir.

18 A. Işıl Karakaş, *Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler, Yenilik Basımevi, İstanbul 2003, s.44-46.*

19 Abdullah Dıncöl, "Bir Pozitif Hukuk Kaynağı Olarak Avrupa Birliği Hukuk Sistemi", *Ankara Bar Association, International Law Congress, 8 January - 11 January, Ankara 2008, İstanbul Barosu Yayınları, S.22, İstanbul 2010, s.200.*

20 <http://europa.eu.int/comm/enlargement/intro/criteria.htm>.

21 *Siyasal Kriterler: Aday ülke, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları, azınlıklara saygı ve azınlıkların korunmasının güvence altına alındığı istikrarlı bir kurumsal yapıya sahip olmalıdır.*

22 *Ekonomik Kriterler: Aday ülke, işleyen bir piyasa ekonomisi ve AB içinde rekabetçi baskı ve piyasa güçleriyle başa çıkabilme kapasitesine sahip olmalıdır.*

23 *Topluluk Mevzuatının (Acquis) Benimsenmesi: Aday ülke, siyasal, ekonomik ve parasal birlik amaçlarına uyum dâhil olmak üzere, AB mevzuatını üstlenebilme ve uygulayabilme kapasitesine sahip olmalıdır. Topluluk mütehasatına uyum kriterleri, AB'nin siyasi birlik ile ekonomik ve parasal birlik hedeflerini kabul etmek; AB'nin aldığı kararları ve uyguladığı yasalara uyum, sağlamak; Gümrük Birliği, malların serbest dolaşımı, sermayenin serbest dolaşımı gibi ortaklık anlaşmalarında belirtilen şartlara uyum sağlamak olarak ifade edilmiştir.*

İktisadi işbirliğinden siyasi bütünleşmeyi gerçekleştiren Birlik hukuku, entegrasyonu sağlayan en etkili zorlayıcı enstrüman olması dolayısıyla hiyerarşik olarak üye devlet hukuklarının kayıtsız şartsız üstünde yer alır ve öncelikle uygulanır. Böylece tam üye devletlerdeki bireyler bir yandan ulusal, öte yandan uluslarüstü olmak üzere çok hukuklu bir sisteme tâbi olmak suretiyle aynı zamanda farklı sadakat değerlerine sahip olmaktadır<sup>27</sup>.

Devletlere ait münhasır yetkiler, aşamalı olarak Birliğe geçmekte, devletler Birlik kurumlarının işlemleri ile bağlı olarak bir yürütme yetkisi kullanılmaktadır. Bu dinamik yapının ortaya koyduğu ise ulusal organların kullandığı egemenlik yetkilerinin erimesidir<sup>28</sup>.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın açık ve net ifadesi uyarınca da, "...belirli bir alanda yetkilerini Topluluğa devreden üye devletlerin bu alanlarda normatif yetkileri sona erer."<sup>29</sup> Bu doğrultuda Topluluğun yetkileri, dolayısıyla Topluluk kurumlarının normatif işlem alanı genişlerken, devletlerin yetki alanı daralmakta, bu durumun doğal sonucu olarak da parlamentolar yetkisizleşmektedir<sup>30</sup>. Hiçbir iç hukuk metni antlaşmalardan doğan hukuka aykırı olamaz. Bu doğrultuda artık **grundnorm** topluluk antlaşmalarıdır<sup>31</sup>.

Adalet Divanı, Simmenthal II kararında, yorumunu daha da geliştirerek, hem Antlaşmanın, hem de "doğrudan etkili" Topluluk işlemlerinin yürürlüğe girmesiyle, bunlarla çatışan ulusal hukuk kurallarının kendiliğinden "uygulanamaz" hale geleceğini belirtmiştir. Topluluk hukukuna aykırı ulusal işlemler; Topluluk hukuku kapsamına giren Antlaşma hükümleri, Topluluk işlemlerinden sonra yapılsalar da, üstünlük doktrini karşısında koruma görmezler. Ulusal hukuk düzenlerinin, Topluluğun yasama yetkisine tecavüz eden ya da Topluluk hukuku ile bağdaşmayan ulusal işlemler yapmaları, üye devletlerin Antlaşma gereği geri dönülmez biçimde kabul ettikleri yükümlülüklerin inkârı anlamına gelir. Bu durum Topluluğun temelini sarsar<sup>32</sup>.

Aynı bağlamda, Topluluk hukukuyla bağdaşmamakla birlikte, yürürlükte bulunan, ancak henüz uygulama imkânı bulamadıkları için, Topluluk hukukuyla sadece çatışma potansiyeline sahip olan ulusal kurallar da "uygulanamaz" niteliktedirler. Ulusal hukuk düzenleri, ulusal yöntemlerle (yargısal yolla, idari yolla ya da yasama işlemleriyle) bu tür kuralları ortadan kaldırmak ve kendilerini Topluluk hukukuna uyumlu hale getirmek yükümlülüğü altındadırlar<sup>33</sup>. Bütünleşmenin daha ileri noktalara ulaşması doğrultusunda devlet,

24 Dinçkol (2006), s.32-33.

25 Bu (ek) şartlardan ikincisi bağlamında Avrupa Birliği, bütün diğer kriter ve şartların yerine getirildiğini saptadığı aday ülkenin, Birliğe malî ve kurumsal yönlerden sorun çıkarmayacağına ilişkin bir değerlendirme yaptıktan sonra, üyelik kararını kesinleştirecektir. Arat, s.314.

26 İKV (2006), s.57.

27 M. M. Hekimoğlu, "Avrupa Birliği Hukuku ve 1982 Anayasası'na Göre Egemenlik", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, (www.e-sosder.com, Y. 2003 C.2, S. 6), s.36

28 A. Işıl Karakaş, *Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği*, Der Yayınevi, İstanbul 1993, s.14.

29 Karakaş (2003), s.117.

30 Karakaş (1993), s.16, 91.

31 Karakaş (2003), s.26-27.

32 Bertil Emrah Oder (Tekinalp / Tekinalp), *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. baskı, İstanbul 2000, s.148.

33 Oder, s.150.

iç hukukun Topluluk normuyla uyumunu sağlamanın yanı sıra Topluluk amaçlarına yönelik tüm engelleri kaldırmakla da yükümlüdür<sup>34</sup>.

Görülmektedir ki devleti şekillendiren egemenlik anlayışı ve egemenliği kullanan devlet organlarının nitelikleri, AB içinde klasik anlamlarını yitirmişlerdir. Bütün bu süreç; ulus-devletlere özgü “egemenlik ve bağımsızlık” ilkelerinin yeniden düzenlenmesi ve ulus-devletlerin bu yapıda “birinci sınıf hukuki varlıklar olmaktan çıkarılması” sürecidir.

Avrupa Toplulukları’nı kuran ülkeler, aralarında akdettikleri Antlaşmalar ile yeni bir uluslararası hukuk düzeni oluşturmuşlar ve bu sonucu elde etmek için egemenlik yetkilerinin bir kısmını, antlaşmalarla vazzettikleri normatif hukuk düzenini işletmek üzere, bu Topluluklar’ın kurumlarına terk etmişler veya birbirleriyle ilişkilerinde kullanmaktan vazgeçerek sınırlamışlardır<sup>35</sup>.

### 3. Kopenhag Kriterleri ve Türkiye<sup>36</sup>

#### 3.1. Siyasal Kriterler

AB’ne girmeye aday ülkeler; “İstikrarlı ve kurumsallaşmış bir demokrasinin var olması”, “*Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü*”, “İnsan haklarına saygı” ve “Azınlıkların korunması” gibi dört ana kriter açısından değerlendirmeye alınacaktır ve alınmaktadır.

Genel olarak; Ülkenin çok partili bir demokratik sistemle yönetiliyor olması, hukukun üstünlüğüne saygı, idam cezasının olmaması, azınlıklara ilişkin herhangi bir ayrımcılığın bulunmaması, ırk ayrımcılığının olmaması, kadınlara karşı her türlü

ayrımcılığın yasaklanmış olması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Sözleşmesinin tüm maddeleri ile çekincesiz kabul edilmiş olması, Avrupa Konseyi Çocuk Hakları Sözleşmesinin kabul edilmiş olması gibi özellikler dikkate alınmaktadır.

Ancak, bu ilkelerin varlığı tek başına yeterli olmamakta, aynı zamanda kesintisiz uygulanıyor olması gerekmektedir. Zira teorik anlamda üye aday devletler tarafından yapılacak uyarlamalar yeterli görülmemektedir. AB, dolayısıyla Avrupa Toplulukları müktesebatına uyum konusunda yapılan çalışmaların uygulamaya da geçirilmesi gerekmektedir. Örneğin, Türkiye 2005, 2006, 2007, 2008 ve 2009 (ve 2010)<sup>37</sup> İlerleme Raporlarında Türkiye’nin siyasi kriterlere uyum performansının ve değişim hızının düştüğüne dair sürekli uyarılar gelmekte ve Türkiye’nin müzakerelere süreci boyunca da siyasi kriterlere uyum ve uygulamaya azami özen göstermesi gerektiğine dikkat çekilmektedir.

Raporların siyasi kriterler bölümünde sık sık vurgulanan bu husus, reformların uygulanmasında aksaklıklar, eksiklikler ve özellikle de düzensizlikler gözlemlendiği yönündedir. Raporlar, bu hususların düzeltilmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar.

#### 3.2. Ekonomik Kriterler

Kopenhag Zirve sonuçlarına göre, ekonomi alanında işlevsel bir piyasa ekonomisinin varlığı kadar, AB içindeki piyasa güçleri ve rekabet baskısı ile baş edebilme kapasitesi de aranmaktadır.

#### 3.3. Topluluk Müktesebatına (Acquis) Uyum Kriteri

Önemi anlaşılammakla birlikte, etkisi en fazla olacak kriter budur. Genel olarak

34 Karakaş (1993), s.17.

35 DTM, s.28.

36 Dinçkol (2010), s.204.

37 Bu çalışmanın sunulmasından sonra yayınlanmış olan 2010 İlerleme Raporu hükümlerine de yer verilmiştir.

38 TÜSİAD, Avrupa Birliği’ne Tam Üyeliğe Doğru, Siyasi Kıstaslar ve Uyum Süreci, Yayın No. TÜSİAD-T/99-12/276, İstanbul, Aralık 1999, s.13.

“Avrupa Mevzuatına Uyum” olarak gö-  
rülür ve pek fazla önemsenmez. Gerçekte  
Avrupa Birliği hukuk sistemini ve politika-  
larının üstünlüğünü kayıtsız şartsız  *kabul*  
 *etme* kriteridir.

Avrupa Birliği Antlaşması, AB Mevzu-  
atı, AB Adalet Divanı İçtihadı ve AB'nin  
akdettiği uluslararası anlaşmaların bütünü,  
AB müktesebatını (acquis communautaire)  
oluşturmaktadır<sup>38</sup>.

AB, dolayısıyla Avrupa Topluluk-  
ları üyesi olmayı gaye edinen Türkiye  
Cumhuriyeti'nin, Topluluklar Hukukunun  
öngördüğü sistem ile iç hukuk düzenleme-  
lerini uyumlu hale getirmesi gerekmektedir.  
Bu konuda özellikle Anayasal nitelikteki  
düzenlemelerin Topluluklar Hukuku ile  
uyumlu kılınması öncelikli bir sorundur.  
Üye devletler ve tabii ki üye olmak isteyen  
devletler, çok yönlü işbirliğinin gerçekleş-  
mesini sağlayabilmek amacıyla, iç hukuk  
düzenlemelerini, başta anayasaları olmak  
üzere topluluk antlaşmalarıyla uyumlu kı-  
lmak zorundadırlar<sup>39</sup>. Zira Anayasa düzen-  
lemelerinin Topluluklar Hukuku ile uyumlu  
hale getirilmeden diğer iç hukuk düzen-  
lemelerinin uyumlaştırılmasının, Anayasaya  
aykırılıklar gibi çeşitli sakıncaları da bera-  
berinde getirmesi söz konusu olacaktır<sup>40</sup>.

Topluluk Müktesebatına Uyum Kriteri  
özetle “AB'nin siyasi birlik ile ekonomik ve  
parasal birlik hedeflerini kabul etmek”<sup>41</sup>,  
“AB'nin aldığı kararlara ve uyguladığı  
yasalara uyum sağlamak” şeklinde ifade  
edilebilir<sup>42</sup>:

AB'nin aldığı kararlara ve uyguladığı  
yasalara uyum sağlamak; aday ülkelerin  
birliğe dahil olmadan önce 35 stratejik  
alanda altyapı ve mevzuatını AB'nin tale-  
p ettiği reçeteye göre radikal bir şekil-  
de değiştirmesinin beklenmesi demektir.  
Burada uygulanan strateji bir anlamda  
egemenliğin sistematik bir şekilde fiilen  
devredilmesidir. Bunun parlamenter meka-  
nizma ve süreçler ile gerçekleştiriliyor gö-  
rünümü verilmesine özen gösterilmektedir.  
Gerçekte bütün parlamentolar değişimin  
karmaşıklığı karşısında mantığını kavra-  
maktan uzak kalmakta ve bunları bir tür  
rasyonelleşme ve reform atılımları olarak  
algılamaktadırlar<sup>43</sup>.

Birlik tarafından aday ülkelerden talep  
edilenler, 35 alanda, aday ülkeler için ha-  
zırlanan gelişme raporlarında ayrıntılı şe-  
kilde incelenmektedir.

Görüldüğü gibi üçüncü Kopenhag  
Kriteri sadece bir “mevzuat uyumu yak-  
laşımı” değil, bir ulus-devletin bütün iç ve  
dış politika uygulamalarını kapsayan alan-  
larda “Avrupa Birliği mevzuatını eksiksiz  
benimseme” zorunluluğudur. Bu durum  
gerçekleştiği zaman ulus-devlet parlamen-  
toları AB yasalarını onaylama durumunda-  
dırlar<sup>44</sup>.

Görülmektedir ki, “Avrupa Birliği'ne  
Uyum” salt hukukî çerçevelerin uyumu  
değildir. Ashında, zaten Türkiye'nin genel  
çerçevesi, Avrupa Hukukuna uygundur.  
Sorun, bu genel çerçevenin içeriğini “Ko-  
penhag-Madrid Kriterleri”nde ortaya ko-

39 Erdoğın Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta yayınları, 13. Baskı, İstanbul 2009, s.12.

40 Reçber (2004), s.153.

41 Birliğin “Ortak Dış Politika ve Güvenlik” politikasına etkin bir katılım için aday ülkelerin buna hazır ol-  
ması gerekmektedir. Parasal Birlik konusunda ise, merkez bankasının bağımsızlığı, ekonomik politikaların  
koordinasyonu, İstikrar ve Büyüme Paktına katılım, merkez bankasının kamu sektörü açıklarını finanse  
etmesinin yasaklanması gibi konularda üye ülkelerin aldıkları kararlara katılmak gerekmektedir. Dinçkol  
(2010), s.208.

42 [http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag\\_kri.html](http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag_kri.html)

43 Dinçkol (2010), s.208.

44 Dinçkol (2010), s.209.

nan temel değerlere göre “revizyona tabi tutmak”tır. Böyle bir revizyonun tam olarak gerçekleşmesi için bu temel değerlere “zihin” olarak hazır olmak gereği vardır. Aksi takdirde, bu temel değerleri bir ülkenin istikrarlı ve etkili bir uygulamaya da konu olacak biçimde hukuk sistemine tam olarak geçirmesi mümkün olamaz. Öte yandan, siyasî, hukukî ve ekonomik kriterler biçiminde ifadeye kavuşturularak sunulan Avrupa entegrasyonunun temel değerlerinin içeriklerinin de Avrupa Birliği’nde edinmiş olduğu anlamlarıyla kabul edilmiş önemlidir. Yani, her aday ülke, “Ben hukukun üstünlüğünden bunu, piyasa ekonomisinden şunu anlıyorum” diyemez. Avrupa Birliği’nde bunlar nasıl anlaşılıyor, bunların ilişkin bulunduğu kavram ve ilkelere nasıl yorumlanıyorsa, aday ülke de öyle anlayacak, öyle yorumlayacaktır<sup>45</sup>.

Temel değerler konusundaki (aday ülke ile Avrupa Birliği arasında oluşacak) bu uzlaşma gerçekleşebildiği takdirdedir ki, teknik anlamda “uyum süreci” etkili biçimde başlayabilecektir. İşte bu süreç içinde aday ülke, Topluluk Hukuku’nun çeşitli kaynaklarından elde edilen kurallara, düzenlemelere göre kendi hukukunu gözden geçirecek, hatta bazı düzenlemeleri doğrudan kendi hukukuna geçirecektir. Ancak, temel değer ve kavramlar düzeyinde meydana gelecek “uzlaşma”yı takiben bu “tadilatı” yapmak zor olmayacaktır. Aday ülkenin, Topluluk Hukuku’nun çeşitli kaynaklarından elde edilen kurallara göre -ve yine Avrupa Birliği’nde yorumlandıkları gibi- kendi hukukunu tadil etmesi, “Top-

luluk kazanımına uyum” olarak bilinen etkinliktir<sup>46</sup>.

#### 4. Katılım Ortaklığı Belgeleri ve İlerleme Raporları Denetiminde Ulusal Program

Aday ülkelere Kopenhag kriterlerini nasıl ve hangi önceliklere göre gerçekleştirecekleri konusunda bir yol haritası düzenlenmekte (Katılım Ortaklığı Belgesi) ve ülkelere bu öncelikleri sıkı sıkıya uygulamaları beklenmektedir<sup>47</sup>.

Müktesebatın Kabulü için hazırlanan “Ulusal Program”da, AB’ye üyelik başvurusu yapmış olan ülkenin, Katılım Ortaklığı önceliklerini yerine getirmeyi ve AB ile bütünleşmeye hazırlanmayı ne şekilde tasarladığı, ayrıntılı biçimde yer alır. Ulusal Program bu şekilde Katılım Ortaklığını tamamlar; öncelikleri ve amaçları yerine getirmek için bir zaman cetveli içerir; mümkün ve ilgili olduğunda tahsis edilecek insan kaynaklarını ve mali kaynakları belirtir.

Türkiye tüm aday ülkelerde olduğu gibi Müktesebatın Kabulü için “Ulusal Program” hazırlamış ve 19 Mart 2001 tarihinde Avrupa Komisyonu’na sunmuştur. Türkiye’nin Katılım Ortaklığı Belgesi’nde detaylı olarak belirtilen yükümlülüklerini bir takvime bağlayan Ulusal Program, Mart 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmiştir<sup>48</sup>.

Avrupa Komisyonu’nun Mart 2003’te yeniden yayımladığı Katılım Ortaklığı Belgesi’ni takiben, Türkiye hükümeti de Ulusal Programı yeniden güncelleyerek 24 Temmuz 2003’te yürürlüğe koymuştur. Bu

45 Arat, s.316.

46 Arat, s.317.

47 Yukarıdaki açıklamaların gösterdiği gibi Avrupa Birliği üyeliğine aday ülkeler için geçerli olan “Kopenhag Kriterleri”, birkaç satırla açıklanabilecek basit kurallar değildir. Aday ülkenin bütün politik, ekonomik ve hukuki alt yapısının Avrupa Birliği öncelik ve tasarımlarına göre radikal bir şekilde değiştirilmesini öngörmektedir. Bir anlamda kısa dönemde ve hukuk aracılığı ile toplumsal yapının değiştirilmesini amaçlayan bir “sosyal mühendislik” çalışması olarak değerlendirilebilir. Dinçkol (2010), s.210.

48 [http://www.tribeca.com.tr/delurtest/\\_webpub/Ulusal%20Program.doc](http://www.tribeca.com.tr/delurtest/_webpub/Ulusal%20Program.doc)



tarihten sonra Türk hükümeti Katılım Ortaklığı Belgesi'nde belirtilen eksiklikleri gidermek adına bir dizi reform gerçekleştirmişdir<sup>49</sup>.

Türkiye için ilk İlerleme Raporu Kasım 1998'de yayımlanmış ve bunları 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 ve (2010) yıllarında hazırlanan raporlar izlemiştir. Görülmektedir ki son 10 yılımız ilerleme raporlarının denetiminde geçmiştir.

İlerleme Raporları, üç Kopenhag Kriteri'ni kapsayan, "siyasi kriterler, ekonomik kriterler ve üyelik yükümlülüklerini üstlenebilme yeteneği" başlıklı üç temel bölümden oluşmaktadır. Katılım Ortaklığı Belgesi ve bunu tamamlayan Ulusal Programlar dinamik yapıda olup, Komisyonun her yıl sonunda aday ülkelerle ilgili olarak hazırladığı İlerleme Raporu'na ve yerine getirilen uyum çalışmalarına göre güncellenebilmektedir.

Türkiye İlerleme Raporları çerçevesinde, Türkiye Ulusal Programı yeniden "AB Müktesebatına Uyum Programı" adı altında güncellenmektedir<sup>50</sup>.

Uyum Programı çerçevesinde gerçekleştirilecek bütün hukuksal düzenlemelerin, her yıl Avrupa Komisyonu tarafından İlerleme Raporları ile denetleneceği, eksik görülen hususların giderilmesinin isteneceği veya AB tarafından belirlenen hususların dışına çıkılarak gerçekleştirilen hukuksal düzenlemelerin düzeltilmesinin ve yenilerinin yapılmasının isteneceği uyum sürecinin doğal niteliğidir.

Bu çerçevede, İlerleme Raporları ile Birliğe aday ülke Türkiye'nin performansı, iktisadi ve siyasi kriterler ile üstlendiği yükümlülükler (müktesebat) itibarıyla mercek altına alınmaktadır. Temel ölçüt, Türkiye'nin söz konusu kriterleri ve yükümlülükleri hangi ölçüde ve hızda yerine getirdiğidir, "nasıl" ve "neden" soruları ikincil bir öneme sahiptir.

## 5. 2010 İlerleme Raporu ve Türk Hukuku

Avrupa Komisyonu'nun Brüksel, 9.11.2010 Tarih ve Com(2010) 660 sayısı ile Avrupa Parlamentosu'na ve Konsey'e Sunduğu Bildirim'in "Genişleme Stratejisi ve Başlıca Zorluklar 2010-2011" başlığı altında, "Türkiye ile müzakerelerde yeni fasıllar açılmıştır ve Türkiye, Anayasası'nı, kapsamlı bir değişiklik yaparak, Avrupa standartlarına yaklaştırmıştır." ifadesine yer verilmiştir<sup>51</sup>. Ancak hemen sonraki paragrafta ülkemizi de ilgilendiren bir başka bildirimde bulunmaktadır. "Bununla birlikte, hâlihazırda birçok zorluk bulunmaktadır. Bazı genişleme ülkelerinde reform sürecinde yavaşlama olmuştur. Bütün bu ülkeler, iyi yönetişime, hukukun üstünlüğü konusunda ilerlemeye, ekonomik reformların hızlandırılmasına ve müktesebatı iç hukuka aktarma ve uygulamaya yönelik kapasitelerinin artırılmasına odaklanmalıdır."<sup>52</sup>

Görülmektedir ki, bir aday ülkenin AB'ye girebilmesi ve AB'nin genişleyebilmesi için gerekli her kriterin yanında ülke, "müktesebatı iç hukuka aktarmaya ve

49 Türkiye'de reform süreci ve uyum paketleri için bk. Y. Akdoğan, *Kırk Yıllık Düş, Avrupa Birliği'nin Siyasal Geleceği ve Türkiye*, Alfa, İstanbul 2004, s.67-112 ; M. Çemrek, "Genişlerken Derinleşmek: Türkiye İle AKÇT'den AB'ye İlişkilerin Serencamı", *AB Yolunda Türkiye Müzakere Sürecinin Ekonomi Politikası*, Ed. M. Dikkaya, Alfa Aktüel, Bursa 2006, s.41-44; Reçber (2004), s.188-212

50 Bak. Dinçkol (2010), s.211 vd.

51 [http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme\\_2010.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme_2010.pdf), s.2, (İngilizce metin için bak. <http://ec.europa.eu/enlargement>).

52 [http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme\\_2010.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme_2010.pdf), s.2

*uygulamaya yönelik kapasitenin artırılmasına odaklanmalıdır.”* Bu odaklanma arzu edilen, temenni edilen bir şey değil, zorunlu, olmazsa olmaz koşuldur. Pozitif hukukumuzun gelişmesinin ancak AB hedefleri doğrultusunda sağlanmasına ya da AB müktesebatı ile çatışmadan gerçekleşmesine dikkat olunmalıdır. Üstelik aktarılabilecek mevzuatın kapsam ve kapasitesi dikkate alındığında, bu aktarmanın hızlandırılması çok önem arz etmektedir. Bildirim bu hızlandırmanın gerekliliğini de ifade etmiştir. “Müzakereler, Türkiye’nin, belirlenen koşulları yerine getirmek üzere çabalarını artırmasını gerektiren zorlu bir aşamaya gelmiştir. Türkiye, açılış kriterleri ve Müzakere Çerçeve Belgesi’nde belirlenen koşulların yerine getirilmesinde ilerleme kaydederek müzakerelerin hızını artırabilecektir.”<sup>53</sup>

Bildirim, ilerlemenin beklenen düzeyde gerçekleşmemesi halinde nasıl bir yol izleneceğini de belirtmiştir: “Komisyon, ilerleme olmaması halinde, AB’nin 2006 yılında aldığı ve müzakerelerdeki genel ilerleme bakımından sürekli etkisi olacak tedbirlerin sürdürülmesini tavsiye etmektedir.”<sup>54</sup> AB’nin 2006 yılında alındığını belirttiği bu tedbirler, 11 Aralık 2006 tarihinde yapılan Genel İşler Konseyi toplantısında alınmış olan kararlardır ve bu doğrultuda Türkiye Uyum Protokolü’nü tam ve eksiksiz olarak yerine getirene kadar; malların serbest dolaşımı, iş kurma hakkı ve hizmet sunum serbestisi, mali hizmetler, tarım ve kalkınma, balıkçılık, ulaştırma politikası, gümrük birliği ve dış ilişkiler fasıllarında müzakerelerin açılmaması ve hiçbir fasılda

da müzakerelerin kapatılmaması kararlaştırılmıştır.<sup>55</sup>

Bildirim’e göre Komisyon, müktesebatın iç hukuka aktarılması hususunda beklenen hızın görülmemesi halinde, yukarıda ifade edilen 2006 kararlarındaki tedbirlerin, sürekli etkisi olacak şekilde sürdürülmesini tavsiye etmektedir.

Bildirim’in EK 2 başlıklı bölümünde<sup>56</sup> Türkiye’nin kriterleri karşılamaya devam ettiği ancak, birçok alanda beklentileri henüz karşılamadığı ve birçok alanda mevzuatını Avrupa standartlarına uygun hale getirmesinin gerektiği ifade edilmiştir. Bildirim’e göre yine “*birçok konuda Türkiye’nin, AB müktesebatının uygulanması bakımından idari kapasitesini geliştirmesi gerekmektedir.*”<sup>57</sup>

Aynı yaklaşımı doğal olarak Bildirim’in ekindeki, Komisyon Çalışma Dokümanı, Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu’nun hemen hemen tüm bölümlerinin sonuç kısımlarında “...bazı ilerlemeler kaydedilmiş, ancak mevzuat uyumu konusunda ilerleme sağlanmamıştır.” şeklinde gözlemlemekteyiz.<sup>58</sup>

Bu bildirim ve saptamalar da göstermektedir ki; Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna (veya “kazanımına”) uyumu, salt bir “format uyumu”nun teminat altına alınmasından çok farklı bir performanstır. Burada söz konusu olan uyum, öncelikle, özelliğini Avrupa entegrasyonunun temel değer, kavram ve ilkelere belirlediği bir zihniyet dönüşümünün, Türk Hukukunun etkin tüm aktörleri tarafından benimsenmesinin, tüm mekanizma-

53 [http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme\\_2010.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme_2010.pdf), s.5

54 [http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme\\_2010.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme_2010.pdf), s.6

55 <http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/index.cfm?action=detay>; Enver Bozkurt / Mehmet Özcan / Arif Köktaş, *Avrupa Birliği Hukuku*, 5. Baskı, Ankara, 2011, s. 434-435.

56 “EK 2, Hırvatistan, eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, Bosna-Hersek, Sırbistan, Kosova, Türkiye ve İzlanda’ya ilişkin Sonuçlar”, [http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme\\_2010.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme_2010.pdf), s.7-15.

57 [http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme\\_2010.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme_2010.pdf), s.11.

58 [http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme\\_2010.pdf](http://www.abgs.gov.tr/files/pub/ilerleme_2010.pdf).

ları tarafından da uygulamaya çıkarılmasının teminini zorunlu kılar. Zira “her hukuk sistemi; bir yandan hukuk kuralları gibi kolaylıkla değişebilen, diğer yandan da kavramlar, kategoriler, ilkeler ve bölümler gibi, zamanın akışı içerisinde beliren içerik değişikliklerinden pek etkilenmeyen öğelerin bileşiminden meydana gelmektedir. Şu halde belirli bir hukuk ailesinin üyesi olmanın belirleyici nedenlerinden belki de en önemlisi, değişmeyen öğelerde ortaklık sonucunu yaratan bilimsel resepsiyon olmaktadır.”<sup>59</sup>

Bu dönüşüm (bilimsel resepsiyon) tartışılmalıdır ki, hukuk, modern Avrupa siyasî ve ekonomik parametrelerinin Türk toplumunun geneline benimsenmesindeki rolünü etkili biçimde oynayabilsin. Yoksa salt “formatlar” açısından bakılacak olursa, Türk Hukuku ile Avrupa (Birliği) Hukuku arasında, bugün dahi, bariz bir fark yoktur. Ama “içerikler”de uyum, temel değerlerde birlikteliği, ilke ve hedeflerde ortaklığı, usul ve kurallarda benzerliği, sağlamakla elde edilebilir<sup>60</sup>.

O halde yapılacak olan, bir hukuk ailesinin üyesi olmak için gerekli tüm başvu-

rukları yapan Türkiye Cumhuriyeti’nin, tüm hukuk sistemini, düşünce ve değerler dönüşümü ile AB hukuk sistemine benzetmesidir. Bazen toplumsal benimsemenin aksine olsa da, böyle bir dönüşümün zorunlu ve katlanılması gereken bir kabullenmeye dönüşmesine kadar, uzun ve zorlu bir çabanın, tüm hukuk sistemi ve alt sistemleri tarafından gösterilmesi gerekmektedir.

Burada önemli olan; hukuk sistemini oluşturan öğelerin de birbirleriyle uyum halinde olmaları ve bunların zaman boyunca tutarlılığıdır. Uyumsuzluk, toplumdaki güveni ve uygulanabilme yeteneğini gitgide azaltan bir hukuk sistemi meydana getirir<sup>61</sup>.

Hukuk sistemi ve alt sisteminin tüm aktörlerinin uyum içinde, ortak değer, ilke ve hedefler doğrultusunda usul ve kurallarda benzerliği sağlayacak bir çalışmada içinde bulunmaları; AB mevzuatına göre oluşturulacak yasaların, birbirinden kopuk, çelişkili ve boşluklarla dolu olmasını önleyebileceği gibi, sorunlara gereken en hızlı ve etkin çözüm yollarının bulunması da mümkün olacaktır. Burada da yol gösterici Türkiye İlerleme Raporları olacaktır.

59 Can, s.89.

60 Arat, s.318.

61 Abdullah Dinçkol, “Siyasal Sistem Kuramı Çerçevesinde Kamu Yönetimi Alt Sistemi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Temmuz 2004, S.6, s.63.

# Köy Romanlarında Yargısal İşleyiş

İbrahim Hakan DÖNMEZ\*

## Giriş

Her edebi anlatı toplumu da ilgilendiren bir sorunu ortaya koyma ve çözme iddiasını yinelemektedir. Bu iddia toplumsal değerlere eklenmek, o değerler üzerinden giderek, eleştiri ve çözüme ulaşmak durumundadır. Bu açıdan, gerçeklikle, anlatı arasındaki paralellik, edebi anlatıdaki adli konuşma biçimlerinde kendini ifade etme ve uzlaşma noksanlığını açığa çıkartmak açısından değer taşıyacaktır. Bir döneme hâkim olan karakteristik düşünce ve duyguların resmedildiği ve içinde toplumsal güçlerin kesiştiği her yapıt içsel ve içkin olarak sosyolojiktir (Bahtin, 2004: 362). Edebi metinleri sosyolojik açıdan değerlendirmek de, edebi kaygılardan ziyade toplum hakkındaki gerçekliğe “toplumun çocuğu” olan yazara başvurmak sureti ile ulaşmak anlamını taşımaktadır. Bu doğrultuda, romanlardaki toplumsal tarafların hak ihlalinde bir kurum etrafında birbirlerine bakışlarını ortaya koyarak, demokratik kültür için hangi olanakların söz konusu olduğunu anlamaya çalışmak mümkün olabilecektir. Bir iletişim ortamı olan mahkemeye ilişkin toplumsal algıyı edebi yapıtlar aracılığı ile sorgulamak, sergilemek ve ortaya koymak, kamusal söz söylemenin önündeki engelleri aşma yönünde bu tip çalışmaları önemli kılmaktadır.

Yalçın, Anadolu’cu yaklaşımını köye dıştan bakmasını eleştiren, ancak amaç ve anlayış olarak onun devamı sayılan, “köy roman”larının ortaya çıkış nedenlerinden birisinin kırklı yıllarda Köy Enstitülerinden yetişen yazarların edebiyat sahasına girmeye başlamaları olduğunu belirtir. Ona göre;

“Bu yazarların toprağa, çevreye ve insana bakışları, gerçeklik akımı ve dönemin ideolojik yaklaşımlarıyla birleşince, ülkemizde 1960’lı yılların sonlarına kadar yaygın biçimde ağırlığını hissettiren ‘köy romanı’ anlayışının ortaya çıkması sağlanmıştır” (2003: 85). Ancak bu yazarların tarihsel boyutu dikkate almamaları köyü yalnızca çıplak bir fotoğraf gerçeği ile anlatmayı denemeye itmiştir. Bu durum Kemal Tahir, Ahmet Hamdi Tanpınar gibi yazarlarca insan unsurunun ikinci planda kalmasına sebep olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir. (2003: 85) Köy romanlarının önemli bir kısmında kentten köye giden ve genellikle köy kökenli olan aydının bulunduğu yöre nin olumsuzluklarını düzeltmeyi, köylüyü daha iyi yarınlara hazırlamayı amaçladığı görülür. Bu romanlar genelde kahraman olarak öğretmen motifini öne çıkartmış olsa da, köyle birebir ilişkisi olan savcı, hâkim gibi meslek gruplarından kahramanları da romana taşırlar (2003: 86).

Taşra yaşamını ve bu yaşam içerisinde yargının işleyişini konu alan köy romanları Türk aydınlanmasının daha köklü bir şekilde yerleşmesi amacıyla ortaya konan diğer yapıtlardakine benzer biçimde genellikle karanlık bir dünya tasvir ederler. Bütünüyle taşradaki yargının işleyişini konu alan kitapların diğer ortak özelliği ise yazarlarının bir şekilde yargının her hangi bir kademesinde görev almış, hukuki eğitimden geçmiş kişiler olmalarıdır. Bu özelliği taşıyan romanlardaki benzerlikler yazarların halka bakışında ve kurgularında da kendini göstermektedir. Bu kitaplardan bazıları,

\* Dr. Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Halkla İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi

halkın karşısında mahkemenin yargısal işleyişinin üç ayağından birisi olan hâkimi, bir kısmı savcıyı ve diğer kısmı ise avukatı merkeze almaktadır. Hukuk alanının dışından gelen yazarlar ise halkın yargıya bakışını ön plana almışlardır.

Bu çalışmada kurgusunda hukuki işleyişi sorunsallaştıran köy romanları analiz edilmiştir. Bu romanlardan üçü yargı içerisinde diğer üçü de yargının dışından gelen yazarlara aittir. Bu seçimin hem yargı içerisinde yargıya ilişkin sorunların nasıl ele alındığını ortaya koymaya, hem de yargıyla muhatap olanların yargıya ilişkin sorunları nasıl algıladıklarını anlamaya yardımcı olabileceği düşünülmektedir.

Yargı içerisinde yer almış yazarlar ve yapıtları:

- Necati Cumalı: “Yağmurlar ve Topraklar” (1973)
- İlhan Tarus: “Yeşilkaya Savcısı” (1955)
- Orhan Hançerlioğlu: “Karanlık Dünya” (1951)

Yargı dışından bakan yazarlar ve yapıtları:

- Bekir Fikri Emek: “Gerçek Yasa” (1975)
- Kerim Korcan. “İdamlıklar” (1944)
- Yaşar Kemal “Demirciler Çarşısı Cınayeti” (1977)

Bu romanlarda halkın cehaletinden, dil sorununa, törenin etkisinden, çıkar ilişkilerine pek çok konu sorunsallaştırılmıştır. Ancak bu çalışma bildiri süresi dikkate alınarak taşrada para ve nüfuzun etkisi ile kan davasının yürürlükteki hukukla çatışması sorunlarına odaklanarak sınırlandırılmıştır.

### Para ve Nüfuz (Ağalar ve Beyler)

Taşrada geleneksel merkezi yönetimin temsilcisi olarak, tam nüfuz edilemeyen taşra yapısı ile karşı karşıya kalan yargı mensupları için ciddi bir sorun söz konusudur. Taşraya ilişkin romanların ana teması, bu yapılanma içerisinde ayrıcalıklı bir konumda yer alan ağa ve beylerin hukuki uygulamayı nasıl manipüle ettikleridir. Kendi çıkarlarına uygun bir hukuki işleyişi mahkemeye dayatma hakkını gören nüfuzlu kimseler, bunu sağlamak için her türlü yöntemi uygulamaktan çekinmemektedir.<sup>1</sup> Tarus’un (1955) “Yeşilkaya Savcısı” romanı<sup>2</sup> da taşra insanını ve taşradaki adalet düzenini sorgularken, hukukun adilane işleyişine engel teşkil edenlerin başında, yargıyı etkisi altında bulunduran toprak ağası Ali Ağa’yı anmaktadır. Ali Ağa, yargı mensuplarıncı da kabullenilmiş bir güç odağıdır. Durum idare edilmeye çalışılmaktadır. Maraş’ın bir ilçesinde görev yapan genç savcı ekonomik ve siyasi gücü elinde bulunduranların yasaları nasıl kendi çıkarları için yönlendirdiklerine şahit olmaktadır ve bununla mücadele etmektedir. Ali Ağa, Cumhuriyet rejimi ile arası iyi

1 Ünsal, “Anadolu’da Kan Davası” adlı kitabında gazete haberlerine yansımış Güneydoğu’da görev yaparken öldürülen, tehdit edilen savcı ve zabıt kâtiplerinden bahsetmektedir. Ayrıca zengin bir klanın, devlet temsilcilerini sindirerek ya da rüşvet yoluyla işin içinden nasıl sıyrılabildiğine dair örnekler vermektedir. En kötü ihtimalle tanık kürsüsüne çıkarılan nüfuzlu kimselerce satın alınarak ya da korkutularak lehte beyan vermesinin sağlanabileceğini vurgulamaktadır: (64-65)

2 Yeşilkaya savcısı günlük biçiminde yazılmış bir roman. İlhan Tarus’un gerçek yaşamını da çağrıştıran bir kurguya sahip. Tarus da Anadolu’nun değişik bölgelerinde savcılık yapmış sonra bu görevden uzaklaştırılmış, yazı hayatına atılmıştır. Gaziantep tarafında Yeşilkaya kasabasında göreve yeni başlayan idealist bir savcının kendisi gibi sonu görevden alınma ile biten mücadelesi konu edilmektedir romanda. Deneysiz genç savcının kadınlarla ilişkileri abartılıp yargıçlık onurunu zedelediği iddiasıyla “Bakanlık İnzibat Kuruluşu” nca görevden alınır. (Onaran, 2007: 37-39). Yazarın da bir hukukçu olarak yargı sistemine hâkim olması konunun ayrıntılarını ve dışarıdan görülemeyecek sorunlarını da kitaba taşımaya açısından önemlidir. Hukuk sisteminin modern şekle dönüşmeye başladığı bir dönemde taşranın yargıya, yargı personelinin sisteme ve halka bakışını sergilemektedir.

olmasa da kendi çıkarlarını korumak için siyaset ve yargı ile ilişkilerini iyi tutmaktadır. Ali Ağa çıkarlarını sürdürmek için her yöntemi kullanır. Bazen borç para vererek ya da rüşvet ile yargıda görev yapan herkesi avucunun içine almaktadır. Az bir gelirle yaşamak zorunda olan yargı çalışanları da bu tuzağa düşmekten kurtulamamaktadır. Bunu fark eden genç savcı vazife heyecanı ile yasal olmayan ilişkilere karşı tavır alır. Genç savcı bir cumhuriyet aydını ve memuru olarak, hukuk önünde tüm vatandaşların eşitliğine kasteden bu ayrıcalık ilişkisini yıkmaya çalışmaktadır. Ali Ağa, yasal olmayan pek çok işe bulaşmış bir kişidir. Ancak kimse ona karşı mücadeleyi göze alamamaktadır. Savcı Ali Ağa'nın karısını kendi kendine cezalandırmak için işkence ettiğini ve öldürdüğünü tespit edince tutuklama emri çıkarır. Bunun üzerine pek çok entrikayla karşı karşıya kalır. İftira ve dedikodu dalgasının sonucunda savcı çevresindeki tüm gücünü ve saygınlığını kaybeder. Bir sürü yalancı tanığın ifadeleri yüzünden hakkında soruşturma açılır ve bu soruşturmalar sonunda görevinden alınır. Savcı görevinin gerektirdiği sorumluluktan asla taviz vermemiş olsa da kendisi dışında herkes korkudan ya da çıkar ilişkisinden dolayı sessiz kalmaktadır. Böylece yasalari kendi gücü olarak kullanmaya alışmış ayrıcalıklı bir avuç insanın oynacağı olmak-

tan ileri gidemezler. Roman, yüzyıllardır süren bu ayrıcalıklı insan anlayışına karşı eşit vatandaşlık mücadelesi vermenin zorluğunu ortaya koymaktadır. Ancak savcı her ne kadar yenilmiş ve kasabayı terk etmek zorunda kalmış ise de gerçeklerin bir gün "bu moloz insanların" tepesine güneş gibi doğacağına olan inancını kaybetmez (180). Halk, hukukun nüfuzlu insanlar karşısındaki acizliğinin farkındadır, ancak çözümlü olmadığını düşündüklerinden, savcının idealize ettiğinin tamamen dışındaki bu sistem içinde rollerini oynamaktadırlar. Yetkililerin de tek arzusu, halkın sesinin yükselmemesidir. Sorunların çözümünden ziyade sakinlik, razı olunan bir şeydir. Mahkemedeki kâtipten avukata pek çok kişi bu çarpık sistemle uyum içindedir (39)

Cumalı'nın (2006) "Mevsimler ve Zamanlar" romanı taşrada yargının işleyişinin yanında, halkın yargıyı nasıl gördüğünü ifade eden diyalogları da barındırır. Örneğin halkın zihninde, para ve nüfuz sahibi olmanın, adaletin dağıtımında dengeyi değiştiren bir unsur olduğu inancı yer etmiştir. Sadece Cumalı'nın romanında değil özellikle taşrayı konu alan başka edebi kurgularda da fakir olmak, sahipsiz olmak, cahil olmak adaletten hakkını alamamak için bir gerekçe olarak dile getirilmiştir.<sup>3</sup> "Mevsimler ve Zamanlar" romanında var-

3 "Asılacak Kadın" da (Kür, 1986) adam öldürmekten idamla yargılanan sanık Melek de benzer inancı taşımaktadır: "Ne tabancaya sürdüm elimi ne de Hüsrev Bey'in ölüsüne, lakin suçu benden başka kime yükleyecekler; yetim olunca kayıranın koruyanın olmayınca elbet böyle bu işler" (84). Halkta olduğu gibi yargı kökenine sahip olmayan yazarlar için de para ve nüfuz sahibi olmak adaletin işleyişinde etkindir. Korcan İdamlıklar romanında mahkûmun gözünden para ve nüfuz sahibi olmanın adaleti kendi lehine çevirmede etkili olduğuna ilişkin inancı dile getirmektedir. Adalet sistemine bu bağlamda eleştiri getirirken Korcan'ın inancının da halkın bakışı ile paralellik taşıdığı görülmektedir:

"Uzun uzun yazabilirdim. Varsın okusun insanlar. Belki sana bir acıyan olur Ömer.. Sen bir adli hata kurbanı olduğunı söylemek istiyordun. Ne var ki dilin kanuna ve hukuka yatkın değildi. Cebinde de hiçbir zaman üç beş liradan fazla para bulunmadı. Hâlbuki parası olmayanlara bütün kapılar kapalıydı. Sen de kalktın böyle bir dünya da hak ve adalet aramaya..." (18). Yine Korcan; "Cepten oldukça zayıftı Şakir ağa ve temyizden kelleyi kurtaracak kadar parası yoktu. Avukatı, Ankara'da bir adamı yoktu. Bu sebepten kanun kaplılarından ümidi kesti" (31). Diyerek paranın adaleti kendi lehine çevirmede en önemli unsur olduğu inancını dile getirmektedir. Korcan'ın, romanındaki kahramanlardan birisi olan idam mahkûmu Emin'in anası da benzer serzenişlerde bulunur yargıya karşı. Hatta yargı yerine sitemini bile Allah'a yapar: "Büyük kapıları çalamam. Hatırlı adamlardan heç bir bildiğim tanıdığım yoktur. Neler yazar o kocaman kanun kitapları, Allah'ım bize ayan etmedin! Hangi yoldan gitseydik bize ayan olur, onu açıkça beyan etmedin" (23).

lıklı birisi olan saatçi Hilmi Bey'in haksız olarak kendi arazisindeki iki zeytin ağacına göz diktiğine inandığı için avukata gelen fakir Behzat Efendi'nin serzenişi, bu inancı taşımaktadır:

“Şaştım ben bu işe Nihat Bey! Benim hükümet kapısına bir işim düşecek olsa memurun yüzünü göremem, bir haftada yanına giremem, Saatçi'nin işi koşa koşa yürür maşallah! Şeytan der al çifteni... Tövbe tövbe! Hani insan neye dağa çıkar anladım. Ben fakirim, fakirlik kamburdur insanın sırtında, ama ahdettim işin ardını bırakmam. Güvenip sana geldim. Artık ne gelirse senden gelir. Önce Allah, sonra sen!...” (2006: 43)

Bu son söyledikleri ile de avukatı duygusal olarak etki altına bırakma çabasındadır. Avukatın onun hoşuna gitmeyecek şeyler duymasını konuşmanın ilerleyen kısmında Behzat'ın yargıya ilişkin kanaatlerini şu şekilde açmasına neden olur.

“Bilirim, kaymakamı, tarımcısı, bekçisi, kapısında besledikleri hep saatçiden yana. Ne saklayayım, hâkime de güvenemem tek başıma. Ne de olsa hâkim de bey takımından. Selamları kahve içmişlikleri vardır aralarında. Fakirin ahını duyan kim?” (43)

Buna benzer duygularını avukata her dert yanı sıra dava uzayıp aleyhine döndükçe tekrarlamaktadır (76). Hâkimin onların isteklerine uygun davrandığı inancını her fırsatta dillendirmektedir (82, 406). Ancak avukatın, kendi aralarından yetişmiş birisi olması nedeniyle kendi halinden anlayacağını düşünür. Mahkemede başına geleceklere ilişkin endişesini, rahatça söyler. Bu endişeler şehirde ya da taşrada sıradan bir vatandaşın düşeceği duruma ilişkin inancının bir özetidir: “Ben tutulurum hâkimin karşısında, ilk günden davamı yüzüme gözüme bulaştırırım. Hâkim iki Arapça bir Türkçe konuşur, ben ne olduğunu anlamadan, kaybettin der çıkar!”

Hâkim, savcı ya da avukat cephesinden sorunların cehaletle ilişkilendirilmesine mahkemeye işi düşen cahil vatandaşın cevabı böyledir. Hâkim, üst sınıftan karşısında elin ayağın dolaştığı, kıyafet, konuşma tonu ve kullandığı dil ile kendisiyle arasına uzakça bir mesafe koymuş bir kişidir. Hakını arayabileceğine aradığı hakka kavuşacağına inancı azdır. Avukat da aslında o sınıfa dâhildir. Ama bu romanda aynı kasabada yetişmesinden doğan bir ayrıcalık söz konusudur (44). Ancak para ve nüfuz herhalükarda cehalet sorununu aşmak için yeterli bir unsurdur. Bu romanda da görüldüğü gibi toprak sahibi ağaların hukuk karşısında kendilerini ayrıcalıklı görmeleri sadece Doğu'ya özgü bir sorun değildir. Antalya'nın bir kasabasında kimsesiz bir anne kıza kalan toprakları elinden almak için harekete geçen nüfuzlu bir kimse olan ve çevresini gücü ile sindirmiş doymak bilmez Abid Ağa'nın çevirdiği dolapları anlatan “Gerçek Yasa” (Emek, 1975) adlı romanda resmi yasalar dışında hükmünü yürüten gerçek yasaların varlığından bahsedilmektedir.

Kocasını öldükten sonra kırgınlıklar nedeniyle kasabasına dönmeyip Antalya'da kızıyla kocasından kalan derme çatma evde, kızı Esmâ ile birlikte yaşayan Rukiye Hanım kendisine kocasının ailesinden miras kaldığını öğrenir. Zamanında tek başına ayakta kalabilmek için çok çile çekmiş ve şimdi de kızının çalışması sayesinde geçinebilmektedirler. Kızına, hakkı olan mirası almak için köye gitmeleri gerektiğini, kocasının akrabaları ile sorunlu olduğundan, mirasın paylaşılması için mahkemeye başvururmak zorunda kalabileceğini söylediğinde, kızının ilk tepkisi “Kazancımızı mahkeme kapılarına mı dökacağız?” (18) şeklinde Türk toplumu açısından tanıdık bir serzeniştir. Mahkeme sürecinin doğrudan parasal üstünlüğü olanın lehine işleyeceği inancı burada da görülmektedir.

Esmâ'ya ilgi duyan ve kasabadaki miras işlerinin takibini üzerine alan avukat Hamza, Rukiye Hanım'ın miras davasını kazanmasına rağmen mirasın bir kısmından vazgeçmek istemesine itiraz eder. Yargıtay'ın onayladığı hakkı kimsenin alamayacağını, kanunun her şeyin üstünde olduğunu vurgulaması üzerine, yine onlara kol kanat geren ve uzaktan akrabaları olan Ali Efendi romanın amaçladığı eleştirinin odağını işaret eder:

“Kanun büyük ama efendi oğlum, para ondan da büyük! Cahil kafamın kabul etmediği nelerle karşılaştım şurada... Hâlâ da karşılaşıyorum. Suçlu olduğunu bildiğim nice insan var aramızda gezen.... Gerçek kanun, kırsal kanundur oğlum... senin dediğin kanunun başa çıkamadığı kimseleri dize getiren odur! Böyle gördüm böyle öğrendim şimdide kadar” (48).

Benzer vurgular roman karakterleri tarafından farklı yerlerde defalarca tekrar edilmektedir. Örneğin Esmâ: “Cahil kitle kanunu kendi inançlarına, kendi çıkarlarına göre uygular” (59) demektedir. Hatta, bir yargı mensubu olarak hukukun gücüne başından beri inanmakta olan ve aslında Esmâ'ya da aşık olan avukat Hamza, tehlikenin ucu kendisine dokunduğunda geri adım atar. Anne kızı yıldırım için her şeyi yapan Abid Ağa, Esmâ'ya tarlada saldırır. Avukat Hamza, Abid Ağa'ya karşı yasal yollara girişmekten çekinir. Akrabaları ve anne kıza kol kanat geren lokantacı Ali Efendi'nin “Bir şeyler yapın.” ricasına, olayın üstünün kapatılmasının daha iyi olduğunu söyleyerek yanıt verir:

“Varsın Esmâ'yı yılan kovalamış olsun. En iyisi budur bence. Kurcalarsak kasabanın altı üstüne gelecek, kızın adı kötüye çıkacak boş yere. Böyledir bu işler...”

Ali Efendinin ısrarına karşı ise “Dava kaybedilir... Ben de kaybedeceğim davayı almam” der. Ali Efendinin: “Gün gibi açık suçu işlemişken kurtulacak, ha! Öyle demek istiyorsun anladığıma göre, değil mi?” şeklindeki serzenişine avukat, alaycı bir gülüşle karşılık verir: “Bu dava bizim kanunlarla sonuçlanmaz usta!” der<sup>4</sup> (155). Gerçekten de yargının, yaptıkları karşısında sessiz kaldığı hatta destek verdiği Abit Ağa'nın cezası, sevgisi uğruna canından vazgeçen ve hukuku da karşısına alan Yunus'un elleri ile verilir. Taşrayı konu alan pek çok roman gibi bu romanda da, para ve nüfuz karşısında aciz kalan yargı kurumu eleştirilirken, çaresizlikten hukuk dışında adaleti temin etme yoluna yönelen Yunus kahramanlaştırılmaktadır.

Özellikle Tarus (1955), “Yeşilkaya Savcısı”nda kâtipten yargıca kadar yargı çalışanlarının çıkar ilişkilerine yönelik zafırlarını, dolaylı rüşvet çarklarını, yargısal işleyiş içerisinde ortaya çıkan bir tür yolsuzluğu dile getirmektedir (154). Para ve nüfuza sahip olan insanlarla bundan yoksun olanlar için mahkeme farklı şeyler ifade etmektedir. Örneğin, Cumalı'nın (2006) “Mevsimler ve Zamanlar” romanında yansıttığı şekliyle, mahkeme maddi imkânı olmayanlar için bir eziyet kapısıdır. Bu da hasıma eziyet çekirtmek isteyenler için bir fırsattır. Birkaç ayda bir kafası kızdıkcça yeğenine dava açan Veli Sayın her hafta avukatın yazıhanesine gelip (Nihat'ın pek

4 Romanda yine Esmâ'ya olan aşkı yüzünden Antalya'yı ve okuduğu üniversiteyi terk edip peşinden kasabaya gelen Yunus adlı genç de Abid Ağa'nın zulmünden nasibini alır. Gizli gizli Esmâ'yı korumaya çalışırken Abid Ağa tarafından hırsızlıkla suçlanır. Jandarma tarafından işkenceye uğrayıp ayağının birini kaybeder. En sonunda Esmâ'ya daha fazla zarar vermesini engellemek için yasal çaresinin olmadığını anlar ve Abid Ağa'yı öldürür. Ancak yasa sahipsiz Yunus'un peşini bırakmaz. Yunus 9 yıl hapis yatar. Esmâ ise tek ayağını kaybeden Yunus'un gerçek aşkı olarak onu bekler ve hapisten çıktıktan sonra onunla evlenir.



hazzetmediği biçimde) “ayağını kışının altına alıp” kahvesini ve sigarasını içerek avukatı lafa tutar. Avukat Nihat davayı kazanamayacağını söylemesine rağmen Veli Sayın davasında diretir: “ Sen koskoca avukatsın, şu cahil Hüsnü’nün hakkında gelemeyecen mi? İki ay olsun dama tıktırıcın mı şu hayırsızı?” der. “Tıktıramam” cevabına rağmen yine önemsiz bir atışma nedeniyle davayı açmasını ister. Avukatın bu ısrarın nedenini öğrenmek istemesi üzerine sonunda dayanamaz baklayı ağzından çıkarır:

“Daha açık söyletmesene beni. Kış sonuna kadar her duruşma günü, Gölcük’ten mahkemeye yaya gelsin gitsin, o da ona ceza. O da yeter... Kurtuldum diye oh dedirtir miyim ben ona? Sen aç davayı, burnu bir sürtülsün deyyusun...” (2006: 10).

Üç saatte yürüyerek katedilecek bir yol kış günü için bir eziyettir. Şehirde bir avukatı tarafından temsil edilen Veli Sayın, Hüsnü dava yollarında iken köy kahvesinde keyifle kahvesini içip davaya kendisinin niçin gitmediğini soran köylülere: “Şu havayı görmem mi sen İbrahim? O gitçek elbet. Benim abukatım var. Davam gitsem de gitmesem de yürür. Bu havalarda mahkemeye gitçek olduktan sonra ben niye sayıyom abukata bunca parayı?” (2006: 12) der.

Mahkemenin bir eziyet kapısı olduğu, hak ararken, hukuk tarafından mağdur edilmenin kaçınılmaz olduğu vurgusu taşraya ilişkin çoğu öykü ve romanın konusu olmuştur. Hantal bürokrasinin ve iş yoğunluğunun hâkim, savcı ve avukat cephesinden bir gerekçe olarak ileri sürülerek

savunmanın dinlenmemesi ve yargı sürecinin uzatılmasını doğuran sonuçlar Refik (1943), Tarus (1955) ve Cumalı (2006) gibi yazarlar tarafından bolca dile getirilmiştir. Ancak bu gerekçelerin mahkemeye işi düşenler açısından “eziyet kapısı” yargısını pekiştirdiği ve yargıya başvurma hevesini kırdığı gerçeğini 1940’lı yıllardaki bir kasaba mahkemesini betimleyen öyküsünde Özay (2007) yalın bir biçimde resmetmektedir. Kenar köylerden gelen insanların mahkeme binasının önündeki ağaç diplerinde saatlerce beklemeleri ve bu durumu sıradan bir durum olarak kabullenmeleri Özay tarafından ortaya konurken, yöneticilerin tavrı da eleştirilmektedir (81-83). Aslında halkın gözündeki eziyet kapısı algısı, taşraya ilişkin yapıtlarda ele alınan unsurların tamamının bir araya gelmesiyle oluşan bir olgudur. Rüşvet, sınıf farkının yarattığı kadın veya işçi olmaktan kaynaklanan eşitsizlik, dil sorunu, bürokrasi gibi bütün unsurlar bir araya geldiğinde mahkeme insanların uzak kalmak istedikleri bir uğrak halini almaktadır.

### Geleneğe Karşı Hukuk (Kan Davası)

“Beyaz kaat serildi, kara kalem yazdı. Kırvatlı kulların hep bir olup Allah’ım, töreyi, kitabın kavlini bozdu. Makineli gibi taradı yüzümü daktilolar, alnıma takır takır idam hükmünü yazdı” (Korcan, 1985: 27).

Cumhuriyet Döneminde geleneğe karşı çağdaşlaşma yönündeki en önemli devrimsel değişimler hukuk alanında görülenlerdir. Hukuk alanındaki değişimler çağdaşlaşma sürecinin özü olarak görülmektedir. Devrimci hukuk düşüncesi<sup>5</sup>

5 Berkes’e (2002) göre, Osmanlı devlet geleneğinde din sorunu bir inanç değil, hukuk kuralları sorunudur aynı zamanda. Anayasal kuruluşu din kurallarının dışına çıkaran laiklik ilkesinin bir sonucu olarak şeriate dayalı uygulamanın tamamen hukuk alanının dışına çıkarılması olmuştur. Ahmet Cevdet Paşa’nın temsil ettiği tutucu hukuk görüşü ve Ziya Gökalp’in temsil ettiği harsçı görüş ortaya çıkınca kültür ve uygarlık ayrımında çatışma başlamıştır. Halifeliğin kaldırılışından sonra adalet bakanı olan Seyyit Bey’in söylevinde dile getirdiği gibi ülke kanunlarının, halkın ulusal gelenekleri ile uyum halinde olması, hukukun halkın geleneğinin bir ürünü olması nedeniyle ancak bu geleneğin değişmesi sonucu değişebileceği anlayışına

gereği halkın gelenekleri ile yeni kanunlar arasındaki çatışma göze alınmış, kanunlar halkta geleneksel biçimde var olanı değil olması gerekeni inşa etmek için araç olarak düşünülmüştür (Berkes, 2002: 531). Cumhuriyet Dönemi edebi yapıtlarının çoğunda özellikle taşırayı konu alanlarda bu karşıtlık, hukuktan yana geleniğin eleştirisi biçiminde işlenmiştir. Sabahattin Ali (2004) hapiste kaleme aldığı bir yazıda hukuki kurallarla halkın değerleri arasındaki bu farka değinir. Anadolu’da bir namus meselesinde karşı tarafı öldürmemenin senelerce hapis yatmaktan daha haysiyet kırıcı olabileceğini yazar. Hatta en basitinden bir adamın düğünde sarhoş olup etrafa tabanca sıkması halk için “makul, münasip hatta mergup” bir harekettir. Bu anlayış Anadolu insanının doğduğundan beri kültürel olarak dimağlarına yerleşmiştir ve kanunların bu konuda yapabileceği çok fazla bir şey yoktur. Sabahattin Ali’ye göre “(h)alk, kanuna rağmen kendi telakkilerine göre hareket etmeyi bir namus borcu ve bir fedakârlık bildikçe hapishanelerin her zaman için böyle mücrim olmayan zihniyet kurbanı mahkûmlarla dolması tabiidir” (2004: 53).

Kan davasını romantizm bulutundan sıyrıp sosyo-ekonomik ve politik bağlam-

da inceleme gerekliliğini öne süren Ünsal (1995: 21) bu boyutları en iyi biçimde sergileyen yapıtlardan birisi olarak Kemal’in “Akçasaz’ın Ağaları” romanını göstermektedir. Kan davasında öldürme sırası gelen kişi için yargının karşı tarafa verdiği hükmün bir anlamı yoktur. Verilen hüküm hukukun amacına hizmet etmemekte ve adaleti geleniğin tarifi ile yorumlayan taraflar mahkeme dışında kendi kanunlarını uygulamaya çalışmaktadır. “Demirciler Çarşısı Cinayeti’nde” öldürme sırası kendisinde olan Mustafa Bey’in ruh haline etki eden unsurların tamamı yer almaktadır. Kardeşinin öldürülmüş olmasından kaynaklanan intikam hissi, annesinin bıkmaksızın sürdürdüğü manevi baskısı, çevrenin yargısı, düşmanı Derviş Bey’i öldürdükten sonra sıranın kendisine gelecek olmasının endişesi, devletin hukuk aracılığı ile kendi kurallarını dayatması, bunlardan bazılarıdır. Zihni tüm bu duygularla öylesine meşguldür ki Derviş Bey’i bir türlü öldüremez. Kinin verdiği ıstırap hazzı dönüştürür ve bu hazzı uzatmak ister. Derviş Bey’i elinde fırsat varken öldüremeyişi hukuki yaptırımlar nedeniyle değildir. O çok kolayca üstesinden gelinebilecek bir husustur. Kan davasının tarafları mahkemenin sunacağı çözüme öylesine uzaktır ki bazen bir oyun

*karşılık olarak, Ziya Gökalp ümmet uygarlığı ürünü olan fıkıh hukukunun etkilerinden kurtulup ulus kültürü haline gelmesinde hukukun devrimsel bir rolü olacağına inanmaktadır. Gökalp’in düşüncesiyle paralel biçimde Atatürkçü düşüncenin ilk çatışmasını hukuk alanında görmüştür, ancak milli olan ile dini olanın o güne kadar birlikte iç içe geçmiş şekilde kullanılıyor olması bu ayrımı bir sorun olarak karşımıza çıkarmaktadır. Atatürk tercih ettiği yolu 1924’teki bir söylevinde dile getirmiştir. Hukuk anlayışını, toplumsal yaşamda uyulması gereken çağ koşulları ile uyumsuzluk içinde olan ilkelerden kurtarmak gerekmektedir. Geleneksel inançlara bağlılıkla izlenecek yol ulusal uyanış karşısındaki en büyük engel olacaktır. Adalet kuralları bu görüş doğrultusunda Batı yörüngesine oturtulmuştur. Avrupa’da Roma Hukukunun, Cermen hukukunun ve Tabii Haklar Felsefesinin en başarılı sentezi sayılan bir medeni kanun örneği olarak İsviçre Medeni Kanunu, Japonya’dan sonra Türkiye tarafından da kabul edilmiştir. Berkes’in de söylediği gibi Medeni Kanun’un alınışında güdülen amaç halkın medeni ilişkilerini geleneklere, alışkanlıklara ve din kurallarına uygun yolda düzenlemek değil, tersine bu ilişkileri olması gerekene göre yeniden düzenlemektir”. Kanunun devrimci niteliği buradadır. Cevdet paşa, medeni hukuku siyaset hukukunun temeli saymakta idi ancak şimdi medeni hukuk yeni bir siyasal hukukun gereklerine uymak zorunluğu ile kanunlaştırılmıştır”. Kanun kuralları ile yaşamda işleyen kurallar arasındaki boşluk ya da çatışma bilinmekte idi. Bunun medeni devrimci hukuk görüşüdür. Kanun olanı değil, olması gerekeni gerçekleştirme aracı olarak anlaşılıyor. Cumhuriyet devrimciliği ilkesini somut toplum yaşamına sokmada bir araç olarak kullanılmıştır (528-531).*

olarak mahkemede her iki taraf da rollerini oynayıp bir şekilde mahkemeyi saf dışı etme konusunda gizli bir anlaşma içindedir. Çünkü dava, tarafların kendi aralarında çözeceği ya da kan davası biçiminde devam ettirilecek bir olgudur. Kendilerine yabancı bir güç olarak kimsenin sığınmak istemediği, başvurmadığı, zoraki içine girdikleri bir süreci ifade etmektedir mahkeme. Anlayış öylesine birbirinden farklıdır ki verilen bir ceza ya da verilmeyen ceza mahkeme karşısındaki tarafları şaşırtmaktadır. Onlar için hüküm zaten tüm toplumca benimsenmiş ve uzun zamandır uygulanagelen ve kimsenin yadırgamadığı şekildedir. Mahkemenin verdiği hüküm, mahkemenin kurallarının uygulanmaya çalışıldığı o topluma ters, yabancı ve yadırgatıcı gelmektedir. Sorun bu kültürel, zihinsel uyumsuzluktur. Bu durumda yürürlükteki hukuk ve halk iki ayrı tarafı oluşturmaktadır. Öyle ki birbirine düşman olan iki taraf toplumun adaletinin gücü ile aynı tarafta yer almaktadır. “Demirciler Çarşısı Cinayeti” (1977) romanında kan davasının iki tarafını oluşturan Derviş Bey ve Mustafa Bey’in kendi kan davalarını rahatça sürdürebilmek için resmi sorguda ortaya koydukları tabii işbirliği buna bir örnektir. Öldürülme sırası Derviş Bey’dedir ve bu kaçınılmazdır. Aslında Derviş Bey bundan ziyadesiyle korkmaktadır, ancak devletin adaletine sığınmak onun için ölümden daha aşağılayıcı bir durumdur. Gurur ve onur gibi kavramlarla içi doldurulan geleneğin kanunları hapsedilmekten veya öldürülmekten daha etkindir. Derviş Bey için takip edilebilecek yegâne onurlu yol kaderine razı olmaktır. Mustafa Bey ise Derviş’in çektiği ızdırabı bilir ve öldürme sırasının kendisinde olmasının, kardeş acısının verdiği intikam hırsının hazzını yaşamaktadır. Sorguda bu duygular içerisinde rollerini oynarlar. İnsani ilişkilerin karmaşık doğası içerisinde anlaşılması zor olsa da, düşman unsurların yargı karşısında işbirliği içerisine gir-

melerine tanık olunabilmektedir. İşbirliği, gelenekle devralınan onur ve gururla kutlanmış yazılı kurallardan çok daha etkin kurallarla varlığını sürdüren kan davasını, hangi tarafta olursa olsun hakkını verip, toplumdan gereken takdiri alarak, rahatça yaşayabilmek için dışsal unsurları saf dışı bırakmaya yöneliktir. Karşıt tarafların yargı karşısında birbirleri ile uyumlu biçimde oynadıkları roller, ne kendi iradelerinin ne de hukukun belirlemediği kaderlerinin asıl yazıcısı kültürün çizdiği rollerdir:

“Savcı Mustafa Bey’e sordu:

— Kardeşiniz Murtaza Beyi eskiden beri sürüp gelen ailevi kan davası yüzünden Sarioğlu Derviş Bey’in öldürttüğüne dair ihbar var, ne dersiniz? Kardeşinizin katili Kürt Mahmut’un Derviş Beyin silahşoru olduğu söyleniyor, onun çiftliğinde büyümüş. Bütün bunlar doğru mu?

Mustafa Beyin sevinç içindeki yüzünde gözleri parladı:

— Gerçi aramızda çok eskiden bu yana sürüp gelen küçük bir anlaşmazlık var ama Derviş benim kardeşimi neden öldürsün? Hiçbir sebep yokken böyle bir şey olamaz. Böyle bir şeyin düşünülmemesi gerekir. Mahmud’a gelince Mahmut Derviş’in konağında değil, benim konağında büyüdü. Kardeşimle aralarında hususi bir anlaşmazlık olsa gerek. Derviş Beyi böyle küçültücü, aşağılık bir vakadan vareste tutmakla vicdani bir iş yaptığıma kaniyim.

Dimdik başka bir şey demeden çıktı gitti. Yürürken ayakları halay çeker gibi uçuyordu. O çıktıktan bir saat sonra savcının yanına Derviş Bey girdi. Yüzü hiç değişmemiş apaktı. Toprak gibi kanı çekilmiş. Gözleri solmuş, ölü koyun gözü gibi, bitkin... Elleri tir tir...

Sesi titreyerek, öfkeli, yılgın, bezgin, başka birinden çıkarcasına yaygın:

— Kim demiş onu? diye inledi.

— Olamaz öyle şey. Kürt Mahmud'u tanırım. Benim çiftliğimde Kürt Mahmud gibi iki yüz kişi var. Bunun için mi beni kasabaya çağırдыңz savcı bey? Yoksa Akkoyunlu Mustafa mı şikâyetinde bulundu.

— Hayır.

Derviş Bey savcının yanından biraz daha bitkin çıktı ve utancından iki kocaman eliyle yüzünü kapattı. Bu hayır onu iyice bitirmişti” (92-93).

Ünsal (1995: 39)'ın da belirttiği gibi çatışma halindeki taraflarla devletin yaklaşımı arasındaki uzlaşmazlık ortadadır. Bi-reyin davranışlarını belirleyen “geleneksel ve devlet kaynaklı iki yasanın her biri kendi mantığına sahip, karşılıklı geçiş kabul etmeyen iki ayrı düzen oluşturduğu” apaçık gözükmektedir. Cumhuriyet Dönemi boyunca devletin kan davasını önlemeye yönelik hukuki çabaları bir sonuç vermemiştir. Sadece hukuki düzenlemelerle engellenmeye çalışılan kan davası her zaman hukuki açıklardan yararlanılarak delinmiştir.<sup>6</sup> “Başat kültürün yerel kültürlerle nüfuz” etme aracı olarak hukukun, tek başına yetersiz kaldığı, uzun vadeli sosyo ekonomik politikaların gerektiği, bugün hukukçu, sosyal bilimler uzmanları ve devlet adamlarınca kabul edilmektedir (Ünsal, 1996: 45). Bu kabulde Cumhuriyet Döneminde kaleme alınan edebi yapıtların katkısı inkâr edilemeyecek boyuttadır. Kan davasının sadece hukuki değil başka boyutları da edebi yapıtlarda yer almıştır. Hukukun kan davası karşısındaki yetersizliği ya da kan davası güdenler için hukuki yaptırımların

kültürel yaptırıma göre ikincil bir düzeyde kalışı “Demirciler Çarşısı Cinayeti”nde görülmektedir. Ayrıca kan davasının önlenmesi için yargı kararı ile taraflardan birisinin yöneticilerce göçe zorlanması yöntemi de romanda farklı bir boyutu ile konu edilmiştir. Bu uygulamanın, birtakım çıkar hesapları için kullanıldığı vurgulanmıştır. “Edebiyat ve hukuk” disiplini ile uğraşanlarca dile getirildiği üzere, edebi yapıtlarda temsil edildiği biçimiyle kan davasının hüküm sürdüğü yöre insanının zihinsel yapısının çözümlenmesi hukukçular açısından da oldukça ufuk açıcı olacaktır.

### Sonuç

1927'de gerçekleştirilen hukuk devrimine koşut biçimde, kültür ürünlerini de kullanarak yeni bir ideoloji inşa etme çabası, uzun birikimler sonucu ortaya çıkan geleneksel toplumsal yapı tarafından dirençle karşılaşmıştır. Yeni bir yaşam tarzını öneren iktidar ile geleneksel anlayışta direnen toplumun çatışması en açık şekilde hukuki süreç içerisinde açığa çıkmıştır. İktidar kendi otoritesine bir direniş olarak gördüğü geleneksel sorun çözme biçimlerinin karşısına hukukla çıkmaktadır. Bu noktada hukuka yüklenen misyon, adaleti sağlamakdan ziyade, halkın modern yaşam tarzına uyma konusundaki direncini kırmaktır. Yazar olarak aydın, taşra romanlarında özellikle köy ve kasabadaki ağalık düzenine ilişkin durumlarda yargıyı daha ileri bir düzey olarak işaretlemektedir. Farklı bir ifadeyle, ayrıcalıklı sınıf düzenine ilişkin eleştiriden, dinin ve geleneksel namus anlayışının çarpıklığına kadar toplum-

6 1937 yılında kan davasının toplumun yaşayışı açısından tehlike yarattığı durumlar için savcının tespit ve talebi doğrultusunda Ağır Ceza Mahkemesinin yargıçlarıncı alınacak kararlar, yönetime, taraf ailelerden birisini göçe zorlama yetkisi verilmiştir. Göçü istenen aile beş yüz kilometreden yakın olmamak üzere iste-diği yere yerleşebilecektir. Ayrıca TCK'ya göre kan davası ağırlaştırıcı sebep sayılmıştır (alınan önlemlerle ilgili geniş bilgi için bkz. (Keyman, 1974: 374-406) Ancak hukuki yaptırımlar kan davasının çözümüne bir katkı sağlamamıştır. Karşı taraftan birisini öldürmeyi kafasına koyan kişiler pek çok yöntemle yasayı sapıtabilmektedir. Örneğin suç, hukuka göre reşit olmayan bir şahsa yüklenmekte böylece yasanın daha yumuşak hükümlerinden yararlanılmaktadır. Sık sık siyasi nedenlerle yapılan genel aflar da caydırıcılığı olumsuz etkilemektedir (Ünsal, 1996: 43-45).

sal yapıya ilişkin pek çok unsur yargılama sürecinin içerisinde geçerek yapılmaktadır. Deringil (2007: 211), Osmanlı İmparatorluğunun son yüzyılında topluma fiziksel ve ideolojik olarak nüfuz etme çabasıyla artan meşruiyet açığının kapatma girişimlerini değerlendirirken Habermas'ın sözcüklerinden yararlanır: “Yönetmelik alanları ile kültürel gelenek alanları arasındaki yapısal benzemezlik, kasıtlı yönlendirme aracılığıyla meşruiyet açığının kapatmaya yönelik girişimler üzerinde sistemli bir sınır oluşturur.” Osmanlı İmparatorluğunda eğitim, hukuk vb. alanlardaki ideolojik nüfuz çabası ayakta kalabilmek için değişime zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Cumhuriyet döneminde ise varoluş amacının bir parçası olarak kendini gösteren ideolojik nüfuz çabası Habermas'ın aynı sözcükleri ile ifade edilebilecek bir engelle sınırlanmak zorunda kalmıştır. Bunun en açık örnekleri taşra yaşamına ilişkin edebi yapıtlarda kendini göstermektedir. Kendilerini medenileşme yönünde eğitsel bir rol içerisinde gören hukuk mensuplarının, halkın cehaleti ve törenin direnci karşısındaki hayal kırıklıkları sık sık edebi yapıtlara taşınmıştır.

### KAYNAKÇA

- Ali, Sabahattin (2004) Mahkemelerde (Belgeler), Hazırlayanlar: Nühket Esen, Nezihe Seyhan, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Bahtin, Mihail M. (2004) Dostoyevski Poetikasının Sorunları, Çeviren: Cem Soydemir, İstanbul: Metis Eleştirisi.
- Berkes, Niyazi (2002). “Türkiye’de Çağdaşlaşma”, Yayına Hazırlayan: Ahmet Kuş, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Cumalı, Necati (2006) Yağmurlarla Topraklar (Tütün Zamanı:2), İstanbul: Cumhuriyet Kitapları.
- Deringil, Selim (2007) İktidarın Sembolleri ve İdeoloji (II. Abdülhamit Dönemi 1876-1909), Çeviren: Gül Çağalı Güven, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Emek, Bekir Fikri (1975) Gerçek Yasa, İstanbul: Varlık Yayınları.
- Hançerlioğlu, Orhan (1951) Karanlık Dünya, İstanbul: Varlık Yayınları.
- Kemal, Yaşar (1977) Demirciler Çarşısı Cinnayeti, İstanbul: Cem Yayınevi.
- Keyman, Selahattin (1974) Kan Gütme Salkı ile Adam Öldürme, “Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler” içinde, Yay: Adnan Güriz, Peter Benedict, Syf: 374-406, Ankara: Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları.
- Korcan, Kerim (1985) İdamlıklar, İstanbul: Yalçın Yayınları.
- Kür, Pınar (1986). Asılacak Kadın, İstanbul: Can Yayınları.
- Onaran, Mustafa Şerif (2007) “40. Yıldönümünde Yeşilkaya Savcısı İlhan Tarus”, Varlık Ocak, Sayfa 37–39.
- Refik, Cemal (1943). Mahkeme Röportajları, İstanbul: Sebat Basımevi.
- Özey, Mahmut (2007) Deli Manda, (Bütün Hikâyeleri), İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Tarus, İlhan (1955) Yeşilkaya Savcısı, İstanbul: Varlık Yayınevi.
- Ünsal, Artun (1996) Anadolu’da Kan Davası (Yaşamak İçin Öldürmek), Çevirenler: Niyazi Öktem, Emre Öktem, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Yalçın, Alemdar (2003) Siyasal ve Sosyal Değişmeler Açısından Cumhuriyet Dönemi Çağdaş Türk Romanı (1946-2000) Ankara: Akçağ Yayınları.

## Olan Hukuk - Olmayan Hukuk

Zeynep Özlem ÜSKÜL ENGİN\*

“Olan hukuk” ile “olması gereken hukuk” arasındaki ayrım Antik Yunan’dan bu yana yapılagelmektedir. Olan yani pozitif hukukun, özü aynı kalsa da içeriği yüzyıllar içerisinde değişen ve gelişen bir “olması gereken hukuka” uygun olması fikri doğal hukukçular tarafından hep işlenmiştir. Bu fikrin karşısında duran hukuki pozitivistlerin de temel eleştirileri “olması gereken hukuk”un hesaba katılmaması üzerinedir. Bu nedenle ister doğal hukukçu ister pozitivist olsun, hukuk felsefesi ile uğraşanlar ister kabul etsinler isterse reddetsinler bu ayrımı hesaba katmak durumunda kalmışlardır. Ve hukukun kökenine ilişkin yüzyılları kapsayan bu tartışmalar elbette hukuku çok geliştirmiştir. Bugün geldiğimiz noktada anayasaların, yasaların adaleti gözetmeleri, insan haklarına saygılı olmaları, tüm insanların özgürlüğünün eşit olarak dikkate alınması, baskıya karşı direnme hakkı gibi belirli ilkeler bu gelişmenin kanıtlarıdır. Bütün bu felsefi katkı, somut olarak hukuka yani siyasetçiler eliyle düzenlenen yasalara etki etmiştir, dolayısıyla doğal hukukun pozitif hukuk üzerinde bir etki yarattığından bahsedebiliriz. Ancak amaçlanan ve ona yaklaştırılmaya çalışılan düzen yanında bir de yazılı kuralların dışında kalan ve kimi zaman da bu kuralları yok sayan ya da onlara karşı çıkan yaşayan bir hukuk da söz konusu olabilir. Bu durumda, hukukun felsefe ile birleşmesinin iyi bir toplumsal düzen yaratmak için şart olduğunu ama tek başına yetersiz kaldığını, hukukun sosyal yapıyı da göz önüne alması gerektiğini belirtmek yerinde olacaktır.

Bu nedenle tebliğimin başlığını hukuk felsefesinin temel konularından birini oluş-

turan “olan hukuk/olması gereken hukuk” dikotomisinden hareketle “olan hukuk/olmayan hukuk” olarak seçtim çünkü başka toplumlarda olduğu gibi bizim toplumumuzda da görülen odur ki, itina ile hazırlanmış yasalar dahi, toplumun önemsememesi hatta yok sayması ile karşılaşabiliyorlar. Buna günlük yaşantımızdan birçok örnek verebiliriz: Karayolları Trafik Kanunu’nu çiğnememiş kaç kişi vardır aramızda? Oysa en geç ilkokuldan bu yana kırmızı ışıkta geçmenin tehlikeli ve yasak olduğunu biliyoruz. Medeni Kanun’da açıkça belirtilmesine rağmen resmi olarak evlenmeden önce imam nikahı kıydıran birçok insanın olduğunu da biliyoruz, ondan sonra bu fiili birlikliliklerden olan çocukların ya da terk edilen kadınların sorunlu geleceklerinden söz ediyoruz. Demek ki sorun hukuk felsefesi ile hukuk sosyolojisi ve hukuk dogmatikini nasıl uzlaştırıp uygulanabilir olduğu, toplumca saygı duyulan ve adil bir hukuk sistemi nasıl sağlanabilir noktasında düğümlenmektedir. Bu düğümü çözmek için en başa dönüp tarihsel sürece bakacağız ve pozitif hukuk/ideal hukuk ayrımını yeniden ele alıp, yaşayan hukukla çatışmanın nerelerden kaynaklandığına ve nasıl bir çözüm yolu izlemek gerektiği sonucuna ulaşmaya çalışacağız.

### A) Olan hukuk (Pozitif Hukuk) - Olması Gereken Hukuk (Doğal Hukuk)

Olan hukukun ne olduğunu saptamak olması gereken hukuku saptamakla karşılaştırıldığında çok daha kolaydır, çünkü toplumda düzenin sağlanmasına ilişkin

\* Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

kuralların olduğunu herkes bilir ve yazılı kuralların olmadığı toplumlarda dahi uygulanması gereken kuralların ne olduğunda tartışma çıkma ihtimali az bulunur. Bu nedenle hukuk fakültesine yeni girmiş bir öğrenciden tutun da, ilkokul mezunu birisine hukukun ne olduğu sorulduğunda ilk söyleyecekleri “hukukun normatif bir düzen” olduğudur. Bu tanım hukukun hem toplumsal hem de felsefi yanını dışlamakta ve hukuku bir kurallar bütünü olarak görmekten ibaret kalmaktadır. Hukukla ilgisi doğrudan olmayanlar için tek tanımın bu olması aslında şaşırtıcı olmayabilir, ne de olsa insanlar birçok hukuk kuralıyla çevrilmiş bir yaşamı sürdürmektedirler, özellikle modern dünyanın getirilerinden birisi de kuralların gitgide sayısının artmasıdır. Gelişen teknoloji önce insanlara bir kolaylık ya da yeni bir hizmet sunmakta, ardından da buna ilişkin hukuk kuralları ortaya çıkmaktadır. Buna interneti örnek gösterebiliriz: Önceleri internetten müzik indirmek serbestken, şimdi telif hakları çerçevesinde buna ilişkin yasaklar getirilmiştir ya da kredi kartı şifrelerinin ele geçirilip yeni hırsızlık tiplerinin ortaya çıkmasıyla, internet suçlarından ve cezalarından bahsetmek mümkün olmuştur.

Hukukun bir tasarım olduğunu biliyoruz. Elle tutulur ve gözle görülür bir yanı yoktur. Toplumdan topluma değiştiği için bir bilim de değildir. Ama onun pozitif yanı yine de ona bir somutluk kazandırmaktadır. Olması gereken hukuk ise, hukukun en soyut katmanının ifadesidir.

### **B) Olması Gereken Hukuk (Doğal Hukuk)**

Doğayı ve insanı anlamaya çalışan doğacı Antik Yunan’dan başlayarak uzun bir tarihsel çizgiyi izleyen doğal hukuk doktri-

ni devletin kökenini ya doğaya ya Tanrı’ya, ya da insanın kendisinde, aklında bulmuştur. Antik Yunan döneminde felsefe yapanların dünya ve evren hakkındaki bilgileri bugünle karşılaştırıldığında çok azdı ve tüm doğa olaylarını olağanüstü buluyorlardı, bir yandan bunları anlamlandırmaya çalışırken diğer yandan da bu olaylarla başa çıkmaya çalışıyorlardı. Bu nedenle herşeyin kökenini ateşe, suya, havaya, tüm elementlerin karışımına kısacası doğaya bağlamışlardır. Bu doğacı yaklaşımları daha sonra büyük filozoflar dönemi izler ki, bu dönemde de ya doğanın güçlerinin insan aklıyla uzlaştırıldığı (Aristo) ya da bu dünya/öbür dünya ayrımı yapıldığı ve ahlak ile siyaseti hiç ayırmadan hukuk kurallarının idealar evreninden gelmesi gerektiğinin savunulduğu (Platon) görülmüştür. Bu iki görüşün daha sonraki akımlarda ne denli etkili olduğu Aydınlanma Devri’nde daha da ortaya çıkmıştır.<sup>1</sup>

Hukukun ve devletin kökenini Tanrı iradesinde arayan görüşlere göre ise, bu dünyanın öbür dünya için bir hazırlık evresi ve devletin görev ve amacının bunu sağlamak olduğuna, hukuk sisteminin de buna yardımcı olması gerektiğine inanmaktadırlar. Hristiyan filozofların çoğu (St. Augustin, St. Thomas d’Aquin gibi) bu düşünceyi yaymışlardır. Avrupa tarihine bakıldığında Vatikan’da Papa’nın ve çevresindekilerin bu şekilde büyük bir maddi ve manevi güce kavuştukları, daha sonra da bu gücü onlardan devralan kralların kullandıkları görülmektedir. Feodal toplumların yönetildiği döneme ve hatta daha sonra büyük krallıkların kurulduğu dönemlerde dahi, iktidarın kökeni Tanrı’dadır denilmekte ve Tanrı’dan gelen bu gücü kullanan bu kişilerin egemenliği sorgulanamaz hale gelmekteydi.<sup>2</sup>

1 Öktem, Niyazi; “ Antik Yunan Felsefesi” , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: 39, S.: 1-4, 1974, s. 381.

2 Öktem, Türkbağ, a.g.e., s. 183.

Nerede toplum varsa orada hukukun da varolacağı gerçeğinden hareketle, insanların belirli bir düzen içinde birlikte yaşamalarını mümkün kılacak bir düzenin dolayısıyla yasaların varlığı doğal kabul edilmektedir. Hukuk kurallarını yaratanların siyasetçiler olması ve bunların da bu kurallara kendi siyasi görüşlerini yansıtmak hatta bu kuralları eliyle bazen çıkarlarını korumak istemeleri, kimi zaman siyasetçiler tarafından kurulan düzenin kurallarının yetersiz, eşitlikten uzak, adalet kavramını hiçe sayan bir nitelik taşımasına neden olmuştur. Adil bir düzen tasarımını içermeyen bir hukuk sistemi mutlaka eleştiri oklarının hedefi olacaktır. Hukuk kuralların azınlıkta kalanların haklarını koruması, herkese eşit yaklaşması, adil bir düzen tasarımını da içermesi gereği çok eski zamanlardan beri hukuk kurallarını koyan siyasetçi ve hukukçuların dışında –belki de daha çok filozofları ilgilendirmiştir. Bu filozoflar, pozitif hukuka öncülük edecek, ona yol gösterecek ideal bir hukukun varlığını ileri sürmüşlerdir. Doğal olarak hukuka yol gösterici niteliği taşıyan bu kuralların daha üstün, daha genel ve değişmez özelliklere sahip oldukları kabul edilmiştir. Bu kuralların bir diğer özellikleri ise tam olarak hiçbir zaman uygulanabilir olmayışlarıdır, zaten onları ideal yapan da budur, bir başka özellikleri ise bu kuralların içeriklerinin zamana göre değişebilir olmalarıdır.

### I) Doğal Hukukun Özellikleri:

#### a) Doğal Hukuk İdealdir:

Belirli bir ülkede, belirli bir zamanda uygulanmakta olan kurallardan yani pozitif hukuk kurallarından bağımsız olarak, toplumun gereksinimlerini en iyi şekilde karşılayacağı düşünülen, akılla kavranan, soyut yani yazılı olmayan, adalete en yakın hukuk sistemine doğal hukuk adı ve-

rilmektedir.<sup>3</sup> Pozitif hukuk, sadece yürürlükte bulunan kuralları kapsadığı için bir ideali ifade eden ideal hukuktan ayrılır. Yürürlükte olan hukuk kurallarının amacı uygulanmaktır, yasalar unutulmak ya da onlara karşı çıkılmaları için yapılmazlar. Bir kere yürürlüğe girdikten sonra ilgili kişiler ya da kurumlar bu kuralları uygulamak ve bunlara uymak zorundadırlar. Oysa ideal hukuk kuralları yol gösterici konumdadırlar ve uyulmamaları halinde herhangi bir yaptırımla karşılaşmak mümkün değildir. Ama bu kuralların hiçe sayılması, yürürlükteki herhangi bir hukuk kuralının hiçe sayılmasından daha vahim toplumsal sonuçlara yol açabilir.

#### b) Doğal Hukuk Değişkendir:

Pozitif hukuka yön veren doğal hukuk ilkelerinin Antik Yunan'dan bu yana var olduğu bilinen bir gerçektir. İdeal hukukun içeriğinin ne olduğu ya da ne olması gerektiği konusunda tam bir anlayış birliği sağlanabilmiş değildir. Bu ilkelerin her dönem için de adalet gibi bazı değerleri içermesine rağmen, günümüze olduğu gibi uyarlanmaları doğru değildir, çünkü her dönemin değerleri ve adalet anlayışı değişebilmektedir. Hatta aynı dönem içinde dahi ideal kuralların içeriğinin ne olacağına ilişkin tartışmalar çıkabilmektedir. Antik Yunan döneminde doğal hukuka ilişkin birçok filozofun görüşüne rastlamak mümkünken, hiçbirisinin kölelerin varlığını sorguladığına ya da kadınların neden yurttaş sayılmadıklarını<sup>4</sup> düşündüklerine rastlamayız ama bu dönemde gerçekten adalete ilişkin birçok yaklaşımın, düşüncenin varlığını (özellikle de Aristo'nun) da reddedemeyiz. Dolayısıyla bir dönemin doğal hukuka ilişkin ilkelerinin bir başka dönemle örtüşmediğinin görülmesi şaşırtıcı değildir. Herhangi bir dönemin adalet içeren hukuk

3 Aybay, Aydın/ Aybay, Rona; *Hukuka Giriş*, 5. Bastı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 70.

4 Ağaoğulları, Mehmet Ali; *Kent Devletinden İmparatorluğa*, İmge Yayınevi, Ankara, 2006, s. 20.



tasarımına “doğal hukuk” adı verilmiştir ve bu o insanların, o ekonomik koşullarından yani eşyanın doğasından meydana gelmiştir.<sup>5</sup> Bu koşulların değişmesiyle doğal hukukun muhtevasının değişmesi de doğal karşılanmalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki farklı düşünürlerin adalet tanımlarının içerikleri aslında insanın hep aynı ölçüye dayalı bir ahlaki özelliğini yansıtmakta ve bu ölçü ekonomik, dinsel, ve siyasi eğilimlerle zaman zaman farklı nitelikler kazansa da her zaman özgürlük, eşitlik, mutluluk gibi kavramlarla hep bir bağlantı içinde olmaktadır.<sup>6</sup>

### c) Pozitif Hukukla İlişkisi Süreklidir:

Doğal hukuk pozitif hukukun dışında ve daha üstün nitelikte görülse dahi, pozitif hukuka yol gösterici bir özelliği de olması nedeniyle, onunla düzenli bir ilişki içindedir. Doğal hukuk pozitif hukuka ilham kaynağı olduğu için ve aynı zamanda onun adalete uygun olup olmadığının denetlenmesi açısından bir ölçü oluşturduğu için bu ilişkinin kopmaz bir ilişki olduğu söylenebilir.<sup>7</sup>

### d) Doğal Hukukun Faydası:

Bununla beraber hukukun pozitif kuralların üzerinde, ona yol gösterecek ideal nitelikte bazı kuralların ve bunlara ilişkin bilimsel, felsefi tartışmaların bulunması küçümsenmemelidir. Herşeyden önce doğal hukuk, pozitif hukuka kanun hüviyetine bürünmüş hukuka aykırılığın girmesine engel olur.<sup>8</sup> Doğal hukuka ilişkin felsefi çabalar ve tartışmalar, hukuku kuru, statik, çoğunluğun gücünü içeren, despotik olma

ihtimalini taşıyan ve azınlığın haklarını dikkate almayan, iktidarın gücünün ortaya konulduğu kurallar olmaktan çıkarır ve ona canlı, esnek, dinamik, adil, insan haklarına saygılı kurallar bütünü olma özelliğini kazandırır. Belirli felsefi değerlerin ve inançların tartışılması sonucunda oluşan hukuk kuralları, hukukun gelişmesine ve kurallar eliyle de toplumun daha iyi düzenlenmesine katkı sağlarlar. Hangi ülkede ve hangi zaman diliminde olursa olsun hukukun amacı insanlar arası ilişkileri düzenlemek, toplumsal huzuru, düzeni sağlamak olduğuna göre, konunun insana ilişkin boyutunun her zaman göz önünde bulundurulması gerekmektedir.<sup>9</sup>

### e) Doğal Hukuk Akılcıdır:

Doğal hukuk, Tanrısal kökenlerinden ve dolayısıyla da belirli bir iktidarı meşrulaştırma gayretinden kurtulduktan sonra laik ve akılcı bir niteliğe bürünmüştür. İnsan aklının hukukun kaynağını oluşturduğu bu akıma göre, insan hiçbir aracıya gerek duymadan kendi aklıyla evrensel adalet ilkelerini kavrayabilir ve evrensel gerçekliğe ulaşabilir. Bunun bir uzantısı olarak insanlar arasında bir eşitliğin de olduğu düşüncesi yaygınlaşmış ve insanın sadece insan olmasından kaynaklanan hakları olduğu görüşü ortaya çıkmıştır. Hükümet edenlerin temel görevleri ise yurttaşlar arasında barışın ve düzenin korunmasını sağlamak, olası çatışmaları önlemek ve onlara hakemlik edecek bağımsız bir örgütü kurmaktır.<sup>10</sup> Bunun sonucunda temel amaç “insan” olarak ortaya çıkmaktadır, herhangi bir iktidarın geleceğini garanti altına almak değil.

5 Otar, Gogaşvili; “Doğal ve İradî Hukuk Arasındaki İlişki”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004, s. 147.

6 Kale, Nesrin; “Platon’ dan Günümüze Adalet Kavramı”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2005, s. 123.

7 Dinçkol, Abdullah; *Temel Hukuk Bilgisi, Der Yayınları*, İstanbul, 2007, s. 31.

8 Çağıl, Orhan Münir; *Hukuk Başlangıcı Derstleri, Fakülteler Matbaası*, İstanbul, 1963, s. 372.

9 Aybay/ Aybay, s. 72.

10 Villey, Michel; “Hukuk Bilimi ile Hukuk Felsefesinin İlişkileri”, HFSA, Nüans Bası Yayın Lmtđ Şti, 1993, s. 47.

### f) Doğal Hukuk Geneldir:

Doğal hukuk kuralları genel olma özelliğini göstererek pozitif hukuk kurallarından ayrılırlar. Pozitif hukuk kurallarının da genel, herkese eşit uygulanması gereken kurallardan oluştuğu bilinmekle birlikte, bu pozitif hukuk kurallarının ayırıcı özelliği değildir. Bazı durumlarda, tek bir kişi için çıkarılan kanunların bulunduğu ve bunları adalete de uygun düştüğü durumların varlığı söz konusu olabilir. Nitekim bir dönemde sanata yetenekli çocukların ülkemizde imkanların elvermemesi nedeniyle ve bu çocukların daha iyi eğitim alabilmeleri amacıyla bu tip yasaların çıkarıldığını biliyoruz. Bu kapsama giren çocukların hepsi bu kanundan yararlandığına göre özel olan bu kanun eşitlik ilkesini zedelediğinden adil oldukları da söylenebilmektedir. Oysa doğal hukuk kuralları herkes için genel ilkeler belirlemektedir. Bu ilkeler istisnasız herkes için aynı olma özelliğini taşırlar.<sup>11</sup>

### II) Doğal Hukuka Getirilebilecek Eleştiriler:

Antik Yunan'dan bu yana ister kökeni doğal güçlere, ister mistik güçlere bağlansın hep değişmeyen bir doğal düzenden söz edilmektedir. Bu düzen adalet, özgürlük gibi bazı değerlerden bahsetse de ilkçağlardan bu yana bunları gerçekleştirmedikleri nedeniyle eleştiri de almıştır. Kendisinden sonrakileri çok etkilese de Aristo'nun, doğal hukukun dahi bir mitin üzerine kurulduğunu iddia eden, insan ilişkilerinin uyumlu bir planın yaratıcısı olan bir doğaya neden inanmak gerektiğini sor-

gulayan düşünce akımlarına rastlanmıştır: Sinikleri, Epikürcüleri, Stoisyenleri<sup>12</sup> buna örnek vermek mümkündür.<sup>13</sup> Bu eski akımlar ortaçağ boyunca septik akımları beslemiş ve Rönesans'la beraber Pascal, Montaigne gibi bazı filozofların yüksek sesle söyledikleri doğal hukuk karşıtı düşüncelere ilham vermiştir. Bu düşünöürlere göre, Pireneler'in ötesinde farklı bir gerçeklik varsa (Pascal) ve bu denli çok kuralı ortaya koyan hukuk kurallarının tüm insanlar tarafından onaylanabilecek denli evrensel olmaları mümkün değilse (Montaigne), doğal hukuk hakkında şüphe etmek gerekir.<sup>14</sup>

Doğal hukukçular için hukukun asıl amacı adaleti gerçekleştirmektir, adaletsiz bir düzene katlanılamayacağını ileri sürseler de<sup>15</sup>, yüzde yüz adaletli bir hukuk sistemini öngören bir doğal hukukçu düşünce akımı ortaya çıkamamıştır. Ayrıca Aydınlanma Çağı'nın etkilerinin büyük ve insanlık için çok önemli olduğu söylene de, o dönemde insanlık sadece Avrupa kıtasında yaşamadığından, coğrafi açıdan bu etkinin sınırlı kaldığı söylenebilir.<sup>16</sup> Ayrıca burjuva devriminin Fransa'da dahi etkilerinin ne olduğunu tartışmak gerekir. Devrimin sonuçlarından en önemlisi olan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin soyut olduğu ve insan hakları açısından önemli bir adım olsa dahi, insan hak ve özgürlüklerine somut bir koruma getirmemesi nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>17</sup>

Doğal hukukçuların dayanaklarından biri de insan aklıdır. İnsan aklının üstünlüğünü savunan bu görüşe göre her alanda mükemmelliğe ulaşmanın yolu rasyona-

11 Hacıkadıroğlu, Vehbi; "Doğal Hukuk Sorunu", HFSA, İstanbul Barosu Yayını, No: 4, İstanbul, s. 5.

12 Üskül, Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 28.

13 Villey, Michel; Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit, Dalloz, Paris, 1962, s. 54.

14 Villey, a.g.e., s. 55.

15 Aral, Vecdi; Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 195.

16 Lee, Stephen J.; Avrupa Tarihinden Kesitler, Dost Kitabevi, Ankara, 2002, s. 256.

17 Üskül Engin, Zeynep; "Birey Devlet İlişkisi ve İnsan Hakları", Yeni Toplum Yeni Siyaset, Kalkedon Yayıncılık, 2008, s. 237.

lizmden geçiyordu. Ancak Aydınlanma Çağı'nın sorgulayıcı tavrı, rasyonalizmi de sorgulamaya kalkınca akılcılığı zor durumda bırakmıştır. Bir yandan okumuş ve düşünen insan sayısının azlığı, diğer yandan aklın iyiliği olduğu kadar kötülüğü de düşünebileceği gerçeği karşısında rasyonalizm eleştirisi oklarına hedef olmuştur. İngiltere'den gelen bir akımla, aklın yerini giderek insan gelişiminde önemli faktörler olarak görülen deneyim ve tutkular almaya başlamıştır (Hume).<sup>18</sup>

Doğal hukuka eleştirisi getirenlerin düşünceleri, doğal hukukçularınkadar zengin değilse de, Aristo'nunkilere göre daha bilimseldir: Doğa, sosyal ve uygar insanın isteklerini gerçekleştirebileceği herşeyin örgütlenmiş olduğu bir site değildir, gerçek doğayı bulabilmek için uygarlığa ilişkin tüm katmanları soyutlamak gerekmektedir. Böylece “doğal yaşama hali” adı verilen kaotik durumla karşı karşıya kalınır ki, bu fikri alıp kullananlar da başka bir varsayımsal durumu kendilerine temel olarak ele almışlar, bunun sonucunda da hukuk egemenin söylediği söz olarak karşımıza çıkmıştır. Bir doğal hukuk eleştirisinden hareketle başka bir doğal hukuk akımına yol açan bu durum, sonuç olarak hukuku gökten yeryüzüne indirmiş ve laikleştirmiştir<sup>19</sup> ancak bu defa da hukukla kanunu eş anlama indirgemıştır.<sup>20</sup>

Aristo için “hukuk” doğru, adil, şeyler arasındaki doğanın belirlediği ve bilimin keşfedebileceği dürüst ilişkiler anlamına gelmekte iken bu yaklaşımda hukuk doğru ve adil olanın ne olduğunu ortaya koyan bir bilim değildir, bu yüzden hukukçunun dikkatini kanun metnine vermesi gerekmektedir-

dir.<sup>21</sup> Bu felsefi değişim, başka unsurlarla da beslenince Aydınlanma Çağı'nı izleyen dönemde ortaya farklı bir anlayışın doğmasına neden olmuştur.

### **B) Hukuki Pozitivizm (Olan Hukuk):**

Hukukçu olmayanların hukuka ilişkin tanımlarının normatif düzeyde kalması doğal karşılanabileceksen, bazı hukukçuların da aynı görüşü paylaşmaları dikkat çekici olmuştur. Teknolojik, ekonomik, toplumsal, bilimsel değişimler ve gelişmeler 19. yüzyılda hukuk kurallarının kaynağı konusundaki düşünceleri de etkilemiş ve doğal hukuk görüşünden farklı bir görüşün ortaya konmasına neden olmuştur. Böylece tarih, felsefe ve bilimde varsayımaya dayanan her türlü yapıyı reddeden, olayların gözlem, deneyle açıklanabileceğini kabul eden ve yöntem olarak da doğa bilimlerindeki yöntemi kabul eden pozitivist bir dönem başlamıştır.<sup>22</sup> Hukuki pozitivizm de toplum bilimlerindeki pozitivizmin kurucusu olan Auguste Comte'tan cesaret alarak gözlem ve deneyle elde edilebilen sonuçların ötesindeki her türlü kabul ve önkabulü boş ve değersiz bir zihinsel faaliyetin ürünü saymıştır. Bunun doğal sonucu olarak da hukuk da bu yaklaşımdan etkilenmiştir.<sup>23</sup>

Nitekim 19. yüzyıldaki doğa bilimlerindeki gelişme ve burjuva sınıfının kanunlar eliyle iktidarını sağlamlaştırma kaygısının doğrudan hukuka yansıdığı görülmektedir.<sup>24</sup> Yürürlükteki hukukun akıl yoluyla bulunan doğal hukuka dayandığı kabul edilen dönem geride kalmış, artık doğal hukuk, hukuk ötesi elemanları bünyesinde barındırdığı için eleştirilere maruz kalmıştır.

18 Lee, a.g.e., s. 256-257.

19 Akal, Cemal Bali; *İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara, 1998, s. 341.*

20 Villey, a.g.e., s. 55.

21 Villey, a.g.e., s. 55.

22 Keyman, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: 35, S.: 1-4, s. 19.*

23 Keyman, a.g.m., s. 20.

24 Öktem, Niyazi/ Türkbağ, Ahmet Ulvi; *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul, s. 346.*

Fransa'da "Egzejetik (Tefsirci) Okul" Code Napoléon' (Medeni Kanun)un, Almanya'da Kavramlar Hukukçuluğu BGB'(Medeni Kanun)nin yapımına neden olmuş ve bunlar medeni kanun olmaktan çok öte bir anlam taşımışlardır.

Aslında kanunlaştırma hareketlerinin temel nedeni, belirli bir toprak parçası üzerinde birlik ve kesinliği sağlamaktır. Bütün ülke topraklarında pozitif hukukun etkili ve yeknesak bir biçimde uygulanmasının hukuk güvenliğini sağladığı kadar, siyasi iktidarın gücünü ortaya koymasında yardım edici bir işlevi vardır.<sup>25</sup> Kanunlaştırma hareketinin ortaya çıktığı dönemlerde bu işlev daha çok ön plana çıkmıştır ve çıkarılan kanunların tartışılması engellenmiştir. Aslında yasakçı olan bu tavır bilimsel bir çerçeveye içinde sunulmuş ve örneğin Fransa'da Medeni Hukuk dersleri yerine "Medeni Kanun" dersleri verilmiş, Almanya'da düzenlenen medeni kanun ise çok soyut, teknik, anlaşılması ve uygulanması zor bir kanun olmuş ve sadece bunu anlayacağını iddia eden bilimsel bir çevrenin eline bırakılmıştır.<sup>26</sup> İngiltere'deki hukuki gelişim Kıta Avrupası'ndan farklı olmakla beraber aynı dönemlerde hukukun "hükümler gücün belirli bir kişinin ya da kişilerin davranışlarını düzenlemek için çıkardığı ve uyulmaması durumunda bir ceza tehdidini içeren beyanlarının toplamından başka bir şey olmadığı" yolundaki fikirleri ve doğal hukuk ilkelerinin reddedilmesi gereğini savunan görüşlere sahip olan Bentham ve Austin gibi ünlü hukukçulara

sahip olmuşlardır.<sup>27</sup> İngiltere'deki pozitivism "analitik pozitivism" adını almış ve o da diğerleri gibi doğal hukuku eleştirmekle işe koyulmuştur ve hukuku bir emrin ifadesi ve zor kullanmadan ibaret saymışlardır.<sup>28</sup>

Hukuksal pozitivismin tarih boyunca kurulu düzenin korunması, iktidarların otoritesinin sağlanması amacıyla ortaya çıktığı görülmektedir. Her iktidar, belirli kurallarla sınırlanmaktan hiç değilse bir miktar sıkıntı duyar ve bu kuralları aşabilmek için kimi kez çareler üretmeye çabalar. İktidarı ele geçirenlerin iradesinin üstünlüğü, içte ve dışta herhangi bir güçle sınırlanmayan devlet anlayışı tarih sahnesinde hep görülmüştür. Bunların hepsi doğal olarak kendi yaptıkları yasal düzenin en iyisi olduğunu savunmak ve bu düzenin değişmezliğini sağlamak için pozitivist düşünceye destek vermişlerdir.

19 ve 20. yüzyılda bilimsel ve felsefi pozitivismin ortaya çıkışıyla birlikte hukuki pozitivismin temelleri atılmış olmaktadır. Böylece iradeyi, devletçi ve olan hukukla yetinen hukuk anlayışı, bilimselliğin ardına sığınma imkanı bulmuştur.<sup>29</sup> Bunun sonucu olarak doğal hukuk görüşü bir yana bırakılmış, hukuk teorisi pozitif hukukun egemenliğine terk edilmiş ve bütün hukuk pozitif hukuktan ibaret sayılmaya başlanmıştır.<sup>30</sup>

### **I) Pozitivist Yaklaşımların Genel Özellikleri:**

Pozitivist yaklaşımların genel özelliklerine bakıldığında

25 Güriz, Adnan; *Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006, s. 144.*

26 Güriz, a.g.e., s. 145.

27 Güriz, Adnan; *Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007, s. 269.* Ayrıca Bkz. Güriz, Adnan; *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 65;* Gürbüz, Ahmet; *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1999, s. 45-66.*

28 Auer, Andréas; *Introduction à la Philosophie du Droit, Université de Genève, Cenevre, 1978, s. 96-98.* Ayrıca Bkz. Öktem/Türkbağ, a.g.e., s. 351. Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 256. Uzun, Ertuğrul; "John Austin: Analitik Pozitivism", *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 11.*

29 Öktem/Türkbağ, a.g.e., s. 347.

30 Güriz, a.g.e., s. 267.

a) Reel hukukla ideal hukuk arasında çok belirgin bir ayırım yapmaları ve doğal hukuku reddetmeleridir: Hukukçu sadece olan hukukla ilgilenmelidir, değer yargılarından kaçınmalıdır, “ortak iyi”, “hak ve özgürlükler”, “adalet” gibi kavramlar hukukçunun ilgi alanının dışında kalmalıdır. Antik Yunan’dan beri hukukla ahlak arasında kurulan yakın bağ bu sefer toptan reddedilmiş olmaktadır. (Austin, Kelsen’de olduğu gibi) Pozitivizmin hukuka bu şekilde yaklaşması, hukuk karşısında değerlendirmeyen, objektif ve ahlaki yönden tarafsız bir davranış gibi nitelendirilebilirse de aşağıda görüleceği üzere birçok açıdan eleştirilere hedef olmuştur.<sup>31</sup>

b) Pozitivistler, hukukun kaynağını güce, zorlamaya ve yaptırımı uygulayabilecek otoriteye bağlarlar. Devletçi hukuk kuramıyla pozitivizm burada paralel gitmektedir. Bu anlayışa göre, olan hukuk en yetkin hukuk kuralıdır bu nedenle de hukuk uygulayıcısının yorum imkanları kısıtlanmıştır<sup>32</sup>, zaten yargıcın görevi hukuku yaratmak değildir, hukuk zaten vardır ve onun görevi sadece yazılanı uygulamaktan ibarettir.<sup>33</sup> Aslında hukuki pozitivistler bu yolla hukukun kesinliğini sağlamak istemişlerdir. Böylece bireyin devletle olan ilişkisinde bir güvence oluşturulacaktır.<sup>34</sup> Ancak, hukukun kesinliği ilkesini gerçekleştirmek isterken çok katı bir tutum takınmak ve yargıcın yorum olanaklarını tamamıyla yok etmek, gelişen ve değişen dünya koşullarında hukuktan beklenecek faydayı da azaltmak anlamına gelecektir.

c) Hukuki pozitivizmin içerikle değil de biçimle ilgilendiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle yasayı yorumlarken gramatik ya da filolojik bir yöntem kullanılır, kavramların incelenmesi ön plana çıkar (Kavramlar İctihadı) ya da bir başka yöntemi kullanan pozitivistler için yasayı belirleyen iradesinin biçimsel olarak ortaya çıkmış olması hukuki pozitivistler için yeterlidir. (Menfaatler İctihadı).<sup>35</sup>

d) Hukuk normunu diğer normlardan ayıran içeriği değil zorlayıcı oluşudur. Hukuk normu, insan tasarruflarının hukuki olup olmadıklarını belirten kalıplardan başka bir şey değildir: İdamın gerçekleştirilmesinin suç oluşturmaması gibi, çünkü idam hukuk tarafından belirlenmiş bir suç kalıbının ihlali sonucu ortaya çıkan hukuki bir sonuçtur ve idam cezasını yerine getiren kişi bundan dolayı cezalandırılmamaktadır.<sup>36</sup> Bu aynı zamanda hukukun etikten kopması anlamına da gelmektedir, çünkü bir davranış ancak hukuk tarafından suç sayıldığı için cezalandırılmaktadır, hukuk tarafından düzenlenmemiş bir davranışın hukuki yükümlülük yaratmasının konusu olmayacağı kabul edilmektedir.<sup>37</sup>

## II) Hukuki Pozitivizme Getirilebilecek Eleştiriler:

Aslında bu görüşü savunanlar, metafizik olduğu, sübjektif değer yargıları içerdiği için reddettikleri doğal hukukun yerine bir başka değer yargısını koymaktadırlar: “Hukuk, üstün ve emredici iradede kaynaklanan ve en iyi kuralların ortaya koyduğu bir sistem” olarak karşımıza çıkmak-

31 Keyman, a.g.m., s. 25.

32 Öktem/Türkbağ, a.g.e., s. 353.

33 Auer, a.g.e., s. 92.

34 Keyman, a.g.m., s. 21.

35 Ökçesiz, Hayrettin; “Hukuk ve Bilimi”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 284.

36 Akbay, Muvaaffak, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 44-45.

37 Kelsen, Hans; “Saf Hukuk Kuramı Nedir?”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 57-58, 59-60.

tadır. Hukuki pozitivizm, yalnızca varlığı nedeniyle pozitif hukuka verdiği değer ve kanuni adalet anlayışı nedeniyle ideolojik bir görünüme kavuşmaktadır.<sup>38</sup> Bu yaklaşımın bir değer yargısını dışlarken bir başkasının içine düştüğü görülmektedir. Yasayı koyan iradenin eylemi bağımsız bir varlık niteliğine bürünmekte ve “en yetkin yasayı bildirebilecek” nitelikte görüldüğü için tabulaşmaktadır.<sup>39</sup> Devletin yüceltilmesi, gücü eline geçirenlerin kendilerini denetleyebilecek kurumları dışlaması, adil olmasa da kurallara sırf konulduğu için uymak ve onları uygulamak zorunda kalmak totaliter ve otoriter bir politikanın içine düşmekle eş değer olmaktadır. Devletin yaratmadığı bir hukukun bu anlayış çerçevesinde tanınması mümkün değildir, oysa bunun böyle olmadığını kanıtlama günümüzde çok zor değildir. Örneğin uluslararası hukukun önemi yadsınamaz ve çok yaygın olmasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi bireysel başvurunun kabul edildiği ve kararlarının devletler üzerinde etkili olduğu hukuk mekanizmaları mevcuttur. Bu mekanizmalar, bireyin onurunun korunması, insanın insan olmasından dolayı dokunulamaz bazı haklara sahip olduğu noktasından hareketle kanun koyucuya pozitif normlar koymak yükümlülüğü yüklediği gibi, ceza yaptırımları açısından da kanun koyucunun yetkisinin sınırlarını da belirlemektedir.<sup>40</sup> Bu durumda, hükümet edenlerin esas yetkilerinin toplumsal düzeni sağlamak ve korumak, yurttaşlar arasında barışı egemen kılmak, bireyler arasında çıkabilecek çatışmaları önlemek, çatışma çıkarsa bunları

çözmek ve herkese hakkının verilmesini sağlamak (suum cuique tribuere) olduğunu unutmamalarını sağlamak gerekmektedir.<sup>41</sup> İnsanın dolayısıyla da kanun yapanların da hata yapabileceklerini hesaba katmak ve bu yanlışların vahim sonuçlara yol açmaması için de iktidarı denetleyebilecek belirli kurumlara ihtiyaç vardır. Dolayısıyla artık, tek hukuk kaynağının devletin iradesi olduğunu söylemek de eksik bir ifade olmaktadır. Nitekim Kelsen dahi “temel norm”un kaynağını açıklamakta zorlanmıştır.<sup>42</sup>

Bunun bir başka sakıncası ise, hukukun değişen ve gelişen hayat koşullarına uyum sağlamasının mümkün olmamasıdır. Hukukun statik bir nitelikte olduğunu kabul etmek, hukukun temel amacından uzaklaşmak demektir. Hukuki pozitivistler hukuku gökten yere indirirken onun kımıldayamayacak kadar fazla kök salmasına neden olmuşlardır. Hukuk insanın olduğu yerde varolabildiğine göre, temel amaç insanın yaşamını düzenlemek ve bir kaos ortamındansa bir barış ortamını sağlamak olmalıdır. İnsan yaşamı özellikle son bir-iki yüzyıldır süratle değişmektedir. Teknolojik, bilimsel değişmelere ayak durabilmek için de hukukun esnek olması ya da en azından yeniliklere açık olması gerekmektedir. Hukuku dar kalıplar içine sokmakla günümüzün genetiği değiştirilmiş organizmalar, organ nakli, kök hücre, internet, homoseksüellerin evliliği ve evlat edinmesi, ozon deliği gibi yeniliklerin ortaya çıkardıkları sorunlara çare bulmak imkansızlaşır.

38 Keyman, a.g.m., s. 23.

39 Öktem/Türkbağ, a.g.e., s. 355. Ayrıca Bkz. Bonnard, Roger; “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 28.

40 Ökçesiz, a.g.m., s. 283.

41 Amserek, Paul; “Norm ve Yasa”, HFSA, 1. Kitap, Nüans Basın Yayın Ltd. Şti., İstanbul, 1993, s. 47.

42 Kelsen temel normun geçerliğini nereden aldığı sorusuna açık bir yanıt vermemektedir, bunun da nedeni bu sorunun bir “saf bir hukuk” sorunu olmaktan çok sosyolojik bir nitelik taşıması olsa gerektir. Değil temel normun herhangi bir hukuk kuralının minimumunda geçerliğinin olabilmesi için toplumsal destek şarttır. Bkz. Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 259.

Hukukun, onu söyleyenin iradesinden oluştuğunu söylemek, bu irade iktidardan uzaklaştığı takdirde, yeni bir yazılı hukukun oluşabileceğini kabul etmek demektir. Toplumsal düzenin sağlanması için gereken istikrar unsuru bu durumda dışlanmış olmaktadır. Dolayısıyla hukukun ifadesi olan “emir” subjektif bir içerik taşımaktadır.<sup>43</sup> Oysa hukuki pozitivismi savunanlar bir yandan da hukuku kanunla eş anlamlı kılarak hukuk güvenliğini sağlamak istemişlerdir.

Hukuki pozitivism değer ve amaç sorunlarının önemini reddetmemektedir ama bunların hukukun değil siyaset bilimi, sosyoloji, ekonomi gibi başka dalların konusuna girdiğini düşünmektedir.<sup>44</sup> Bunun bir sonucu olarak hukuki pozitivistler hukuk normunun sadece şekilden oluştuğunu varsayılmaktadırlar. Hukuk düzeninin belirli bir biçimle sağlanacağı, insan davranışlarının düzene konulacağı doğrudur. Hukuk düzendir, düzen de bir biçimlendirmeyi gerektirir.<sup>45</sup> Hukuki pozitivismin bilgi-bilim anlayışı şekil ve değer arasında herhangi bir bağlantının varlığını reddederek, bu ikisi arasında aşılmaz bir ayrılık koymaktadır.<sup>46</sup> Ancak bu şekilciliğe çok sıkı bir biçimde tutunmanın, hukuku kağıt yığınlarından ibaret saymanın, onu içerikten dolayısıyla değerlerden örneğin adalet kavramından uzak tutacağını ya da “değer”i tamamen siyasal tercihlerin konusu yapacağını da göz ardı etmemek gerekir. Adaleti dışlamanın bireysel sonuçları olabileceği gibi (Ceza davalarında her adam öldürenin aynı cezayı almaması, her olayın oluşum

biçiminin, varsa ağır ya da hafif tahrikin, olaya karışanın yaşının hesaba katılması buna örnek verilebilir), hukuki pozitivismin hukuku tanımlarken toplumun iyiliği ve adaletin gerçekleştirilmesi veya özgürlüğün korunması gibi amaçlara yönelmiş bir kurum olarak ele alınmasını reddetmesi, toplumda huzursuzluğun doğmasına, barışın bozulmasına neden olabilecek vahim toplumsal sonuçlara da yol açabilir.<sup>47</sup>

Hukuku biçimden ibaret sayıp hukuk normunu oluşturan kelimelere önem vermek bir yorum yöntemi olmakla beraber, sadece bu yöntemle sınırlı kalmak hukuk kavramlarını dar kalıpların içine sokmaktadır. Normlar bir takım cümlelerden onlar da kelimelerden oluşmaktadır, kelimeler de kavramların taşıyıcısıdır.<sup>48</sup> Ancak kelime ile kavramı aynı kefiye koyarak değerlendirmek doğru değildir, çünkü kelimelerin günlük kullanımları ile hukuki kavramların anlamları farklı olabilir. (Oysa pozitivist Austin günlük dilin temel alınması gerektiğini belirtiyor ve filozofları şatafatlı ve anlaşılmaz bir dil kullandıkları için eleştiriyordu<sup>49</sup>). Her bilimin kendine özgü dili olabildiği gibi, bu dil zamanın koşullarından etkilenerek farklılaşabilir de. Bu nedenle de bu tür dilbilimsel araştırmalar yararlı olsalar da sadece buna dayanmak ve böylece hukuk normunu dar kalıplara sokmak doğru olmayacaktır.

Bunun dışında, hukuki pozitivism örf ve adet kurallarını dışlamaktadır. Toplumun uzun bir zaman dilimi içinde geliştirdiği ve uygulayageldiği, birçok sorunu

43 Güriz, a.g.e., s. 257.

44 Keyman, a.g.m., s. 29.

45 Aral, Vecdi; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 17.*

46 Karakaş, Jale; “*Hukuki Pozitivismde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler*”, *HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004, s. 97.*

47 Keyman, a.g.m., s. 25.

48 Aral, a.g.e., s. 139.

49 Skirbekk, Gunnar/ Gilje, Nils; *Antik Yunan’dan Modern Döneme Felsefe Tarihi, Kesit Yayınları, İstanbul, 2006, s. 555.*

çözmekte kullandığı örf ve adet kurallarını yok saymak ve yargıcın bunları kullanma olanaklarını dışlamak doğru bir yaklaşım değildir. Ayrıca, hem İngiliz olup da hem de Austin gibi hukuku emir ve cebir ihtiva eden kurallardan sayan düşünürlerin, yargı içtihatlarının üstünlüğe sahip olduğu İngiltere gibi ülkelerin hukuk hayatını açıklamaları zordur.<sup>50</sup>

### C) Toplumsal Olgu ve Olmayan Hukuk:

Hukuk sosyolojik açıdan ele alındığında karşımıza “toplumsal olgu” kimliği ile çıkmaktadır. Bunun anlamı şudur: Nerede bir toplum varsa, orada bir hukuki düzen vardır ve hukukun temel işlevi toplumsal düzeni sağlamaktır. Düzen bir kere sağlanınca, o toplumsal yaşamın katlanılabilir olduğu ve toplumsal yapıdan gelen taleplerin dikkate alındığı ortaya çıkmış olmaktadır.<sup>51</sup> Hukuk bu yanıla hem toplumsal olayları etkileyen bir faktör, bir belirleyici durumdadır, hem de toplumsal yaşamın doğal bir ürünüdür. Böylece hukuk insan iradesine etki yaparak davranışlarına yön veren, toplumsal sonuçlara hatta toplumsal dönüşümlere yol açan, karşımıza değişik hukuki olgu ve süreçleri çıkaran toplumsal bir olgu olarak belirmektedir.<sup>52</sup> Sonuç olarak hukuk kuralları, din, ahlak, örf ve adet kuralları gibi içine doğdukları toplumsal gerçekliğin sonucudur ve bu toplumların birçok özelliklerini doğrudan yansıtırlar ve yansıtılmaları da o toplumun ortaya konan kuralları benimseyebilmesi açısından ko-

laylık sağlar.<sup>53</sup> Hukuk sadece uyumsuzluk çözen asli bir düzen unsuru değil, aynı zamanda insanların kendilerini içinde tanımladıkları bir toplumsal yaşama düzenidir.<sup>54</sup>

Hukukun düzeni sağlayabilmesi için hukuk kurallarının bir yönüyle etkin olması, diğer yönüyle de devletin etkinliğinin toplum tarafından tanınmasını gerektirir. Merkezi iktidar etkinliğini belirli bir yerde ve zamanda, gerçekleştirdiği toplumsal çevrenin genişliğine ve niteliğine bağlı olarak kuvvet kullanabilme potansiyelini içermektedir.<sup>55</sup> Bu potansiyele sahip olması iktidarın etkinliği sağlayabilmesi anlamına gelmektedir. İktidarın hukuki düzenlemeyi yaparken gelenekleri, toplumsal gerçekleri, üretim biçimlerini dikkate alması halinde yaşayan hukuk ile normatif hukuk arasındaki çatışmalar daha az olacaktır. Ancak bu durumda toplumsal olguyu gözetken bir hukuk sistemine ulaşılabilir.<sup>56</sup>

Hukuku sadece norm boyutuyla ele alan pozitivistlerin ya da hukukun iktidarı ele geçirenin iradesi olduğunu iddia edenlerin ve sadece etik değere önem atfeden kuramların eleştirilecek taraflarının olduklarını biliyoruz. Bu nedenle, doğal hukukun yol gösterdiği ilkeler doğrultusunda, olabilecek denli ideale yaklaşan mükemmel denilebilecek bir hukuk sisteminin dahi toplumsal yaşama etki edemediği noktalar olabileceği açıktır. Hukukun yaşamın birçok alanını kuşattığı düşünülecek olursa, yurttaşlar tarafından yaratılan kurallara uymanın rasyonel olacağına dair bir zihin durumunun mevcut olması gerekir.<sup>57</sup>

50 Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, s. 257.

51 Işıktaç, *Yasemin*; *Hukuk Sosyolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 153.

52 Gürkan, Ülker; *Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi*, Ankara, 2005, s. 12.

53 Gürkan, a.g.e., s. 14.

54 Özcan, Mehmet Tevfik; *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2009, s. 295-296.

55 Özcan, Mehmet Tevfik; “*Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım*”, *Adalet Kavramı*, Der.: Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 58.

56 Üskül Engin, Zeynep Özlem; *Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 78.

57 Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, s. 301.



Çünkü hukuk normuna uyma ve bireyin toplumsal düzene uyması, bunun rasyonel olduğu önkabulünden kaynaklanır. Toplumdaki rasyonellik ise, “bireyler arasındaki ilişkilerin toplumsal uyum koşullarında cereyan ettiği veya insanların uyumu tercih ettikleri ölçüde varlık kazanır. Toplumsal çatışma ve çatışmaya yol açan faktörler, bize rasyonelliğin işlemediği durumların ihmal edilir düzeyde olmadığını gösterir.”<sup>58</sup> Rasyonel davranıştan uzak durma eğilimi gösteren toplumlar da yok değildir. Aslında hukuk kurumlarının varlık nedeni çatışmaları çözmektir, ancak bu durumda hukuk yalnız başına sorunu çözmekte yetersiz kalmaktadır.

Toplumun tamamına egemen olan kültür, devlet ve hukuk tarafından onaylanmış kültürdür.<sup>59</sup> Bu egemen kültürün dışında kalan ve devlet ve hukuk tarafından hoşgörülmemeyen, varlığına izin verilmeyen, yasaklanan alt kültürler olabilir, bu takdirde bunlar hukuk sisteminin dışında, bazen de karşısında konumlanmış olacaktırlar. Baskıya direnebilen bir alt kültür söz konusuysa zamanla bunun bir karşı kültür olarak kuvvetlenmesi ve egemen kültürü ve bunun hukuk sistemini zora sokması da mümkündür.<sup>60</sup> Bu kadar yoğun bir direnme olmasa, toplum tarafından ihmal edilen, önemsenmeyen bu nedenle de uygulanmayan kurallar da bulunabilir: Trafik kurallarını bu duruma örnek verebiliriz. Yaptırımı devlet tarafından değil, yaşamı kaybetmek dahi olsa bu kurallara uyulma pratiği toplum tarafından kazanılamamaktadır.

Hukuk kurallarının uygulanması ve toplumsal düzenin devamının sağlanması

için bireyin varolan düzene uymayı kabul etmesi ve kendisini bu düzenin bir parçası olarak görmesi gerekmektedir olduğuna göre buna ilişkin önlemlerin alınması gerekmektedir.<sup>61</sup> Bir kişinin tek başına düzene aykırı gelen davranışı hukuk kuralları tarafından cezalandırılabilir, bu davranış toplumsal bir nitelik taşımadığı için hukuk düzeni açısından tek başına bir tehdit ya da sorun oluşturmaz, ancak aynı hukuk kuralları toplumun belirli bir kesiminden gelen aykırı davranışlar bu konuyla ilgili ciddi bir sorun olduğunun ve hukuk açısından bir etkinlik sorununun ortaya çıktığının göstergesidir.<sup>62</sup> Bu ülkede imam nikahlarının önünün alınmaması başta bir kamu görevi yapan imamlara hiç ceza verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Topluma medeni nikahın rasyonel olduğu, tarafların haklarını koruduğu ve onlara rasyonel görevler yüklediği anlatılmadığı sürece ve imamlar aile cüzdânını görmeden bu nikahı kıymakta herhangi bir sıkıntı duymadıkça bu uygulama devam edecektir. Bu durumda yazılı hukukun yerine yaşayan ve yazılı hukukla çatışan bir hukuk geçmektedir. Olan hukukun olmayan hukuka dönüştüğü nokta da tam olarak budur.

Her ne kadar akılcı bir sistem ortaya konulursa konulsun, gücünü gelenekten, kültürden alan yüzyıllardır benimsenen alışkanlıklar, insanların değer sistemlerini belirleyen tarihsel kalıplar söz konusu olabilir ve bunlar düşünme dinamiklerini baskılayan, aynı zamanda hukuk sisteminin işlerliğini baltalayan unsurlar olarak ortaya çıkabilir.<sup>63</sup> Nitekim düşünmeye kültürel alışkanlıkları nedeniyle kapalı toplumlarda

58 Özcan, Mehmet Teyfik; *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Kavim Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 109.

59 Özcan, a.g.e., s. 110.

60 Özcan, a.g.e., s. 110.

61 Işıktaç, a.g.e., s. 142.

62 Gürkan, Ülker; “Hukukta Değişme ve Kararlılık Sorunu”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 312. Ve ayrıca Bkz. Topçuoğlu, Hâmide.; *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, C.: 1, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 182.

63 Sezgin, Erkut; “Hukuk Kurallarının Temeli ya da ‘Adalet Duyarlığı’/‘Vicdan’ Üzerine”, HFSA, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 86.

adalete verilen anlam, özgürlük ve eşitliğe verilen anlamlarda olduğu gibi insan hak ve özgürlüklerinin kapsamlarından çok farklı bir alana kayabilir ve bunlar üzerinde bir sorgulama pratiğinin de geliştirilmemiş olduğu görülür. Bu durumda hem adalete aykırı hem de yazılı hukuk düzenine aykırı bir uygulama ile karşı karşıya bulunmaktadır. Bu durumun daha anlaşılır kılınması için hukuk yoluyla yapılması beklenen toplumsal mühendislik hareketlerine gösterilen direnç örnek olarak verilebilir.<sup>64</sup> Bu tarz bir direncin oluşmaması ya da oluştuysa ortadan kaldırılmasının sadece hukuksal yollarla gerçekleşmesini beklememek gerekir. Toplumsal bir sorun söz konusu olduğu açık bir gerçeklikse, etkili olabilecek diğer toplumsal faktörlerin de devreye girmesi gerekir. Eğitim, medyanın etkili kullanımı, üretim araçlarının değiştirilmesi akla gelebilecek ilk çözümler olabilir.

Kimi zaman hukuk adil sonuçlar öngörebilir ama geçerliği ya da etkinliğinde bir sorun olabilir. Kuralların uygulanması sırasında ya devlet görevlilerinin ya da halkın ciddi bir ihmali, göz ardı etmeleri ya da kültürel nedenlerle bunlara karşı koyma olabilir. Tekil hukuk ihlallerinin bireyler ya da devlet görevlilerince yapılması halinde bunların giderilmesi hukuk devleti anlayışı içinde talep ediliyor ve bu durum istikrarlı bir şekilde sürüyorsa toplumsal anlamda ve etkinlik açısından bir sorun yoktur, tersi durumda ise, hukukun nerede aksadığına bakmak gerekir. Çünkü kimi zaman da hukuk kuralları artık o toplum için uygun olmayabilir ve toplumsal değişime uğramış bir insan topluluğu için doğru kurallar olmayabilir.

Hukukta pozitivistlerin yaptığı gibi değerden yoksun bir anlama ulaşılabildiği gibi, toplumdaki kopuk değerlerle de hukuk

sistemi yaratılabilir. İşte bu nedenle hukukun tanımı yapılırken, üç boyutu olduğundan hep sözedilir: Hukukun etik değer boyutu (adalet), norm boyutu ve toplumsal olgu boyutu. Bu üç boyutu bütünüyle ele almayan kuramlar hep bir taraftan eksik kalmaktadırlar ve hukukun gerçek işlevini görmesini engelleyici bir konumda durmaktadırlar.

Çözümü hukuk tekniğinde ve onun zorlayıcı yanında aramak çoğu kez işe yaramamaktadır. Bu, bir yanda hukuk güvenliğini sağlamak için anlamlı olurken diğer yanda hukuktaki değer kavramını dışladığı için sorunu çözmektedir. Üstelik tarihe bakıldığında iktidarını sağlamlaştırmak isteyen tüm totaliter yönetimlerin kanunun kanun olduğu için uyulması gerektiği düşüncesine sıkı sıkıya sarıldığı da bir gerçektir. O nedenle hukukta değeri dışlamamak gerekir. Bir hukuk devletinin çağdaş hukuk devletler seviyesine gelebilmesi için hukukun sadece bir mühendislik işinden ibaret olduğunu düşünmemek onun mimarlığını da yapmak gerekir. İyiniyetlerle çıkarılmış, toplumu düzenlemek için konulmuş ve değer kavramını dışlamayan hukuk kurallarının bile toplumsal gerçeklikten kopuk olmaları durumunda istenilen düzeni sağlayamadığı açıktır. İşte bu noktada hukukun toplumsal bir yanı olduğunu hatırlamak ve bu yönün hukuk kurallarının etkinliğiyle doğrudan ilişki içinde olduklarını dikkate almak gerekir. İşte bu nedenle, hukuk kurallarının herşeyden önce insan özelliklerinin toplumsal sonuçlarını dikkate alması, o toplumun ekonomik hayatının özelliklerine uygun bulunması, toplumdaki güç ilişkilerine uyması ve geleneklerle de belirli bir ölçüde dahi olsa bir uyum içinde olması gerekmektedir.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, s. 113-116.

<sup>65</sup> Işıktaç, *a.g.e.*, s. 137.

## KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali; Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge Yayınevi, Ankara, 2006.
- Akal, Cemal Bali; İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara, 1998.
- Akbay, Muvaffak,” Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- Amserek, Paul; “Norm ve Yasa”, HFSA, 1. Kitap, Nüans Basın Yayın Ltd. Şti., İstanbul, 1993.
- Aral, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- Aral, Vecdi; Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Auer, Andréas; Introduction à la Philosophie du Droit, Université de Genève, Cenevre, 1978.
- Aybay, Aydın/ Aybay, Rona; Hukuka Giriş, 5. Bası, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Bonnard, Roger; “Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- Çağıl, Orhan Münir; Hukuk Başlangıcı Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.
- Dinçkol, Abdullah; Temel Hukuk Bilgisi, Der Yayınları, İstanbul, 2007.
- Gürbüz, Ahmet; Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1999.
- Güriz, Adnan; Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963.
- Güriz, Adnan; Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006.
- Güriz, Adnan; Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.
- Gürkan, Ülker; “Hukukta Değişme ve Kararlılık Sorunu”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1975.
- Gürkan, Ülker; Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.
- Hacıkadirioğlu, Vehbi; “Doğal Hukuk Sorunu”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, No: 4, İstanbul.
- Işıқтаç, Yasemin; Hukuk Sosyolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- J. Lee, Stephen, Avrupa Tarihinden Kesitler, Dost Kitabevi, Ankara, 2002.
- Kale, Nesrin; “Platon’dan Günümüze Adalet Kavramı”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2005.
- Karakaş, Jale; “Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004.
- Kelsen, Hans; “Saf Hukuk Kuramı Nedir?”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- Keyman, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: 35, S.: 1-4.
- Otar, Gogaşvili; “Doğal ve İradi Hukuk Arasındaki İlişki”, HFSA, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004.
- Ökçesiz, Hayrettin; “Hukuk ve Bilimi”, HFSA, 15. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- Öktem, Niyazi/ Türkbağ, Ahmet Ulvi; Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul,
- Öktem, Niyazi; “ Antik Yunan Felsefesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.: 39, S.: 1-4, 1974.
- Özcan, Mehmet Tevfik; “Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım”, Adalet Kavramı, Der. Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994.
- Özcan, Mehmet Tevfik; Hukuk Sosyolojisine Giriş, KavimYayıncılık, İstanbul, 2007.
- Özcan, Mehmet Tevfik; Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 2009.
- Sezgin, Erkut; “Hukuk Kurallarının Temeli ya da ‘Adalet Duyarlığı’/’Vicdan’ Üzeri-

- ne”, HFSA, 13. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005.
- Skirbekk, Gunnar/ Gilje, Nils; Antik Yunan’dan Modern Döneme Felsefe Tarihi, Kesit Yayınları, İstanbul, 2006.
- Topçuoğlu, Hâmide.; Hukuk Sosyolojisi Dersleri, C.:I, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1963.
- Uzun, Ertuğrul; “John Austin: Analitik Pozitivizm”, Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed. Ahmet Halûk Atalay, Teknik Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Üskül, Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Üskül Engin, Zeynep Özlem; Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Evlenmenin Evrimi,
- Beşir Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Üskül Engin, Zeynep; “Birey Devlet İlişkisi ve İnsan Hakları”, Yeni Toplum Yeni Siyaset, Kalkedon yayıncılık, 2008.
- Villey, Michel; Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit, Dalloz, Paris, 1962.
- Villey, Michel; “Hukuk Bilimi ile Hukuk Felsefesinin İlişkileri”, HFSA, 1. Kitap, Nüans Bası Yayın Lmtd Şti, İstanbul, 1993.

# Nussbaum'da Cinsiyet ve Sosyal Adalet Üzerine (I)

Hatice Nur ERKIZAN\*

Biz problemlerimizi özel bir durumdan ortaya çıkan insani problemler olarak gördüğümüz zaman çözebiliriz; biz onları Afrikalının problemleri olarak, bir biçimde öteki olmaktan kaynaklanan problemler olarak gördüğümüzde çözemeyiz.

**Kwame Anthony Appiah**

Bir kadın olmak insan olarak görülmeğin için henüz yeterli değildir.

**Catharine MacKinnon**

Kadınlar, gözyaşlarımız düşüncelerini-ze dönmelidir.

**Mahila Samakhya Projesi  
Kapsamında Yeniden Yazılan  
Geleneksel Hint Şarkısı**

M. Craven Nussbaum'ın düşüncelerini anlamak için onun yaşamı nasıl anladığını bilmek gerekir. Ona göre yaşam ne bir oyun ne de bir oyunun parçasıdır. O nedenle, insan hiçbir şeyin yüklemi değildir; insan var-olmanın tözsel öznesidir. Nussbaum'ın liberalizm ile ilgisi ve aynı zamanda farklılığı da bu bağlamda kendini gösterir. Onun insanı, kendini kendine kapatan, kendini başkalarına kapatan bir birey değil tam tersine kendisi olarak başkaları ile yeşeren ama her zaman kendini tözsel olarak duyan bir bireydir<sup>1</sup>.

İnsan insan olmak bakımından saygı duyulmayı hak eder ki bunun en açık dolaşımları hukuk ve sosyal kurumlardır. Nuss-

baum bu kavrayışı tek bir geleneğe, tek bir döneme ve tek bir mekana hapsedmez. Ancak şu açıktır ki, insana saygı modern demokratik düşüncenin ve uygulamaların merkezindedir. İnsana saygı kavrayışının temelinde yatan ana düşünce ise insanın insan olmak bakımından diğer insanlarla eşit değere sahip olduğudur. Zengin ve fakir, köylü ve kentli, siyah ve beyaz ve elbette kadın ve erkek olarak onların hepsi saygıyı hak ederler. Bu saygının özünde ise onların yalnızca insan olmaları bulunur. Her insanın eşit ölçüde değerli olduğu düşüncesi aynı zamanda özgürlük düşüncesi ile de yakından bağlantılıdır. Böylelikle; her insanın insan olmak bakımından saygıyı hak ettiği düşüncesi her insanın kendi yaşamını kendinden hareketle varetmesi düşüncesi ile birleşir. Başka bir ifadeyle; bu düşünce, her insanın kendi yaşamını kendinden hareketle biçimleme yeteneğine, gücüne ve iradesine sahip olduğunu bildirir<sup>2</sup>.

Ancak, tarihsel olarak bakıldığında insanın saygınlığının en fazla ve en sık cinsiyet ayrımı temelinde ihlal edildiği görülmektedir. Dünyanın hemen her yerinde kadınlar insani saygınlıktan mahrum bırakılmışlar, onların insan olmak bakımından insanlıkları çeşitli söylemler aracılığıyla ve çeşitli biçimlerde, en hafif ifadeyle, tartışma konusu edilmiş, en ağır ifadeyle de, inkar edilmiştir. Saygı ve özgürlük terimleri kadın ile neredeyse hiç yan yana gelememiştir. İş, bedensel güvenlik, insani bütünlüğe saygı, beslenme, sağlık, eğitim, zoon

\* Prof.Dr. Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

1 M.C. Nussbaum; 'Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism', *Political Theory*, Vol: 20, no:2, 1992, pp: 202-246.

2 Erkızan, H.Nur; 'Çağdaş Aristotelesçi Düşüncede İnsan: Nussbaum'ın Özcü (Essentialist) İnsan Anlayışı Üzerine Bir İnceleme', *Özne- Aristoteles Özel Sayısı*, Adana, 2009-2010, s: 86- 103.

politikona olma; özetle, insani var-olmanın hemen hemen tüm nitelikleri kadın ve insan olma arasında yaratılan derin uçurum nedeniyle inkar edilmiştir. Cinsiyet eşitsizliğin ana kaynağı olmuştur. İnsan ve kadın olma arasına aşılamaz uçurumlar inşa edilmiştir. Kadın ve insan olma cehennem ve cennet gibi birbirlerinin karşısına konmuştur.

Bir insanın insan olmak bakımından hak ettiği saygınlık ne demektir; ne anlamaktadır? İnsani kapasitelerin gerçekleşmesi için neler gereklidir? İnsani kapasitelerin gerçekleşmesi ile cinsiyet arasında nasıl bir ilişki söz konusudur? İnsanın saygınlığı ile cinsiyet arasındaki ilişkiler yasalar ve politik yapılanmalar bakımından nasıl bir durum göstermektedir? Cinsiyet ayırımı temelinde somutlaşan adaletsizlik hangi biçimlerde kendini göstermektedir?

Dünyanın birçok yerinde kadının çalışması engellenmektedir. Bu engellenmenin çok çeşitli nedenleri olabilir; ama çoğu zaman gelenek, din, kültür ve toplumsal normlar ana nedenler olarak kendini göstermektedir. 1975 yılında Bangladeş'te yaşayan Saleha Begum eşini kaybetmesi üzerine çalışmak ister. Toplumsal normlar o kadar keskindir ki Begum çalışırken görülmeden bile utanır. Tarlada son derece ağır iş yapmasına karşın yerel görevliler kadın olmasından onun dışarıda çalışmasına karşı çıkarlar. Begum ile başlayan mücadeleye uzun ve çetin mücadelelere dönüşür ve sonrası kadınlar tarlada çalışma hakkını elde ederler. Bir başka örnek vermek gerekirse; 1975 yılında Sareetha adlı genç kız ünlü bir film yıldızı olduktan sonra bile kendi kazancını sahiplenemez, çünkü çalışma hakkı yasal olarak tanınmamıştır. Bu hakkın inkarının temelinde de toplumsal, dini ve kültürel değerler konmuştur. Kadın insan olarak görülmediği için bir insan

hakkı olan çalışma hakkı kadına tanınmamıştır. Bu ve benzeri durumlar hiç kuşkusuz cinsiyet temelli ayrımcılık olarak kendini göstermektedir. Elbette; kadının karşılaştığı ayrımcılığın temelinde salt cinsiyet bulunmamakla birlikte cinsiyetçilik kadına karşı ayrımcılığın ana nedenlerinden biridir. Ve de cinsiyet ile adaletsizlik ve eşitsizlik arasındaki bağ son derece çetrefilli bir durum arz etmektedir<sup>3</sup>.

Kadının cinsiyet bakımından eşitsiz durumu onun yaşamının neredeyse tamamında insani saygınlığını derin bir biçimde gölgelemektedir. Örneğin; evlilik-içi tecavüz ve tecavüz çok daha az olabilir; eğer o yasadışı kabul edilirse ve de kadın yasa önünde erkek ile eşit kabul edilirse; daha açık bir ifadeyle; kadının insanlığı ve buna bağlı olarak insani saygınlığı onaylanırsa. Çok daha genel olarak söylenebilir ki; kadının yasal ve sosyal bakımdan erkeğin eşiti olarak kabul edilmemesi kadının salt cinsel bir nesneye indirgenmesinin ve kadının insan olmak bakımından hak ettiği saygınlığın inkar edilmesinin nedeni olmaktadır. Kadının cinsel bir nesne olarak görülmesi onun insani bütünlüğünün, insani saygınlığının ve özne olmasının inkarı anlamına gelmektedir. Bu inkarın meşru zemini gelenek, alışkanlık, din, kültür, kast sistemi vb. şeyler olabilmektedir, aynı Saleha Begum ve Sareetha'nın durumlarında olduğu gibi. Kadının yasal ve sosyal olarak erkeğin eşiti olarak algılanmadığı tüm toplumlarda kadın erkeğin elinde şiddet uygulayabileceği, sömüreceği ve cinsel baskı uygulayabileceği bir "şey" haline kolayca gelebilmektedir. Hindistan geleneğinde Manu Kanunları çok büyük bir öneme sahiptir ve onun Brahma'nın sözleri olduğu kabul edilir. Manu Kanunları ise kadını salt cinsellik üzerinden tanımlayarak onları aşağı, fahişe ve çocuk olarak görerek kadınların her bakımdan ama özellikle cinsel bakımdan kontrol edilmesi gerektiğini

3 M.C. Nussbaum; *Sex and Social Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, s: 29-54.

meşrulaştırır. Böyle bir kavrayış içinden oluşan sosyal ve hukuksal yapının kadının insani saygınlığını tanımasını beklemek olanaksızdır.

Günümüzde de kadının sosyal ve hukuksal bakımdan erkeğe eşit görülmesinin temelinde cinsiyet/cinsiyetçilik yatmaktadır. Kadının biyolojik işlevini/işlevlerini belirleme, düzenleme ve kontrol etme onun kamusal alanda engellenmesinin, sınırlanmasının ve sömürülmesinin gerisinde yatmaktadır. Kamusal alanda haremlik-selamlıktan tutun da kadının örtünmesine kadar birçok ince-ayarlı ve kılık değiştirmiş kuralların kökeninde cinsel nedene dayalı cinsiyetçilik bulunmaktadır. Nussbaum tüm bunlara rağmen kadının sosyal ve yasal eşitsizliğinin temelinde yalnızca cinsel nedenler olmayabileceğini göz ardı etmez. Kadının eşitsiz var-oluşunun nedeni onun fiziksel yapısı, çocuk dünyaya getirmesinin ve büyütmesinin neden olduğu aşırı güç yitimi, erkeğin evde kendisine destek sağlayan birini görme istemi ve bu istemi empoze etmesi, çocuk bakımı, gündelik yaşamın yükünü taşıma ve ev işleri gibi şeyler de olabilir. Günümüzde de yasalar bu eşitsiz kavrayıştan muaf değil, örneğin kurumlar çocukların bakımını ve bu yöndeki yapılanmayı pek de dikkate almamakta ve hatta önemli görmeyebilmekteler. Çünkü; kadının sosyal ve yasal eşitliği büyük ölçüde pseudo algı- kabulünün gerisine gidebilmiş değildir. Nussbaum bu noktada Mill'e giderek eşitsizliğin cinsiyet ile karmaşık etkileşimine vurgu yapar. Eğer kadınlar bağımsız birer özne olarak kendilerini var-etmemiş iseler ve de kendilerinin yararlı oldukları alan olarak ev işlerini seçmişlerse onların yağıcılık sanatında ileri gitmeleri ve güç aracı olarak cinsiyetlerine yaslanmalarında şaşılacak bir şey olmamalıdır. Öte yandan, kadın-

ların öğrenilmiş boyun eğmeleri/itaatkarlıkları onların toplumdaki ve evdeki aşağı statülerini de pekiştirmektedir. O nedenle; kadının içinde bulunduğu aşağı ve eşitsiz durumun cinsiyete dayalı olan nedenleri olduğu gibi olmayanları da olabilir ve hatta bunlar birbirlerini karşılıklı olarak etkileyebilir ve yaratabilirler de. Çünkü, bizzat cinsiyetin ve cinselliğin kendisi iktidar ve baskı altına alma istemi tarafından belirlenmiştir<sup>4</sup>. Dolayısıyla; kadının eşitsiz var-oluşunun nedenleri olmaları bakımından cinsiyete dayalı nedenler ve cinsiyete dayalı olmayan nedenler arasında keskin bir ayırım yapmak pek de doğru görünmemektedir. Bundan dolayı; onlar üzerinde durmaktansa kadının eşitsiz durumda olduğu somut alanları ortaya koymak ve de onların nedenlerini sorgulamak çok daha yararlı olacaktır.

Nussbaum adalet düşüncesini her insanın insan olmak bakımından ve insani değer bakımından eşit olduğu kavrayışına dayandırır. Buna göre insan nerede yaşarsa yaşasın ortak insani problemlerden söz edebiliriz. Bu insani yaşama formlarının tarihsel, sosyal, kültürel ve doğal etkenler tarafından biçimlendiğini ve farklı olduklarını inkar etmek anlamına gelmez. Tam tersine yaşama formları birbirlerinden ne kadar farklı olursa olsun yine de bu yaşamalarda ortak problemlerden söz edilebileceği anlamına gelir. Bunun yanı sıra; yaşama formlarında ortak olan bir diğer şey de iyi bir yaşamı sürdürebilmek için insanların nelere sahip olması gerektiğinin de muğlak olmamasıdır.

Kaynaklar, var olan kaynaklar için mücadele ve yaşamın kısalığı bir bakıma adaletin ontik alanı olarak görülebilir. Şimdi; insanlar ortak problemlere sahip olabilirler ama problemlerin çözümü de farklı farklı olabilir. Ancak bu kültürel rölativizmi ol-

4 a.g.e. s: 17-18.

duğu kadar betimleyici ve normatif rölativizmi de haklı çıkarmaz. Genel olarak, elbette, bir problemin çözümü somut durumu dikkate almalıdır ama bu bir sorunun çözümü de belli bir grubun talebini karşılamak anlamına gelmez. İnsanın işlevi ve özsel kapasiteleri, temel gereksinimleri ve hakları evrensel bir biçimde ele alınabilir. Bu düşünce feminist kavrayışa da ışık tutabilir. Ekonomik, sosyal ve politik planlama bu temel kavrayış ışığında biçimlenebilir. Evrensel bakımdan sosyal adaleti veya tüm insanlar için adaleti düşünmek Batılı değerlerin kişilere, gruplara veya toplumlara empoze edilmesi anlamına gelmez. Fakat rölativizmlerin “yerel” ve “tikel” üzerinde ısrarları insan için adaletin evrensel bir biçimde ele alınmasına izin vermemektedir. Çünkü gelenek, kültür vb yapılanmalar iyi olabildiği kadar kötü de olabilirler. Bunu düşünmek neden mümkün olmasın? Zaten kültürler, gelenekler monolitik değildir. Her yaşayan kültür kendi içinde çokluğu, farklılığı ve farklı düşünceleri içerir. Ayrıca; her kültür güçlü sesleri, zayıf sesleri ve kamusal alanda var olmasına izin verilmeyen sessiz sesleri de içerir. Bu sessiz seslerin kadına ait olduğunu söylemek yeni bir keşif olmayacaktır. O nedenle; gelenek, kültürel değerler ve toplumsal normlara ilişkin çıkan yüksek ve güçlü sesler karşısında daha da dikkatli olunması gerekir. Çünkü dünyanın önemli bir bölümünde çıkan seslerin önemli bir bölümü erkeklerin sesleridir. Buna örnek olarak 1995 yılında Çin’de düzenlenen bir konferans verilebilir. Batılı feminist filozoflar ile kadın üzerine çalışan Çinli akademisyenlerin, çalışanların bir araya geldiği bu toplantı birçok bakımdan öğretici olmuştur. Çok sayıda Çinli akademisyen kadını aşağılayan Konfüçyüsçü geleneği sert bir biçimde eleştirirken toplantıya katılan biri, Konfüçyüsçü

geleneği sosyal dayanışmaya verdiği değer bakımından savunur. Çinli kadınların neredeyse tamamı buna karşı çıkar, çünkü onlar için Konfüçyüsçü gelenek kadının aşağılanması ve güçsüz kılınmasının bugün bile yaşayan nedenidir. Bu gelenekte yan kılınan ses kadınların sesi değildir. Hatta 1995’lerde politik olarak yükselen kadının evine dönmesi yönündeki çağrılarının da temelinde yer alır<sup>5</sup>. Bu kadınlar geleneğin neresindedir? Özgürlük ve eşitlik için mücadele eden insan için gelenek nedir? Çinli kadınlar için özgürlük ve eşitlik fazla bir şey mi? İnsan neden içine doğduğu kültürün, geleneğin, ırkın, dinin, değerlerin ve her türden normların kölesi olsun? İnsan neden tüm insanların insan olmak bakımından eşit ve saygıdeğer olduğu düşüncesine katılamasın?

Önemli olan insanın saygınlığını ve eşitliğini onaylamaktır. Bu bakımdan kadın için önemli olan onun insan olarak görülmesidir. Kadına ilişkin değişmesi gereken algı budur. Kurum ve kuruluşların ve elbette yasal düzenlemelerin ruhuna sinmesi gereken budur. Feminizm bu bakımdan hümanizmdir ve o çok ciddi bir biçimde insani adalet üzerinde kendini kurmalıdır. Açlık, yoksulluk, sefalet, hastalık, eşitsiz gelir dağılımı vb. konular üzerinde durulması gerekir. Tüm insanlar için talep edilen “evrensel” insanın kendi yaşamını sahip olduğu kapasiteler doğrultusunda özgür bir seçimle kurabilmesidir. Bunu talep etmek Batılı değerleri kişilere, gruplara ve toplumlara empoze etmek anlamına gelmez<sup>6</sup>. İnsanın yeşermesini evrensel olarak talep etmek olsa olsa büyük ölçüde vicdani, şefkat duygusunu ve insana saygısını kaybetmiş bu dünyayı karanlıktan kurtarma çabasında bir ses olabilir; hümanitenin sesi...

5 a.g.e. s: 8-9.

6 M.C. Nussbaum, *Cultivating Humanity*, Harvard University Press, USA, 2003, s. 53- 128.



# Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı Hukuk ve Antropolojiden Görüşler\*

Wolfgang FIKENTSCHER  
Çeviren: Berrak Burçin DİLAVER

Adalet duygusuna dair, (insan toplumlarındaki norm ve tutumların engin çeşitliliğinin kültürlerarası kanıtı ile yalanlanmış olan) sezgisel öğretiler ile (ahlaki ve hukuki davranışlar için herhangi bir doğal kaynağın varlığını reddeden) göreci veya tarihselci görüş arasında bir orta yol bulmak imkansız mıdır? Bu soru, adalet duygusunun altında yatan duygusal ve bilişsel öğeler üzerinde duran kuramcılar arasındaki farka hususi vurgu ile hukuk antropolojisi bakış açısından ortaya atılmıştır. Gereken vurgu, hukuk ve adalet ile ilgili his ve yargılardaki kültürel çeşitlilik üzerine konulmalı iken, hukuki davranış için evrensel bir kaynak varsayımı, hukuk antropolojisinin kuramsal anlayışı ile uyum içindedir. Bir kere adalet duygusunun antropolojik bir kaynağı oluşturulur; bu, ilke olarak, belli bir kültüre özgülenmiş olan adalet duygusu kapsamının ilgi ve saygıyı hak ettiği şeklinde sonuçlandırılabilir. Bu, bizi neyin kültürel adalet olarak adlandırılabilir, diğer bir kültüre göre neyin adalet olarak anlaşılabilir olduğuna götürür.

Bu makale böylece iki meseleyi ortaya çıkarmaktadır:

1. Antropolojik yaklaşım, adalet duygusunu anlamaya katkıda bulunur mu? Bu soru kapsamlı bir şekilde tartışılacak ve olumlu yanıtlanacaktır. Bazı çıkarımların seçmeli bir derlemesi listelenecektir.

2. Adalet duygusu ile kültürün antropolojik kapsamı ve kültürler arasında bağlantı kurmuş olmakla birlikte; bu bağlantı, özgülenmiş bir kültürün üyeleri için, adalet duygularına kendi kültürlerine mensup olmayanlar tarafından saygı gösterilmesi talebini haklı çıkarır mı?

## Adalet Duygusuna Antropolojik Bir Yaklaşım

### "Doğuşancılık"a Karşı "Tarihselcilik" - Bir mesele mi?

Çok öncelerden beri, Avrupalı filozoflar ve hukukçular arasındaki "adalet duygusu" tartışması, uç konumların karşıtlığı tarafından vasıflandırıldı. 19. yüzyılın son çeyreğinden beri, karşıt görüşler sırasıyla "doğuşancı" ve "tarihselci" olarak etiketlendi.<sup>1</sup>

Almanya'da "tarihselci" terimi ilk olarak, psikologlar arasında yapılan, algıla-

\* Fikentscher, W. (1991). 'The Sense of Justice and Concept of Cultural Justice, Views From Law and Anthropology', *American Behavioral Scientist*, 24(3), 314-334. Copyright © (2011) by Sage Publications, Inc. Reprinted by permission of Sage Publications, Inc. Fikentscher, W. (1991). 'Adalet Duygusu ve Kültürel Adalet Kavramı, Hukuk ve Antropolojiden Görüşler', *American Behavioral Scientist*, 24(3), 314-334. Tüm hakları (2011) Sage Publications, Inc.'a aittir. Sage Publications, Inc.'in izniyle yayınlanmıştır. Yazarın Notu: Lawrence A. Sullivan, Michael T. McGuire, Roger D. Masters ve Thomas M.J. Möllers'e metni okudukları ve üzerine yorum yaptıkları için minnet borçluyum.

1 Avrupa'daki adalet duygusunun doğuşu ve gelişimi münazarasının müteakip özet raporu, Bihler (1979) tarafından ilk bölümünde verilen açık seçik tanıma çok şey borçludur. Aksi gösterilmediyse, bütün İngilizce'ye çeviriler bana aittir.

ma kategorileri insanoğlunun bir yeteneği olarak doğuştandır ve böylece insan doğasında programlanmış mıdır ("doğuştañcı"), yoksa daha çok bir eğitim ve kültürel gelişmişlik meselesi midir ("tarihselci"; Grauman, 1966) içerikli bir ihtilafta kullanıldı.<sup>2</sup>

Buna göre "doğuştañcılar" iddia ediyorlar ki; insanlık tarihindeki deneyim ve deneysel gözlemler, insanların içinde, genellikle hayatta uyuma ve dünyada iyi düzene yönlendiren, doğal bir dürtünün var olduğunu ve bu nedenle doğanın, insan kalbine adalet duygusunu ekmiş olması gerektiğini göstermektedir. Böylece herkes adaletle ilgilidir ve bu gizli kaynaktan, adalet ile ilgili hisleri hakkında soru sorularak veya psikolojik çözümleme gibi daha karmaşık vasıtalarla kolayca haberdar edilebilirler. Bu görüşün savunucuları, 19. yüzyılın ilk yarısında Historische Rechtsschule ve Alman idealizmi ve romantizmi çevresinde, 19. yüzyılın sonraki yarısı ve 20. yüzyılda, o zaman genç olan ve hızla gelişen psikoloji biliminin civarında toplanmışlardır.<sup>3</sup> Doğuştañcı kuramın bütün biçimlerindeki ana düşünce, doğuştan bir adalet duygusunun insanoğlunun hukuk yaratmasını, hukuku eleştirmesini ve geliştirmesini mümkün kıldığıdır. Adil hukuk, insanoğlunun varlığının bir işlevidir.

Rümelin'in (1871/1948) doğuştañcı yaklaşımına hararetli bir cevapla, von Jhering doğuştan adalet duygusunu reddederek tam tersi bir duruş edindi (von Jhering, 1877/1883, Vol.1, p. xiii; 1884/1965a). İlk olarak, hukukun zamanla gelişmesine ve

bir yerden başka yere göre farklılaşmasına işaret etti. Eğer bir çocuk, belirli bir zamanda ve belirli bir yerde büyürse, hukuku, "zihinsel olarak içine çeker" ve onun "hukuk duygusunu (Rechtsgefühl)" benzer şekilde biçimlendirir. O halde, önce hukuk ve sonra adalet duygusu vardır. İnsan varlığı ve bilinci hukukun bir işlevidir. "Hukuku üreten adalet duygusu değildir, fakat hukuk adalet duygusunu üretmiştir", von Jhering'in ölümünden sonraki yayınlarından birine eklenmiştir. Rümelin'e saldırı halinde, Rümelin'in durumunu, psikolojik bir tartışmada kullanılmış bir terimden yararlanarak "doğuştañcı" olarak dile getiren von Jhering'tir. Tarihsel olarak gelişmiş, dolayısıyla göreliliğe dayalı bir adalet duygusunun kaynağı olarak teşhis ettiği hukuk nedeniyle von Jhering, kendi görüşünü "tarihselci" olarak adlandırmıştır.

Bakış açısını kendi keşfi olarak düşünmüştür. Bununla birlikte, aksinden ziyade adalet duygusunu hukuktan alan, kendisine yakın tek kişi olma namını cömertçe John Locke'a bırakmıştır. Fakat Riezler (1969) ve Bihler (1979), von Jhering'den önce John Locke'a ilaveten daha da fazla "tarihselci"nin var olduğunu göstermiştir: David Hume, Blaise Pascal, Michel E. de Montaigne, John Stuart Mill ve Johan St. Pütter...".Tarihselci" muhalefet, 1923'te bu büyük tartışmayı özetleyen ilk kişi olan Riezler ile önemli bir taraftar kazandı. Riezler, hukuk duygusu (Rechtsgefühl) (adalet duygusunun duygusal yönü olarak) ile takdir ve değer kapsamı arasındaki bağı

2 Graumann'a göre (1966, s. 1031-1096). Bu ihtilaf Hermann L. F. Helmholtz tarafından başlatıldı.

3 Von Savigny'nin (1840) halk ruhu (Volksgeist) kapsamı, idealist gelenek için ana örnek olarak alıntılanabilir. Adalet duygusu (nun duygusal yönü), Rechtsgefühl için Almanca ifadenin önceki kullanımı, Riezler (1969) tarafından, Anselm Feuerbach'ın, hukuku "hukuk duygumuzun (Rechtsgefühl)" nesnesi olarak tanımladığı Kritik des natürlichen Rechts'inde (1796, s.3) tespit etmiştir. Diğer "doğuştañcılar" Gustav Rümelin (Über das Rechtsgefühl, 1871) ve Leon Petrazycycki (Law and Morality, 1955)dir. Ehrenzweig (1971), doğanın insan idrakine bel bağlamayacak kadar bilge olduğuna ve bu nedenle insana, açıklık ve cinsellik hissi verdiği gibi adalet duygusu da insan ettiğine dayanmaktadır. Bihler (1979) de hukuk duygusunun (Rechtsgefühl) psikolojik kökleri için güçlü bir açıklama yapmıştır. Hukuk duygusu (Rechtsgefühl) bahsine otoritelerin katılımının oldukça bütün bir açıklaması, Riezler (1979) ve Meier (1986) tarafından yapılmıştır.

genişletti. Bir değer lehine karar vermenin, doğuştan gelen histen çok usla alakalı olduğuna ve bu nedenle adalet duygusunun aslında doğal değil, yetiştirilme olduğuna (Margaret Mead'in formülünü kullanarak) dayanmıştır.<sup>4</sup> Sosyolojik nedenlerle Rehbinden (1989), fizikötesi kapsamlar ile kurgusal bir oyun yerine, adalet duygusuna "tarihsel" yaklaşımı kayıran en yeni seslerden biridir.<sup>5</sup> Hukukun psikolojik görünümünün bilişsel ve duygusal yanı arasında ayırım yaptı ve ilkinin (Geiger ile) hukuk bilinci (Rechtsbewusstsein), sonrakini ise hukuk duygusu (Rechtsgeföhl) olarak adlandırdı. Bu, bu makalede "adalet duygusunun duygusal yönü" ve "adalet duygusunun bilişsel yönü" şeklinde de kullanılacak olan, kullanışlı bir ikili ayırmıdır.

Avrupa'da bu nedenle, 18. yüzyılın sonundan 19. yüzyıla kadar Alman, Britanyalı ve İşvireli yazarlar arasında, adalet duygusu üzerine canlı bir tartışma vardı. "Doğuştancılar" ve "tarihselciler" hala birbirinin karşıtıdır; iyi için doğuştan gelen bir hisse ve doğrunun, insanoğluna evrensel bir biyolojik özellik olarak verildiğine dair eski inançla sonraki, adalet için duygunun belirli bir zaman ve mekana hükmeden hukuktan geldiğinin kabulü.

Biyolojik duruş, çoğunlukla psikologlar ve hukuk yaratmada psikolojiyi üst sayanlar tarafından savunuldu. Karşıtları, çeşitli düşünce topluluklarından gelmişlerdir: tarihsel (von Jhering), ağdaş "değer hukukbilimi" (Riezler) ve toplumbilim (Geiger ve Rehbinden).

"Doğuştancılık"a karşı "tarihselcilik" in gerçekten bir sorun olup olmadığı sorusu ortaya çıkabilir. Bu soruya bir yanıt, antropolojinin bakış açısı tarafından verilecektir. Araştırmanın gösterdiği kadarıyla, adalet duygusunu, antropoloji fenerinin yardımı ile aydınlatmak için henüz hiçbir girişim yapılmadı. Elbette, bu makalenin alanı sadece özet ve ilk elden izlenimler iznine zorluyor. Amerika Birleşik Devletleri gibi diğer ölkelerin geleneklerini içeren karşılaştırmalı bir bağlam şöyle dursun, Almanya'daki gibi özgülenmiş bir hukuki kültürde bile adalet duygusunun konusu çok geniş, dağınık, ve başlaması zor.<sup>6</sup> Sonuçların bu nedenle başlangıç niteliğinde ve bir hayli kuşkulu görünmesine rağmen, antropolojik yaklaşım, doğuştancılık-tarihselcilik ikiliğinin gerçek bir mesele olmadığını gösterecektir.

### **Adalet Duygusunun Tanımı Hakkında Adalet Duygusuna Karşı Adalet İçin Duygu**

Bu meseledeki diğer makaleler adalet duygusunun çeşitli tanımlarına değinmiştir. Bu yüzdten tanımın ayrıntılarına girmeye biraz ihtiyaç var. Bu çalışmanın konusu ne adaletin genel anlamıdır, ne de onun özgülenmiş bir toplum için anlamıdır. Daha çok adalet duygusu ile alakalıdır, adalet için duygu anlamında. Elbette adalet için duygu, sadece adalet anlam taşıyorsa hakkında konuşmaya değerdir. Eğer bir insan dürtüsü varsa, adalet için bir iüdü, adalet fikrinden ve onun maddi içeriğinden ayrıık olamaz.

4 Bu, Bihler'in Riezler'le çelişmesine neden olan "ussal değer hissi"dir ve öyle görünüyor ki ağdaş psikoloji Bihler'in tarafındadır (özellikle bkz. s. 22ff).

5 Rehbinden (1989, s. 167ff, özellikle s. 169). Rehbinden, Geiger'e itibar etmiştir, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4. b., Rehbinden, 1987, özellikle 340'ta. Geiger, *Rechtsbewusstsein (hukuk bilinci) ifadesini, Rechtsgeföhl'e (hukuk hissine) tercih etmiştir.*

6 Rehbinden (1989, s.167ff.), "Rechtsgeföhl" tartışmasının terk edilmiş durumunun etkili tartışmaya pek izin vermediğine işaret etmiştir. Kendisi "hukukun etkinliği" başlığı altında, kendi sosyolojik bakış açısından kullanışlı kapsamlar sistemini önermiştir.

### Meier'in Adalet Duygusu Tanımları Listesi

Sorgulamamızın nesnesini, bir şeyin anlamının felsefi izahından ziyade insan dürtüsü olarak tanımladık; şimdi, bu konuyu ele alan yazarlar tarafından, adalet duygusuna ne içerik yüklenmiş diye sorabiliriz. Meier (1986), yalnızca Almanca terim Rechtsgefühl (hukuk duygusu) için on dört farklı anlamın uyandırıcı bir listesini önerdi. Daha önce açıklandığı gibi Rechtsgefühl kişinin adalet algısının sadece duygusal yanını kapsamaktadır. Buna, Rechtsbewusstsein (hukuk bilinci) (Geiger'in teklifi) olarak adlandırılan ve kendi içinde bir çeşitlilik oluşturan (Rehbinder, 1989, s. 165Ff ) bilişsel anlamının eklenmesi gerekecekti.

### Bihler'in Tanımı

On dört anlamın tümünü, ek olarak da, adalet duyguları olarak tartışılabilir ve tartışılmış olan olgular ve değerler takımını yinelememeyi teklif ediyorum. Aksine, adalet duygusunun bir tanımı çıkış noktası olarak seçilecektir. Bu tanım Bihler (1979)<sup>7</sup> tarafından, oluşumunu gözlemlemek ayrıcalığına sahip olduğum bir kitapta geliştirilmiştir.

Bihler tanımsal bölümüne, hukuk duygusu (Rechtsgefühl) hakkındaki özgün tartışmanın, daha yakın bir incelemede, doğal hukuk üstüne ebedi tartışmanın bir yan sahnesi olduğunu kanıtladığımı kaydederek

başladı ve bunu psikolojik savlarla sürdürdü. 19. yüzyılın sonuna doğru psikolojinin yükselişi, hukukçuların, doğal hukukun değer sisteminde şimdiye dek bulunduğu varsayılan adaletin kökleri hakkında bilgi alma ümidiyle hukukun psikolojik temellerini aramalarına neden oldu (s. 1, 5ff).

Bu başlangıçtan itibaren Bihler, hukuk duygusunun, adalet duygusunun duygusal yönüne vurgu yapan, teşhisin psikolojik yaklaşımını kabul eden ve hukuki bir çekişmede, içten gelen bir yandaşlığın kapsamı üzerinde yoğunlaşan bir tanımını aldı.<sup>8</sup> Bihler'in kendi duygusal kısmında dikkatlice gelişmiş adalet duygusunun ifadesi, hukuk duygusu, esasen üç unsura ayrılır: içten gelen his, bu hisle birleştirilmiş adalet isnadı, adalet isnadının, ispata yarayan vasfının hukuki gerekçeleri tarafından, adalet isnadı ve hissini toplumsal tartışmaya erişilebilir yapmak için akılcılaştırılması. Dahası, Bihler'in tanımındaki önemin dördüncü ve son noktası var: En azından duygusal bakış açılarında adalet duygusu, hukuki bir çekişmede bir yanının tarafını tutmaya karşı bireyin tepkisinden oluşuyor. Bir yanın tarafını tutma ile ortaya konan bireyin empatisi, sonuçta meseledeki çekişme için birtakım farklı fakat olası çözümü hesaba katmıyor. Bu, doğru bir şekilde ifade eder ki, olası bir çözümün adil olduğu hissi, asla çözümün gerçekten adil olmasını gerektirmez. Hukuk duygusuna sahip olmak, ille de adil olanın ne olduğunu bilmek anlamı-

7 Bihler ve ben bir süre için München Üniversitesi Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nde birlikte çalıştık.

8 Almanca aslında tüm metin şöyledir: "Das Rechtsgefühl ist die spontane Stellungnahme in einem juristischen Konflikt auf der Seite eines oder mehrerer Beteiligten. Es wird von dem, der so Partei ergreift, als Empathie, als Gefühler Einfühlung in den anderen, wahrgenommen. Die Stellungnahme ist das Resultat eines Identifikationsprozesses, der dadurch ausgelöst wird, daß eine festgestellte partielle Identität zwischen Konfliktbeteiligtem und Stellungnehmendem affektiv besetzt ist, der Fall also Aufforderungscharakter hat. Ein verbaler Ausdruck der Stellungnahme und des damit verbundenen zustandlichen Fühlens ist die Gerechtigkeitsaussage. In ihr wird ein Bezug zwischen dem eingenommenen Standpunkt und der subjektiven Gerechtigkeitsvorstellung hergestellt, indem ihm das Prädikat "gerecht" zugeschrieben wird. Die Legitimierung der Gerechtigkeitsaussage durch ihre Verbindung mit als evident angesehenen rechtlichen Begründungen stellt eine Rationalisierung des Gefühls dar und ermöglicht die Berufung auf das Gefühl in der öffentlichen Diskussion um die erfolgte Stellungnahme"

na gelmez. Adalet için his, olası bir adalet için olan bir histir; 'o' adalet için değil. Bu, hukuki bir çekişmenin çözümü için, başka seçenekleri- ki bu seçeneklerden biri adil çözüm diye adlandırılabilir- ortaya çıkarır. Adalet hissinin unsurları ve bizatihi adalet arasına, bir tartışma, bir adli muamele, bir duruşma, bir mahkeme kararı veya benzerleri konulmalıdır.

Hukuk duygusunun tanımına götüren dört adımlı bu yöntem, bana ikna edici görünüyor; çünkü birçok yazar için belirsiz bir karışıklıkla birlikte akan unsurları ayırmaktadır.

Bihler'in tezi ayrıca, akılcılaştırmanın unsuru olarak tanımına sunduğunun aydınlatmasını üstleniyor. Hukuk duygusunun duygusal bileşenleri ile hukuki düzen ve hukuka ilişkin değerlerin değerlendirilmesi arasında bağlantı kurmayı başarıyor.

### **Tartışılacak Ne Kaldı?**

Bihler, adalet duygusunun, tartışılmak için burada kalan ve tartışmamızı bir ölçüde psikolojinin dışına çeviren, (Rehbinder'in) "bilişsel" bileşeni ile alakadar değildir. Hiç şüphesiz birey, adalet hakkında sadece hissetmez; fakat düşünür de. Yunancada, duygusal ve bilişsel yeteneklerle donanmış bu birey, antropos diye adlandırılır. Böyle olunca belki antropoloji, adalet duygusu hakkındaki tartışma üzerine yorum yapılabilir. Toplumbilim, bireyin adalet ile zihinsel uğraşının, bilişsel ve duygusal yönlerinin her ikisinin de farkındadır. Belirtildiği üzere Rebinder, hukuk duygusu (Rechtsgefühl) ve hukuk bilincini (Rechtsbewusstsein) sırası ile adalet duygusunun duygusal

ve bilişsel bileşeni olarak ayırmıştır. Fakat toplumbilim, kültürel farklılıklara yok denemek kadar az önem vermektedir.<sup>9</sup> Adalet duygusu, insan genelgeçeri olarak teşhis edilebilir bile olsa, sadece bir birey hakkında özgülenmiş değil, belli bir kültür hakkında da özgülenmiştir varsayımına önem vermemesinin nedenlerinden biri budur. Bu, antropolojinin çalışma alanıdır.

### **Antropolojik Bir Çıkarım Hukuku Olmayan İnsanoğlu Yoktur**

Hukuk antropolojisinde meşhur ihtilaf neyin önce olduğuna ilişkindir: Din, sonra ahlak ve sonra hukuk (Maine, 1861/1931) veya önce ahlak, sonra din (Diamond, 1935). Bir başka öğreti, kültürün başlangıcında ahlak ve hukuku birleştiren tek normun varlığına dayanıyor. Din yokken bu tek norm, zamanın belli bir döneminden sonra iki bileşenine ayrılıyor (Pershits, 1977). Diğer yazarlar hukukun, arzu edilen davranış olarak ahlak tarafından eşlik edilen uygulanabilir yaptırımlardan oluştuğunu öne sürüyor. Her iki unsur da erken kültürler için geçerlidir (Pospisil 1971, 1978, 1980, 1982). Yine bir diğer öğreti, "önce din vardı ve bütün davranış normları ondan türemektedir"e dayanıyor (Pannenberg, 1983). Bu bazen oldukça spekülatif olan ihtilaf, (felsefi anlayışta) öncelik sorunu olarak adlandırıldı ve normların çeşitli gruplarının birbirine paralel, bağlı ya da birbirinden bağımsız olduğu araştırması, "forumlar kuramı (theory of the fora)" adını aldı.<sup>10</sup> Bu kurama göre insanoğlundan bir "forum"dan fazlasında sorumlu davranması isteniyor: din, hukuk veya iyi gelenekler.

9 Bir zamanlar önemli bir kültürel sosyoloji vardı: Max Weber'in çalışmaları en belirgin örnekler arasındadır (örn. Weber, 1920-1921, 1967, 1976). Ne var ki çağdaş sosyoloji, etnosentrik modeller ve sistemler araştırmasını tercih ediyor.

10 Bkz. Fikentscher (1975, s. 91) ve Heeschen (1989, s. 232). Eğer yukarıda özetlenen çıkarımlar doğru ise, saptanan başka duygular olmalı ve bu duygular diğer normatif forumlar veya bunların unsurları ile ilişkili olmak zorundadır. Sonuç olarak, hukuk için bir duygu vardır; bu, bir kişinin, sadece adalet diye adlandırılan esas ögesi ile değil, bütün olarak hukuk ile duygusal ve bilişsel yakın ilgisidir. Eğer birisi, "Korkarım

Farklı forumlardaki, insanoğlunun daima karşı karşıya kaldığı talepler, bir diğeriyle çatışmaya girebilir. Dini bir talep, hukuka aykırı olabilir; hukuki bir talep, ahlak dışı olabilir vesaire.

Normatif takımların önceliği ihtilafı ve sonrasında forumlar üzerine tartışmanın burada yeniden dile getirilmesine gerek yoktur ( bu konu üzerine bir ifade için bkz. Fikentscher, 1988).

Bu sıralama tartışmaları ile uğraşan çok sayıda yazara göre, bütün insanoğullarının hukuka sahip olduğuna dikkat etmek yeterlidir. Ne var ki Radcliffe-Brown (1952), aynı fikirde değildir. Hukuku, "siyasi olarak örgütlenmiş toplumun gücünün sistematik uygulanması aracılığı ile gerçekleşen toplumsal denetim" şeklinde Roscoe Pound geleneğinde tanımlayıp; Kaliforniya'nın Yurok Kızılderilileri veya Luzon'un Ifugaoları gibi kabilelerin hukukları olmadığı sonucuna varmıştır. Fakat hukukun "her şeyi kapsayan, her şeye kadir töre" olmasına gerek yoktur (Pospisil, 1978, s. 9). Eğer otorite tarafından desteklenen herhangi bir kabul var ise; kişi orada hukuk olduğunu

kabul etmelidir (bkz. Fikentscher, 1988). O halde bu tanımlamadan hareketle Yuroklar ve Ifugaolar hukuka sahiptir.

İnsan türünün her üyesi hukuka sahiptir, hukuka ihtiyaç duyar, hukuk yaratmaya iştirak eder, ve hukuku çiğner. En azından şu kuramdan başlamak nedensiz değildir: Tüm insanoğlunun hukuku vardır.

### Adalet İdeali Olmayan Hukuk Yoktur

Diğer ihtilaflar -pek fazla hukuk antropolojisinde değil, fakat hukuk felsefesinde- hukuk ile adalet arasındaki ilişki ile ilgilenir. Klasik doğal hukuk savunucuları, eğer esas ögesi adalete ayrılmaz bir şekilde bağlı değilse, hukukta herhangi bir anlam görmüyorlar. Onların bakış açılarından adalet, hukukun bir parçasıdır. St. Augustine'in söylediği gibi: "Remote iustitia quid sunt regna nisi magna lotrocinia?" (Uzaklaştırılınca adalet, krallıklar büyük soyguncu çetelerinden başka nedir?) Esasında bu, Lord Devlin'in (1959, 1962, 1965; ayrıca bkz, Wilson 1965) Oxford filozofu H.L.A. Hart (1958, 1963) ile

---

*bu mahkemedeki savaşı kaybedeceğim." derse; kanuni bir risk sezer, adalet bakış açılarından oldukça ayrı. Adalet içi duygu ile hukuk için duygu, ciddi bir çatışmaya düşer. Shakespeare asi Kasap Dick'e, "Yapacağımız ilk şey, haydi bütün hukukçuları öldürelim." dedirttiğinde ve asilerin önderi Jack Cade'ye, "Hayır; bu benim kastettiğim" diye eklettiğinde; Jack ve Dick zorunlu bir (ihlal edilmiş) adalet duygusu ile hareket etmiş olabilirler, fakat canavarca planlarının hukuk için yerinde bir duygu olduğu pek söylenemez (Henry VI, Bölüm 2, Sahne IV, Perde 2, dize 74). Adalet için veya hukuk için duygu ile ahlaki iyi duygusu arasında veya adalet veya hukuk için duygu ile dini normlar tarafından talep edilen saygı için duygu arasında daha bile büyük veya yaygın farklar olabilir. Gluckman (1967), Loziler arasında gerçekten davranışlar için iki standart var olduğuna dikkat çekti. Biri muru yangana'nın, "akıllı adam" ve diğeri de muru yalukile'nin, "doğru adam" (s. 125-126). Doğru adam standardı, insanların ona uygun yönde çabalamaları gereken bir ideal iken; akıllı veya mantıklı adam standardı, herkesten beklenen ve elbette hukukun emrettiği, asgari doğru davranıştadır (s.128). Sonuç olarak, bir Lozi, eğer davranışı mantıklı adamın en az müsaade edilebilir standardı ile doğru (ahlaklı) adamın ideal standardı arasında kalırsa, yasaya uygun davranır. Pospisil (1974, s. 244, 1982, s. 312), Gluckman'ın gözlemlerini tartıştı ve Kapaukular'la yaptığı kendi çalışmalarına istinaden doğruladı. Aeschylus'un Oedipus'u, yasal standartlarca birinci derecede sayılan suçlar işleyen (babasının cinayeti ve annesiyle ensest irtibatı), yine de yaptığını masumene yaptığı için ahlaken suçlanamayan sanığın (Oedipus) trajik bir örneğidir. Bazıları, bu Yunan tragediyalarının (özellikle Oedipus ve Oresteia) ahlaki ve hukuki forumların ayrılmasının başlangıcı olduğu sonucuna varmaktadır. Diğerleri bu tragediyaların, nesnel yasal yanıt ile öznel kusurluluk (kasıt veya ihmâl) arasındaki ayrımın başlangıcı olduğunu çıkarıyor. Bu kuramın tartışması için bkz. Fikentscher'in *Methoden des Rechts'ı* (C.I, s. 156, 246, 250, atıflar ile). Gözlemlenen pek çok Romalı Katolik için, sivil evlilik hukuku, sözleşme olarak oluşturulan, hala vicdani rahatlıklarına bir engeldir. (cf. Henrich, 1980, s.18; Lehmann ve Henrich, 1967, s.2).*

ünlü tartışmasındaki duruşu ile uyumludur. Pozitivist Hart her zaman; 'Adalet iyi ve zorunlu bir meseledir, fakat bizatihi hukuk, ahlaktan dem vuran ve değerlendiren kapsamlardan uzak tutulmalıdır.' demektir. Hukuk Antropolojisi'nde Pospisil (1982), adaletin çeşitli kapsamları ve insan genelgeçeri olarak, neyin onlara mahsus olduğu üzerine, bilimsel ve keskin görüşler yazmıştır; fakat onun altmıştan fazla farklı hukuk kültüründen damıtılmış hukuk tanımı, hukukun unsuru olarak adaleti dışarıda bırakmıştır (s. 136, 197). Bu daha çok, hukukun pozitivist bir tanımıdır. Böylece doğal hukuk yaklaşımı, hukuk kapsamının içinde adaleti hesaba katar; halbuki pozitivism onu dışlamaktadır. Bu, bizi hukuk antropolojisinin bir hukuk duygusu araştırmasına katkı yapmak için pozitivist yaklaşımdan ziyade; doğal hukuk yaklaşımına iştirak etmeyi yeğlediği sonucuna götürüyor görünmektedir.

Ne var ki, hukuk antropolojisinin adalet duygusu ile ilgilenmesine izin vermek için, ya doğal hukukun iddiaları ya da pozitivisminkiler için son kararı vermek elzem değildir. Pozitivist görüşü paylaşan Hart ve Pospisil gibi birçok yazarın, adaleti saha dışı olarak düşünmelerine rağmen, adaletin öneminde ısrar etmeleri gerçeği, bu savın altını çizmektedir. Antropolojinin adalet duygusu hakkındaki tartışmaya katkıda bulunmasına müsaade etmek için, kabul etmek gerekir ki, hukukta adalet ile ilgili bir şey vardır veya hukuk, öyle ya da böyle adaleti zımnen ifade eder. Kişisel görüşümdür ki; hukukun antropolojik tanımı, bütünlüleyici parça olarak adalet ögesini içermelidir. Bu, pozitivismi reddeden türde bir tanımdır. Ne var ki, klasik doğal hukuk tanımlarından farklı olarak, antropolojik gayeler için hukuk kapsamının adaleti, İncil'den, doğadan, akıldan, veya evrensel insan sezgisinden onun için çıkarılabilen değerlerin maddi ve belirlenmiş bir sistemi olarak değil; aksine doğuştan var olan bir

erek, aranan ve peşine düşülen bir telos olarak içermektedir (Fikentscher, 1988, pp. 25,27). Bu sebepten ve daha ileri bir tartışma için, varsayalım ki sadece tüm insanoğlunun hukuku var değildir; fakat her hukuk da adaleti zımnen ifade etmektedir. Bu demek oluyor ki, tüm insanoğlu, her ne mada anlaşırsa anlaşılınsın, adalete tabidir.

### **Bilişsel ve Duygusal Yetileri Olmayan İnsan Yoktur**

Psikolojik antropoloji gösterir ki aklı başında hiçbir insanoğlu, bilişsel ve duygusal yetilerinin her ikisini de kullanmıyor diye düşünülemez (cf. Barnouw, 1973, s.10; Kottak, 1987, s. 290). Başka bir tabirle, ciddi zihinsel kusuru olmayan her insan düşünebilir ve hissedebilir. Bu bilişsel ve duygusal yetilerin birleşimi, insanoğlunun "duyguları" olarak adlandırılabilir. İnsana has birtakım duygular vardır. Çocuklar önce beş temel duyguyu öğrenir. Fakat her nerede duygu ve biliş insan kapasitesinin nesnesine yönlendirilebilirse, orada bir "duygu"dan söz edebiliriz; bir tehlike, bir risk, havanın değişimi, ticari bir girişim, hukuk veya adalet için...

### **Sonuç Olarak Adalet Duygusu**

Böylece hemencecik dördüncü çıkarımımızı çizebiliriz: Eğer antropolojinin anlamıyla, a) her insanoğlunun hukuku var ise ve b) hukuk adaleti zımnen ifade ediyor ise ve eğer c) her insanoğlu duygulara çevrilebilen bilişsel ve duygusal yetilere sahip ise; ilk sonuç, her insanoğlunun adalet duygusu vardır ve ikinci sonuç, adalet duygusu, duygusal ve bilişsel unsurları ihtiva eder olmalıdır. Şimdi Alman sosyologların, adaletin bilişsel unsurlarını hukuk bilinci (Rechtsbewu tsein), duygusal olanlarinkini hukuk duygusu (Rechtsgefühl) diye adlandırdıkları kullanımlarına geri döndük, bu unsurlar arasında kesin çizgi çizme olasılığına hiç ihtiyaç olmadığını kabul ederek.

## Özet

Bu makalenin ana gayesi, şimdi sunulmuş oldu: Adalete dair insan duygusunun, antropolojik bilgisinden bir sonuç almanın mümkün ve akla yatkın olduğunun kanıtı. Eğer bir antropolojik incelemenin ölçütüne tabi ise, "doğuşancılık"a karşı "tarihselcilik" tartışması oldukça anlamsız kalmaktadır; çünkü her insanoğlu adalet duygusuna sahiptir, adalet duygusu hukuk ile donatılmış olduğu için. Hukuk bilinci (Rechtsbewusstsein) ve hukuk duygusunu (Rechtsgefühl) kapsayan adalet algısı, "özden gelen" insan genelgeçeridir. Fakat hukuk, tarihte geliştiği ve çöktüğü için ve hukuk, adaleti içerdiği için, herhangi bir özgülümlü adalet duygusu, aynı zamanda "tarihsel"dir de.

Bu antropolojik yaklaşım aynı zamanda, psikolojik başlangıç noktası hukuk duygusu (Rechtsgefühl) (örneğin, Bihler, 1979) ve adalet duygusunu tartışılabilir yapmak amacıyla onun akılcılaştırılmasını tamamlamaktadır.

## Bazı Çıkarımlar

Bu sonucun çıkarımları, belki birçok farklı alanda olabilir: standart antropolojik meseleler, hukuki gelenekler, hukuk felsefesi gibi. Elbette, daha fazla araştırmaya ihtiyaçları vardır. Bu makale, sadece bazı tamamlanmamış ipuçları önerebilir; böylece olası çıkarımların listesi, konudan dışarı çıktığı ve askıda kalan tartışmalardan ayrıldığı izlenimini verebilir. Hatta müteakip çıkarımlar ile daha önce saptanan hususlar arasındaki ilişki bağlantısızmış gibi bile görünebilir. Fakat hukukçular ve antropologlar, günlük çalışmalarından bazı "günlük uğraşları" fark edeceklerdir: hukuka itaat ve onayı, adalet ölçütleri, zamanında adalet, hukukun ve gerçeğin adaleti, adalet ve bilgi kuramı, bürokrasi ve hukukun eleştirisi.

## Adalet Duygusu ile Dayatılan ve İçselleştirilen Hukuk Arasındaki Ayrım

Yazarlar, insanların hukuka uyma sebepleri -daha eksiksiz bir şekilde, sebep kategorileri- konusunda ayrılmaktadırlar. Galbraith (1967) meşru itaat için dört neden saymıştır: (a) zorlama, (b) maddi motivasyon, (c) içselleştirme (ki bununla kişisel rızayı ima eder), hukuk kurallarını gönüllü olarak takip etme şeklinde, (d) uyum.

Rehbinder (1989), üç nedene değinir: (a) yaptırım korkusu (Sanktionsorientierung, görünüşe göre Galbrith'in ilk iki nedenini kapsıyor), (b) özdeşleşme (Identifikation, esasen hukuk malumatını baz alır), (c) içselleştirme (Internalisierung, aslında hukukun etik cazibesi tarafından ikna edilme suretiyle kandırılma). Rehbinder hukuka itaat için bu üç nedene değinerek, yurttaşların hukuka saygı göstermesine neden olan üç "mekanizma" türetti. Normun muhatabının kişilik yapısından bir yana, hukuk kurallarına uyma dürtüsü, yurttaşların zihnindeki üç öznel düşünceye bağlıdır: hukuk bilgisi (Rechtskenntnis), hukuk bilinci (Rechtsbewusstsein) ve hukuki değerler sistemi (Rechtsethos). Şu, oldukça makuldur: Hukuk bilgisi, yaptırıma uyum sağlamaya tekabül eder; hukuk bilinci, hukukla özdeşleşmesine yol açar veya yol açabilir (böylece Rehbinder'in metnindeki özdeşleşme Galbrith'in uyumuna yaklaşıyor.) ve hukukun etik standartları tarafından yönlendirilmek, bir kişinin onu içselleştirmesine neden olur.

Pospasil (1971, 1982), insanların neden hukuka itaat ettiğine dair sadece iki sebep belirtir: dayatma (örn. bir kural tarafından) ve içselleştirme. Hukukla karşı karşıya kalan bir kültürün hem etkisine hem de sonucuna yoğunlaşarak bu basit ikili ayrıma ulaşmıştır. Dahası, böyle bir sonuçta götüren psikolojik tündengeli yok saymıştır. Bu kendi kendini kısıtlama ile



Pospisil'in ikili ayrımı, insanların hukuka uyma sebebinin en ikna edici önermesidir. Pospisil şuna dayanır ki dayatılan hukukun, kaba kuvvet ya da iktisadi yaptırım korkusu gibi daha arınmış teşvikle uygulanması, farklılık arz etmez. Gönüllü ve böylece içselleştirilen hukuka itaatın bilişsel (Rechtsbewusstsein ile) ya da duygusal (Rechtsgefühl ile) şekilde istinat etmesi de hesaba katılmaz. Pospisil'in tek kutupluluk modeli, içselleştirmeden dayatmaya kadar çeşitli gelişmeleri ve tersini açıklama ile bu gelişmelerin meydana getirdiği fark edilmez seviyeleri ve nüansları tasvir etme faydasına sahiptir.<sup>11</sup>

Bu nedenle Pospisil tarafından önerilen bu model, bazen "daha bilişsel", bazen "daha duygusal" unsurları ile adalet duygusu hakkındaki bir tartışma için en uyum sağlayabilir olandır. Eğer bir kişiye veya bir grup insana, hatta bütün bir kültüre, adalet duygusu tarafından rehberlik ediliyor ise ve eğer bu adalet duygusu kişisel veya ortak bir bilinçte temelleniyorsa, bu adalet duygusu Pospisil'in içselleştirilen hukuk adını verdiği bir olgudur. Başka bir deyişle, Pospisil ve diğer antropologlar ve araştırmacılar (örn. Kohberg, 1963; Lessa, 1950; Vinogradoff, 1922) tarafından geliştirildiği gibi hukukun içselleştirilmesinin antropolojik kapsamından, adalet duygusunun antropolojik kapsamı çıkarılabilir. Bu, özgülenmiş bir kültürün üyeleri neyi adil hukuk olarak düşünür ve uzlaştırır.<sup>12</sup> Fakat burada bir ikaz vardır: İçselleştirilen hukukun tersi olarak dayatılan hukukta adalet duygusu yok mudur? Kendi kurallarını dayatan bir diktatör, kendi adalet (ya

da adaletsizlik) duygusunu izler. Böylece dayatılan hukuk da bir adalet duygusu tarafından özdeşleştirilebilir. Elbette dayatılan hukuk ve onu henüz içselleştirmemiş -veya asla içselleştirmeyecek- kişi mevzuu, dayatılan hukukun adalet duygusunun tanımını reddetmektedir. Onlar, kendi adalet duygularına sahiptir ve dayatılan hukukun kurbanları arasında, oldukça fazla sayıda adalet duygusu olabilir.

Antropolojik vasıtalarla varılan bu tartışmanın sonucu şudur ki, adalet duygusu kavramı anlamlıdır. Dayatılan ve içselleştirilen hukuk arasındaki ayrımın paraleli, dayatılan -ve bu nedenle kabul edilen- bir adalet duygusudur ki, içselleştirdikleri hukuku kabul edenlerin adalet duygularına ters düşmektedir. Almanya Federal Cumhuriyeti, emniyet kemerinin zorunlu kullanımını öne sürdüğü zaman çok az yasaya uyma vardı. İçselleştirme, emniyet kemeri kullanmama için ceza takdim edilmesinden ve bilhassa sigorta şirketlerinin riayetsizlikten dolayı artan zararlar için yapılan talepleri geri çevirmeye başlamasından sonra vuku bulmuştur.

### Adalet Duygusu İçin Daha Fazla Örnek

Adalet duygusu üzerine önceki görüşler, neyin hukuk yöntembilimi olarak adlandırılabilir olduğuna dikkat çekmişti. Şimdi, adalet duygusunun esası ve uygulamaya dönük içeriğiyle ilgili bazı örnekler ekleme zamanı. Bu örnekler, (a) davranış eşitliğine karşı davranış yeterliliği hakkında çekişmeden (Gleichgerechtigkeit vs. Sachgerechtigkeit; ayrıntı için bkz. Fi-

11 Bkz. Pospisil (1974, s. 195; 1982, s. 249). İçselleştirilen hukuk, elbette ahlaken kabul edilmiş olmak için daha fazla bir şansa sahiptir. Kanunların ahlak kuralları ve ahlakın sonraki ayrımları ile ilişkisi, ahlaka aykırı, ve ahlak dışı hukuk, hukukun üstünde ahlak kuralları olasılığı ile birlikte, bir takım meseleler sorar. Pospisil (1980), hukuk zorunluluktur, ahlak kuralları ise istenendir diyerek hukuk ile ahlak kuralları arasında bir sınır çizmiştir. Fikentscher (1988) hukuki forum için bir yetki süreci varsaymıştır; fakat ahlaki forum için değil.

12 Bu, daha sonra bu makalede bir kültürel adalet kapsamı tartışmasına ve açıklamasına sebebiyet verecektir.

kentscher, 1975-1977, vol. 4), (b) vaktinde yapılan adalet meselesinden, (c) hukukun adaleti ve hükmün adaleti arasında iddia edilen ikilikten, ve (d) durgun ve devingen adalet hakkındaki tartışmadan alınacaktır. Zaman ve alan, bazı özet ve üstünkörü gözlemlerden fazlasına izin vermemektedir.

Aristotelesçi ilkeler. Aristoteles'den ve skolastik felsefeden beri, çoğunlukla adaletin iki ilkesi ayrıldı: herkese aynı şeyi verme eğilimindeki hukuk altında eşit (karşılıklı ve denkleştirici dahil) adalet (idem cuique), herkese yeterli payı veremeyi hedefleyen dağıtıcı adalet (suum cuique) (bkz. Fikentscher, 1975-1977, Vol. 4; Larrenz, 1979; Rehbinder, 1988).

Aynı şekilde muamele edilmek, annesinin ilgi ve sevgisine, tam olarak kardeşlerine uzatıldığı şekilde sahip olmak isteyen çocuğun talebidir. Çocuklar sıklıkla, sırasıyla dağıtıcı, yeterli bir adalet anlayışı geliştirmiş olmaya meyilli yetişkinler tarafından asla anlaşılmayan, kılı kırk yaran bir eşitlik konusunda ısrar eder. Yargılama sanatı, belli bir dava halinde gerekli eşitlik ve gerekli yeterlilik arasındaki altın ortayı bulmaktır. İçtihat birliği –davaları aynı şekilde görmek- bir davayı diğerinden ayırt etmenin karşıtı olan bir ilkedir, esasında hukuka ilişkin farklı olgulara sahip olmaktadır.

Böylece bir çocuğun, profesyonel bir uzmanın veya bir hakimın adalet duygusuna ya eşitlik ya da yeterlilik ilkesi tarafından, daha güçlü şekilde rehberlik edilmektedir. Bu nedenle denilebilir ki; adalet duygusu kişiye özgüdür, yaşa özgüdür, mesleğe özgüdür, vesaire.

*Vaktinde Adalet.* Buraya uygun bir söyleyiş var: *Protracta iustitia negata iustitia* (gecikmiş adalet, adaletsizliktir.) Zaman etmeni, adalet duygusunun ayrılmaz bir parçasıdır. İspanya, şu şekilde bir anayasal ilkeye sahip değildir: Kişiler, gerekli olduğunu kanıtlamak kaydıyla, devletin veya bir kamu otoritesinin her hareketine karşı mahkemede itiraz edilebilir.<sup>13</sup> Onun yerine ve aynı amaç için İspanyol anayasası, İskandinav ombudsmanına benzer şekilde biçimlendirilmiş bir kurum olan defender del pueblo'yu (halkın müdafii) sunmuştur. Defender del pueblo, insanların ve yönetimin güvenine eşit şekilde nail olan ve bir veya bir grup yurttaş tarafından öne sürülen yönetsel ihmal ve kötüye kullanma hakkındaki şikayetlerin nedenlerini soruşturmaya yetkili bir kişi olarak düşünülmüştür.<sup>14</sup> Bu amaçla defender del pueblo, içlerinde suçlanan otoritenin davranışlarını haklı çıkarmasının istendiği mektupları, içlerinde suçlanan şikayetlerle tespit edilen makam ve memurlara yöneltilir. Bu süreç sıklıkla o kadar zaman alır ki İspanyol yurttaşlar rahatlamak için, artan şekilde bu hukuki kurumu kullanmaya isteksiz hale gelmektedir; sonuç olarak defender del pueblo, iyi niyetlerle kurulmuş demokratik bir kurum, kullanılmazlık durumuna gelme tehditi altındadır.<sup>15</sup> Gecikme yüzünden, İspanyollar'ın büyük çoğunluğunun adalet duygusunu artık yeterli biçimde tatmin etmeyebilir.

*Hükmün adaleti ile hukukun adaleti arasındaki ayırım ve adalet duygusu.* Max

13 Örneğin Almanya Federal Cumhuriyeti gibi, Art. 19 al. IV Basic Law (1949'un).

14 *Defendor del pueblo*'nun kararları temyiz edilemez.

15 *Defendor del pueblo*'ya şikayetlerin sayısı 1983'ten beri kesin bir şekilde düştü. Madrid Bölgesi'nde, 1983'te 5.377 şikayet gerçekleşti. 1988'te bu sayı 2800'e düştü. Katalon Bölgesi'nde bu gerileme çok daha kesin: Sayı, 1983'ten 1988'e, 4.097'den 1.106'ya; Andalusya'da 4.798'den 2.132'ye; ve Belarus'ta 453'ten 216'ya, 1987'de 154 düşüş ile, indi. İdari şikayetlerin düşüşünün olası bir açıklaması, İspanyollar'ın yönetimlerinden tatmin olmaları olabilir. Diğerleri bunun, etkinliğini tehdit eden, sıklıkla defendor del pueblo tarafından verilen yardıma bağlı gecikme olduğunu düşünüyor; bkz. istatistiklerin rapor edildiği *Mallorca Magazin*, 1989, 15, 9-15 ve 28.

Weber'in (1967) ussalın toplumbilimsel sınıflandırılması (ör: kurala yönelik) eleştirisinde Pospisil (1974, 1982), Llewellyn ve Hoebel'in (1961), kitapları "The Cheyenne Way"de ilk olarak yaptıkları bir başka ayrımı yeğledi. Bu, olguların adaleti ile hukukun adaleti ayrımı idi. "Olguların adaleti" ile Llewellyn ve Hoebel, olgularına binaen bir davada hüküm vermede uygulanan adaleti kastetmişlerdir. Pospisil, Llewellyn ve Hoebel'in ayrımının, kültürel karşılaştırma amacına daha iyi uyduğunu ve Weber'in sınıflandırmasının, onun oluşturduğu ikiliğin ötesine geçtiğini düşünmektedir. Tekrar Pospisil'in yargısı kabul edilmeli gibi görünmektedir, en azından antropolojinin ışığında şu anki adalet duygusu tartışması için. Bu, normatif düzenleme olarak adalet için duygu ve hukukun adalet için duygu arasında bir ayrım oluşturur. Örnek bulmak zor değil.

*Mahkeme kararındaki adalet;* bir yargıçtan, bir yaşlılar heyetinden, leopar postlu bir Nuer şefinden (Evans-Pritchard, 1940), Kapauku Papuaları'nın tonowisi'nden (Pospisil, 1978) vesaire oluşabilen karar makamına sunulan davanın olgularına belli bir kuralın uygun -ve bu nedenle adil- şekilde uygulanması ile ilgilidir. Dahası şahitler dinlenmelidir, savunmaya konuşma hakkı verilmelidir, suç delillerinin (corpora delicti) sunulması gerekir, nihai ipuçlarının izi sürülmüştür, kurallarla belirlenmiş işkence ile sorgulamalar yapılmıştır, müsaade edilen yeminler veya kendini lanetleme yeminlisi vesaire. Hukukun adil uygulamasının özgülenmiş

bir toplum için geçerli olabilir kuralları ne olursa olsun, tatbik edilmelidir.

Diğer taraftan, ya belli bir hukuki uyumsuzluğa karar vermede uygun olan kanun, yanlış şekilde tayin edilirse (yetersizlik, tembellik, yozlaşma ve benzeri nedenlerle; bkz. Pospisil, 1971, 1982) ya da müstakil hukuk ve onun ilkeleri veya kuralları, haksız ve bu nedenle uygulanmaya uygun değilse (bkz. Pospisil, 1971, 1982) uygulanan hukukun adaleti ihlal edilir.

*Böylece normatif bir düzenleme olarak kanunun adalet duygusu,* iki "alt duygudan" oluşur görünmektedir: incelenmekte olan dava bakımından uygun ilke veya kuralın seçimine dair adalet duygusu ve hukukun kendisinin uygulanabilir ilke veya kuralına dair adalet için duygu.

(Farklı temel kapsamaları değil, daha ziyade farklı bir terminoloji kullanan) Kıta Avrupası'nın hukukbilimi terimleri ile özetleyerek; adalet duygusu, ya yanlış bir kapsama (*subsumption*) (olgularına istinaden bir davada karar verilirken adaletin ihlal edilmesi anlamına gelir) ya da uygulanabilir kural veya ilkenin yanlış *tespitine* (*ascertainment*) (hükümün uygun kanuni temellerinin ihlal edilmesi anlamına gelir) veya kuralın ya da ilkenin kendisinin adaletsizliğine karşı başkaldırabilir.<sup>16</sup> Kısaca, kuralın veya ilkenin haksız kapsamı, haksız tespiti ve haksız kanun vardır. İlk durumda, karar veren otorite uygun ilke veya kuralı tanırlar; fakat onu uygun bir şekilde uygulamaya yetersiz veya isteksizdir. İkinci durumda, davada karar vermek için

16 *İçtihat Hukuku ve Kıta Avrupası hukukunun, hukuk göz önünde tutularak adalet kapsamlarının karşılaştırılabilirliğinde, araştırmasında, ve bir davaya uygulanmasında, bkz. Fikentscher'in Methoden Rechts'i (C. 4, s. 374)*

17 *Kaynak için bkz. Pospisil (1971, s. 246-272; 1982, s. 315-345). Terminolojisi maddi (materiell) ve usuli (dynamisch) adalettir.*

18 *Yerel Amerikalı temsilciler; Amerikalı Kızılderililer'in geleneksel olarak, çevresel ve doğal kaynakları koruma yanlış etkinlikler ile ilgili uğraşılarda iyi donanımlı olduklarına parmak bastılar.*

19 *Bkz. Lorenz (1979, s. 32; soruyu sorarak ve muhalife yanıt olabilir umudunu dile getirerek.)*

20 *Bkz. Fikentscher (1988). Zippelius (1965) benzer bir yaklaşım önermektedir.*

uygun ilke veya kuralı bulmada başarısız olur; çünkü onları bulmaz veya bulamaz. Üçüncü durumda ise, kanunun kendisi adil veya uygun kural veya ilkeyi uygulamasını engeller; yargıç şunu bile diyebilir: "Biliyorum ki kararım haksız olacak; fakat yasalar bu şekilde karar vermem için beni bağlıyor." Bu üç durumda da ilgili adalet duygusu, verilen karara tepki gösterecek veya karşı gelecektir ve onu eleştirecektir (ve mümkünse düzeltecektir).

*Durağan ve Devingen Adalet İlkeleri ve Adalet Duygusu.* Söylemeye gerek yok ki adalet duygusunun, filozoflar tarafından önerilen bütün adalet çeşitlerinde olması zorunludur.<sup>17</sup> Adaletin olduğu yerde, bir adalet duygusu da olabilir. Böylece St. Augustine'in adalet duygusu, ontolojik ilahi adaletin maddi, sabit ve epistemolojik olarak erişilebilir değerlere olan inancı ile uyumlu idi. Aquinalı Thomas da hukukun kavranabilir ve izlenebilir hükümlerini kapsamak için ilahi ve doğal hukuku kabul etmiştir. (Sabine, 1952, s. 219). Augustine ve Aquinalı'nın her ikisi de adalet duygusunun iman ile öğrenilebilen insan yeteneği olduğunu düşünmüştür.

Bu fikir, bir bireyin, iyiyi ve kötüyü, haklıyı ve haksızı ayırmaya yetkin olduğu konusunda şüpheleri olan yazarlara uygulanmaz, değerlere vakıf olanlara mükemmel olmayan bir duygu tarafından sirayet ettiği için. Descartes insan varoluşunu, insan yeteneği ve her şeyden şüphe etme gerekliliği olarak tanımladı: *Cogito, ergo sum* (Düşünüyorum, o halde varım), (Sabine 1952, s. 363). Adalet duygusu, çekişme ve Sokrates yöntemleri ile denetlenmeye bağlıdır.

Bu noktada, adalet için duygu, doğru için duygu ile komşudur. Doğru ve adalet, ya "durağan" veya "maddi", "kalıcı" epistemolojik erişilebilirliğe, ya da bir kişinin dini veya kültürel inançlarına göre yapılan "devingen" ("usuli") araştırma ve çekişmeye bağlıdır.

## Hukuki Bürokrasi Dahilinde Kişilerin Adalet Duyguları

Adalet duygusu ile Max Weber'in hukuki kadro olarak bahsettiği kişiler: -hukukçular, avukatlar, dava vekilleri, savcılar, yargıçlar, hakemler, resmi devlet görevlileri, idari çalışanlar, meclisler, meclis üyeleri vesaire- arasında bağlantı kurmak kayda değer bir çalışma olurdu. Bu açıdan adalet duygusu, fiili öneminin çoğunluğunu edinir. Elbette, hukuki kadronun her bir çeşidine ve onun adalet duygusu ile ilgili yükümlülüklerine, retlerine, kayıtsızlıklarına dair bir çalışma başlı başına bir monografi olurdu.

## Adalet Duygusunun Kritik İşlevi

Az önce bahsedilen hukuki kadronun üyelerinin farklı adalet duyguları, hukukun gelişmesi ve ilerlemesi için acil pratik alakadır. Özellikle kamunun genelinin adalet duygusu ile -belki azami derecede- alakalıdır. Pek çok halde, hukukta değişiklikler olur; çünkü bazı adalet duygusu veya duygularında değişiklik meydana gelmiştir.

Daha önceki görüşlere atıf yaparsak, bu, elbette, onaylanmış adalet duygusudur ve bu nedenle adalet duygusu, pek çok durumda, hukukta bir değişiklikten sorumlu olan içselleştirilmiş hukuka mensuptur. Eğer insanlar var olan hukuku onaylamazlarsa, reddeden bir adalet duygusu, herhangi bir yasanın -onaylanmış veya reddedilmiş- değişmesine neden olacaktır; sadece usandırma ile.

Burada, hukuka karşı güçlü bir adalet duygusuna dayanan, kritik bir uç tutum durumu vardır: Bu müşkülpesenttir, "olağandışı bir şekilde şüphe ve suçlama verilen" kişi (*Webster*). Rehbinden (1989), hukuk duygusunun (*Rechtsgefühl*) delice abartıldığı durumlarda (*Krankhafte Übersteigerung*), etkilenen insanın mızımız olarak adlandırıldığını ve pek çok durumda hakim ve savcılarının bu insanlara sadece boyun

eğme ile değil, fakat hukuk devletine göre (*Rechtsstaatlichkeit*) (s. 199) muamele etiklerini belirtmiştir. Müşkülpesentin kendi adalet duygusu da vardır, ne var ki kusurlu, akıl almaz, köktenci olabilir; fakat yine de adalet duygusu vardır. Heinrich von Kleist'in "Michael Kohlhaas"ı Alman şiir sanatındaki en bilinen edebi örnektir.

### **Kültürel Adalet**

Burada daha önceki bulgularımıza göre, adalet duygusu antropolojik şekilde incelenebilir, adalet duygusunun, kültürün ve kültürlerin antropolojik kuramı içinde yer bulması gerektiği sonucuna varılabilir. Zaman ve alan darlığı nedeniyle burada daha fazla ayrıntıya girilemiyor. Bu, kendi başına derin bir araştırmayı hak eden bir konudur. Ne var ki, önceki tartışmanın müdahaleleri bazı kabataslak sonuçlara cesaret etmeye yeterli olabilir.

### **Bir Kültürün Özgülenmiş Boyutu Olarak Adalet Duygusu**

Eğer adalet duygusu, insan genelgeçeri olarak kabul edilirse, insanoğlunun kültürel kimliğinin bir parçasından türetilmiş olmalıdır. Bu nedenle, özgülenmiş bir kültürdeki insanoğlunun bağlı olduğu kültürün aslı bir ögesidir. Genelde, insan kültürünün bir göstergesi olarak her bireyin bir adalet duygusu olmasına rağmen, bireysel duyguların tümü, bireyi çevreleyen özgülenmiş kültür tarafından biçimlendirilmiş ve renklendirilmiştir. Bu nedenle, adalet duygusu kültür ve kültürlerin her ikisine de aittir. Adalet duygusunun tam içeriği çeşitli kültürler tarafından üretilir ve bu nedenle bir kültür için özgülenmiştir; tıpkı belirli bir hukuki veya yasal düzenin, belirli bir kültür için özgülenmiş olması gibi. Bu oldukça genel mütalaa, iki görüş altında tartışılacaktır. İlk olarak adalet duygusu, kül-

türlerin kıyaslanması kapsamında çalışılmaya uyan değişken olabilir. Bu, bir "yeni doğalcılık" oluşturmak amacı ile öğretisel ve göreci düşünceye karşı çıkan Master'ın (1989) kuramının bir özetine yol açar. İkinci olarak eğer kültürler, bu kültürde ortalama ve baskın adalet duygusu olarak tanımlanabilen bir özellik ihtiva ediyorsa, verili bir kültürün, kendi özgülenmiş adalet duygusu ve kavrayışına dikkat ve saygı talebinde bulunabilir bulunamayacağı sorusu gündeme gelir. Yabancı bir adalet duygusu, netice itibariyle, farklı bir kültürün bireyleri veya tümüyle farklı bir adalet duygusu şeklinde, farklı bir kültür tarafından saygı görme "hakkına sahip" mi? Ve bilinme hakkına sahip mi, en azından uygun kültürel alanı için?<sup>18</sup>

### **Adalet Duygusunun *Synepeical* İşlevi**

Bu ilk bağlamda, açıklama, adalet duygusunun yarattığı ve aynı zamanda çözme-ye yardım ettiği *synepeical* sorundan oluşmalıdır.

*Synepeics*, düşüncenin kültürel şekillerinin, kültürel olarak kabul edilmiş mizacını göz önüne alarak sınırlandırdığı antropolojik bir yaklaşımdır (Fikentscher, 1988). Nazizm ve Marksizm'in her ikisi de bireyin özgürlüğünü ve iradesini reddeder; bu nedenle, bir çoğunluğa veya hükümete karşı olan insan hakları gibi taleplere (*subjective Rechte*) hoşgörü göstermezler. Bir ek örnek *animismdir*. Doğa ve kültürün bir dengesini kasteder, bu nedenle, bir *animist* büyük ihtimalle, çevresel koruma yasalarına uyma ve onları ifa etmeye canlıcı olmaya daha meyilli olacaktır, örneğin bir "Anglo" veya Calvinist gelenekten biri.

Apaçık bir gerçekliktir ki, farklı hukuklar, farklı adalet duyguları kastedebilir ve

\*\* Çevirenin Notu: " *Synepeics*", yazarın 'Modes of Thoughts' adlı eserinden literatüre sunduğu yeni bir epistemolojidir.

farklı kültürler, farklı hukuklara ve bu yüzden farklı adalet duygularına sahip olabilir. Fakat hukukta ve hukuki anlayışta<sup>19</sup> ve sonuç olarak adalet duygusunda, bir kaos mu vardır? *Synepeicsin* kuralları, bu soruya bir cevap sunuyor: Her "kültür" bir dereceye kadar, baskın adalet duygusuna dair olanın sonucudur ve öyle olmalıdır. Fakat burada birden çok kültür vardır. Kuramsalüstü seviyede, kültürden bağımsız adalet duygusunun ortak temelleri oluşturulabilir. "Adaletin duygu-ötesi (*metasense*)", adaletin çeşitli duygularının teşhisi ve karşılaştırması için ortak bir başat karakter olarak hizmet eder.<sup>20</sup> Bu yolla, kültürlerin karşılaştırması için diğer birçokların arasında araç haline gelir. Bu amaca hizmet edebilmesi olgusu, adalet duygusunun öte-anlamda (*metameaning*), şimdi gördüğümüz gibi, bir insan genelgeçeri olduğuna bir diğer kanıttır.

Karşılaştırma amacıyla seviye ötesinde kültürel özelliklerin bir genellemesi olarak, bu adalet duygusu, "doğuştanıcı" olan değil (daha önce tartışılan duyguda); kültürel bir olgudur. Kültürel bir olgu olarak gene evrensel ve göreci ve görenekçi anlamda "tarihselci" değildir. Kültürel kapsamaların kuramsal ve kuramsalötesi seviyede tartışılmasının zorlukları ve özgülenmiş sorunları, "*Modes of Thoughts*"da (Fikentscher, 1988) tanıtıldı. Bu en son kitabında *Nature of Politics*- Masters (1989), her iki öğretiyi de benzer şekilde reddetti: mutlakçı doğuştanıcılık ve göreci görenekçi "tarihselcilik". Onun yerine, ikilemeden kurtulmanın bir yolu olarak Aristoteles'in entelekyasına tevaccüh ederek, "yeni doğalcılık"ı önerdi. Masters'ın yaklaşımı ve benimki arasındaki fark, şundan ibaret görünüyor: Masters, "doğalcı" bir inceleme teklif etmektedir. Benim yaklaşımım, antropolojik değerlendirmenin kuramsal ve kuramsalötesi seviyelerinin her ikisine de devam etmektedir: kuramsal seviyede epistemolojik sebepler için (ki o entelekyadaki zorlukları görür), kuramsal ötesi seviyede kültürel karşılaştırmanın

nedenleri için (ki o kendi gerekliliğine sahiptir: düşüncenin biçimleri). *Methoden des Rechts*'imde (Fikentscher, 1975-1977), "katı doğuştanıcılık göreci görenekçiliğe karşı" ikilemini tartıştım, çünkü işin altında yatan tema olarak, kuramsal seviyede çeşitli kültürlerde konumlanmıştır. Burada, -"kendi" uygarlığımıza başvuru olarak- bir çerçeve teklif ettim: "iç yüzey" değişikliğe ve göreciliğe açık ve gene özgürlüğün "dış yüzey" ön şartlarının kuruluşu olarak mutlaklıktır (**marginale Problemschliessung**). Kuramsalötesi seviyede, buna bağlı olarak düşüncenin bütün biçimlerinden, fakat diğerlerine hoşgörü göstermeyen düşüncenin dogmacı, mutlakçı biçimleri haricinde, kuramsalötesi kavramsalcılığa özgür katkıyı teklif ediyorum.

Masters (1989), düşüncenin sadece tek bir biçimi -bizimkisi, batılı olan- ile ilgiliydi ve onun özgür düşüncenin ikilemine çözümü, kendisinin belirttiği biçimde, çağdaş canlıbilimin ortaya koyduğu şekilde adalet duygusunu (ve diğer duyguları) doğada arayan yeni-Aristotelesçilik'tir (ayrıca makalesine bkz., bu mesele). Benim ilgim, kültürlerin farklılığı ve bu bağlamda, üst seviyede adalet duyguları ve yine bunların karşılaştırılabilirliğidir.

### Adalet Duygusu Bir Kültürel Adalet Kavramına Yol Açıyor

Son mütalaa bu nedenle, bir adalet türüne ve bunun için belki kültürel olarak adlandırılabilir bir duyguya ayrılmalıdır. Eğer çeşitli kültürlerin, her farklı kültür için özgülenmiş, çeşitli adalet duygularına sahip olmaları kabul edilebilir ise (yadsınmaz şekilde evrensel olan fikre göre değil, fakat kendi muhtevalarına göre), bu dünyada bir "adaletler" çokluğu vardır. Bu varsayım altında, bir kültür aynı zamanda bir adaletin varlığıdır. Bu, sırasıyla, adaletin belirli bir kültürel varlığının, kültürlerarası arenada, kendinde varlık ve diğerlerinden ayrı olarak saygı talep edip edemeyeceği

meselesini gündeme getirir. Bu azınlığın çekirdek sorunudur, daha net şekilde, etnik grupların ve onların korunması sorunudur. Böylece, asıl mesele "adalet duygusunun" antropolojik değerlendirmesinden, nihayet şu şekilde sonuca varılmalıdır ki; "kültürel adalet" diye adlandırılabilir bir şeyler vardır, bu, kültürel adalet etnik gruplardan ötürüdür. Dolayısıyla, bu tür bir adalet için de bir duygu olmalıdır, belki de antropoloğun kalbindekine en yakın adalet için: kültürel adalet için bir duygu...

### KAYNAKÇA

- Barnouw, V. (1973). *Culture and personality* (rev.ed.). Homewood, IL: Dorsey.
- Bihler, M. (1979). *Rechtsgefühl, System und Wertung, Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung*. München: Beck.
- Devlin, Lord P. (1962). *Law, democracy, morality*. University of Pennsylvania Law Review, 110, 635.
- Devlin, Lord P. (1965). *The enforcement of morals*. London: Oxford University Press.
- Diamond, A.S. (1935). *Primitive law*. London: Methuen.
- Ehrenzweig, A. A. (1971). *Psychoanalytic jurisprudence: On ethics, aesthetics, and "law"- On crime, tort, and procedure*. Dobbs Ferry: Oceana.
- Evans-Pritchard, E. E. (1940). *The Nuer*. Oxford: Clarendon.
- Fikentscher, W. (1975-1977). *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* (Vols.1-4). Tübingen: Mohr.
- Fikentscher, W. (1988). *Modes of thought in law and justice: A preliminary report on a study in legal anthropology (protocol of the Fifty-Sixth Colloquy)*. Berkeley: Center for Hermeneutical Studies in Hellenistic and Modern Cultures, Graduate Theological Union and University of California, Berkeley.
- Galbraith, J. K. (1967). *The new industrial state*. New York: New American Library.
- Gluckman, M. (1955). *The judicial process among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester Press.
- Graumann, c. F. (1966). *Nicht-sinnliche Bedingungen des Wahmehmens*. In W. Metzger (Ed.), *Handbuch der Psychologie*, 1. Halbband (pp.1031-1096). Göttingen: Hogrefe.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the separation of law and morals*. Harvard Law Review, 71, 593.
- Hart, H.L.A. (1963). *Law, liberty, and morality*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Heeschen, V. (1989). *Humanethologische Aspekte der Sprachrevolution*. In J. Essinger & W. von Rahden (Eds.), *Theorien vom Ursprung der Sprache* (Vol. 2, pp. 196-248). Berlin: de Gruyter.
- Henrich, H. (1980). *Familienrecht* (3rd ed.). Berlin: de Gruyter.
- Kohlberg, L. (1963). *Moral development and identification*. In H. W. Stephenson et al. (Eds.), *Child psychology* (pp.277-332). Chicago: University of Chicago Press.
- Kottak, C. P. (1987). *Cultural anthropology* (4th ed.). New York: Random House.
- Larenz, K. (1979). *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*. München: Beck.
- Lehmann, H., & Henrich, D. (1967). *Deutsches Familienrecht* (4th ed.). Berlin: de Gruyter.
- Lessa, W. A. (1950). *The ethnography of Ulithi Atoll* (Final report, coordinated investigation of Micronesian anthropology). Los Angeles: Pacific Science Board, National Research Council, University of California.
- Llewellyn, K. N., & Hoebel, E. A. (1961). *The Cheyenne way*. Norman: Oklahoma

- University Press. (Original work published 1941).
- Maine, H.J.S. (1931). *Ancient law: Its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*. London: Oxford University Press. (Original work published 1861).
  - Masters, R. (1989). *The nature of politics*. New Haven, Ct: Yale University Press.
  - Meier, C. (1986). *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl*. Berlin: Duncker & Humblot.
  - Pannenberg, W. (1983). *Anthropologie in theologischer Perspektive*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
  - Pershitz, A.I. (1977). The primitive norm and its evolution. *Current Anthropology*, 3, 409-413.
  - Pospisil, L.(1971). *Anthropology of law: A comparative theory*. New York: Harper & Row.
  - Pospisil, L. (1978). *The ethology of law* (2nd ed.). Menlo Park, CA: Cummings.
  - Pospisil, L. (1980). *Recht contra Moral: Eine Lösung für das Problem der australischen Acht-Klassen-Heirats-Systeme*. In W.Fikentscher, H.Franke, & O. Kohler (Eds.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, Veröffentlichungen des Instituts für Historische Anthropologie e.V.* (Vol.2). Freiburg/München: Alber.
  - Pospisil, L. (1982). *Anthropologie des Rechts, Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*. München: Beck.
  - Radcliffe-Brown, A. R. (1952). *Structure and function in primitive society: Essays and addresses*. Glencoe, IL: Free Press.
  - Rehbinder, M. (1989). *Rechtssoziologie* (2nd ed.). Berlin and New York: de Gruyter.
  - Riezler, E. (1969). *Das Rechtsgefühl* (3rd ed.). München: C. H. Beck.
  - Rümelin, G.(1871). *Über das Rechtsgefühl*, Kanzlerrede der Universität Tübingen, gehalten am 6.11.1871. Cited in Wolfe, E. (Ed.). (1948). *Deutsches Rechtsdenken* (Vol. 9, p. 17ff.). Frankfurt am Main: Metzner. See also Rümelin, G. (1875). *Reden und Aufsätze*. Tübingen: J.C.B. Mohr/ Paul Siebeck.
  - Sabine, G. H. (1952). *A history of political theory* (3rd ed.). London: Harrap.
  - Vinogradoff, P. (1922). *Outlines of historical jurisprudence* (Vol. 2). Oxford, England: Oxford University Press.
  - von Jhering, R. (1877/1883). *Der Zweck im Recht* (Vols.1-2). Leipzig: Breitkopf & Hartel. (English ed.: *Law as a means to an end* [I. Husik, Trans.], Boston: Boston Book Co., 1913)
  - von Jhering, R. (1965a). *Über die Entstehung des Rechtsgefühls*. In C.Rusche (Ed.), *Rudolph von Jhering, Der Kampf ums Recht, ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von G. Radbruch* (p.275). Nürnberg: Glock & Lutz. (Original work delivered as lecture 1884).
  - von Jhering, R. (1965b). *Über die Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung*. In C. Rusche (Ed.), *Rudolph von Jhering, Der Kampf ums Recht, ausgewählte Schriften mit einer Einleitung von G. Radbruch* (p.401). Nürnberg: Glock & Lutz.
  - Weber, M. (1920-1921). *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie* (Vols.1-3). Tübingen: Mohr.
  - Weber, M. (1967). *Law in economy and society* (M. Rheinstein, Ed. & Trans.). New York: Simon & Schuster. (Original work published 1956).
  - Weber, M.(1976). *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*. New York: Scribner.
  - Zippelius, R. (1985). *Rechtsgefühl und Rechtsgewissen*. In Ernst-Joachim Lampe (Ed.), *Das sogenannte Rechtsgefühl*. Opladen: Westdeutscher Verlag.



# Vergi Hukukunda Etik Tutumun Önemi

Hakan FURTUN\*

## I. Bir Hukuk Dalı Olarak Vergi Hukukunun Özelliği

Mali hukukun cebri kamu gelirlerinin toplanmasına ilişkin dalı, geniş anlamda vergi hukuku olarak adlandırılır<sup>1</sup>. Vergi hukuku, vergiler ve diğer cebri kamu gelirlerinin toplanmasına, devlet tarafından bireylere yüklenen vergisel ödevlerin nitelik ve kapsamı ile yerine getirilmesine dair kuralları inceleyen hukuk dalıdır.

Vergi ödevi devletin bireylere ve topluluklarına yüklediği anayasal bir ödevdir<sup>2</sup>. Bu ödevi yüklerken devlet dolaylı yoldan bazen de doğrudan doğruya bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmiş, bunları kısıtlamış olur<sup>3</sup>. Bu nedenle vergi hukuku, konusu müdahale olan bir hukuk dalı (Eingriffsrecht) sayılır<sup>4</sup>.

Devletin vergi ödevi yüklemekle bireyler ve topluluklarının temel hak ve özgürlüklerine yaptığı müdahale ile bunlara ilişkin getirdiği sınırlama, hukuk devleti ilkesinin (Rechtsstaatsprinzip, Rechtsstaatlichkeit) gerekleri ile sınırlıdır<sup>5</sup>.

Günümüzde pek çok çağdaş devletin anayasasında yer alan hukuk devleti ilkesi devletin ve idarenin hukuka uygun işlemlerde bulunmasını ve yönetenlerin kamu erkini hukuk kuralları ile bağlı olarak kullanmalarını emreder.

## II. Etik Kavramı ve Hukuk Devleti

Fransızca kökenli bir kelime (*éthique*) olan etik, ahlâk, ahlâk ile ilgili olma, ahlâk bilimi, töre bilimi anlamlarının yanında genel olarak toplumdaki bireylerin veya çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü anlamına da gelir<sup>6</sup>.

Toplumsal davranış kuralları insanların birbirleri ile ilişkilerini düzenler. Diğer bir deyişle ahlak, din, hukuk ve etik kurallarının tümü aslında aynı düzenleme konusuna sahiptirler. Bu kuralların hepsi toplumsal hayatın uyum içinde sürmesini sağlamayı amaçlar; bu bağlamda toplumda bireylerin diğer bireylere karşı görevlerini, (bunlar ile ilişkide olsunlar ya da olmasınlar!) ve bu kişiler ile kurdukları ilişkilerde doğru ve yanlış davranış biçimlerini düzenleme konusu yaparlar. Yine bu kuralların hepsi adalet, eşitlik, doğruluk-dürüstlük ve sorumluluk gibi değer ve ilkelere dayanır. Bu bağlamda hukuk kuralları ile etik normlar ve değerleri yolu kimi zaman kesişir.

Etik sözcüğü günümüzde ahlâk, yazılı normlar bütünü ve felsefe dalı olarak üç ayrı ana anlamda kullanılmaktadır.

Yazılı normlar bütünü anlamında etik, etik sözcüğünün günümüzde en yaygın olarak kullanıldığı anlamdır. Etiğin kullanımında kazandığı bu anlam bir grup insanın

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, *Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 19. Baskı*, Ankara, 2010, s.1.

2 Bkz. T.C. Anayasası m. 73 "Vergi Ödevi".

3 Öncel, Kumrulu, Çağan, age., s. 43, 44, 45.

4 Klaus Tipke, Joachim Lang, *Steuerrecht, 17. völlig überarbeitete Auflage*, Köln, 2002, s. 4.

5 Bkz. Tipke, Lang, age., s. 4, 70; Öncel, Kumrulu, Çağan, age., s. 39.

6 Bkz. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

belli amaçlarla oluşturduğu kuralları ifade eder. Bu anlamı ile etik bütün insanların (hepsi öyle davranmasa bile!), gerek belirli bir mesleği yaparken, gerekse genel olarak yaşamda uymaları gerekli kurallar bütününe karşılık gelir. Etiğin bu anlamı ile çoğunlukla genel-evrensel etik ve meslek etikleri kastedilir.

Genel-evrensel etik kavramı, felsefe biliminin bir dalı olarak etik ile bağlantılıdır. Zira genel-evrensel etik kavramı, felsefenin bir dalı olarak etik alanında yapılan çalışmalar sonucunda ortaya çıkmıştır. Genel-evrensel etik tüm zamanlar için geçerli ve evrensel nitelikte bir ahlak anlayışı ile bu anlayışa dair değerler ile normları ifade eder. Bu bağlamda genel-evrensel etik, hayatın herkes için sorunsuz ve huzurlu yaşanmasını sağlamak amacı ile oluşturulmuş birlikte yaşamın genel ve ortak kuralları olarak tanımlanabilir. Genel-evrensel etik günümüzde Genel-Evrensel Etik Belgeleri adı verilen bazı düzenlemeler aracılığı ile kodlar haline getirilmiştir. Bu düzenlemelerde dünya üzerinde tüm insanların sorunsuz ve huzurlu biçimde birlikte yaşamalarını sağlamak amacı ile yeni kurallar türetilmiş veya mevcut kurallar arasından “evrensel” olarak geçerli kılınmak istenenler odayşma (consensus) ile seçilerek belirlenmiştir. Genel-evrensel etik değer ve normlara bu özelliklerini hem dünya düzeyinde genel geçerli olmaları hem de türetildikleri ana öncüllerin bilgisel bakımdan özelliği kazandırır. Bu açıdan bakıldığında insan hakları ve temel özgürlüklere dair uluslararası bildirme ve sözleşmelere genel evrensel etik normlara, hukuk devleti-hukukun üstünlüğü ilkesi ise genel evrensel etik değerlere örnek verilebilir. Bu açıdan bakıldığında hukuk devleti ilkesi devletin ve kamu yönetiminin hukuk kurallarının yanında etik normlara ve değerlere de riayet etmesini gerekli kılar.

### III. Vergi Hukuku ve Etik

Vergi hukuku vergilendirme ilişkisinin hukuki bir düzen için gerçekleştirilmesini sağlar<sup>7</sup>. Bu bağlamda vergi hukuku vergi alacaklısının vergilendirme yetkisinin kapsamı ve sınırları ile vergi borçlusunun ödevlerine dair kuralları düzenler.

Vergilendirme ilişkisinin vergi hukuku kurallarının getirdiği düzen içinde gerçekleştirilmesi esastır.

Vergi hukukunda ne sadece vergi borçlusunun ne de sadece vergi alacaklısının menfaatleri dikkate alınır. Vergi hukuku vergilendirme ilişkisindeki tarafların (vergi alacaklısı ve borçlusu) zıt menfaatleri arasında bir kamu yararı ve düzeni lehine bir denge sağlamayı amaçlar.

Vergi hukuku vergilendirme ilişkisinin adalet, eşitlik, doğruluk-dürüstlük ve sorumluluk gibi değer ve ilkeler uyarınca kurulması, sürdürülmesi ve sona erdirilmesini hedef edinir.

Vergi hukuku, yukarıda belirtilen niteliği gereği ilgili tarafların (mükellef, idare ve yargı organları) etik bir tutum sergilemelerini gerektirir.

Vergilendirme ilişkisinde tüm tarafların etik bir tutum izlemeleri esastır. Bu bağlamda borçlu taraf kamu hizmetlerinin finansmanını sağlamak üzere anayasal bir ödev olarak vergi ödemesi gereğinin bilincinde olmalı, vergi ahlakına sahip bir vatandaş/birey olarak vergisel ödevlerini yasalara uygun olarak yerine getirmeli; vergi idaresi de vergi yasalarını eşit ve tarafsız olarak adalet gerekleri doğrultusunda uygulamalı, vergilendirmeyi yasaya ve hukuka uygun olarak yapmalıdır.

Vergilendirme ilişkisinde tarafların etik bir tutum izlemeleri esas olmakla birlikte kimi zaman taraflar çeşitli sebeplerden

7 Öncel, Kumrulu, Çağan, age., s. 2.

ötürü bu gereğe aykırı davranabilmektedirler. Sıklıkla vergilendirme ilişkisinde borçlu tarafı oluşturan yükümlü ve/veya sorumluların bazen de alacaklı tarafta yer alan vergi idaresinin etik dışı tutum sergiledikleri gözlemlenmektedir.

Vergilendirme ilişkisinin borçlu tarafını oluşturan ve yasalar gereği vergisel ödevleri yerine getirmek zorunda olan yükümlüler ve sorumlular bu ödevleri yerine getirmemek için kimi zaman doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı davranarak etik dışı (vergi ahlakına aykırı) bir tutum sergileyebilmektedirler. Bu etik dışı tutum çoğu kez vergi kaçırma eylemlerinde bulunma ve dolayısı ile vergi kaçakçılığı suçunu işleme biçiminde tezahür edebilmekte ve böyle bir durum da vergi cezaları ile hürriyeti bağlayıcı cezalar gibi ağır bazı hukuki sonuçları beraberinde getirebilmektedir.

Vergilendirme ilişkisinin alacaklı tarafını oluşturan ve vergilendirme yetkisini yasalara ve hukuka uygun olarak kullanıp, vergi yasalarını eşit ve tarafsız olarak adalet gerekleri doğrultusunda uygulamak suretiyle vergilendirme işlemlerini gerçekleştirmek zorunda olan vergi idaresi de çeşitli sebeplerden (siyasi, ekonomik-mali, psikolojik vs.) ötürü hukuka aykırı ve aynı zamanda etik dışı biçimde vergilendirme yapabilmektedir. Vergi idaresi çoğu kez mükellefler arasında eşit işlem yapmama, denetim yetki ve görevini tarafsızlıkla yerine getirmeme, ön yargılı veya keyfi davranma, bazen de devlete daha fazla gelir sağlamak için yasalarla yetkili kılınmadığı eylem ve işlemler yapmak biçiminde çeşitli etik dışı tutumlar sergilemektedir. Vergi idaresi belirtilen şekilde doğruluk ve dürüstlük kuralı, eşitlik ve adalet gereklerine ve sorumluluk bilincine aykırı davrandığı için etik dışı bir tutum sergilemiş olmaktadır. Vergi idaresinin etik dışı tutumları çoğu kez aynı zamanda hukuka da aykırılık teşkil ettiğinden dava konusu yapıldığında

vergi yargı organları bu tutum izlenerek yapılan işlemleri iptal etmektedir. Vergi idaresi hukuka aykırı işlemlerde kusuru bulunan personeline rücu edilebilmektedir. Yine vergi idaresi mükellef haklarına riayet bilincini kendi örgütü içinde egemen kılmak suretiyle bu hususta tedbir almaya da çalışmaktadır.

Vergi idaresinin etik dışı tutum izlemesinin yeni bir örneği teknolojik gelişme ile birlikte ortaya çıkmıştır. Bu örnek vergi idaresinin hukuka aykırı edinilmiş elektronik bilgi ve verileri kullanarak vergilendirme yapmasıdır. Bu olgu dünyada ve ülkemizde gündemi bir süre meşgul edeceğe benzemektedir.

#### **IV. Örnek Olay: Devletin Hukuka Aykırı Edinilmiş Elektronik Bilgi ve Verileri Vergilendirmede Kullanması**

##### **A. Olayın Özeti**

Türk ve dünya basınına yansıdığı kadarı ile örnek olay şu şekilde cereyan etmiştir:

“İsviçre’deki bankalarda gizli hesapları bulunan 1500 Alman vatandaşının hesap bilgilerini ele geçiren bilgisayar korsanları (hacker), Almanya Maliye Bakanlığı ile bağlantı kurdu. Bu kişilerin bilgilerini içeren CD’nin satışı karşılığında Almanya Hükümeti’nden 2.5 milyon Euro istediği, Alman Maliye Bakanı Wolfgang Schaeuble’nin çalıntı verileri içeren CD’nin alımına yönelik henüz karar vermediği ileri sürüldü. Federal Maliye Bakanlığı (Bundesministerium für Finanzen) sözcüsü bu konuyla ilgili açıklama yapmak istemedi. Ancak gizli banka hesap bilgileriyle ilgili malzemeleri denetleme görevinin Federal Maliye Bakanlığı’nda değil, fakat eyaletlerin ilgili birimlerinde olduğunu belirtti.

Alman Ekonomi gazetesi Handelsblatt, söz konusu banka hesap bilgilerinin

İsviçre'nin UBS Bankası'ndan çalındığını öne sürerken adı geçen banka bu iddiayı yalanladı. Bankadaki gizli hesapların sahibi olan kişilerin bu yolla Alman devletinden en az 100 milyon euro tutarında vergi kaçırıldığı iddia edildi. Süddeutsche Zeitung, teklifin önce Wuppertal'daki vergi dairesine yapıldığını, bunun üzerine birimin derhal Kuzey Ren-Vestfalya Maliye Bakanı Helmut Linssen'i bilgilendirdiği, Linssen'in de Federal Maliye Bakanı Schaeuble'yi aradığı ileri sürüldü.

Frankfurter Allgemeine Zeitung, hesap bilgilerinin çalan kişilerin, elindeki verilerin gerçek olduğunu ispatlamak için 5 müş-terinin bilgilerini yetkililere ulaştırdığını yazdı. Habere göre bu kişilerin artık devlete kendilerini ihbar etme şansları bulunmuyor. Listedeki diğer kişilerin harekete geçip, isimleri ortaya çıkmadan devlete kendileri hakkında ihbarda bulunmaları halinde, kaçırıldıkları vergiyi ödeyerek cezadan kurtulmalarının mümkün olduğu bildirildi.<sup>8</sup>

### B. Olayın İncelenmesi

Kimliği belirsiz bilgisayar korsanları bir İsviçre Bankası'ndaki vergi kaçırıcı Alman vatandaşlarına ait gizli banka hesap bilgilerinin içeren bir CD'yi Alman vergi idaresi makamlarına satmak üzere girişimde bulunmuşlardır. Küresel ekonomik kriz yüzünden kaynak sıkıntısı içinde bulunan, yeni kaynaklara acilen ihtiyaç duyan Alman vergi idaresi muhbirlerin bu teklifine söz konusu verilerin çalıntı olmasına rağmen sıcak bakmış bu durum İsviçre ile Almanya arasında bir krize yol açmıştır.

Bir yanda vergi kaçırarak suretiyle yasa dışı aykırı ve etik dışı davranan vergi kaçakçılarına banka gizliliği yolu ile kucak açan İsviçre Konfederasyonu diğer yanda ise çalıntı-hukuk dışı elde edilmiş bilgileri

kullanmak sureti ile kayıp-kaçak vergilerini telafi etmek isteyen Almanya Federal Cumhuriyeti'nin tutumları etik açıdan tartışmaya açıktır.

### 1. Olayın İsviçre Açısından İrdelenmesi

İsviçre satıcı bilgisayar korsanlarının bilişim suçu işleyerek İsviçre yasalarını ihlal ettiğini ve ödüllendirilmemesi gerektiğini söyleyerek verilerin Almanya tarafından satın alınmasına şiddetle karşı çıkmıştır.

İsviçre, dünya ülkeleri nezdindeki tarafsızlığının yanı sıra oldukça gelişmiş bankacılık sistemi ile de tanınmaktadır. Bankacılık İsviçre ekonomisinin lokomotif sektörüdür. Uluslararası bankacılık anlayışı üzerine kurulu olan ve toplam 385 bankanın faaliyet gösterdiği İsviçre bankacılık sistemi, dünyanın her tarafından müşteriye hitap eden ve gizlilik ilkesini esas almış bir sisteme sahiptir. İsviçre bankaları kredi temini, portföy yönetimi ve yatırım danışmanlığı, para transfer işlemleri, tasarruf hesapları, menkul kıymet işlemleri, bono ve tahvil ihracı ile finansal analiz gibi muhtelif alanlarda dünya çapında hizmet vermektedirler. Ülke genelindeki bankacılığın % 50'den fazlası UBS AG ve CREDIT SUISSE GROUP bankalarının hâkimiyeti altındadır. Nitekim UBS AG, dünyanın en büyük bankası hüviyetinde olup, bireysel bankacılık işlemlerinin yanı sıra yatırım danışmanlığı ve menkul kıymet işlemlerinde oldukça önemli bir konumu haizdir. Ülkenin ikinci en büyük bankası olan CREDIT SUISSE ise daha çok finans hizmetleri ve krediler alanında uzmanlaşmıştır. Yukarıda bahsedilen bankaların haricinde İsviçre'de bu ülkeye özgü kantonsal bankalar ve özel bankalar ile İsviçre genelinde faaliyet gösteren yabancı bankalar da mev-

cuttur. Ağırlıklı olarak AB ülkeleri kaynaklı olan bu bankaların (toplam yabancı bankaların yaklaşık % 50'si AB kökenlidir) başlıca iştiğal alanı portföy yönetimidir.

Banka gizliliği İsviçre'de bir yurttaşlık hakkı olarak kabul edilir ve kişisel gizliliğin ayrılmaz bir parçasıdır. İsviçre vatandaşları, banka gizliliği ile ilgili hakkın İsviçre Anayasası'nda yer almasını dahi istemektedirler. İsviçre'de finansal hizmetleri kullanan kişi ister bir İsviçreli isterse bir yabancı olsun, kişisel bilgi gizli kabul edilir. İsviçre merkezli finansal kurumlar, müşterilerinin hesap bilgilerinin herhangi bir ve tüm üçüncü taraflardan azami bir gizlilik içinde korumakla yükümlüdür. Hesap gizliliği, İsviçre'de finans işinin değerli bir bileşeni olarak kabul edilir. Ancak, federal hükümet, cezai yaptırıma tabi faaliyetlerden kaynaklanan şüpheli fonların mevcudiyeti halinde, 1934 banka gizliliği yarasını dikkate almaz ve şüpheli hesaplarla ilgili soruşturma yürütür. Finans kuruluşları bu tip durumlardan kaçınmak için gerekli İsviçre mali prosedürlerine uyarlar.

Son küresel ekonomik krizin izini takip eden Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) gri liste olarak adlandırılan listede yer alan aralarında İsviçre'nin de yer aldığı ülkelerden diğer on iki ülke ile iki taraflı vergisel şeffaflık anlaşmaları imzalamalarını isteyerek vergi cenneti olarak bilinen bu ülkeler üzerindeki baskıyı arttırmıştır. Vergi kaçakçılığının önlenmesi için daha çok çaba harcaması yönünde uluslararası baskı gören ve ABD başta olmak üzere çeşitli ülkeler tarafından banka gizliliğine dair yapılan ağır eleştiriler nedeniyle zor durumda kalan İsviçre on iki ülke ile iki taraflı vergisel şeffaflık anlaşması imzalamıştır. Bu anlaşmalar yüzünden İsviçre bankalarının durumu zayıflamıştır.

İsviçre ile Almanya arasında ise yukarıda belirtilen türden bir uluslararası anlaşma imzalanmamıştır. Bir başka deyişle İsviçre'nin vergi kaçakçılığı alanında

Almanya'ya yardım etmesini gerektiren bir hukuki dayanak bulunmamaktadır.

Hacker çetesinin İsviçre bankalarının bilgi işlem sistemlerine hukuk dışı olarak eriştiği ve sistemde yer alan verileri çaldıkları açıktır. İsviçreli Alman hükümetinin çalıntı veriler için ödeme yapmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Almanya'nın Deutschlandfunk radyosuna verdiği demeçte İsviçreli parlamenter Pirmin Bischof "burada banka soygunculuğunun yeni bir şekli ile karşı karşıyayız"; "Eskiden bankaya gitmeniz ve bir silah ile buradaki parayı almanız gerekiyordu. Bugün aynıını elektronik olarak veri çalmak suretiyle yapabilirsiniz" demiştir. İsviçre Devlet Başkanı Doris Leuthard ise "Genel olarak konuşmak gerekirse Alman hükümetinin hukuka aykırı olarak edinilmiş verileri kullanmalarının zor olduğunu düşünüyoruz"; "Bu durum suçlular ile işbirliği yapmak anlamına gelir ki bu da hukuka aykırıdır" demiştir.

İsviçreli satıcı konumundaki kişilerin İsviçre yasalarını ihlal ettiğini ve bu verilerin satın alınması suretiyle ödüllendirilmemesi gerektiğini söyleyerek verilerin satın alınmasına şiddetle karşı çıkmıştır. İsviçre'nin savunduğu tez hukuk dışı biçimde elde edilen verilerin çalıntı mal ile aynı statüde olduğunu düşünmektedir.

İsviçre Bankacılar Derneği sözcüsü James Nason "Alman hükümetinin çalıntı mallara sahip çıkacağını beklemiyoruz ve Alman Hükümeti kesinlikle çalıntı verileri ne kabul etmeli ne de bunlar için bir ödemede bulunmalıdır"; "Almanya'nın böyle olaylar ile ilgili olarak iki devlet arasında kararlaştırılmış uluslararası anlaşmalarda ki getirilmiş prosedürlere riayet edeceğini umuyoruz" demiştir.

İsviçre Maliye Bakanı Hans Rudolf Merz İsviçre bankalarından çalınmış bilgileri içeren vergisel sorunlara ilişkin olarak İsviçre makamlarının Alman makamlarına

hiçbir yasal yardımda bulunmayacağını belirtmiştir.

Alman eski Maliye Bakanı Peer Steinbrueck'ün geçen yılki "İsviçre'nin Almanları vergi kaçırmak için cesaretlendirdiği" yönündeki açıklamaları üzerine zaten zarar gören iki komşu ülke arasındaki ilişkiler bu olay üzerine oldukça gerilmiştir.

## 2. Olayın Almanya Açısından İrdelenmesi

Almanya, gizli bankacılık sistemi ve yetersiz vergi yasaları nedeniyle Alman vatandaşlarını kendi kanunlarını ihlal edip gelirlerini gizlemeye davet eden güney komşusundan yana şikâyetçidir.

Alman gazetelerine göre İsviçre bankalarının iç dokümanları Alman vatandaşlarının bu ülke aracılığı ile gerçekleştirdikleri vergi kaçakçılığının kapsamının düşünülenin çok ötesinde olduğunu ortaya koymaktadır. Bu dokümanlar İsviçre Bankalarının Alman müşterilerinin çoğunluğunun paralarını kasten sakladıklarını hatta bu kişilerin bir çoğunun olası bir tespiti önlemek için banka ile mümkün olduğu kadar az temas kurmayı tercih etmiş olduğunu ortaya koymaktadır.

Almanya, vatandaşlarından dünyadaki tüm gelirlerini beyan etmelerini istemektedir, buna rağmen Almanlar tahminen 200 milyar avro tutarında bir parayı Almanya'da vergi ödememek amacı ile banka gizliliği ile tanınan İsviçre'deki banka hesaplarında saklamakta ve dolayısı ile vergi kaybına sebep olmaktadır.

Almanya Federal Maliye Bakanı Wolfgang Schaeuble çalıntı verileri satın almak konusunda Almanya Hükümetinin yasal olarak haklı sebeplere sahip olduğunu söylemektedir. Berlin'in muhbire İsviçre'de para saklayan şüphelilerin listesi için ödeme yapma kararının ardından Schaeuble "geçmişte vergi kaçırdığını düşünen birine

tek tavsiyem vergi yasalarımızdaki hükümlerden yararlanmak sureti ile gönüllü olarak beyanda bulunmasıdır" diyerek vergi sahtekarlığı yapanlardan bir an önce kendilerini ihbar etmelerini istemiştir.

Almanya Başbakanı Angela Merkel ise "Vergi kaçakçılığını kontrol edebilmemizi sağlayacak herşeyin yapılmasını her makul insan gibi destekliyorum"; "Eğer bu veriler ilgili ve önemli ise bunları ele geçirmeyi hedeflemeliyiz." diyerek tutarı milyonlarca avroyu bulan İsviçre'de gizli banka hesaplarına sahip Alman vatandaşlarına dair bilgilerin elde edilmesinden yana olduğunu açıkça beyan etmiştir. Merkel milyonlarca avroluk kayıp verginin hazineye geri dönüşünün sağlayacağı faydanın çalıntı bilgi için ödeme yapmanın yol açacağı ahlaki ikilemden daha önemli olduğunu belirterek alımın desteklenmesi görüşündedir.

Stern dergisinin 1000 kişi ile yaptığı bir anketin sonuçları göstermiştir ki Almanların %57'ye varan çoğunluğu yasadışı edinilmiş olsa dahi vergi ihlallerine ilişkin bilgi kullanımını desteklediklerini belirtmektedir. Anket sonucu katılanların sadece %43'ünün böyle bir tutuma karşı olduğunu söylediklerini göstermektedir.

DSTG Alman Maliye Memurları Meslek Birliği Başkanı Dieter Ondracek'e göre, bilgilerin satılması teklifi ilk kez bu yılın başında gazete manşetlerine düştüğünden beri yaklaşık 5.900 Alman vergi kaçakçılığı için kendilerini ihbar etmiştir. Ondracek bu durumu hükümetin 500 milyon avro tutarında kayıp vergiyi geri almasına yardımcı olabileceğini söylemektedir. Ondracek verdiği demeçte "eğer politikacılar insanlar için temizlenmenin sadece bu yıl mümkün olabileceğine dair bir işaret alabilirsek bu takdirde ikinci bir 5.000 kişinin daha ihbarda bulunması ile ek gelirler elde edebiliriz, bu durumda bir milyar avro hâsılat sağlanması mümkün olabilir" demiştir.

Alman Dışişleri Bakanı Guido Westerwelle basın mensuplarına yaptığı açıklamada “İsviçre makamlarının vergiye dair konularda Avrupa Birliği ile tam bir işbirliği yapacaklarını umuyoruz”; “Sizi tamamen ve açıkça temin ederim ki, konuşmalarda ve müzakerelerde tehditkâr bir üslup kullanılmaksızın ve ayrıca kendi yasalarımız ve anayasamız göz ardı edilmeksizin vergi suçları ile mücadele edilmektedir” demiştir.

Ancak Almanya’da gerek iktidarda bulunan partiler gerekse de muhalefet nezdinde konunun etik açıdan doğru olup olmadığı tartışılmıştır. Angela Merkel’in kıdemli kurmaylarından biri olan Savunma Bakanı Karl-Theodor zu Guttenberg hükümetin verilerin yasal geçerliğini kontrol etmesi gerektiğini söyledi. Guttenberg İsviçre’nin günlük Neue Zuercher Zeitung gazetesine yaptığı açıklamada “bir kimsenin hukuki açıdan tartışılabilir şekilde sahip olduğu bir şey için para ödemeyi doğru bulmuyorum” demiştir. Merkel’in Hristiyan Demokrat Birlik partisinin bir üyesi olan ve Alman Parlamentosu’nun ilk kanadı-avam kamarası olan Bundestag’ın ekonomi komitesinde görev yapan Michael Fuchs, bir röportajda bu bilgilerin satın alınmasına karşı olduğunu söylemiştir. Fuchs, devletin çok tartışılabilir bir pozisyonda bulunacağını zira bunun devletin zorunlu olarak kaçakçılık yapmasından farklı bir şey olmadığını söylemiş ve devletin böyle bir şeye dâhil olmasına şüphe ile yaklaştığını ve çok dikkatli olunması gerektiğini düşündüğünü eklemiştir.

### **3. Olaydaki Etik Tartışmanın Türkiye’ye Yansıtılması ve Türkiye Açısından Çıkarım**

Türk basınında “İsviçre’de gizli hesapları bulunan Türk zenginlerin listesi Maliye’de mi?” tartışması yapılmıştır. Zira Türk zenginlerin başta İsviçre olmak üzere yurtdışındaki sırdaş hesaplarda 100 milyar

doların üzerinde varlığı bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu varlıkların Türkiye’ye getirilmesi konusu ekonomik kriz sırasında çıkarılan “Varlık Barışı” yasal düzenlemesi ile gündeme gelmiş ve Varlık Barışı’nın mevduata tam güvence verilmemesi halinde başarısız olacağı savunulmuştur. Nitekim Varlık Barışı sırdaş hesaplardaki paranın Türkiye’ye getirilmesi konusunda amacına ulaşmamış ve kapsamı oldukça sınırlı kalmıştır.

Bir hacker çetesinin, banka sistemine girip İsviçre bankalarında gizli hesabı bulunan kişilerin mevduat bilgilerini çalması ve ardından bu yolla vergi kaçıran 1.500 Alman’ın bilgilerini içeren bir CD’yi 2.5 milyon euro karşılığında Alman hükümetine satması ve Maliye Bakanı Mehmet Şimşek’in belirli aralıklarla bazı kesimlere seslenerek “Çember daraldı!” diye uyarıda bulunması, hacker’ların benzer bir listeyi Türk Maliyesi’ne de teklif ve teslim ettikleri şüphesi uyandırmaktadır.

Maliye Bakanlığı yetkileri bu konuda sessiz kalmayı tercih ederken Bakan Şimşek çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının vergi kayıp ve kaçagını önlemede kendilerine güç verdiğini söylemekle yetinmiştir. Oysa hâlihazırda Türkiye ile İsviçre arasında geçerli bir çifte vergilemeyi önleme ve karşılıklı yardım anlaşması bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin vergilendirme alanında karşılıklı anlaşma yaptığı 71 ülke arasında İsviçre yer almamaktadır. Böyle bir anlaşma bulunmayınca da Türk maliyesinin Türk vatandaşlarının İsviçre’deki hesap bilgilerine resmi olarak ulaşma şansı hukuken bulunmamaktadır.

Cumhuriyet Halk Partisi Gaziantep Milletvekili Akif Ekici tarafından Maliye Bakanı Mehmet Şimşek tarafından yazılı olarak yanıtlanması talebi ile Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na 3 Şubat 2010 tarihinde verilen 7/12506 esas nu-

maralı yazılı soru önergesinde bu hususlarda yanıt verilmesi talep edilmiş ancak TBMM'nin web sitesinde bu yazılı soru önergesinin akıbeti sorgulandığında önerenin son durumu başlığı altında "Süresi İçinde Cevaplandırılmadığından Gelen Kağıtlarda Yayımlandı" ifadesi görülmektedir.

Hacker çetesinin hukuka aykırı biçimde elde ettiği bilgiler arasında Türk vatandaşlarının İsviçre bankalarındaki gizli hesaplarına dair verilerin bulunması ve hacker'ların bu bilgileri Maliye Bakanlığı'na teklif etmiş olmaları olasılık dâhilindedir.

Maliye Bakanlığı, 1156 Sayılı Kanuna Mugayir Tahakkuk ve Tediye Muamele-tini İhbar Edenlere İkramiye İfasına Dair Kanun hükümlerinden ve özellikle Başbakanlık örtülü ödeneğinden yararlanmak suretiyle (zira hacker'ların sattıkları çalıntı bilgiler karşılığında istedikleri tutarlar milyonlarca avro olmaktadır) bu bilgileri satın alıp edinmiş olabilir.

Siyasal kamplaşmanın son derece sert cereyan ettiği günümüz Türkiye'sinde siyasi iktidarın vergilendirmeyi bir baskı aracı olarak kullanması ve yukarıdaki senaryo uyarınca edinmiş olabileceği bilgileri kullanarak kendisine muhalefet eden TÜSİAD gibi ülkedeki sivil toplum kuruluşları temsilcilerini vergi incelemesi tehdidi ile baskı altına alması mümkündür. Böyle bir tutumun etik dışı olacağı aşikârdır.

### V. Değerlendirme ve Sonuç

Devlet yönetiminin ahlaksal temeli ve uygulaması her ne sebeple olursa olsun aşınmamalıdır. Yasama, yürütme ve yargı erkleri devlet yönetiminin etik uygulamalarından sorumludur. Etik dışı uygulamalar halkın devlete güvenini zedeler. Yönetim uygulamalarında etik dışı tutumların hiçbir gerekçesi olamaz. İyi niyetli olarak kamu yararı amacıyla yapılması dahi yönetimin etik dışı uygulamalarını meşru kılmaz.

İktisat için bir zamanlar ileri sürülen ve bugün artık geçerliliği tartışılan âhlaki bir disiplin olduğu iddiası kanımızca vergi hukuku açısından hiçbir zaman için ileri sürülemez.

Tarihteki uygulamaların bizlere defalarca gösterdiği üzere vergilendirme kolayca bir baskı ve hatta zulüm aracı haline gelebilmektedir. Bu nedenle vergilendirmenin belli sınırlar dâhilinde, belli ilkeler gözetilerek yapılması zorunludur. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği etik tutum vergi hukukunda son derece önemlidir.

Vergilendirme yetkisinin tabii olduğu hukuki sınırlardan en başta geleni olan hukuk devleti ilkesi, Anayasa Mahkemesi kararlarında somutlaşarak tanım bulmuştur. Hukuk devleti en genel tanımı ile yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuki güvence sağlayan, tüm organlarının eylem ve işlemleri hukuka uygun ve hukuk kuralları ile sınırlı olan devlettir. Yüksek Mahkeme hukuk devletini yönetilenlere en güçlü, etkin ve kapsamlı biçimde hukuksal güvence sağlayan, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu addeden ve hukuki düzenlemelerde birey ve toplum yararı arasında denge kuran, insan haklarına saygılı, temel hak ve özgürlükleri anayasal ilkeler düzeyine ulaştıran kurullarla koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bu düzeni geliştirerek sürdüren, anayasaya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, bunlara aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık ve yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan bir devlet olarak nitelendirilmiş ve hukuk devletinde yasa koyucunun yalnız yasaların anayasaya uygunluğunu



değil, aynı zamanda Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu içtihat etmiş, yasa koyucunun yasama sırasında sahip olduğu takdir hakkı ve tercih serbestisini kullanırken yukarıda açıklanan durumu gözeterek hukuki düzenleme getirirken ölçülü, adil ve orantılı davranması gerektiğini vurgulamıştır.

Vergi hukukunda hukuk devleti ilkesi uyarınca içeriği belirlenen etik bir tutum

izlenmesi zorunludur. Vergi idaresinin kamu hizmetlerinin finansmanını sağlamak için kaynak sağlamak, vergi kayıp ve kaçığı önlemek sureti vergi adaletini gerçekleştirmek amacı ile dahi olsa hukuk dışı yollardan edinilmiş bilgileri kullanarak vergilendirme yapması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan etik dışı bir tutum oluşturacaktır.

# Sanal Mülkiyet

H. Burak GEMALMAZ\*

## Giriş

İnsan hayatında köklü değişiklikler getiren bilgisayarın ve internetin aynı zamanda yeni hukuki sorunları da beraberinde getirmesi kaçınılmaz. Bugün çeşitli hukuk dalları, internetin yarattığı sorunlara çözüm bulmaya çalışıyor. Nitekim, günümüzde fikri mülkiyet hukukunun yoğunlaştığı konuların başında siber dünya olarak adlandırılan bilgisayar programları ve internet temelli oluşumlar gelmektedir.

Bugünlerde insanlar sanal dünyalarda yaşıyorlar. Gerçekten de, çok katılımcılı online (çevrimiçi) rol yapma oyunlarının (massively multiplayer online role playing games) sağladığı *sanal bir çevre (virtual environment) içinde insanlar; yarattıkları karakterler (avatar<sup>1</sup>)* aracılığıyla, gerçek hayattakine benzer bir yaşam sürüyorlar. Bazıları gerçek hayatın bir çeşit taklidi, simülasyonu olan bazıları ise fantezi dünyası oluşturan bu sanal dünyalarda (*virtual worlds*), insanlar (karakterler) büyüyor, evleniyor, ev satın alıyor, savaşıyor ve hatta para kazanıp ticaret yapıyor; kısacası gerçek hayatta yapılan hemen her şeyi yapıyor.

İşte bu Çalışma, çok katılımcılı online rol yapma oyunların (ÇKORYO)<sup>2</sup> sağladığı sanal dünya içinde yapılan tasarrufların

hukuki niteliğini tartışmayı amaçlamakta ve görülen hukuki sorunların hangi modelle daha işlevsel ve hakkaniyete uygun şekilde çözülebileceğinde odaklanmaktadır.

## Siber Mülkiyet - Sanal Mülkiyet Ayrımı

Kanımca sırf bilgisayar temelli, yani internet ve ağ bağlantısı olmayan unsurlar ile internet ve ağ temelli unsurlar ve süreklilik temelinde bir sanal dünya kurmayan online oyunlar için siber mülkiyet (cyber property), buna karşılık çok katılımcılı online rol yapma oyunlar (ÇKORYO) bağlamında ise sanal mülkiyet (virtual property) terimini kullanmak isabetli bir terminolojik tercihtir.

Sırf bilgisayar temelli unsurlara baktığımızda, spesifik siber mülkiyet konusu olarak bunların büyük çoğunluğunun klasik fikri mülkiyet türlerinin sunduğu korumadan (hatta korumalardan) yararlanabildiğini gözlemek mümkündür.

İnternet dünyasının ise diğer fikri mülkiyet türlerinden ve bu arada bilgisayar programları gibi bazı siber mülkiyet türlerinden özellikle, alenileştirme, yayma ve çoğaltma gibi unsurlar açısından farklı nitelikte olduğu görülmektedir. Bu türlerin

\* Yrd. Doç. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Anayasa Hukuku

1 Avatar Sanskritçede tanrı Vishnu'nun dünya üzerindeki görünüşlerini ifade etmek için kullanılmaktadır ve bilgisayar dünyasında ilk kez 1985 yılında Habitat adlı oyunla kullanılmaya başlanmış olup benliğin sanal âlemdeki yansıması anlamına gelmektedir. Bkz. Edward Castronova, "On Virtual Economies", CESifo Working Paper No.752, Category 9: Industrial Organisation July 2002 ([www.ssrn.com/abstract\\_id=338500](http://www.ssrn.com/abstract_id=338500)), sf:6; Edward Castronova, "Theory of The Avatar", CESifo Working Paper No.863, February 2003 (<http://www.ssrn.com/abstract=385103>); Jeff W. LeBlanc, "The Pursuit of Virtual Life, Liberty, and Happiness and Its Economic and Legal Recognition in the Real World", Florida Coastal Law Review, Vol. 9, Issue 3, Spring 2008, sf: 260.

2 Massively Multiplayer Online Role-Playing Games (MMORPGs).

kullanım hakkı inhisaridir ve hak sahibi, üçüncü kişileri o türü kullanmaktan dışlayabilir. İnternet ve ağ temelli değerlerin sırf bilgisayar temelli değerlerden bir başka farkı ise, ikisi de bilgisayara (işlemciye) bağımlı olmalarına rağmen, internet ve ağ temelli uygulama ve değerlerin bilgisayarı kapattığınızda (“host” eden kapatmadıkça) ortadan kaybolmamasıdır. İnternet ve ağ temelli uygulama ve değerler, siber uzay gibi bir sanal dünyada varlığını sürdürmektedir ve başka bilgisayarlar üzerinden bu dünyaya ulaşılabilir. Bu nitelikleriyle internet ve ağ temelli uygulama ve değerler fikri mülkiyetten çok taşınır ve taşınmaz mülkiyetine benzemektedir. Sadece elle tutulabilir değildir.

Bununla birlikte, internet ve ağ temelli uygulamaların ve özellikle çok katılımcılı online oyunların, hem siber mülkiyet hem sanal mülkiyet özelliklerini bir arada barındırdığına dikkat çekilmelidir. İnternet ve ağ temelli uygulamalar kapsamında internet alan adlarının (domain names), URLs (*uniform resource locators*), websitelerinin, email hesaplarının, Facebook profilinin, *chat/sohbet odalarının*<sup>3</sup>, internet üzerinden eş zamanlı oynanan çok katılımcılı online oyunların ve giderek bütün sanal dünyanın ele alınması mümkündür. Hatta, süreklilik temelinde sanal bir dünya yaratan bir rol yapma oyununda (ÇKORYO) bile, sanal mülkiyet olarak katılımcıların ürettikleri değerler kadar, siber mülkiyet (fikri mülkiyet) olarak bu sanal çevrenin yaratılmasını sağlayan yazılım şirketinin ürettiği değerler aynı anda mevcuttur. Dikkat edilirse, bu hallerde siber mülkiyet ile sanal mülkiyetin

özellikleri farklıdır ve bu özelliklerin hak ve çıkarları kimi hallerde çatışabilmektedir. Bu yaklaşımda sanal mülkiyet terimine verilen anlam son derece geniştir.<sup>4</sup>

Bu çalışmada sadece çok katılımcılı online rol yapma oyunları çerçevesinde (ÇKORYO) insanlar tarafından yapılan tasarrufların sanal mülkiyet teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Zira, gerçek dünyadaki mülkiyet kavramının (fikri mülkiyet değil) hukuken sirayet edebileceği tek siber veya sanal unsurlar ÇKORYO kapsamındadır.

### **Çok Katılımcılı Online Rol Yapma Oyunları: Özellikleri, Ekonomisi ve Doğurduğu Hukuki Sorunlar**

Mülkiyet hakkından bahsedilmek için, her şeyden önce, bir çevreye ya da dünyaya ihtiyaç bulunmaktadır ve sadece ÇKORYO bu özelliği göstermektedir. Gerçekten de bugün sanal gerçeklik/virtual reality ya da sanal çevre/virtual environment, hatta sanal dünyalar/virtual worlds adı verilen, gerçek dünyanın üç boyutlu simülasyonlarının bulunduğu, insanların kendi yarattıkları karakterler üzerinden eş zamanlı olarak iletişimde bulunabildiği ve bilgisayar tarafından yönetilip süreklilik arz eden bir başka “dünya” söz konusudur.<sup>5</sup> Sanal dünya, siz uyurken veya oyuna ara vermişken (log out) de “dönmeye” devam etmektedir. Oyuna tekrar dahil olduğunuzda (log in), ortamı veya etkileşimde bulunduğunuz karakterleri tamamen değişmiş bulmanız imkanı dahilindedir.

Bir çeşit bağımlılık yaratan bu sanal dünyanın/dünyaların kendine has bir ekonomik yapısı bulunmaktadır. Nitekim veri-

3 Bu kavramlar hakkında temel bilgi için bkz. Joshua A. T. Fairfield, “Virtual Property”, *Boston University Law Review*, Vol. 85, 2005, sf: 1047-1102, özellikle sf: 1055-1057.

4 Nitekim doktrinde çok sayıda makalede sanal mülkiyetin geniş anlamıyla (ÇKORYO’lar dahil) ele alındığı görülebilir. Örneğin bkz. Fairfield, *Virtual Property*, sf:1047-1102; David Nelmark, “Virtual Property: The Challenges of Regulating Intangible, Exclusionary Property Interests Such as Domain Names”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 3, No. 1, Fall 2004, sf:1-23.

5 Daha önceki bir çalışmamda, Fairfield’ in anılan makalesini takip ederek, internet ve ağ temelli unsurlar (alan adları, URLs, websiteleri, email hesapları, sohbet odaları gibi) ile süreklilik temelinde bir sanal

len bilgilere göre, bu “dünyalarda” yaşayan 50 milyondan fazla insan ve bu insanların ürettiği milyar dolarlık “gerçek” ticaret hacmi bulunmaktadır. Mesela Second Life oyununda oyuncular arası hukuki işlemlerin hacmi 2009 itibariyle 567 Milyon Doları bulmuştur.<sup>6</sup> Sanal dünyanın siyasal ve askeri nitelikli işlerde kullanılma potansiyeli göz ardı edilememesi gereken özellikler arasındadır.<sup>7</sup>

İşin diğer tarafında bulunan oyun endüstrisini de zikretmek gereklidir. O kadar ki, 2007 itibariyle World of Warcraft (WoW) adlı oyunu geliştiren Blizzard şirketinin yıllık toplam gelirinin 1.2 Milyar Dolar olduğu söylenmektedir. Yine 2007 itibariyle, sanal dünyalardaki sanal eşyaların toplam değerinin 20 Milyar Doları bulduğu tahmin edilmekte ve buna göre bir oyun karakterinin (avatar) ortalama piyasa fiyatının 868 Dolara karşılık geldiği saptanması yapılmaktadır.<sup>8</sup>

Bu sanal piyasa ve buna bağlı ekonomi, çeşitli hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Örneğin bazı ÇKORYO’lar bakımından oyuncular oyun içeriğine yaptıkları katkılar üzerindeki hakları ellerinde bulundurmaktadır. Bu malvarlığı tasarruf-

ları oyunu geliştiren ve yöneten gerçek bir “şirket” tarafından desteklenmektedir (Linden şirketince üretilen Second Life gibi). Bu durumda akla birçok soru gelmektedir: Örneğin bu sanal malvarlığın “gerçek” devir ve intikali nasıl olacaktır? Boşanma sırasında evlilik mal rejimine tabi bir sanal değer, özellikle de kişisel özellikleri yansıtan avatarın akıbeti ne olacaktır? Şirket ile oyuncular arasındaki sözleşmelerin sanal mallara etkisi nedir? Hackerler oyuncuların hesaplarını (accounts) kırdığında veya oyun içerisindeki bazı sanal değerlere zarar verdiğinde hangi hukuki hüküm ve kurumlara başvurulacaktır? Veya oyuncuların avatarları diğer oyuncuların avatarları tarafından öldürüldüğünde şirketler bundan ötürü hukuken sorumlu tutulacaklar mıdır?

Bu oyunların servis sağlayıcısı olan şirketlerin hazırladığı son kullanıcı lisans sözleşmelerine veya kullanıcı koşulları sözleşmelerine bakıldığında çok çeşitli özel hukuk sorunları göze çarpmaktadır. Mesela World of Warcraft adlı ünlü oyunun “kullanma koşulları sözleşmesi”nin 8. maddesi, oyunda elde edilmiş “sanal mülkiyetin” (orijinal terim) gerçek dünyadaki

---

*dünya kurmayan online oyunlar için de geniş anlamda sanal mülkiyet ibaresini kullanmış ve geniş anlamda sanal mülkiyet kavramı içine giren değerlerin, klasik eşya hukuku mülkiyet hakkı anlayışının ötesine geçerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin mülkiyet hakkına yer veren 1 numaralı Protokolü kapsamına girip Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince korunacağını, somut kararlara da işaret ederek, iddia etmişim. AIHS çerçevesindeki mülkiyet hakkı bağlamında konuyu elen anılan çalışmada, surf bilgisayar temelli, yani internet ve ağ bağlantısı olmayan unsurlar için siber mülkiyet terimini kullanmışım (bkz. H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yay., İstanbul 2009, sf: 337-347).*

- 6 Richard Bartle, “Virtual Worldliness: What the Imaginary Asks of the Real”, *New York Law School Law Review*, Vol.49, 2004, sf:19-44; Gregory Lastowka – Dan Hunter, “The Laws of Virtual Worlds”, *California Law Review*, Vol. 92, No1, January 2004, sf:5-7.
- 7 Nelson DaCunha, “Virtual Property, Real Concerns”, *Akron Intellectual Property Journal*, Vol.4, 2010, sf:35-72, özellikle 43-44. Fairfield, *Virtual Property*, sf: 1058-1064.
- 8 Wian Erlank, *Lecture: Introduction to Virtual Property*, sf:3, [www.ssrn.com/abstract=1491118](http://www.ssrn.com/abstract=1491118), sf:7-8. Ayrıca bkz. DaCunha, *Virtual Property, Real Concerns*, sf:44. Dünya Bankasının hazırladığı yeni bir rapora göre, 2009 yılında Çin ve Vietnamda oynanan ÇKORYO’lardaki sanal eşyaların satışlarının toplam değeri 3 Milyar Doları bulmuştur (bkz. “3 Milyar Doları Oyun Oynayarak Kazandılar” başlıklı haber, [www.hurriyet.com.tr/teknoloji/17497338.asp?gid=381,08/04/2011](http://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/17497338.asp?gid=381,08/04/2011))

devir ve intikalini yasaklamıştır.<sup>9</sup> Böyle bir hüküm karşısında kimin hakkına ağırlık verilecektir? Oyunu destekleyen şirket iflas ettiğinde veya zarar ettiği gerekçesiyle oyunu sonlandırdığı ya da yeni sürümlerle desteklemeyi bıraktığında oyuncuların o andaki mevcut malvarlıklarının akıbeti ne olacaktır? Şirket mallarına haciz durumunda oyuncuların oyundaki malvarlıkları bundan etkilenenecik midir? Oyuncular gerçek hayattaki borçlarından ötürü oyundaki sanal (ama gerçeğe çevrilebilir) malvarlıklarıyla sorumlu kabul edilebilecekler midir? Veya sanal dünyadaki bir bankanın yöneticisi, oyuncuların sanal hesaplarını izinsiz olarak gerçek paraya çevirip gerçek hayatta kullanırsa ne gibi hukuki sorunlar doğacaktır?<sup>10</sup> Sanal dünyadaki değerler miras yoluyla intikale elverişli midir? Sanal dünyadaki değerlerden vergi alınacak mıdır?

Bütün bu soruların cevabı, tercih edilecek hukuki modele göre şekillenecektir. Kanımca internet temelli uygulamalar ve çok katılımcılı online oyunlardaki unsurlar, mülkiyet modeli ile daha elverişli ve istikrarlı bir hukuki çerçeveye kavuşmaktadır.

Gerçekten yakından bakıldığında, ÇKORYO'larda yer alan sanal unsurların birer eşya olarak mütalaa edilmesinde hiç-

bir engel bulunmadığı görülmektedir. Klasik eşya hukuku doktrinine bakıldığında, bir nesnenin hukuki anlamda eşya sayılabilmesi için beş koşulu karşılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre, bir nesnenin hukuki anlamda eşya niteliği taşıması için maddi bir varlığa sahip olması, üzerinde egemenlik kurulabilmesi, sınırlanabilir ve belirlenebilir olması, ekonomik bir değer taşıması ve nihayet kişi varlığı dışında kalması gereklidir.<sup>11</sup>

Sanal unsurların bütün bu özellikleri taşıdığı kolaylıkla anlaşılmaktadır. Örneğin dünyanın en popüler ÇKORYO'su olduğunu rahatlıkla ifade edebileceğimiz WoW'daki sanal bir kılıç, klasik eşya hukukunun aradığı bütün koşulları karşılamaktadır. Dahası, o kılıca sahip olan karakterin (avatarın) ve dolayısıyla karakterin sahibinin, diğer oyuncuları o kılıcı kullanmaktan men etmek gibi bir yetkisi de bulunmaktadır ki mülkiyet hakkının en önemli özelliklerinden birisinin, bir nesneye hakim olmak hususunda üçüncü kişileri dışarıda bırakma yetkisi olduğunu burada not edelim. İkinci olarak, nasıl ki sanal dünya süreklilik arz ediyorsa ve "log out" olduğunuzda dahi sanal dünya dönmeye devam ediyorsa, sanal unsurların varlığının ve sürekliliğinin oyuncunun "log in" olmasına bağlı olmaması da önemli bir göster-

9 "Ownership/Selling of the Account or Virtual Items. Blizzard does not recognize the transfer of World of Warcraft Accounts or BNET Accounts (each an "Account"). You may not purchase, sell, gift or trade any Account, or offer to purchase, sell, gift or trade any Account, and any such attempt shall be null and void. Blizzard owns, has licensed, or otherwise has rights to all of the content that appears in the Game. You agree that you have no right or title in or to any such content, including without limitation the virtual goods or currency appearing or originating in the Game, or any other attributes associated with any Account. Blizzard does not recognize any purported transfers of virtual property executed outside of the Game, or the purported sale, gift or trade in the "real world" of anything that appears or originates in the Game. Accordingly, you may not sell in-game items or currency for "real" money, or exchange those items or currency for value outside of the Game."

10 Bu son soru gerçek bir olaya dayanmaktadır. Doktrinde verilen bilgilere göre Avustralya'da finansal krize giren bir işadımı, Eve Online oyunundaki sanal bankanın yöneticisi olarak oyuncuların altınla ölçülebilen sanal tasarruflarını Avustralya Dolarına çevirmiş ve ipotek borcunu ödemekte kullanmıştır. Henüz yargı önüne çıkmayan bu olayda işadımı, oyundan men edilmiştir. Bkz. Erlank, a.g.m., sf:14.

11 Genel olarak bkz. Gürsoy- Eren-Cansel, Türk Eşya Hukuku, sf: 21; Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sf:6; Ertaş, Eşya Hukuku, sf:53; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, sf:71.

gedir.<sup>12</sup> Üçüncü olarak, sanal dünyada tıpkı gerçek dünyada olduğu gibi kaynakların ortak kullanımı söz konusu olup oyuncular karakterleri üzerinden eşzamanlı olarak sürekli bir etkileşim halindedirler.<sup>13</sup> Bu gerçek dünyadaki iktisadi kuralların geçerli olmasına yol açmaktadır. Nitekim, sanal unsurların devir ve intikali mümkündür ve bu işlemler özellikle eBay, IGE, Yahoo ve benzeri ihale siteleri üzerinden sıklıkla yapılmaktadır.<sup>14</sup> Birçok ÇKORYO’da oyuncular sanal unsurlarını eBay’de gerçek para üzerinden sattıktan sonra sanal dünyanın bir köşesinde buluşup sanal devir ve intikali gerçekleştirmektedir. Bazı oyunlarda ise, doğrudan avatar’ın (oyun karakteri) kendisi, yani bu karaktere ulaşılmasını sağlayan hesabın şifre bilgisi, gerçek hayatta belirli bir bedel karşılığı devredilmektedir. O halde denilebilir ki, oyun geliştiricileri karşı çıkmasına rağmen<sup>15</sup>, bütün sanal eşyalar ve hatta avatarlar (oyun karakteri) mübadele edilebilir birer metadır.<sup>16</sup>

Bütün bu açıklamalar, sanal unsurların, ister kıta Avrupası ekolünde isterse Anglo-Sakson ekolünde olsun, büyük ölçüde taşınır eşya özelliği yansıttığını göstermektedir. Hiç kimse, para ile ölçülebilen bir karşılığı olup piyasada devir ve intikal edebilen bir değer, bu değer gerektiğinde

sadece bir hesabın şifresinden ibaret olsa bile, eşya olmadığımı ileri süremez.

### Sanal Mülkiyetin Temellendirilmesi

Mülkiyet hakkını meşrulaştıran üç ana akım olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bunlar Locke’çu emek anlayışına dayanan hak ediş teorisi, Bentham’cı faydacı teori ve Hegelci kişilik hakları teorisidir. Normal mülkiyeti meşrulaştıran bu üç ana ekolün sanal mülkiyet hakkını da meşrulaştırdığı peşinen söylenebilir.<sup>17</sup> Hemen somutlaştıralım:

Her şeyden önce, birçok ÇKORYO’ya katılabilmek, yani oyuncu olabilmek için oyunu geliştiren şirkete belirli bir meblağ ödemek gerekmektedir. Sanal dünyayı geliştiren şirkete ödenen bu meblağın “yatırım” olarak addedilmesi mümkündür.<sup>18</sup> Kişi yaptığı tasarruflar neticesinde ve zaman içerisinde, “yatırımını” katlayabilir. Faydacılık açısından mülkiyet hakkının tanınmasındaki temel neden de, bu sayede toplam değer üretiminin artacağı varsayımdır. Üretici/yatırımcı, tasarruflarından elde ettikleri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmazsa, bu yönde bir çabaya girişmeye ikna edilemez ve toplam fayda maksimize edilmemiş olur. Bu açıdan bakıldığında, faydacılık açısından oyuncuya sanal

12 DaCunha, *Virtual Property, Real Concerns*, sf:42. DaCunha’nın verdiği bilgiye göre, avatarla doğrudan bağlı sanal eşyalar “log out” olduğunuzda avatarla birlikte oyun dünyasından yok olurken, avatardan bağımsız olan sanal eşyalar (mesela *Second Life*’taki avatarların özel mülkiyetlerinde bulunan araziler üzerindeki ev ve ağaçlar gibi) sanal dünyada kalmaya devam etmekte ve diğer avatarlarla etkileşimde bulunmaktadır.

13 Fairfield, *Virtual Property*, sf:1054.

14 Mathias Klang, *Avatar: From Deity to Corporate Property – A Philosophical Inquiry into Digital Property in Online Games*, sf:3; Castronova, *Theory of Avatar*, sf:27; Fairfield, *Virtual Property*, sf:1063.

15 Örneğin Bartle, *Virtual Worldliness*, sf: 34-43.

16 Piyasa – mülkiyet ilişkisi bakımından ayrıca bkz. Andrew E. Jankowich, “Property and Democracy In Virtual Worlds”, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Vol.11:2, 2005, sf:173-220, özellikle 1099-1100; DaCunha, *Virtual Property, Real Concerns*, sf:43; Steven J. Horowitz, “Competing Lockean Claims To Virtual Property”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 20, Issue 2, Spring 2007, sf: 443-458, 447-448.

17 Lastowka-Hunter, a.g.m., sf:43-50.

18 Mathias Klang, *Avatar: From Deity to Corporate Property – A Philosophical Inquiry into Digital Property in online Games*, sf:3.

mülkiyet hakkının tanınması gerektiği neticesine varılabilir.<sup>19</sup>

Mülkiyeti meşrulaştıran Locke'çu emek-hakediş teorisi bakımından da sanal mülkiyet hakkının tanınması gerektiği değerlendirilmesini yapmak mümkündür. Bu teoriye göre, mülkiyet sahipliği, insan vücuduna ve giderek emeğe kimin sahip olduğuna göre belirlenmektedir. Locke, insanın emeğiyle doğayı dönüştürerek mal edinebileceğini kabul etmektedir. Sanal eşyaların sanal dünyadan kopartılarak veya ayrıştırılarak emek yoluyla edinilebileceklerini söylemek mümkündür.<sup>20</sup>

Hegelci kişilik teorisinde mülkiyet kişiliğin dış dünyadaki uzantısıdır ve bu sebeple maddi veya gayri maddi (cismani veya gayri cismani) unsurlar üzerinde kurulması bakımından bir farklılık içermez.<sup>21</sup> Avatar denilen oyun karakteri, oyuncunun kişiliğinin sanal dünyadaki yansımasıdır ve onu diğer oyuncularından ayırmaktadır. Kişilik teorisine dayanılarak mülkiyetin kişilik üzerindeki etkisi referans alındığında, sanal gerçeklik, sanal araziler ve bunlardan da öte avatarlar üzerinde mülkiyet iddiasının meşruiyet temeli oluşmaktadır.<sup>22</sup>

### Sonuç

Görüldüğü üzere, emek anlayışına dayanan hak ediş teorisi, faydacı teori ve kişilik teorisi ana hatlarıyla sanal mülkiyeti temellendirmekte elverişli argümanlar içer-

mektedir. Buna göre, sanal dünyalardaki değerler ve hatta avatar üzerinde oyuncunun bir mülkiyet hakkı veya aynı nitelikli mülkiyet benzeri bir hakkı bulunmaktadır.

Dolayısıyla, yukarıda dile getirilen hukuki problemler bu perspektiften çözüme kavuşturulmalıdır. Oyuncuların sanal mülkiyet hakları, başta oyun geliştiren şirketlerin ve diğer üçüncü kişilerin hakları karşısında üstün tutulmalıdır.<sup>23</sup> Gerçi oyuncunun sanal dünyaya girebilmesi için kabul ettiği son kullanıcı lisans sözleşmeleri ile kullanma koşulları sözleşmeleri, oyuncunun mülkiyet hakkına aykırı veya en azından bunu sınırlayan hükümler içeriyor olabilir. Bu hükümlerin geçerliliği, her bir somut olay özelinde tartışılmak gerektiği gibi, borçlar hukukunun, mesela genel işlem şartları vs. gibi çoğu ilke ve kurumunun da devreye girmesini gerektirebilecektir. Bu noktada uyumsuzluk konusu sanal dünyanın niteliği ile bu dünyayı kuşatan hukuki üst yapı da mutlaka göz önünde bulundurulması gereken faktörler arasındadır.

Ama şu husus net olarak belirtilmelidir ki, yukarıda gösterilen temellendirme nedeniyle, oyuna girebilmek için oyunu geliştiren şirkete yapılan ödeme/ödemelerden sonra, artık sanal dünyada avatarlar üzerinden zaman ve emek harcanarak elde edilen pozisyon, silah, zırh, ev, kıyafet vs. akla gelebilecek bütün sanal değerler,

19 Ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler ile faydacılığın bazı açılardan sanal mülkiyet hakkını meşrulaştırmakta yetersizliği için bkz. Lastowka-Hunter, a.g.m., sf:44-46.

20 Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Lawstowka-Hunter, a.g.m., sf:46-48; DaCunha, *Virtual Property, Real Concerns*, sf:51-52. Eleştirel olarak bkz. Horowitz, *Lockean Claims to Virtual Property*, sf:445, 451-458 (Doktrinde Horowitz tek başına Locke'çu emek-hakediş teorisinin sanal mülkiyet hakkını temellendirmeye yetmeyeceğini, oyunu geliştiren şirketlerin de söz konusu edimlerde belirli hakları bulunduğunu iddia etmektedir).

21 DaCunha, *Virtual Property, Real Concerns*, sf:53.

22 Ayrıntılı bilgi, değerlendirmeler ve özellikle devir ve intikale elverişlilik bakımından olası itirazların cevaplandırılması için bkz Lastowka-Hunter, a.g.m., sf:48-50; DaCunha, *Virtual Property, Real Concerns*, sf:53.

23 Karşı görüş için bkz. Dan E. Lawrence, "It Really Is Just a Game: The Impracticability of Common Law Property Rights in Virtual Property", *Washburn Law Journal*, Vol.47, 2008, sf:505-549, özellikle 515-519, 524-527.

24 Fairfield, *Virtual Property*, sf:1084-1085; Erlank, a.g.m. sf:13; DaCunha, *Virtual Property, Real Concerns*, sf:62.

o avatara (sahibine) aittir. Oyunu geliştiren şirketin oyuncu tarafından elde edilen sanal değerler üzerinde oyunculara karşı hakları olamaz.

Nitekim, yukarıda zikredilen hukuki sorunlar yavaş yavaş mahkemelerin önüne gelmeye başlamıştır ve adı açıkça konmakla birlikte sanal unsurlar birer mülkiyet değeriymişçesine kavranmaktadır. Örneğin bir Çin Mahkemesi, *Red Moon (Honyue) adıyla bilinen sanal dünyanın geliştiricisi* olan şirketin, hesabı hacklenen ve değerli sanal unsurları çalınan oyuncunun bütün oyun içi malvarlıklarının iadesine karar vermiştir. Mahkemeye göre, her ne kadar şirket oyuncunun sanal mülkiyet hakkını tanımasa da, oyuncu iki yıl boyunca zaman ve yaklaşık 10.000 Yuan (1200 Dolar) harcaıyıp oyun içinde belirli bir aşamaya gelmiş, silah elde etmiş ve karakterinin statüsünü, gücünü ve tecrübesini ilerletmiş olduğundan, oyunu geliştiren şirket oyuncunun hesabının hacklenmesine yol açan güvenlik açıklarından ötürü sorumludur.<sup>24</sup> Güney Kore Mahkemelerinin, istikrarlı olarak, bir oyuncunun sanal kıymetlerinin başkaları tarafından zorla alınmasının hırsızlık suçu olarak mütalaa ettikleri bildirilmektedir. Tayvan Devletinin bütün organları (yasama, yürütme ve yargı) ÇKORYO'lardaki sanal unsurların birer sanal mülkiyet konusu teşkil ettiği ve devir ile intikale elverişli oldukları yönünde değerlendirme yapmaktadır.<sup>25</sup>

Bir Hollanda ceza mahkemesinin kararı burada özellikle zikredilmeye değer. *Runescape* isimli oyunu oynayan iki çocuğun aynı oyunda kuvvetli pozisyonda bulunan üçüncü bir çocuğun sanal değerlerine zorla (öldürme tehdidiyle) el koymalarının hırsızlık suçu teşkil edip etmediği hukuki sorununda odaklaşan davada Hollanda ceza

mahkemesi, sanal mülkiyet terimine yer vererek çalınan unsurların Hollanda Ceza Kanunu anlamında eşya veya mülkiyet olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Sanal dünyaların büyük bir fenomen olduğuna, oyuncuların bu oyunlardaki aktivitelerine önemli değer atfetmelerini ve sanal değerlerin okul bahçesinde mübadele edildiğini dikkate alan mahkemeye göre, sadece parayla ölçülebilen değerler değil, ama ayrıca malik ve hatta bunu çalmak isteyen fail için anlamlı değer içeren unsurlar da eşya olarak nitelendirilmelidir.<sup>26</sup>

Zikredilen kararlardan da anlaşılacağı üzere, sanal mülkiyet hakkı bir yandan oyuncuları şirketlere karşı korurken diğer yanda oyuncuları birbirlerine karşı da korumak işlevi görmektedir. Ancak şu hususu da unutmamak gerekir ki, bazı ÇKORYO'lar (örneğin WoW) "hırsızlığa" oyun mantığı içerisinde izin vermektedir. Oyunun bir unsuru olan bu tip oyun içi hırsızlıklarda mülkiyet hakkının devreye girmemesi gerekmektedir. Bu tip uyuşmazlıkların ortaya çıkması halinde, uyuşmazlığın niteliğine göre hukuka uygunluk sebeplerinin veya cezalandırmama sebeplerinin gündeme gelmesi mümkündür.

ÇKORYO'lardaki sanal unsurların mülkiyet hakkı kapsamında görülmesine bağlanan hukuki sonuçların etraflıca değerlendirilmesi gereği, bu sanal mülkiyetin eşya ve borçlar hukuku (ve hatta aile hukuku) açısından spesifik analizini zorunlu kılmakta ve hatta yasamanın düzenleme yapmasını bile zorunlu kılmaktadır. Bu noktada gerçek dünya ile sanal dünya arasındaki sınırlara dikkat edilmeli, sanal dünyanın fantezi niteliğine hanel getirecek düzenlemelerden ve pratik hukuki çözümlerden kaçınılmalıdır.<sup>27</sup>

25 Çin Mahkemeleri önünde görülen diğer uyuşmazlıklar ve Uzak Doğu ülkelerinin konuya yaklaşımları hakkında bilgi için bkz. *Fairfield, Virtual Property, sf:1085-1089; Erlank, a.g.m. sf:13.*

26 *Bkz. Erlank, a.g.m. sf:13.*

27 *Kısmen aynı yönde Bartle, Virtual Worldliness, sf: 19-44.*



## Bentham ve Kodifiyeciler

Charles Noble Gregory\*

Çeviri: Sevda Gültekin GÖKTOLGA\*

Kolonilerin temsilcileri tarafından, Fransız düşüncesinin bir havarisi tarafından kaleme alınan Bağımsızlık Bildirgemizin kabul edildiği yıl, Londra’da “Yönetim Üzerine Bir Fragman” başlığıyla ya da bilinen adıyla “Şerhler Üzerine Bir Yorum” adlı anonim bir risale yayımlandı. Bu risale aşırı derecede ilgi gördü ve Lord Mansfield, Lord Camden veya Bay Duning ve sonrasında Lord Ashburton gibi o dönemin güzide hukukçu ve devlet adamlarına atfedildi. Risalenin gerçek yazarı varlıklı bir dava vekilinin oğlu olan ve kendisi de bir avukat olan Jeremy Bentham’dı ve bu risale Bentham için bürokratik ya da maddi bir ilerlemenin değil, büyük bir şöhretin ve büyük bir etkinin başlangıcıydı.

Söz konusu risale, mesleki geleneğin bağımsızlığının duyurusu niteliğindedi ve Oxford’da hevesli derleyicileri tarafından lisans öğrencilerine ders olarak anlatıldığı dönemde genç Jeremy Bentham tarafından isyankâr bir kalple dinlenen Blackstone Yorumları üzerine ciddi bir eleştiri şeklini aldı. Bu ünlü broşürden sık sık “modern İngiliz hukuk eleştirisi ve reformu”nun başlangıcı olarak bahsedilir. Bu genişlikte konuların bir başlangıcı ve bir sonu tabii ki yoktur ve bu radikal ifade, en sarsıcısı Fransız Devrimi, en çok desteklenen ve başarılı olanı ise Amerikan Devrimi olan dünya çapında bir harekete dâhil olan çok sayıda fenomen

sadece bir tanesidir. Bentham İngiliz ekolü yazarlarından çok Fransız Ansiklopedistlere yakın olarak addedilmiştir ve 1792’deki Brissot önergesiyle Ulusal Meclis tarafından kendisine verilen Fransız vatandaşlığını kabul etmiştir.

Bentham’ın küçük kitabı, her zaman çok kuvvetli İngiliz Barosu’nu işaret eden ve Bentham’ın “bir avukatın insanların hukuki ihtilafın dışında kalmalarını dilemesi, bir hekimin insanların sıhhatte olmalarını dilemesi gibi imkânsız bir şeydir” demek suretiyle en düşük bireysel-çıkar biçimlerini açıktan açığa izafe ettiği muhafazakâr ruha muhalif olarak liberalizm içerisinde yaşayan bir güç olarak algılandı ve böylece süregitti.<sup>1</sup>

Bentham’ın Sir J. Bowring tarafından derlenen ve 1838’de Edinburgh’ta yayımlanan toplu eserlerinin Önsöz’ünde “Bentham’ı hayatının geri kalanını meşgul edecek sorgulamalara iten ilk dürtütün verildiği durumun, hukuk öğrenciliği yıllarında uluslararası sahada en fazla tartışılan konu olan Büyük Britanya ve kolonileri arasındaki anlaşmazlık” olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu memleketteki bizler, filozof ile kolonilerin isyanı arasında belirgin bir ilişki olduğunu görür ve bu yeni öğretinin sonuçlarını özel bir dikkatle takip ederiz.

\* Charles Noble Gregory, A.M., L.L.B.’nin *Harvard Law Review Vol.XIII., No.5 (1900)’te* yayımlanan “*Bentham and The Codifiers*” adlı makalesinin tercümesidir.

\*\* İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD Doktora öğrencisi

1 J. S. Mill daha insafli bir ayrımla bu muhafazakârlığı şu şekilde nitelendirmiştir: “en azından kısmen, sadece bir dizi emniyete aşına olan bir zihin son derece zorlukla toplumun muhtemelen bir diğeriyle beraber oluştuğunu tasavvur ederek duyumsar”.

Bentham, bazı tereddütlerinin ardından Hume'nin eserlerinde doğruluğundan şüphe edilemeyecek temel bir ilkeyi, mümkün olan en çok sayıda insanın mümkün olan en fazla mutluluğunu desteklemekteki eğilimlerine bakmak suretiyle ahlaki kuralların ve yasal mevzuatın çözümlemesi olan fayda ilkesini keşfetti. Bu tahlile bağlı kaldı ve bu tahlili büyük bir cüretkârlıkla hatta çoğu zaman söylediği gibi tuhaflıkla töre, hukuk ve yönetimin bütün alanlarına 1832 yılında ölümüne kadar seksen dört yıllık uzun ömründe uyguladı.

Lord Loughborough ilkenin tehlikeli olduğunu açıkladı. Ancak bunu yazılı olarak ilk defa belirtmesinden kırk altı yıl sonra Bentham, Loughborough'un ifadesinin akıllıca ve tamamıyla doğru olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu ilkeler doğrultusunda oluşturulacak olan bir yönetimde Lordluğ; “yıllık 15.000 pound gelirli bir başsavcılık, soyluluk unvanıyla birlikte, bütün hukuk kuralları üzerinde veto hakkına sahip olmasını sağlayan, maiyetinde beş yüz memur çalıştıran ve yıllık kazancı 25.000 pound olan bir şansölye olamayacak”tı.

Bentham tamamen eleştirel değil aynı zamanda yapıcıydı da. Kendisini mevcut ilkelerle sınırlamadı, kısa zamanda yalnız kendi ülkesi için değil; dilleri, gelenekleri, ihtiyaçları, tarihi ve hisleri hakkında bir şey bilsin ya da bilmesin bütün ülkeler için de bu ilkelerle uyumlu bir biçimde inceden inceye formüle edilmiş hukuk ve usul kodları sağlamaya çalıştı. Hukukun tıpkı konserve sığır rostosu gibi bozulmadan ihraç edilmeye yatkın olduğunu ve her iklimde tüketime uygun olduğunu düşündü. “Yasaların, çıkarıldıkları ülkelerin azgın ve spontane ürünleri olması gerekmez”; “önyargı ve en keskin gelenek güler yüzlü olmalı, ancak bunların yegâne karar vericiler ve kılavuzlar olmaları gerekmez” diye

yazdı. Kendilerini otoritenin prangalarından kurtarmış olan yasa koyucular önyargı pususunun üzerine çıkmayı öğrenmiş, aynı zamanda da bir ülke için veya diğer bir ülke için nasıl yasa yapılacağını öğrenmişlerdir”- namlarına çalıştıkları insanların şartlarına yönelik veriye gereksinim duyduklarını kabul etmesine rağmen.

Montesquieu “bir milletin yasalarının diğer bir milletin ihtiyaçlarına uymasının her zaman için imkânsız olduğunu” söylemek suretiyle muhalif inancını ifade etmiştir; ancak Bentham “yabancıların yasaları tasarlamakta daha önyargısız olmaları nedeniyle daha tercih edilir olduklarını” ileri sürmüştür.

Bentham'ın uzun süre emek verdiği ve büyük oranda uzlaştığı bu tür evrensel felsefi kodifikasyon hakkında Hon. Lord McLaren daha sonraları çok haklı olarak şöyle demiştir: “Bu kod tipi daha fazla dikkate alınmamalıdır. Makul ve iyi bir yasal sistem çerçevesinde gelişmiş olan hiçbir devlet kendi öz kurumlarını yıkıp, felsefeciler tarafından tasarlanan bir sistemi kabul etmeye yanaşmaz” demiştir. Ve eklemiştir: “felsefi bir kod, tıpkı yeni bir Anayasa gibi, yazılması için harcanmış olan zaman içerisinde yazılmış olabilir: steno ve daktilo makineleri döneminde bu zaman önemsenmemelidir”.<sup>2</sup>

Konuyu sona erdirirken şu vurgulanabilir ki, seçkin hukukçular tarafından mevcut anayasaların karşılaştırmalı olarak ele alınmasının ardından hazırlanmış olan yeni bir Anayasanın yöneltilen itirazları paylaşması zor görünmektedir. Böyle bir Anayasa taslağı Montana'nın eyalet olması hasebiyle Henry Villard'ın ricasıyla aralarında Harvard Hukuk Fakültesinden Profesör Thayer ve New York'tan Sayın Beeman'ın da bulunduğu seçkin hukukçu bilim adamları ve uygulayıcıları tarafından

2 *Juridical Review*, I-3.

hazırlanmıştı; ancak hükümlerinin küçük bir kısmı uygulamaya geçirildi.

Bentham, ya da kendisinin kullanmayı sevdiği adıyla “Hermit (Münzevi)”, Westminster’deki Queen’s Square Place’teki inzivasında dünyadaki politikaları seyrederek otururken, hukukta bir değişikliğin olası veya mümkün olduğu durumlarda posta veya basın yoluyla kral veya yetkililere seslenmekten ve tartışılan bir konu hakkında tavsiyede bulunmak veya bütün bir kodu hazırlamaktan imtina etmedi. Dolayısıyla, bütün Rusya’nın imparatoru olan I. Alexander’a, İspanya halkına, Pennsylvania yöneticisi Simon Snyder’e, Fransız hemşerilerine, “sonradan Amerika Birleşik Devletleri Kongresi’nin başkanı olacak olan James Madison’a”, Mehemet Ali’ye, Albert Gallatin’e, Polonya Prensi Adam Czartoriski’ye ve sirküler bir iletişim içerisinde “Amerika Birleşik Devletleri’nin saygıdeğer yöneticilerine” ve bir dizi mektupta da “Amerika Birleşik Devletleri’nin vatandaşları”na seslendi. Hatta bizim sadece Amerika Birleşik Devletlerinden ibaret olmadığımız ve “Anglo- Amerikan Birleşik Devletler” isminin de dolambaçlı bir söz olmasından dolayı ülkemizi “Washingtonya” olarak yeniden adlandırmamız gerektiğini söyledi<sup>3</sup> ve bize “kapılarımızı bir musibete kapatır gibi common law’a kapatmamızı” tavsiye etti.<sup>4</sup>

Çoktan beri Sir Henry Maine insanoğlunun ilk düşüncelerinin kadim hukukta yansıtıldığını ve yasaların incelenmesi neticesinde “insanoğlunun bir formaliteler ve seremoniler çağından basitlik ve simetrik gelişim çağına doğru sürekli ilerlemesi”nin gözlenebileceğini öğretmekteydi. Bentham’ın felsefesinde insan bedenleri kadar insan yasaları ve töresinin gelişiminin “sürekli ilerlemenin” sonucu

olduğu faktörü hayal edilmiyordu ve bu onun temel hatası gibi görünmektedir.

Hak ve adaleti, tıpkı mineral kristalleri gibi bütün insanlar ve bütün zamanlar için değişmez biçime sahip soyutlamalar olarak algılamış ve yasaların buna uygun olarak şekillendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Böyle olduğu halde, diğer milletlerin hukukunun tadil edilmesi yönündeki önerileri, daha çok eğlenceli bir şekilde, kendi ülkesinin hukukunda yer alan eksikliklere karşı bir saldırı ve karşı kampanyaydı.

Oldukça yakın bir dönemde tamamlanmış olan ve Bentham’ın, mevzuatına ısrarla hükmetmek istediği başka bir milletin devlet işleyişi üzerindeki etkisi üzerine yazılmış en öğretici araştırma, milletlere kanun koyucu olmak çabası içerisinde olan bilge kişilerin hepsinin olmasa bile büyük çoğunluğunun kaderine ışık tutuyor gibi görünmektedir. 1894’te İspanyol Ahlak ve Siyaset Bilimi Kraliyet Akademisine kabul edildiğinde Don Luis Silvela tarafından sunulan “Bentham’ın İspanya’daki Avukatlar ve Siyasetçiler Üzerindeki Etkisi”adlı kapsamlı söylevde Don Luis Cortes kayıtlarının ve kendi ülkesinin tarihinin incelenmesi neticesinde, Londra Münzevisinin hemen hemen hiçbir etkisinin olmadığını ortaya koymuştur. Bentham’ın kendisinden tavsiye istemek üzere gönderilen bir mektuba karşılık İspanyol halkına gönderdiği mektupların Cortes Başkanı Conde de Toreno tarafından korunduğuna hatta bu mektupların İspanyolcaya çevrildiğine ilişkin bilgiye ulaşamamıştır. Filozofun, Kastilyalıya niyetleri hakkında nezaketsiz fikirleri ile hitap etmiş olduğu ve kendisinin de karşılığında medeni bir biçimde ama soğuk bir tavırla cevaplandırıldığı ve nihayetinde de görmezden gelindiği anlaşılmaktadır.

3 Cilt 8, s.569.

4 Cilt 3, s.304.

İspanyol yönetiminde tasarlanan Üst Meclis hakkındaki müzakeresinin İngiliz Lordlar Kamarası hakkındaki görüşlerinin tekrarından ibaret olduğu ve İspanyol kurumları veya algılayış tarzı üzerinde herhangi bir inceleme veya bilgiye dayanmadan yazılmış olduğu görülmektedir. Bentham daha sonra bu mektuplarını İngiltere’de yayımlamıştır ve Madrid’e mektupları Señor Silvela’nın çok iyi tespit ettiği gibi “dönüş postası”na aittir ve kendi ülkesindeki soylular meclisi ile olan kavgasının bir parçası gibidir.<sup>5</sup>

Portekiz’de Cortes, Bentham’ın çalışmalarına bir karşılık olarak bu çalışmaların devlet tarafından tercüme edilmesini önerdi ve mektubu yasama meclislerinde yüksek sesle okundu. Tasarlanan Anayasa Bentham’ın belirttiği hatalardan arındırılarak uygulandı ve nerdeyse bir anda çöktü.

Ancak, düsturlarının uygulanmadığı dönemlerde Bentham’ın düşüncelerinin ya da düşüncelerinin büyük bir kısmının doğru ifade edecek olursak özümlendiği açıktır. Rahatça söylenebilir ki, bu yüzyılda Bentham’ın önceden belirtip savunduğu görüşlerden etkilenmeyen önemli bir yasal reform hemen hiç yok gibidir.

Bu nedenle “Adli Tanıklığın Mantıksal Temeli”ne beş büyük cilt hasretti ve diğer birçok konu gibi çıkarın tanıklığın kabul edilebilirliğini değil, güvenilirliğini etkileyeceğini ileri sürmek yoluyla çıkar saikiyle tanıklığın kabul edilmemesine ciddi biçimde karşı çıktı. Bu görüş temel olarak hem İngiltere hem de Amerika Birleşik Devletleri hukukunda etkili oldu ve uygulandı; İngiltere’de hırsızlıkla suçlanan birisinin kendi hesabına tanıklık etmesine

izin veren ve İngiliz Yargıçlar Kurulu ve Barosu’nu ikiye bölen ve telaşlandıran bize çok aşına olan yakınlarda çıkarılan meşhur yasa, aslında Bentham’ın düşüncelerinin genişletilmesinden ibarettir.

Dini inançlardan dolayı tanıklığın reddedilmesine muhalif görüş bildirdi ve çekişme o kadar başarılı oldu ki Eyaletlerimizin çoğunluğu (benim eyaletim olan Wisconsin de dâhil) temel bir yasa olarak şunu koydu: “hiç kimse din konusundaki görüşleri nedeniyle herhangi bir hukuk mahkemesinde tanıklık etmek veya taraf-sızlıkta ehliyetsiz sayılamaz”.

Taşınmazların tescil edilmesini savunmuştur ki bu şimdi yaygın olan bir uygulamadır. Tefeciliği yasaklayan yasalara savaş açtı ve İngiltere bu yasayı ilga etti ve bu ülkemizde de büyük oranda yumuşatıldı. Daha önce hırsızlıktan hüküm giymiş insanların tanıklığının kabul edilmesini savundu ki bugün hem İngiltere’de hem de Amerika Birleşik Devletlerinde tanıklıkları kabul edilmektedir. “Ölüm cezası”na şiddetle karşı çıktı parasal olarak cezalandırılan suçların sayısı bütün medeni dünyada muazzam oranda azaldı ve özellikle de Bentham’ın yakın arkadaşı ve havarisi olan Sir Samuel Romilly tarafından teklif edilen reformlar vasıtasıyla İngiltere’de, bizim ülkemizde de en az dört Eyaletimizde ölüm cezası tamamıyla kaldırılmıştır (benim eyaletim olan Wisconsin’de kırk altı yıldır bilinmez olmuştur ve adalete zararı dokunmamıştır). Hollanda, Portekiz ve İtalya’da olduğu gibi Kara Avrupası milletlerinin çoğunda ölüm cezası tamamen kaldırılmış, Belçika, Bavyera, İsveç, Danimarka gibi ülkelerde de hemen hemen hiç verilmemek

5 Bkz. Courtney Kenney’in “Bentham’s Spanish Influence” adlı eserinin İspanyolca baskısı, II, L.Q.R. s. 48. Ne var ki İspanya’da vatansever bir dernek olan “Anayasa Dostları”nın Bentham’ı 1820’de onursal üye kabul ettiği ve İçişleri Bakanı Don Augustin Arguelles’in Bentham’dan jüri tarafından muhakeme olunma konusunda fikrini sorduğunu ve aynı yıl Cortes’in hapisane komitesinin Bentham’ın bu panoptik görüşü lehinde görüş bildirdiği ve en az iki milletvekilinin İspanyol yasalarının şekillenmesinde kendisinden yardım istediği gözden kaçırılmamalıdır.

suretiyle kaldırılmış gibidir ve büyük Rusya İmparatorluğunda bazı büyük siyasal suçlar dışında kaldırılmıştır.

Eğitimin devlet tarafından verilen ve gerekli görülen bir hizmet olması gerektiğini savundu ve bu görev bizim birçok Eyaletimiz tarafından üstlenilmiştir ve İngiltere’de de günden güne kabul görmektedir.

Malvarlığının vasiyet yoluyla miras bırakılabilmesini savundu ve bizim yasalarımız bu konuda çok büyük serbestlikler sağlamaktadır ve İngiltere’nin yasaları da sürekli aynı eğilim içerisindedir. Uzun süredir ülkemizde ve birkaç yıldır İngiltere’de kullanılan oy pusulasıyla oy kullanılmasını savundu. Bizim şu anda sahip olduğumuz Cumhuriyet Savcılığı sistemini önerdi. Burton, önce Bentham tarafından savunulan ve ardından yasa koyucu tarafından gerçekleştirilen reformlara ilişkin uzun bir liste hazırladı ve bu liste şimdi daha da genişletilebilir ve eminim ki bundan on sene sonra hala genişletilebilir olacaktır.

Aslında, engin bilgi sahibi olanlar da dâhil insanların çoğu Bentham’a karşı çıktıklarında daima haksızdılar ve zaman onun ilkelerini o kadar haklı çıkardı ki, çoğunlukla yalnızca ataletin bir sonucu olan kanaatlerimizden onun öğretileriyle tezatlak arzettiğinde rahatlıkla şüphe edebiliriz.

Sir J. Fitz J. Stephen, Ceza Hukuku tarihi kitabında Bentham’ın yazılarını “kendi ülkesinin ve diğer birçok ülkenin mevzuatında sadece Adam Smith ve haleflerinin ticaret üzerindeki etkileriyle mukayese edilebilecek derecede pratik etkileri vardır” diye sonuçlandırmıştır.

Bentham, kendisinin de baskısıyla gerçekleşen bütün hukuki düzenlemelerin ötesinde, açık ve basit olarak kendisinin savunduğu fayda ilkesi çerçevesinde şekillenmiş kapsamlı ve tekml etmiş bir yasalar

düsturunu şiddetli bir biçimde talep etmiştir. “Arkadaşlarım ve dostlarım” diye hitap ettiği Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarına yönelik olarak 1817 yılında kaleme aldığı sirkülerinde şöyle demektedir: “Benim hizmetlerimi kabul edin.-yoğun çabalarının en uzun yolunun sonunda şu anda yetenekli bir avukatın bilmesi mümkün olan hukuktan daha fazlasını- ancak sınırlı bir ölçüde bir liberal eğitilmiş eğer isterse bilebilir - ve çaba sarfetmeden bilir-. Öteki hususlarda eğitimsiz olsa bile – eğer kendisi isterse ancak boş zamanlarında okuyarak- muhtemelen şu an avukatlar arasında en çok hukuk bilenden daha fazlasını bilebilir”. Fakat bununla birlikte ya da kendisinin ima ettiği kadarıyla direnen büyük umutları yüzünden New Hampshire Eyaleti Valisi Plumer, Pennsylvania Eyaleti Valisi Snyder, Virginia Eyaleti Valisi Nicolas ve Başkan Madison ile olan istişareleri sonuçsuz kalmış ve ihtişamlı istekleri yönelttiği kişilerce medenice ifade edilen teessüfle sonuçlanmıştır.

Romilly, Bentham’ı en grand seigneur olarak yaşadığı Ford Abbey’de ziyaret ettiğinde Bentham’ın 30 yıl önce olduğu gibi gününün altı saatini yasalar, mevzuat ve düstur oluşturmakla geçirip gününün geri kalanını okuma ve egzersizle ya da Bentham’ın kendi ifadesiyle “kendisini kodifikasyon görevi için hazırlamak üzere kahvaltı öncesi ve yemek sonrası yürüyüşlerle” geçiriyor olarak buldu. Bentham son günlerinde kendisini “yaşlı bir ejder gibi” kodifiye ettiğini yazdı.

Yine de, 1815 yılında Rus İmparatoruna, Napolyon Koduna ilişkin olarak büyük bir çağdaş düstura karşı duyduğu görülmemiş bir aldırmaazlıkla “ne derece bir yetenekle yazılırsa yazılınsın, araştırmacılığın kullanıldığını kesinlikle görmediğini” yazacaktır.

Herhangi bir yasama faaliyetinde O’nun ustalığına rastlamak kendi ülkesin-

de veya herhangi bir başka ülkede belki de mümkün değildir.

Bentham'dan çok önce Pepys Günlüğünde şunları belirtmiştir: “Bay Prin benimle misafirler gelinceye kadar İngiltere'nin yasaları üzerine verimli bir sohbetle tutuştu; onlardaki temel hataları anlattı. Bu arada bir türün hepsini özetlemek üzere olduğu çok sayıda uzun tüzüğün açık olmaması ve eğer yaşarsa ve Parlamentolar oluşursa bunlar yürürlüğe konulmalı ve diğer tüzükler ilga edilmeli ve sonrasında bu yasayı bilmenin kestirmesi olacaktır dedi”. Bay Prin ve Jeremy Bentham'a rağmen hala yasayı bilmenin kısa yolunun yapıldığı söylenemez.

Leslie Stephen kardeşi Sir James hayattayken şunu belirtmiştir: “Bentham vaat edilmiş topraklara girmenin arifesinde ölmüş olmasına karşın, Parlamento reformuyla birlikte, hızlı ve kapsamlı değişimlerin yaşandığı bir dönem oluştu.” Üzerine Bentham'ın gölgesi düşmüş olan James Mill, India House'de öncü bir pozisyona sahipti ve ustasının ölümünden bir yıl sonra 1833'te şirketinin çalışma ruhsatının yenilenmesinin ardından açıklamaları yapılan değişikliklerin şekillenmesinde önemli rol oynadı. Kendi ifadeleriyle söyleyecek olursak, Genel Yönetim Konseyi grubun çalışmanı olmayan insanlar arasından seçilmelidir ve sadece yasaların şekillendirildiği toplantılara katılmalıdır. Macaulay o mevkii işgal eden ilk kişi oldu ve Hindistan Ceza Yasası taslağını hazırladı. Onun asistanlarından birisi olan Bay Cameron Bentham'ın esaslı hayranlarından birisi idi. Yasa Sir Barnes Peacock tarafından gözden geçirildiği 1860 yılına kadar Meclisten geçmemişti. Bu yasa Benthamcılar için bir zaferdi ve yirmi bir yıllık uygulanmanın ardından en büyük övgüsünü Ceza Hukuku adlı eserinde Stephen'den aldı.

Bu daha sonraki bütün Hindistan kodları için bir model teşkil etti. Yürürlüğüne

başlandığı tarihten itibaren kodifiye etmenin sistematik şemasının bir parçası idi. Ölümüne kadar cesur bir Benthamcı olan Sir J. Fitz J. Stephen 1869'da Hindistan Konseyi'nin yasal bir üyesi ve Sir Henry Maine'nin halefi oldu. Kendisini detaylara ilişkin eleştirilere rağmen büyük ölçüde seçkin Hintli hukukçuların da övgüsüne mazhar olan, Hindistan için sözleşmeler, vasiyetnameler ve tanıklık gibi konularda yasalar tasarlamak veya gözden geçirmeye vakfederek 1872 yılına kadar bu görevde kaldı. İngiltere'ye dönüşünde hükümet tarafından bir delil yasası taslağı hazırlamak üzere görevlendirildi, taslağı Şubat 1873'te tamamladı, ancak Mart'ta hükümet düştü ve dolayısıyla da taslak Meclisten geçmedi. Ancak O, Hindistan Kodu hakkındaki düşüncelerini ve metodlarını İngiltere'de kodifiye etmek amacıyla birçok İngiliz yetkilinin dikkatini çekecek biçimde gayretli ajitasyonlara dönüştürdü. Sir W. H. Rattigan'ın da belirttiği gibi günümüzde Hindistan kendi Ceza Yasasına, bir sözleşme yasasına, kambiyo yasasına, zamanaşımı yasasına, sicil yasasına, delil yasasına, irtifa hakkı yasasına ve diğerlerine sahiptir ve hala ilerideki kodifikasyonlar için taslaklar hazırlanmaktadır.

M.F.E. Montague, Anglo-Hint Kodunun Bentham'a borçlu olduğuna işaret etmiş ve bunun en az Justinian'ın Roma Hukuku adaptasyonunun Batı'da oynamış olduğu rol kadar İngiliz İmparatorluğu devam ettiği sürece Doğulu ırkları güçlü bir biçimde kontrol ederek ve tıpkı Roma Hukuku gibi kendisini düzenleyen otoritenin zayıflaması ve yıkılmasına rağmen varlığını devam ettirmesi gibi Doğu'da rol oynayabileceğini ileri sürmüştür.

Anglo-Hint Hukukunun da Doğuda rol oynadığını belirtmiştir. Hindistan yasalarının İngiliz yasaması üzerinde hem model olmak suretiyle hem de Stephen gibi Hindistan'daki kodifikasyondan İngiltere'de

yasamayı şekillendirmek üzere dönmüş olan güzide İngilizler vasıtasıyla ciddi etkileri olmuştur. Hiç kimse bugün Büyük Britanya'nın büyük kısmının 1882 Kambiyoyu Yasası ve belki de Judicature Act gibi şimdi ki neslin de kabul ettiği, bir komisyon veya güzide hukukçular tarafından hazırlanmış olan ve belirli konulardaki yasaları çıkarmak, izah etmek, tanımlamak ve onları modernize etmek üzere özenle tertip edilmiş olan parlamenter yasalarla yürütüldüğünü keşfetmeksizin, modern İngiliz mahkemelerinin zabıtlarını okuyamaz.

David Dudley Field New York yasama meclisinde kodifikasyon hakkındaki görüşlerini anlatırken Sir J. Fitz James Stephen'in Hindistan yasaları hakkındaki aşığıdaki pasajlarını aktarma şansı bulmuştur:

“Doğal olarak bu kodifikasyon sürecinin nasıl başarılı olduğunu soracaksınız? Bu soruya şu cevabı verebilirim ki bu süreç kimsenin tahmin edemediği derecede başarılı olmuştur ve bu gerçekliğin kanıtları benim zihnimde oldukça katidir. Bunlardan birincisini konunun tamamının üniversitelerdeki yerli ve İngiliz öğrencilerce çalışılmadığındaki açgözlülüktür.

“Hindistan'da karşılaştığımız bütün sivilin Ceza Hukuku ve Usul Hukuku hakkındaki bilgileri bir İngiliz hukukçusu için oldukça şaşırıdır. İngiltere'de Ceza Hukuku hakkında cüzi, belirsiz ve tahmini, kitaplıkta doğru kitabı bulmalarına yarayacak kadar bilgiye ancak sahip olan insanlar, Ceza Yasasını ezberden bilirler ve hükümlerinin en ince detayları hakkında büyük bir ilgiyle konuşurlar. Üniversitelerdeki yerli öğrenciler için hukuk derslerinin en beğenilen dersler olduğu ve yasaları kodifiye etmenin bir eğitim aracı olarak etkisinin çok zor abartılabileceği konusunda tarafıma defalarca bilgi verilmiştir. Yerel gazetelerde Delil yasası hakkında detaylı eleştiriler okumuşumdur mesela, yazarının

en az ilgi alanındaki diğer edebi konuları çalıştığı kadar bu yasa üzerinde de çalıştığına anlaşıldığı gibi... Bir keresinde askeri bir görevliyle sabikalılara ilişkin düzenlemeler üzerine istişare etme fırsatım oldu. Bu hayatı at sırtında geçen ve bir oyun oynuyormuşçasına haydut ve silahlı eşkıyaları avlamakla geçmiş bir insandı. Benim yapmış olduğum bir açıklama üzerine cebinden bir not defteri gibi kaplanmış olan küçük bir Ceza Usul yasası çıkardı, üzerinde konuşuyor olduğumuz konuya ilişkin bölümü açtı ve kusursuz bir kesinlikle işleyiş yolunu işaret etti. Yerel polislerin Polis Yasasının kendileri ile ilgili bölümlerini ezberden biliyor olması, Kalküta'nın tuhaf yanlarından birisidir. Çavuş, yasayı cümle cümle bağırarak okur ve mangası yasayı ezberden bilinceye kadar itaatkâr bir biçimde tekrar eder. İngilizce konuşan insanların, hukukun gerçekten dünyadaki en ilginç ve en eğitici çalışmalarından biri olduğunu bilmelerini engelleyen tek şey İngiliz hukukçuların hukuku ciddi biçimde öğrenç olarak tanımlanacak bir şekle sokmuş olmalarıdır.”

Prusya'nın 1751'de Büyük Frederick'in hükümlerine döneminde yürürlüğe koyduğu “Code Frederick” ya da “Landrecht” yaygın bir biçimde Avrupa'daki modern yasaların ilki olarak sınıflandırılmıştır. Bu yasanın temel amaçları arasında Büyük Frederick'in henüz genişlemiş olan krallığının birbirleriyle uyum sağlayamamış olan halkını ortak hukukla birleştirmek amacı vardı ve (askeri bir despot için uygun bir amaç olan) Giriş bölümünde azarladığı avukatların gücünü yok etmek amacı vardı. Bu tabi ki Bentham'ın çabalarından önceki bir tarihteydi.

Bir diğeri büyük İmparatorun hükümlerine döneminde 1804 ve 1810 yılları arasında yürürlüğe konulan ve Voltaire'nin acı bir gerçeklikle bir seyyahın atları değiştirdiği sıklıkta yasaları da değiştirmesi

gerekir dediği memleket olan Fransa'nın "droit écrit et droit coutume" şeklindeki aşırı karmaşıklığı ile tebdil edilmek üzere tasarlanmış olan "Code Napolyon" ya da Cumhuriyet döneminde söylenen adıyla "Code Civil"dir.

Savigny bitirilmesindeki bilgisizlik ve acelecilikten şikâyet ederken, Austin Savigny'nin yaklaşımını benimser ve tanımlamadaki hatalarına işaret eder, ancak yasa Saray düştükten çok daha sonralara kadar Fransa'ya egemen olmayı sürdürür ve fetih veya fethin muadili bir yapılanma suretiyle empoze edilerek İtalya, Hollanda, Belçika, Ren Eyaletleri; Polonya ve İsviçre gibi bazı ülkelerde uygulanmış ve muhafaza edilmiş, Yunanistan gibi diğer birçok ülke için de örnek teşkil etmiştir. Napolyon'un "elimdeki yasam ile gelecek nesillere erişeceğim" şeklindeki böbürlenmesi haklı çıkmıştır.

Bentham Rusya İmparatoruna yazdığı bir mektupta, bu yasanın girişinde kendisinden alıntı yapılan ve hâlihazırda yaşayan tek insanın kendisi olduğunu ve isminin ve doktrinini Fransa'da bu büyük çalışma tamamlanmadan çok daha önce bildiğini ve güçlü olduğunu büyük bir gururla belirtmiştir.

Tokyo Üniversitesi hukuk profesörlerinden olan merhum M. Appert ilk Japon yasasının Fransız "Medeni Yasa"sından esinlenerek şekillenmesinin, bu Fransız Yasasının Napolyon'un etkileyici ismiyle ilişkili olmasından kaynaklandığını belirtmektedir.

Orada daha sonra yapılan kodifikasyonlar Alman İmparatorluğunun yasa taslağı olarak görülmüş ve İngiliz bir dava vekili tarafından bir medeni usul yasası hazırlanmıştır.

Avusturya ve İspanya uzun bir süredir medeni hukuk çerçevesinde şekillenmiş olan yasalara sahiptir, ancak Savigny'nin

büyük ismi ve otoritesi olan Sir W. H. Rattigan'ın belirtmiş olduğu gibi; kodifikasyon Almanya'da yakın zamanlara kadar aksamış ve Alman İmparatorluğunda uzun yıllar süren bir hazırlığın ardından yasa 1898'de yürürlüğe girmiştir.

Quebec'te 1865'ten beri bir "Medeni Yasa" mevcuttu ve Kanada 1892'de bir ceza yasası çıkardı. Bu, bu makalenin sınırlarını aşan geniş bir yasalar listesi olarak algılanmamalı, kodifikasyon ilkesinin geniş çapta kabul gördüğünün ve bu kabul görmenin hızla arttığına iması olarak algılanmalıdır.

Bentham bu ülkede de yandaşsız değildi; Edward Livingstone, çok güçlü eserleri olan ve aynı zamanda ilk müdavimlerinden birisiydi. Washington'un açılış töreni yeminini yöneten Şansölye Livingstone'nin küçük kardeşi idi. Kendisi de altı yıl boyunca Ulusal Temsilciler Meclisinde New York Temsilcisi olarak yer aldı ve daha sonra New York Belediye Başkanlığı ve Birleşik Devletler Bölge Savcılığı görevlerini eşzamanlı olarak yürüttü. Çok güvendiği bir kâtibin sebep olduğu yüklü bir borçta Eyalet Bölge Savcısı olarak kendi hesabına düşen payı ödemiş olmasından dolayı ilk iş olarak bütün görevlerinden istifa etti. Ve kaybettiği varlığını tekrar ele geçirmeye çabalamak amacıyla Louisiana'ya yeni katılmış olan bölgeye taşındı ve orada hemen New Orleans Barosu'nun liderliğini ele aldı. Kongre'de iken, çalışmalarının bir kısmının Dumont tarafından hazırlanan Fransızca redaksiyonları dolayısıyla Bentham'ın etkisine henüz girmiş iken federal suçlar için ölüm cezasının kaldırılması için uğraştı ancak sonuç alamadı. Louisiana yasalarını, bu bölgenin tasarrufunun farklı güçlerde olmasının bir sonucu olarak, önce Fransız Hukuku ardından da İngiliz common law'ı üzerine kurulan bir İspanyol hukukundan müteşekkil meşum bir karmaşa olarak görmekteydi. İlk olarak,



yasama organı tarafından yasalaştırılan bir usul yasası layihası hazırladı ve daha sonra Eyalet için bir Medeni Yasa taslağı hazırlamakla görevlendirilen komisyonda başkan oldu. Bu da önemli değişiklik yapılmaksızın yasalaştı ve yürürlüğe girdi.

Şubat 1821’de Louisiana Genel Meclisinde Eyaletin ceza yasalarını yeniden düzenlemek üzere oybirliği ile seçildi. 57 yaşındaydı ve İngiliz, Roma, Fransız ve İspanyol Hukukunu iyi biliyordu. Öncelikle her Eyaletteki yöneticilere ve seçkin kişilere, yabancı başlıca Bakanlara, yabancı ülkelerdeki birçok yayıncıya pratik bilgi vermeleri isteğiyle mektuplar yazdı. Üç yıllık emeğin ardından, baskıya verecek bir nihai taslağı tamamlayabildi, ancak bu taslak New York’taki evinde aynı gece kazara yandı. Bu yangında Bentham’ın çalışmalarının nüshaları da yandı ve New York’taki hiçbir kitapçı veya kütüphanede bu çalışmaları bulamadı. İlk iş olarak Philadelphia’daki arkadaşı Du Ponceau’ya bu kitapları kendisi için “satın alması, ödünç alması veya birilerinden rica etmesi” için mektup yazdı. Du Ponceau’nun kitapları temin ettiği ve katlandığı bu zahmetten dolayı kendisine teşekkür edildiği anlaşılmaktadır. Altmış yaşında işe baştan başladı ve iki yıl sonra bu işi bitirdi. Bu süre içerisinde Güneydeki ikametgâhını ciddi biçimde terketti ve yaşamına bu taslağın büyük bir bölümünün hazırlandığı yer olan New York’ta devam etti. Bay Livingstone Louisisana’yı 1822 yılından başlamak suretiyle üç dönem Kongre’nin alt kanadında ve iki yıl da Senato’da temsil etti. Bu süre içerisinde Bentham’la haberleşti ve çalışmalarını birbirleri ile paylaştılar. Birleşik Devletler Dışişleri Bakanı ve Fransa orta elçisi olarak görev yapmak üzere Senato’dan ayrıldı.

Livingstone’nin uzun yokluğu sırasında konudan soğuyan Louisiana onun hazırladığı Ceza Yasasını hiçbir zaman

uygulamadı, ancak yasa hem bizim ülkemizde hem de Avrupa’da yayımlandı ve bir gazeteci olarak yazarının ününü doruklara çıkardı. Temelde Fransız Yasasına dayanan yasada baştan başa Bentham’ın doğrudan etkisi görülüyordu. Bundan uzun bir süre sonra Bentham’a şöyle yazmıştır: “Hâlihazırdaki Ceza Yasamızın eksikliklerinden oldukça etkilenmiş olsa bile, sizin çalışmalarınızın yakından tetkiki benim fikirlerime bir metot sağlamıştır ve yasamayla bütün birimlerine uygulanabilecek belirli ilkelerce düzenlenen bir bilim dalı olarak algılamayı bana öğretmiştir.” Yasa dünya çapında sevinçle karşılanmıştır. Başkan Jefferson’dan, Rusya İmparatorundan ve İsveç Kralından övgü mektupları almıştır. Victor Hugo, “Bu çağın insanlık için en iyiyi isteyen adamları arasında yer alacaksınız” diye yazmıştır ve Kent çağın kanun koyucularından daha çok iş yaptığını söylemiştir. Hollanda Kralı kendisine bir altın madalyon göndermiş, Guatemala yönetimi de Reform Yasası ve Hapishane Disiplini adlı eserlerinin tercüme edilerek kelimesi kelimesine uygulanmasını hedeflemiştir. Bentham’ın Fransız elbiseleri içerisindeki çalışmaları İspanyol Amerika’da yoğun biçimde satıldı ve cumhuriyetlerinin kurucularının fikirlerinin şekillenmesinde önemli rol oynadı. Bu hükümetlerin istikrarsız kaderleri belki de egzotik reformların tehlikelerini tasvir etmektedir.

Livingston kodifikasyonunda netlik hakimdi ve hukukta acemi olan insanlar için hazırladıklarını okuyordu ve onların kavrama yetenekleri vasıtasıyla kompozisyonunun mükemmelliğini test ediyordu. Anlaşılmasının zor olduğunu düşündüğü bütün terimleri içeren bir tanımlar kitabı hazırladı. Bu tanım sistemine yakın bir şey daha sonra Hint ve İngiliz kodifikasyonlarında yer almıştır. O’nun usul yasasının zorluklarını bertaraf etmekteki başarısını göstermesiyle başka bir Eyaletten genç bir avukatın Louisiana usulünü öğrenmek

için ne kadar zaman gerekeceğini sorması birbiriyle bağıntılıdır. Kendisine ertesi gün saat dörtte akşam yemeği yeme sözü veren Livingston, cevap olarak kendisine o saate kadar Louisiana usulünü öğreteceği sözünü verdiğini ve buna da muvaffak olduğunu belirtmiştir. Livingstone, Ceza Yasasını federal yasa için gözden geçirdi ve 3 Mart 1831’de Senato’ya sundu. Yasa ilerideki görüşmelerde kullanılmak üzere basıma sunuldu; ancak Senato tekrar toplandığında o artık Senatör değildi ve yasa bir daha görüşülmedi. Bu arada Quebec’te ölen General Montgomery’nin dul eşi olan kız kardeşinin vasiyetiyle Hudson’da iyi bir terekeye varis oldu ve evini orda kurmaya başladı ve güçten hiç düşmemiş görüldüğünde ani bir hastalıktan 72 yaşında orada öldü.

Bu Louisiana Yasaları ile New York’ta başlayıp oradan yayılan ve önemli olan kodifikasyon hareketi arasındaki bağlantıyı izlemek en azından uygulama ve usul konularında aşikâr görünmesine karşın Eyaletlerin çoğu için kolay değildir. Bu hareketin arkasındaki temel ruh; “Bentham’dan sonraki en büyük kodifiyeci” olarak adlandırılan merhum David Dudley Field’di. Field’in kodifikasyon üzerine olan çok sayıda raporu ve de konuşması da dâhil çalışmalarının yayınlanmış üç cildinin indeksini inceledim ve ne Bentham, ne Livingston ne de Louisiana Yasası isimlerinin bu eserlere bir kere bile girmedğini gördüm.

Ancak, sayfaların kendilerinde Bay Field’in Bentham’ın Delil üzerine büyük yapıtına büyük bir övgüyle atıfta bulunduğunu ve Bentham’ın güzide müritlerinden olan Sir J. Fitz J. Stephen’den açıkça alıntılar yaptığını görmekteyim.

Konu üzerindeki bilgisi tartışılmaz olan J. Newton Fiero yakınlarda şöyle demiştir; “Açık, basit ve veciz bir usul talebi yönündeki hareket; yüzyılın başında Bentham’ın eleştirileriyle başlamış ve taslağını Edward

Livingston’ın hazırladığı Louisiana Muhakeme Usul Yasa’sının yürürlüğe girmesiyle ilk kez sonuçlanmıştır. Ve daha sonra 1846’da taslağı David Dudley Field tarafından hazırlanmış olan ve uygulanması yaklaşık otuz yıl devam eden New York Muhakeme Usul Yasası ile neticelenmiştir”.

Denilebilir ki Bay Field’in genel kodları Kaliforniya ve Dakota’da uygulanmıştır.

Kodifikasyonların arkalarına gizlenmesine rağmen yarı saklı oldukları tüzüklerin yeniden düzenlenmesi bugün bazı Eyaletlerimizde hemen hemen evrensel hale dönüşmüştür. Hâlihazırda federal tüzüklerimizi yeniden düzenleyen komisyon değişiklikleri rapor etmeye yetkilidir ve Livingstone yasaları bu komisyonun üyelerinden en az bir tanesinin dikkatine layık olmuştur. Geçtiğimiz Ağustosta bu ülkedeki ilk toplantısını gerçekleştirmiş olan Uluslararası Hukuk Örgütü, otoritesi ve yaptırımına yasa olarak başvurulabilecek olan ve insanoğlunun düzenlemelerinin en ele geçmez ve arı düzenlemesi olan Milletler Hukukunun kodifikasyonu arayışı içerisindedir.

Belki de Queen’s Square Place’nin münezzehi; büyük editörü ve müridi olan Mill’in “o hukuk felsefesine ulaştığında hukuk felsefesi bir kaostu ve o hukuk felsefesini bir bilim olarak devretti” şeklindeki takdirini tam anlamıyla hak etmiyordu. Hukuk felsefesi muhakkak ki hala tamamlanmış bir bilim değildir. Ancak Bentham’ın resmi kodları “insanlar ve milletler tarafından reddedilmiş ve vazgeçilmiş olsa” da bunlar olmadan İngiltere’de veya Birleşik Devletlerde veya Kıta Avrupası’nda veya Avrupa düşüncesinden en çok etkilenmiş olan büyük Asya imparatorluklarında hiç kimse kanun koymanın yönünü izleyemez. Saygısızlık etmeksizin ya da çatışmaksızın hala büyük faydacı ve kodifiyecinin ruhunun “gezmeye devam ettiği”ni söyleyebiliriz.

Ölümün kendisine yaklaştığını gördüğünde kendisine refakat eden arkadaşına

şunları söylemiştir: “Şu anda öldüğümü hissediyorum; dikkatimizi acıyı en aza indirmeye yöneltmeliyiz. Hizmetçilerin hiçbirisinin içeriye girmesine izin verme ve gençleri odadan uzak tut; bu durum onlar için keder verici olacaktır ve herhangi bir yararları olmayacaktır. Bununla birlikte yalnız da kalmamalıyım; sen yalnızca sen benimle birlikte kalacaksın ve böylece acıyı mümkün olan en düşük seviyeye indirmiş olacağız”. Bu onun son yasa hazırlamasıydı. Kendi direktifi doğrultusunda cesedi mumyalanmış ve artık halka gösterilmese de hala bulunduğu yer olan Londra Üniversite Koleji’ne gönderilmiştir. Hapishane reformu için hazırladığı planlarının Kralın kişisel olarak kendisini sevmemesinden dolayı yenilgiye uğradığına tamamiyle inanmıştı ve bunun bir sonucu olarak sadece belirli bir kısmı savaşçılardan biri tarafından basılmış olan “Jeremy Bentham ve Üçüncü George Arasındaki

Savaşın Tarihi” başlıklı bir eser hazırladı. Savaş sona erdi ve mezar hem egemeni hem de tabi olanı aynı şeyle suçladı; ancak Büyük Britanya ve daha geniş bir bölgede bilge kişinin saltanatı Kralın saltanatını sürdürmesini sağlıyor gibi görünmektedir ve Bentham’ın radikal fakat müşfik felsefesi geniş kapsamlı bir etki icra etmektedir.

Başkan Madison, bundan yaklaşık seksen üç yıl önce (1816) Birleşik Devletler için tamamlanmış bir kod hazırlama önerilerini geri çevirmek için Bentham’a yazmış ve mektubunda bu öneriler için şunları söylemiştir: “bu önerilerden, kendi en iyi biçimleriyle yararlanmasak bile, emeklerinizin meyvelerinin bizim nezdimizde zayi olmayacağı” olasılığını göz ardı etmiyorum”. Konunun bu yarım kalmış yeniden incelemesi şuna işaret etmektedir ki, “Onlar bizim veya dünyanın nezdinde kaybolmamıştır”.

# Postmodern Dönem ve Hukuk

Sevda Gültekin GÖKTOLGA\*  
Oğuzhan GÖKTOLGA\*

## 1. Giriş

Postmodernite hem dönemselsel hem de felsefi olarak moderniteden ve modern olanlardan tam bir kopuşu olmasa bile, bir kırılmayı bir farklılaşmayı ifade eder. “modern” ile birlikte gelişen bütün toplumsal yapı ve kurumların yanı sıra algılama biçimleri de değişmiştir ve değişmeye devam etmektedir. Hiç kuşku yok ki, hukuk da “toplumsal”ın bir parçası olarak bu değişimden etkilenmiş ve etkilenmeye de devam etmektedir. Dolayısıyla postmodernite-hukuk ilişkisini incelerken postmodern dönemde yaşanan toplumsal gelişmeleri ve felsefi düşüncelerde yaşanan gelişmeleri bir arada ele almak gerekmektedir. Başka bir ifadeyle postmodernite-hukuk ilişkisi hem pratik hem teorik boyutuyla ele alınmalıdır.

Bu çalışmada öncelikli olarak postmodernite tarihsel ve teorik arka planı ile kısaca özetlenmeye çalışılacak ve sonrasında da hukuk-postmodernite ilişkisi teorik ve pratik boyutta irdelenmeye çalışılacaktır.

## 2. Postmodernizm

Özellikle 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren sosyal bilimcilerce en sık kullanılan kavramlardan biri olmasına karşın, postmodernitenin kesin bir tanımını yapmak oldukça zordur. Bu zorluğun en önemli nedeni postmodernite kuramcılarının postmodernitenin muhtevası üzerinde anlaşamıyor olmalarının yanı sıra, postmodernitenin özü itibarıyla kendi öncülleri olan bir kuramsallaştırmadan çok, modern dönemin analizi ve eleştirisine da-

yanan çalışmalardan müteşekkil olmasıdır. Mesela felsefe açısından ele aldığımızda postmodernizm, Derrida'nın Batılı varoluş metafiziğine yaptığı eleştirilerden tutun, Foucault'nun söylev, bilgi ve iktidarın karmaşasına ilişkin görüşlerine, Lyotard'ın meşruiyet ve özgürlük meta anlatılarının geçerliliğini sorgulamasına kadar varan birbirinden farklılıkları benzerliklerinden daha çok olan yaklaşımları içerisinde barındıran bir terimdir (Hutcheon, 2001: 24).

Postmodernite, Aydınlanmayla başlayan ve modern olan, geleceği önceden doğru olarak saptayacağını varsayan bir düşüncenin eleştirisinden ortaya çıkmıştır (Akay, 2002: 96). Modernliğin temel özelliklerinden birisi olan rasyonalizasyon, dünyayı belki daha düzenli ve daha güvenilir kılmıştır ancak dünyayı daha anlamlı hale getirememiş (Turner, 1995: 7), rasyonalizasyonun artmasıyla birlikte adalet, eşitlik, özgürlük ve mutluluk bakımından ilerleme kaydedileceği iddiası gerçekleşmemiştir (Smart, 2000: 319). Modernizme karşı yapılan postmodernist eleştiriler modernitenin 8 iddiası üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu iddialar şunlardır: (1) istikrarlı ve birleşik bir benlik vardır (2) akıl bilgi için objektif, güvenilir ve evrensel bir temel sağlar (3) aklın doğru kullanımından elde edilecek bilgi “doğru” bilgi olacaktır (4) aklın, bireyin varlığından bağımsız aşkın ve evrensel özellikleri vardır (5) aklın doğru kullanımı otoriteyi ve özgürlüğü garanti edecektir (6) akıl, doğru bilgiyi iktidardan

\* Avukat, İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD Doktora Öğrencisi.

\*\* İnönü Üniversitesi İİBF Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Görevlisi, Dr

etkin bir biçimde ayırt edecektir; (7) bilim bütün doğru bilgiler için bir paradigmadır; (8) dil, gerçekliği temsilinde şeffaftır (Gibaldi, 2001: 7).

### 3. Postmodernite ve Hukuk

Postmodernite-hukuk ilişkisini değerlendirebilmek için modern dönemde hukukun özelliklerinin ana hatlarıyla bilinmesi gerekmektedir. Çünkü postmodern dönemde birçok alanda olduğu gibi hukuk alanında yaşanan değişiklikler de modern dönemdeki özelliklerle postmodern dönemdeki özelliklerin mukayese edilmesi yoluyla anlatılmaya ve anlaşılmaya çalışılmaktadır.

#### 3.1. Modern Dönemde Hukuk

Modernlik, tarihsel olarak geleneksel dönemden sonraki bir döneme tekabül etmektedir. Geleneksel dönemden modern döneme geçişin arka planında Batı'da farklı alanlarda yaşanan devrimler etkili olmuştur. Jeanniere moderniteye geçişi belirleyen dört devrim olduğunu belirtmektedir. Bu devrimler: bilimsel, siyasal, kültürel, teknik ve endüstriyel devrimlerdir (Jeanniere, 2000, 97). Jeanniere'e göre bilimsel devrimde Newton evrensel yerçekimi kanununu keşfederek iki dünya görüşü arasındaki kopuşu belirlemiş olması nedeniyle önemli bir rol oynamıştır. Bilimsel devrimle birlikte doğrudan Tanrı ve melekler tarafından yönetilen doğadan, kendini düzenleyen bir doğaya; Tanrısal istemleri yansıtan ve Tanrı'nın ihtişamını anlatan doğadan, doğanın yasalarının belirlemesinden başka bir şeyi dile getirmeyen bir gök mekaniğine geçilmiştir. Siyasal devrimde kopuş modern demokrasinin önce İngiltere, Amerika, ardından da Fransa'da belirliğiyle ilişkilidir. Buradaki yenilik, demokrasinin öbür yönetimler arasında yalnızca bir yönetim biçimi olmayı bırakıp devletin tek rasyonel biçimi haline gelişidir. Jeanniere'e göre kültürel devrim, düşüncenin laikleşmesi, her alanda tüm öl-

çütlerin rasyonelleşmesi olarak nitelendirildiği Aydınlanma'nın tecrübe edilmesidir. Endüstriyel devrim, emeğin soyutlanmasıyla karakterize edilir. Emek süreci bundan böyle doğrudan üretici insana değil, makineye bağlı hale gelmiş, soyutlanma, emek sürecinin parçalarının bizzat kendilerinin mekanikleşmesiyle gerçekleşmiştir (Jeanniere, 2000, 97-102).

Modern dönemin temel özelliklerinden biri, insanın doğa ile olan ilişkilerinde yaşadığı değişimdir. Modern öncesi toplumlarda insanın eylemlerinin biyolojik ve doğal sınırların içinde kaldığı, modern dönemde ise bu sınırların yavaş yavaş kalktığı görülmektedir (Özkiraz, 2003: 80). Modernitenin bir diğer temel özelliği toplumsal yapıda yaşanan değişimlerdir. Modernite ile birlikte, tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş yaşanmıştır. Toplumsal yapılanmadaki bu geçiş, büyük ölçüde, Avrupa'da ekonomik açıdan en güçlü sınıf haline gelen burjuvazinin ticaretten elde ettiği parayı sanayi alanında kullanması suretiyle gerçekleşmiş olan Sanayi Devrimi vasıtasıyla olmuştur (Beriş, 2003: 490).

Modern dönemin bir diğer özelliği, yüksek kültürün kitle kültüründen farklı olması ve kültürün de gündelik toplumsal hayattan ayrı olmasıdır (Wexler, 1995:169).

Modern dönemde kültür süzmeçilik mantığıyla "yüksek kültür ve alçak kültür olarak ikiye ayrılmış ve pop kültür olarak da anılan alçak kültür sistematik olarak dışlanan, yalnızca otantik bir üretim olarak görülmüştür (Kahraman, 2002: 25).

Modern toplumun, iktisadi ilişkiler düzeyinde ele alındığında, insanın kendi emek gücü üzerinde özgürce tasarruf edebildiği, insanın emek gücünün metalaştığı (Özkiraz, 2003: 51) ve böylelikle de kapitalist iktisadi ilişkilerin geliştiği bir toplum olduğu görülür. Modern toplumun iktisadi yapı ile ilişkisinde bir diğer faktör de mo-

derin toplumun oluşumunda Fordist üretim ilkelerinin etkili olmasıdır.

Yukarıda temel özelliklerini kısaca vurguladığımız modernite, bir toplumsal düzenden (geleneksel toplum), yeni bir toplumsal düzene (modern toplum) geçişi ifade eder. Geleneksel toplumsal ilişkilerin, dayanışmanın sarsıldığı, barışı ve istikrarı sağlayacak yeni bir mekanizmaya ihtiyaç duyulan bu dönemde, diğer toplumsal kurumların yanı sıra hukuk, giderek daha fazla insan eliyle üretilen bir biçimde ihtiyaç duyulan bu barış ve istikrarı sağlayacak mekanizmalardan biri olmuştur (Yüksel, 2004: 70). Siyasal iktidar, yasaların, uygarlığın erken aşamalarından beri görülen toplumsal yaşamı sürdürmeye yönelik rol ve işlevlerinden yararlanmak için düzene yönelik yeni yasalar çıkarmıştır (Özcan, 2008: 193).

Barış ve istikrarı sağlaması düşünülen modern hukukun en genel karakteristiklerinden bir tanesi, hukuk kurallarının akla dayandırılarak oluşturuluyor olmasıdır. Akılcılık, modern dönemde yalnız hukuk alanında değil, bütün toplumsal ve bilimsel alanlarda başat kavram haline gelmiştir. Çünkü modernitenin oluşmasında temel rol oynayan Aydınlanmacılar aklın bir ve değişmez olduğuna inanıyorlardı ve akla başvurmak suretiyle toplumda var olan kötülüklerden arınmak ve toplumsal hayatı düzenlemek mümkündü (Vergin, 2003: 301). Hukuk da bu aşamada araç olarak kullanılmaktaydı (Yüksel, 2004: 191).

Modern hukukun akla dayanması, modern hukukun aynı zamanda “monist” olması sonucunu doğurur. Monizmi hukukta, evrensel hukuk ilkelerinin tek bir mantıksal bütünlük, tek bir bağıntı içerisinde açıklanabilmesi olarak tanımlayabiliriz (Kia, 2006:63). Modern hukukun monist karakterinin arka planında tabii hukuk anlayışı yatmaktadır. Doğal hukukun en önemli savunucularından biri olan Cicero’ya göre,

“doğaya uygun olarak bütün insanlar için geçerli olan, aynı kalan ve değişmeden sonsuza dek süren gerçek bir yasa vardır, bu doğru akıldır. Bu yasa, buyruklarıyla insanları ödevlerini yerine getirmeye iter, yasaklarıyla da onları hata işlemekten alıkkoyar” (Yüksel, 2004: 128).

Modern hukukun monist olmasının altında yatan bir diğer sebep, modern dönemde yaşanan toplumsal değişimlerdir. Moderniteyle birlikte, feodal üretim tarzından kapitalist üretim tarzına geçilmiştir. Kapitalist üretim tarzı ise, fabrikalarda emeğini satmak suretiyle geçimini sağlayan işçiler kentler etrafında toplanan bir demografik değişime neden olmuş, bu değişim toplumsal işbölümü, genişleyen toplumsal ve ekonomik uzmanlaşmayı artırmıştır (Pier-son, 2004: 28). Geleneksel dönemde farklı feodal bölgelerde farklı hukuk kurallarına tabi olan insanların daha sıkı toplumsal ve kişisel ilişkiler ağıyla örülü bir toplumda yaşayabilmesi ancak, monist yapıda bir hukuk sisteminin kurulması ile mümkün olmuştur.

Modern dönemde hukukun bir diğer özelliği, birey temel alınarak oluşturulmuş olmasıdır (Kia, 2006: 44). Birey ve bireycilik, modernitenin başat kavramları arasındadır. Modernite ile birlikte, geleneksel ve toplumsal bağlarından kurtulmuş, kendisi için, kendisinin istediği şekilde yaşamak isteyen bireyler var olmuş. Yeni toplumsal düzen bireylerin bu taleplerini karşılayacak biçimde geliştirilmiştir. Modern toplumda insan “birey” olarak algılanmış ve insanlar arası ilişkiler de “bireyler arası ilişkiler” olarak anlaşılmıştır (Köker, 2004:43).

Bireyin özerkliği, hukuktaki dönüşümün temel taşlarından birisidir. Toplumun tüm belirleyiciliğinden kurtulmuş olan birey, “eşitlik” ve “adalet” gibi, modern hukuku biçimlendiren evrensel kavramları da beraberinde getirmiştir (Kia, 2004: 44). Modern Anayasalarda da kişilere verilen

haklar bireysel düzeyde kurulmuş haklardır (Yüksel, 2004: 178).

Modern dönemde hukukun bir diğer özelliği ulus-devletin egemenliği ve vatandaşlık çerçevesinde oluşmasıdır. Ulus devletler, modernitenin zihinsel, toplumsal ve daha çok da ekonomik dönüşümünün bir sonucu olarak ortaya çıkmışlardır. Şiddet araçlarının kontrolünde monopol durumunda olma, belirli bir sınıra sahip olma, egemenlik, anayasallık, kişisel olmayan güç, kamu bürokrasisi, otorite/meşruiyet, yurttaşlık ve vergilendirme gibi temel özellikleri haiz olan modern devlet (Pierson, 2004: 6), tüm toplumsal kimlikleri vatandaşlık potasında eritmiş ve cinsiyet, etnisite ve ırk gibi alt kimliklerin kamusal alana yansımaları sınırlandırmıştır. Daha doğrusu bunu, tüm vatandaşlarına eşit şekilde muamele edebilmenin gereği olarak görmüştür. Bu bağlamda türdeş bir bütün oluşturdukları düşünülen vatandaşlara “farklılık” değil, “aynılık” esasında yaklaşılır. Bu şekilde vatandaşlardan devlet tarafından verilen üst kimlik uğrunda alt kimliklerini unutmaları ya da en azından kamusal alana taşımamaları istenir. Böylece kamusal alan, devlet tarafından müdahale yoluyla daraltılan bir alan haline gelir (Beriş, 2003: 504).

### 3.2. Postmodern Dönemde Hukuk

Hukuk, toplumsal değişme süreci içerisinde değişim hızı en düşük olan, değişime en çok direnç gösteren kurumların başında gelmektedir. Ancak değişim karşısında hukukun direnci ne kadar güçlü olursa olsun, değişimler, özellikle de ekonomik ve siyasi alandaki değişimler hukuku değişim için zorlamaktadır (Işıktaç, 2006: 378). Postmodern dönem de özellikle ekonomik alanda köklü değişimlerin yaşandığı bir dönem olması nedeniyle, hukuk alanında da değişiklikler yaşanmasına ve yaşanıyor olmasına sebep olmaktadır.

Postmodern dönemde hukuk alanında ki temel dönüşümlerden bir tanesi, post-

modernitenin “akıl” eleştirisidir. Modern dönemde aklın bir ve değişmez olduğuna inanılıyordu ve akla başvurmak suretiyle toplumda var olan kötülüklerden arınmak ve toplumsal hayatı düzenlemek mümkündü (Vergin, 2003: 301). Ancak, postmodernite modern dönemde akla ilişkin (1) akıl bilgi için objektif, güvenilir ve evrensel bir temel sağlar (2) aklın doğru kullanımından elde edilecek bilgi “doğru” bilgi olacaktır; (3) aklın, bireyin varlığından bağımsız aşkın ve evrensel özellikleri vardır (4) aklın doğru kullanımı otoriteyi ve özgürlüğü garanti edecektir (5) akıl, doğru bilgiyi iktidardan etkin bir biçimde ayırt edecektir (Gabardi, 2001: 7) yönündeki iddiaların geçersiz olduğunu iddia etmektedir. Postmodernitenin, dolayısıyla hukukun temelini teşkil eden evrensel normlar oluşturulamamakta, doğal hukukun belirlediği ilkelerin akıl kullanılarak somut olaylara uygulanıp bu olayların çözülmesi de mümkün olmamaktadır (Türkbağ, 2000, 207).

Postmodernite-hukuk ilişkisinde bir diğer önemli karakter, hukukun monist yapısına ilişkindir. Monist yapıdaki bu dönüşümün arka planında postmodern dönemdeki birey algılamasının önemli bir rolü vardır. Postmodernite, modernitenin aksine, insanların her yerde aynı olduğu inancına karşı çıkarak, evrensel ben yerine “yerel ben”i, birlik ve tutarlılık yerine çelişki ve farklılığı ön plana çıkaran bir anlayıştır (Işıktaç, 2006:376). Başka bir ifadeyle, postmodern dönem ile birlikte, soyut birey anlayışından, bir toplum, bir topluluk içerisinde yaşamını devam ettiren “somut birey” anlayışına geçilmiştir. Somut bireyler, kültürel ve siyasal kimliklerini daha fazla vurgular olmuşlar, modern dönemde insanlar “aynılık”ın esas alındığı “vatandaş” kimliklerini ve bu vatandaş kimliğinin kendilerine sunduğu hakları yetersiz bulmaya başlamışlardır. Modern Anayasalarda daha çok bireysel düzeyde kurulmuş olan hakların yanı sıra, bireyin toplumsal

kimliklerine yönelik olarak “dayanışma hakları” kategorisi de gelişmeye başlamıştır (Yüksel, 2004:178). Bu da aslında soyut birey anlayışından somut birey anlayışına geçişin beraberinde “soyut hak” anlayışından “somut hak” anlayışını da getirdiğinin göstergesidir (Güriz, 2003:476).

Postmodern dönemde hukuktaki değişime etki eden diğer bir önemli unsur, devletin yapısı ve işleyişine ilişkin tartışmalardır. Modern dönemle birlikte, çok uluslu devletlerden ulus-devlet sürecine geçilmiştir. Christopher Pierson modern devletin temel özelliklerini şu şekilde sıralamıştır: şiddet araçlarının kontrolünde monopol durumunda olma, belirli bir sınıra sahip olma, egemenlik, anayasallık, kişisel olmayan güç, kamu bürokrasisi, otorite/meşruiyet, yurttaşlık ve vergilendirme (Pierson, 2004: 6). Bu tanımlamalardan da anlaşıldığı üzere devlet, düzeni kurmakla yükümlü otorite olarak temel kararları vermekte ve yine devlet kendisini aşıldığı düşünülen iradenin yerine koymaktadır (Kahraman, 2002: 5). Ancak, postmodern dönemde küreselleşmenin de etkisiyle birlikte devletin yeterliliği ve gerekliliği, biçimi, özerkliği ve otorite zaafiyeti sorgulanır olmuştur (Işıқтаç, 2006:382). Modern devletin hem varlık şartı hem de kurucu koşulu olan “egemenlik” (Kia, 2006: 15) tartışılır hale gelmiştir. Bu egemenliğin mutlak egemenlik boyutunda kullanıldığı hukuk yaratma alanında bile bu tartışmalar yaşanmıştır. Bu durumun en önemli nedeni, hukuk yaratma sürecinde devletlerin yanı sıra STK’ların, hükümetler arası ve hükümetler dışı, hatta hükümetler üstü örgütlerin de söz sahibi olur hale gelmeleridir (Yüksel, 2004:176). Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde üstün hukuk kuralları olan Birlik Hukuku, ülkemizdeki Avrupa Birliği müktesebatı uyum çalışmaları kapsamında yapılan hukuki düzenlemeler bu durumun açık birer örneğidir.

Postmodernistlere göre, devletin hukuk yaratmadaki egemenliğinin kısıtlanması

sadece devletle rekabet halindeki diğer kurumlardan kaynaklanmamaktadır. Modern dönemde devlet hukuk yaratmak suretiyle geleneksel sonrası toplumu sadece düzenleme değil, aynı zamanda bu toplumu inşa etme görevine de soyunmuştur. Ancak, postmodern dönemde sermayenin de küresel ölçüde kolay mobilize olması, “minimum devlet”i gerekli kılmıştır. Bu da “azami hukuktan, asgari hukuka geçiş” (Güriz, 2003:474) anlamına gelmektedir.

Postmodern dönem- hukuk ilişkisinde bir diğer nokta vatandaşlık kavramı etrafında süregiden değişim ve tartışmalardır. Modern dönemde türdeş bir bütün oluşturdukları düşünülen vatandaşlara “farklılık” değil, “aynılık” esasında yaklaşılır. Bu şekilde vatandaşlardan devlet tarafından verilen üst kimlik uğrunda alt kimliklerini unutmaları ya da en azından kamusal alana taşımamaları istenir. Böylece kamusal alan, devlet tarafından müdahale yoluyla daraltılan bir alan haline gelir (Beriş, 2003: 504). Ancak postmodernite, farklılıkların, heterojenliğin, kimliklerin öne çıktığı bir dönemdir. Buna bir de dünya ölçeğinde yaşanan nüfus hareketleri eklenince, modern devletin aynılığı esas alan vatandaşlık algısı yetersiz duruma düşmüştür. Bu dönemde, birey kavramı vatandaş kavramını aşmış, milliyet bağına dayalı vatandaşlık anlayışından, evrensel haklar temeli üzerinde gelişen bir evrensel kişilik anlayışına geçilmiştir (Yüksel, 2004:175).

## SONUÇ

Epistemolojik kesinsizlik ve ontolojik çoğulculuk anlayışına dayalı postmodernizmin (Sim, 2006: 43) aklın kullanılması suretiyle elde edilen evrensel normlar vasıtasıyla toplumun inşa edilip düzenleneceği düşüncesine dayalı “hukuk”u değiştirip dönüştürmek istemesi doğaldır. Ancak, hukuk toplumsal bir parçası olmasına karşın, postmodern dönemde en az değişen, ya da değişime en çok direnç gösteren toplumsal unsurların başında gelmektedir. Çünkü hukuk toplumsal bir parçası olma-



sına karşın bizzat toplum tarafından değil, devlet tarafından, devlet eliyle yaratılan bir kurumdur. Değiştirilip dönüştürülmesi yalnız toplumsal değişim ve dönüşüm taleplerine bağlı olmayıp, “yasa koyucular”ın değişim yönünde karar almalarına bağlıdır. Modernitenin ana unsurlarından olan, belki de modernitenin üzerine bina edilmiş olduğu ulus-devlet, postmodernite karşısında egemenliğini paylaşmamak, yitirmemek adına en çok direnen kurumların başında gelmektedir. Dolayısıyla, postmodern dönemde hukuk en yavaş dönüşen/dönüştürülen yapıdır. Ancak, değişim karşısında hukukun direnci ne kadar güçlü olursa olsun, değişimler, özellikle de ekonomik ve siyasi alandaki değişimler hukuku değişim için zorlamaktadır (Işıktaç, 2006: 378).

#### KAYNAKÇA

- AKAY, Ali (2002), Postmodern Görüntü, İstanbul, Bağlam Yayınları, 2. baskı.
- BERİŞ, Emrah (2003), “Modernite’den Postmoderniteye”, iç. Siyaset, ed. Mümtazer Türköne, Ankara, Lotus.
- GABARDI, Wayne (2001), Negotiating Postmodernism, Minneapolis/London, University of Minnesota Press.
- GÜRİZ, Adnan (2003), Hukuk Felsefesi, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- HUTCHEON, Linda (2001), The Politics of Postmodernism, Taylor & Francis e-Library.
- IŞIKTAÇ, Yasemin (2006), Hukuk Felsefesi, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- JEANNIERE, Abel (2000), “Modernite Nedir?” çev. Nilgün Tunalı, Modernite Versus Postmodernite, der. Mehmet KÜÇÜK, Ankara, Vadi Yayınları, ss. 95-107.
- KAHRAMAN, Hasan Bülent (2002), Postmodernite İle Modernite Arasında Türkiye (1980 Sonrası Zihinsel, Toplumsal, Siyasal Dönüşüm, İstanbul: Everest yayınları.
- KİA, AKKAYA Rukiye (2006), Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk, İstanbul, Beta Basım Dağıtım.
- KÖKER, Levent (2004), Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi, İstanbul, İletişim Yayınları, 8. Basım.
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik (2008), Modern Toplum ve Hukuk Devleti, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık
- ÖZKİRAZ, Ahmet (2003), Modernleşme Teorileri ve Postmodern Durum, Konya, Çizgi Kitabevi.
- PIERSON, Christopher (2004), The Modern State, London/New York, Routledge.
- SIM, Stuart (2006), “Postmodernizm ve Felsefe”, Postmodern Düşüncenin Eleştirel Sözlüğü, ed. Stuart SIM, çev. Mukadder Erkan, Ali Utku, Ankara, Ebabel Yayınları.
- SMART, Barry (2000), “Postmodern Toplum Teorisi”, çev. Mehmet Küçük, Modernite Versus Postmodernite, der. Mehmet KÜÇÜK, Ankara, Vadi Yayınları, ss. 317-366.
- TURNER, Bryan S. (1995), Periodization and Politics in the Postmodern, Theories of Modernity and Postmodernity, ed. Bryan S. Turner, London, California, New Delhi, Sage Publications, ss. 1-13.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi (2000), Postmodernite ve Hukuk İdealleri”, Doğu Batı, Sayı:13, ss.200-211.
- VERGİN, Nur (2003), Siyasetin Sosyolojisi, Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar, İstanbul, Doğan Kitap, 1. Baskı.
- WEXLER, Philip (1995), Citizenship in the Semiotic Society, , Theories of Modernity and Postmodernity, ed. Bryan S. Turner, London, California, New Delhi, Sage Publications, ss. 164- 175.
- YÜKSEL, Mehmet (2004), Modernite Postmodernite ve Hukuk, Ankara: Siyasal Kitabevi.

# Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkelerinin Somut Hukuk Disiplinleri Bağlamında Detaylandırılması Sorunu

Ahmet GÜRBÜZ\*

## GİRİŞ

### I.

Hukuk felsefesinin uygulama açısından yerine getirmekle yükümlü bulunduğu en önemli ve biricik işlev; meşruluk sorununun çözümüne, eşdeyimle objektif geçerliliğe sahip, haklı ve doğru bir hukuk sistemiğine dayanak oluşturacak ölçütleri ortaya koyabilmesidir.<sup>1</sup> Bu ölçütler demokrasi, hukuk devleti, insan hakları, eşitlik, özgürlük, toplumsal adalet değişmeyecek ilkeler olarak somutlaşan, her hukuk disiplininde kendi bağlamında ve çerçevesinde detaylanan ve evrensel normatif geçerliliğe sahip olma durumunda olan 'evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinden' başka bir şey değildir ve olamaz. Belirli bir 'hukuk sisteminin' meşru/haklı/geçerli/doğru bir hukuk olarak nitelendirilebilmesi bu hukuk sisteminin, temel dayanakları itibarıyla evrensel hukuk değerleri ve ilkeleriyle uyumlu olması koşuluyla mümkün olabilir.

### II.

Kaçınılmaz olarak problematik ve trajik bir boyut da barındırabiliyor olmasına karşın,<sup>2</sup> adil ve erdemli bir toplum ve dünyanın kurulmasına katkı sunmak için, hukukun ve insanlığın önünde 'evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinden' başka nesnel, makul, ve makbul bir kriter bulunmamaktadır. Bunun dışındaki tüm yaklaşımlar bencil, ideolojik, çıkar ve iktidar sağlama

amaçlı, zorbacı vb yaklaşımlar olmaktan öte bir anlam ve pratik ifade etmeyecek olmaya tutsaktır.

### III.

Evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri, gerçekte soyut ve tüm insanlık kültürünün ürünü ve muhatabı olan 'adalet' kavram ve kabulünün somut içeriğini oluşturur. Soyut olarak 'adalet' kavram ve kabulü, tüm insanlık kültürünün, kadim insanlığın ortak ve benzer temel inancının bir yansımasıdır. İnsanlık tarihinin kültürel mirasına bakıldığında, büyük oranda, tüm dünsel/inançsal/kültürel/dinsel söylem ve yaklaşımlarda bu soyut ve temel 'adalet' kavram ve kabulünün bulunduğunu gözlemlemek olanaklıdır. Bu açıdan bakıldığında, günümüz çağdaş toplumlarında da zaman-zaman gündeme getirilen dinsel hukuk-dinsel olmayan (din-dışı) hukuk karşıtlığına ilişkin tartışmaların; gerçekte gereksiz ve çoğunlukla politik/ekonomik/ideolojik vb. çıkar ve iktidar sağlama gizil amacını barındıran, buna yönelik spekülasyonlar olarak değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır. Filozofik ve sosyolojik her iki açıyı birlikte barındıran makul ve bilimsel bir gözlemlenmeyle; kadim insanlık din ve kültürlerindeki soyut ve temel adalet inanç ve kabulünün asıl belirleyici kriter olduğunu; bu asıl ve temel adalet inancı çerçevesinde detaylanan tali yaklaşım ve çözüm pratiklerinin ise, içinde bulunulan somut tarihsel/

\* Prof.Dr. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı.

1 Özbilgen, s. 7, 10; Aral DH, s. 928-937.

2 Bu konuda geniş bilgi için bkz: Gürbüz, s. 121-127.

3 Poole, s. 100.

sosyo-ekonomik/kültürel koşullarla ilintili durumlar olduğunu ayımsamak ve teslim etmek mümkündür. Dolayısıyla, insanlık tarihindeki bu zaman-mekân koşullarına bağlı ve somut çözüm arayışlarına ilişkin detayları –temel adalet inanç ve kabulünü göz ardı ederek- o somut insanlık kültürünün temel hukuk algısı ve inancı olarak nitelendirmek yanılısamalı bir yargılama/değerlendirme olacaktır.

#### IV.

‘Hukuksal meşruluğun kriteri olarak evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri’ yaklaşımı konusundaki yersiz ve spekülatif tartışmaların bir konusu olarak da, “evrensel-nesnel etik değerlerin kaynağının ne olduğu” sorusu dikkat çekicidir.

Somut bireyin varlık bütününde belirlenmiş olan boyutlarıyla ‘insan’, aynı zamanda toplumsal ve kültürel yaşamın odağında bulunmaktadır. Her somut insan varlığında gizil ve potansiyel olarak mevcut olan ‘insanlık idesi’ ancak yine insan kişiliğinde var olan ‘etik özelliğin’ işlerlik bulmasıyla gerçeklik kazanabilir. Diğer yandan, etik, bireysel varoluşa anlam ve değer kazandırma işlevini, ancak eğer insan arzularının bir yapıtı olmakta daha fazla bir şeye yerine getirebilir.<sup>3</sup> Bu konuda, en azından, insan doğasının kendisellekle ve kaçınılmaz olarak ahlaka karşıt bir özellik taşıdığı; aynı zamanda evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin temel dayanağını oluşturan etik değerlerin, insan doğasıyla zorunlu bir çatışma içinde olduğunun ileri sürülemeyeceğinin<sup>4</sup> teslim edilmesi gerekir.

Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin temel dayanağını oluşturan etik değerlerin hangi kaynağa dayandığı sorusu, asil olarak, yalnızca birey olarak insanın subjektif inanma ve değerlendirme irade özgürlüğü-

ne ilişkin ve ait bir alan olarak görülmemelidir. Herhangi bir ‘olması gereken’ inancının kabul edilebilmesi için bu ‘olması gereken’in kaynağına ilişkin aynı şeye, aynı biçimde inanılması gerektiği ya da bu kaynağın ne olduğunun sorgulanması gerektiği biçimindeki bir önkoşul ve dayatma; gerçekte, erdemli ve adil bir toplum ve dünya oluşturmaya katkı sunmaya yönelik çabaları olumsuzlamak ve engellemekten başka hiçbir anlam ve değer taşımayacaktır.

#### V.

Hukuksal meşruluk (meşruiyet) sorgulaması nasıl yapılır? Herhangi bir ‘hukuk sisteminin’ meşru/haklı/geçerli/doğru bir hukuk olup olmadığını belirlemeye çalışırken, bu ‘hukuk sisteminin’ neyine, hangi yönüne, hangi normlarına bakarak meşruluk sorgulamasını yapacağız? Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin hukuksal meşruluğun kriteri olarak benimsenmesi durumunda; demokrasi, insan hakları, hukuk devleti, eşitlik, özgürlük, toplumsal adalet gibi temel evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin herhangi bir somut hukuk sistemindeki ve bu somut hukuk sisteminin içerimindeki somut hukuk disiplinlerindeki yansımaları çerçevesindeki hangi ve ne tür hukuk normları esas alınarak, bu somut hukuk sisteminin meşru olup olmadığı ya da ne oranda meşru olduğu belirlenecek ve değerlendirilecektir?

Hukuksal normların meşruluklarının temeli sorunu irdelenirken, buradaki ‘norm’ kavramıyla ilgili bir ayrıntıya girmek ve meşruluk açısından sorgulanma durumunda olanın ‘temel normlar’ ya da tanınmış hukuk sosyoloğu N. S. Timacheff’in deyimıyla “etik normlar” olduğunu vurgulamak gerekir. ‘Etik kurallar’ ile ‘teknik kurallar’ arasında ayırım yapan Timacheff,<sup>5</sup>

4 Bkz: Spinoza, s. 448; La Boetie, s. 30.

5 Can, s.145-150.

bu ayrımını temel olarak amaçsallık-araçsallık kriterine dayandırmaktadır. ‘Teknik kurallar’ (eşdeyimle teknik/tali/araçsal/göreceli kurallar) salt olmayan daha göreceli değerlere ilişkindirler ve bu tür kurallar açısından, ‘olması gereken’ ilkesinden çok, “belirli bir amaca ulaşmak için yapılması zorunlu bulunan” karakteri geçerlidir. ‘Teknik kurallar’ belirli bir değerler amacının gerçekleştirilmesinde hangi yöntemin izleneceğini göstermesine karşılık, ‘etik kurallar’ (eşdeyimle etik/asli/temel/değersel/salt ilkeler) benimsenmesi/izlenmesi gereken değer/amaçların neler olması gerektiğini belirleme durumunda olma özelliğine sahiptirler. Herhangi bir konuda etik bir kuralın varlığı ileri sürüldüğünde, aynı zamanda, tüm insanların her zaman ve her yerde bu kurala uygun davranması gerektiği de ileri sürülmüş, dile getirilmiş olur. Etik ilkelerin ve onların yansımaları/uyarlanmaları olan evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin önemli bir özelliği, zamana ve mekâna bağlı olmamaları ve bu nedenle de her olay için geçerli olma niteliğinde olmalarıdır.<sup>6</sup> Uslamlamanın çıkış noktalarını oluşturan bu temel ilkeler, hukukun yaşamsal ve değişmez temel öğesini oluşturmaktadırlar.

‘Etik norm - teknik norm’ ya da benzer ifadeyle ‘temel ilke – kural’ ayrımı yapmanın önemi şuradadır: “Hukuksal normların meşruluk açısından sorgulanması” konusunda, sorgulanmanın konusu olarak işlem görme durumunda olan ‘normlar’ etik/temel/asli/değersel/salt ilkelerle ilişkin olan normlardır. Diğer yandan ve bununla bağlantılı olarak, ‘teknik normlar’ ya da eşdeyimle ‘kurallar’ kısa ömürlü, gelişmez ve kendilerinin yerlerine geçecek olan başka kurallar tarafından kaldırılma özelliğine sahip olmalarına karşılık; ‘etik normlar’ ya da eşdeyimle ‘temel ilkeler’, parçalı olarak

da olsa değişmez kalır ve içerik kazanma açısından sürekli bir biçimde gelişirler.<sup>7</sup> Hukuk kavramı özellikle etik bir kavramdır ve onun evrensel bir görünüme sahip temel ilkeleri, yayılma ve tüm toplumun bireylerini kucaklama eğiliminde olan, etik ilkelere ilişkin olan ve onlardan esinlenen ilkelerdir.

Tüm bu anlatımlar bize hukuksal meşruluk sorgulamasında yöntemin; somut hukuk sistemi ve bu sistemin içerimindeki somut hukuk disiplinlerindeki, temel/etik/asli/değersel ilkelere ilişkin olan hukuk normlarının esas alınması olduğunu işaret etmektedir. Herhangi bir hukuk sisteminin meşru olup olmadığının ya da ne oranda meşru olduğunun sorgulanmasında; bu hukuk sistemi kapsamındaki hukuk disiplinlerindeki, temel ilkelere ilişkin normlar esas alınmak ve bu kapsamdaki hukuk normlarının, temel ilkeler yani evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri doğrultusunda olması ölçüt alınmak gerekecektir. Söz konusu somut hukuk sistemi kapsamındaki somut hukuk disiplinlerindeki, temel ilkelerin belirlenmesine ilişkin olmayan teknik/tali/araçsal normlar ise; bu somut hukuk sisteminin hitap ettiği toplumun sosyo-ekonomik kültürel vb koşulları çerçevesinde oluşturulma/içeriklendirilme durumundadır ve bu bağlamda somut koşullarla bağlantılı bir esneklik özelliğine sahiptir. Başka bir anlatımla, “toplumsal gerçekliğin hukuka yansması” yalnızca teknik/tali/araçsal hukuk normlarının içeriğinin somut toplumsal koşullar çerçevesinde belirlenmesi gereğini ifade etmektedir. Çünkü hiç kuşkusuz hukuk kendi temel değer ve ilkelerini somut gerçeklik/olan’dan çıkarsayamaz. Somut toplumsal realite ve yapının araştırılması/bilinmesi/benimsenmesi/normlaştırılması pratiği, yalnızca teknik/tali/araçsal normlar açısından

6 *Simmel*, s. 129.

7 *Pound*, s. 4.

ve onların içeriklerinin oluşturulması için geçerlidir ve bununla sınırlıdır. “Olgusalın normatif gücü” de ancak bu çerçevede yani evrensel hukuk değerleri ve ilkelerine uygunluğun gözetilmesi koşuluyla söz konusu edilebilir, kabul edilebilir. Ters durum; yani evrensel hukuk değerleri ve ilkelerine uygunluk koşulunu barındırmayan bir realitenin, oluşan olgusal bir gerçekliğin, yalnızca ‘olgusalılığı’ nedeniyle, hukuksal olarak korunan/savunulan bir duruma dönüştürülmesi gereğini içeren bir görüş kuşkusuz benimsenemez.<sup>8</sup>

**Somut Hukuk Disiplinleri  
Bağlamında Evrensel Hukuk  
Değerleri ve İlkelerinin  
Detaylandırılmasının Yöntemine Dair  
I.**

‘Hukuksal meşruluğun kriteri olarak evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri’ yaklaşımı çerçevesinde pratikte nasıl bir yöntemle hukuksal meşruluk sorgulaması yapılabileceği konusunda, genel olarak, şunlar söylenebilir: Bilindiği gibi hukukun bir bütün olarak temel etik değeri soyut adalet kavramıdır. Bu soyut adalet kavramı; hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, eşitlik, özgürlük, toplumsal adalet gibi ‘evrensel hukuk değerleri’ olarak isimlendirilebileceğimiz temel değerlerle somutluk kazanmaktadır öncelikle. ‘Evrensel hukuk değerleri’, daha da somutlaşıp uygulanabilirlik kazanma çerçevesinde, bir sonraki aşama olarak, somut hukuk disiplinleri bağlamındaki ‘evrensel hukuk ilkeleri’ olarak isimlendirilebilecek temel ilkeler biçiminde tezahür ederler. Bu ‘evrensel hukuk ilkelerinin’, mevcut somut hukuk sisteminde nicelik ve nitelik olarak nasıl yansıtıldığı belirlenirken, bu somut hukuk sistemine dâhil hukuk disiplinlerindeki, temel/asli/etik/değersel ilkelere ilişkin norm-

lara (temel ilkelere ilişkin düzenlemeleri kapsayan ‘asli normlara’) bakılacaktır artık. Kavramsallaştırmaya dayalı bu tasnifi daha anlaşılır kılmak için şu örneklendirmeyi yapabiliriz: Sözelimi, ‘hukuk devleti’ bir ‘evrensel hukuk değeri’ olarak düşünüldüğünde, bu evrensel hukuk değerinin bir yansıması olarak, somut bir hukuk disiplini olan İdare Hukuku bağlamında söz konusu edilebilecek olan “idarenin, eylem ve işlemleri açısından yargısal denetime tabi olması gereği” artık bir ‘evrensel hukuk ilkesi’ olarak anlaşılabilir/nitelendirilebilir. Bu aşamadan sonra, sözü edilen evrensel hukuk ilkesinin herhangi bir somut hukuk sisteminde bulunup bulunmadığını sorgularken, yapmamız gereken, bu somut hukuk sisteminin somut hukuk disiplini içinde yani İdare Hukuku bağlamındaki ‘asli’ normlarında, sözü edilen evrensel hukuk ilkesine yani “idarenin, eylem ve işlemleri açısından yargısal denetime tabi olması gereği”ne ilişkin nasıl bir kabulün/düzenlemenin mevcut olduğunu ortaya koymak olacaktır.

Burada vurgulanması gereken önemli bir nokta şudur: Somut hukuk sistemlerindeki ‘teknik/tali/araşsal normlar’, içerik olarak, bu somut hukuk sisteminin hitap ettiği toplumun ekonomik/tarihsel/doğal/kültürel vb toplumsal koşulları çerçevesinde belirlenme durumundaysalar da; bu belirlenme esnekliği, nicelik ve nitelik olarak, değersel hiyerarşik<sup>9</sup> önem açısından daha üstteki ‘evrensel hukuk değerlerine’ aykırılık teşkil etmemek zorunluluğuyla sınırlı bulunmaktadır. Örneğin, hırsızlık eyleminin suç sayılmasını benimseyen hukuk normunu Ceza Hukuku disiplini bağlamındaki temel ilkelere -can ve mal güvenliği ilkesine- ilişkin ‘asli’ bir norm niteliğinde düşündüğümüzde; bu suça ilişkin cezai yaptırımı düzenleyen ‘tali/teknik/araşsal

<sup>8</sup> Bu konuda bkz: Hirsch, s. 46.

<sup>9</sup> ‘Değerler düzeninin hiyerarşik yapısı’ konusunda bkz: Aral HFTS, s. 55.

norm', toplumsal koşulların vb gözetilmesi adına, sözgelimi ölüm cezasını öngörebilecek derecede nicelik ve nitelik olarak sınırsız esnekleştirilemez. Çünkü bu durumda 'teknik/tali/araçsal norm'un içeriği, değersel hiyerarşik açıdan daha temel bir değer ve öneme sahip olan 'evrensel hukuk değerleri ve ilkelerine' - 'insan hakları' evrensel hukuk değerine ve onun yansıması/somutlaşması olan ve 'yaşam hakkının kutsallığı' olarak isimlendirilebilecek evrensel hukuk ilkesine- karşıtlık barındırmış olacaktır.

## II.

Belirtildiği gibi, ilk olarak, tüm kadim insanlık kültürünün bir ürünü olan soyut adalet inancı hukuk devleti, insan hakları, demokrasi, eşitlik, özgürlük, toplumsal adalet vb 'evrensel hukuk değerleri' biçiminde yansımakta; aşamalı olarak, evrensel hukuk değerleri daha somut 'evrensel hukuk ilkeleri' biçiminde belirginleşmekte; bu somutlaşma, evrensel hukuk ilkelerinin her somut hukuk disiplini bağlamında ve çerçevesinde detaylanması biçiminde bir süreç izlemektedir. Burada konuya ilişkin kavramlar konusunda hiyerarşik bir dercelendirme yapılacak olursa, 'soyut adalet inancının' en temelde ve başta bulunduğu; 'evrensel hukuk değerlerinin', soyut adalet inancına dayandığı ve 'evrensel hukuk ilkeleri' olarak belirginleştiği; 'evrensel hukuk ilkelerinin' de somut hukuk disiplininde kendi açısından ayrıntılandığı ve detaylandığı söylenebilir. Böylece, en ayrıntı/detay/somut'a ilişkin her 'hukuk normu', geçerlilik ya da kaynağını, kendisinden daha genel/kapsamlı/soyut olan ilgili hukuk ilkesinden almış olmaktadır.

## III.

Hukuk bilimi açısından bakıldığında, 'ilke' kavramının, anlam ve gücünü objek-

tif etik değerlerden aldığı ve herhangi bir bireysel ya da toplumsal davranış biçiminin değerlendirilmesine (yani haklı-haksız, doğru-yanlış, adil-adaletsiz vb biçiminde nitelendirilmesine) ilişkin temel yaklaşım biçimini/ölçütünü/kaynağını barındırdığı ileri sürülebilir. Dahası, 'ilke' kavramı; aynı zamanda kendisi aracılığıyla birçok hukuk kuralının yaratıldığı, hukuk kurallarının ve bir bütün olarak hukukun oluşmasını sağlayan, bu niteliği nedeniyle de ilk elden maddi bir esin kaynağı oluşturma özelliğine sahip bulunan<sup>10</sup> temel bir yaklaşım tarzını barındırmaktadır. Bu anlamda 'ilke' kavramıyla pozitif hukuk düzeni arasında yadsınamaz bir bağ ve ilinti bulunduğu; 'ilkeler' aracılığıyla pozitif hukuk kurallarının temel niteliklerinin değersel irdelemeye tabi tutulabileceği; 'hukuk ilkelerinin', temel değersel yaklaşımları ortaya koyma, 'hukuk kurallarının' ise bu temel değersel yaklaşımları pratikleştirme/gerçekleştirme/uygulama işlevi gördüğü aşikârdır. Özellikle "hukuk düzeninin oluşması ve yapılaşması"<sup>11</sup> açısından, kadim insanlık kültürünün ürünü olan 'soyut adalet inancının' ve bunun yansıması olan evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin temel ve genel yaklaşım tarzının, pozitif hukuk ilkeleri ve kuralları olarak yaşama geçirilmesi büyük önem taşımaktadır.

## IV.

Soyut adalet inancı / evrensel hukuk değerleri / evrensel hukuk ilkeleri / somut hukuk disiplinlerine ilişkin temel ilkeler ve bunların detayları konusundaki değersel hiyerarşi gereğince anlaşılır ve benimsenirse, günümüzdeki "somut hukuk disiplinleri çerçevesindeki temel hukuk ilkeleri" yönündeki gelişmelerin önemli ve değerli görülmemesi için hiçbir haklı gerekçe kalmayacaktır. "Hukukun genel ilkelerinin, kökenleri itibarıyla ve kategorik olarak de-

<sup>10</sup> Erkut, s. 17.

<sup>11</sup> Erkut, s. 18.

ğil de taşıdıkları amaca göre sınıflandırılmaya tabi tutulması gerektiği” gerekçesiyle, somut hukuk disiplinleri çerçevesindeki temel ilkelerin belirlenip geliştirilmesine yönelik günümüz gelişmelerini yanı sıra, <sup>12</sup> kanımızca, özellikle bu bağlamdaki somut gelişmelerin yeni bir süreci ifade ettiği de göz önüne alındığında, haklı ve doğru bir tavır olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

## SONUÇ

Ünlü hukuk düşünürü Rudolf Von JHERING’in, ünlü eseri “Hukuk Uğrunda Savaş”ta önemle vurguladığı gibi, “hukuk hissi bütün bir ağacın köküdür; eğer kökün değeri olmazsa, eğer kök çorak kumlar ve kayalar arasında kurursa, geriye kalanı bir serap olur”.<sup>13</sup> Bu anlatım, herhangi bir pozitif hukukun gerçek anlamda hukuk olarak nitelendirilebilmesi için; bir bütün olarak, evrensel hukuk değerleri ve ilkelere uygun olması ve yine bu doğrultuda, pozitif hukuk sistemi kapsamındaki hukuk disiplinlerinin temel/aslı normlarının evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin bir yansıması niteliğinde olması gerektiğini ifade etmektedir aynı zamanda.

Somut pozitif hukuk sisteminin, hem bir bütün olarak ve hem de ona dâhil hukuk disiplinlerine egemen olan temel normları itibarıyla, ‘meşru bir hukuk sistemi’ olarak nitelendirilmesinin evrensel hukuk değerleri ve ilkelerine uyumlu olma koşuluna bağlı tutulması, aynı zamanda, hukuku belirleyen etkenlerin objektif bir nitelik taşıma durumunda olmasının saptanması anlamına gelir. Bu ise, her şeyden önce, hukukun adil ve erdemli bir toplumsal yaşamın inşasına katkıda bulunması açısından büyük önem taşımaktadır. Hukukun, dayandığı temel ilkeler itibarıyla nesnellik ve evrensellik özelliğine sahip olması onu

yaratının keyfi arzu ve iradesinin dışında bulunması demektir. Bu da, hukukun, hitap ettiği ya da kendisine tabi olma durumundaki birey, kurum ve oluşumlar üzerinde sürekli bir eylemsel bağlayıcı geçerlik ve yürürlük sağlamasını, güvenilir olmasını ve böylece temel ve nihai işlevini gereğince yerine getirebilmesini olanaklı kılar.<sup>14</sup> Gerçekte hukuka bilimsellik niteliğini kazandıracak olan da, hukukun, dayandığı temel ilkeler itibarıyla nesnellik ve evrensellik özelliğine sahip olmasından başka bir şey değildir ve olamaz.

Vurgulanmalıdır ki; hukuk uygulayıcısı ve teorisyenlerinin, çalıştıkları somut hukuk disiplinlerine ve dolayısıyla bir bütün olarak hukuka yapabilecekleri ve de yapmaları gereken en önemli ve değerli katkı, bir bütün olarak hukuka ve somut hukuk disiplinlerine ilişkin temel nesnel ve evrensel ilkelerin araştırılması, belirlenmesi ve geliştirilmesi doğrultusunda/çerçevesinde çaba harcamak olacaktır.

## KAYNAKÇA

- ARAL, Vecdi: “Doğru Hukuk”, Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl:2, Sy. 10, s.928- 937 (Metinde “Aral DH” olarak gösterilmiştir).
- ARAL, Vecdi: Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, 1983 (Metinde “Aral HFTS” olarak gösterilmiştir).
- CAN, Cahit: Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Ankara, 2002.
- ERKUT, Celal: Hukuka Uygunluk Bloku / İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul, 1996.
- GÜRBÜZ, Ahmet: Hukuk ve Meşruluk

<sup>12</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz: Erkut, s. 63-64.

<sup>13</sup> Jhering, s. 61.

<sup>14</sup> Aral HFTS, s. 160.

- (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, 2004.
- HIRSCH, Ernst E. : “İktidar ve Hukuk” (Çev. Hayrettin Ökçesiz), Hukuk Araştırmaları, C.2, Sy.3, İstanbul, 1987.
  - JHERING, R. Von: Hukuk Uğrunda Savaş (Çev. Rasih Yeğengil), İstanbul 1964.
  - LA BOÉTIE, Etienne: Gönüllü Kulluk Üzerine Söylev (Çev. Mehmet Ali Ağaoğulları), Ankara, 1995.
  - ÖZBİLGİN, Tarık: Hukukta Meşruiyet Meselesi Üzerine Bir Deneme (Ferdietçi Bir Hukuk Anlayışının Müdafası), İstanbul, 1969.
  - POOLE, Ross: Ahlak ve Modernlik (Çev. Mehmet Küçük), İstanbul, 1993.
  - POUND, Roscoe: “Why Law Day”, Harvard Law School Bulletin, C.X, n.3, 1958.
  - SIMMEL, G: Problems of the Psilosophy of History, An Epistemological Essay, Free Press, New York.
  - SPINOZA: Etika (Çev. Hilmi Ziya Ülken), İstanbul, 1984.