

# 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 / 2

(13-17 Eylül 2010, İstanbul)

### 24. KİTAP

*Hazırlayanlar*

*Hayrettin ÖKÇESİZ • Gülriz UYGUR • Saim ÜYE*



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstanbul 2012

Genel Yayın Sıra No: 218

2012/20

ISBN: 978-605-5316-36-5

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. Joseph Raz'ın "Zarar İlkesi" Yaklaşımı - *F İrem Çağlar Gürgey* .....7
2. Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru - *Altan Heper* .....15
3. Dikkat Cehalet Peçesinde Yırtık Var - *Yasemin Işıktaç* .....28
4. Çocuk Ceza Adaletini Çifte Şiddet Bağlamında Düşünmek - *Verda İrtiş* .....46
5. Dünya Problemleri Karşısında Hukuk Felsefesi - *Talip Kabadayı* .....57
6. Aristoteles'te Adalet ve Erdem Arasındaki İlişki - *Erman Kar* .....60
7. Hukuk, Dil ve Hukuki Belirsizlik - *Meriç Seyhan Karaca* .....64
8. Hukuk Kliniği Çalışmaları Aile İçi Şiddetle Mücadele Bağlamında Türkiye'deki Hukuk Fakültelerinde Alternatif Bir Eğitim Metodu Olabilir mi? - *Olca Karacan* .....69
9. 1862 Rum Patrikliği Nizamı Çerçevesinde Fener Rum - Ortodoks Patrikhanesi - *Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu* .....75
10. Hukuk-Etik İlişkisi - *Yusuf Karakoç* .....91
11. Günümüzdeki Hukukun Denge Arayışı Karşısında Birey ve Toplum - *Jale Karakaş* .....96
12. Türk - İsviçre Borçlar Hukukunun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemesi Üzerinde Tabii Hukuk Akımının Etkisi - *Sevgi Kayak* .....104
13. Adalet - Muhabbet Diyalektiği: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Tarihi Düşünürlerinden Kınalızade'nin Adalet Kuramı - *Muharrem Kılıç* .....112
14. Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi - *Umut Koloş* ..... 119
15. Evrensel Hukukun Aporia'sı Olarak Kan Davası Problemi - *Erhan Kuçlu* ..... 137
16. Hukuksal Romantizm - *Mustafa Talat Kutlu* ..... 141
17. Hukuk Sistemi ve Beyaz Yakalı Suçlar İlişkisi - *M. Kayhan Mutlu* ..... 152
18. Adli Yargı Hakimlerinin Görevde Yükselme Şartlarının (Terfi Sisteminin) Yargı Bağımsızlığına Etkisi - *Cengiz Otacı* ..... 156
19. Yasaların Toplumsal Kökeni: İthal Dayatmacılık / Yerel Pratikler - *Güncel Önkal* • *Aysegül Sılı* ..... 172
20. Avukatlık Mesleği ve Reklam - *Nadire Özdemir* • *Funda Algın* • *Deniz Şahin* ..... 181
21. Özel Hayat Kavramının Soykütüğü - *Türkan Özkan* ..... 187

22. Platon'un Adalet Tasarımı - <i>Hasan Sanlı</i> .....	192
23. Küreselleşme, Kapitalizm ve Rekabet Hukuku İlişkisi - <i>Hande Çelik Şahin</i> • <i>Murat Şahin</i> .....	197
24. Çin'in Konfüçyüsçülük Kültürü Bağlamında İnsan Hakları Konusunda Sorunlar - <i>Lichun TIAN</i> , <i>Çev. Altan Heper</i> .....	207
25. Klasik ve Modern Devlet - <i>Neşet Toku</i> .....	217



# Joseph Raz'ın "Zarar İlkesi" Yaklaşımı

F. İrem ÇAĞLAR\*

Hukuk felsefesiyle ilişkili çalışmalara bakıldığında Joseph Raz adı genellikle "otorite" başlığı altında tartışılmaktadır. Burada Raz söz konusu kavram üzerinden değil, ancak onunla ilişkili diğer bir başlık konusu "zarar" kavramı bağlamında ele alınacaktır.

Raz'ın zarar ilkesine ilişkin yaklaşımı ortaya konulurken, O'nun "The Morality of Freedom" adlı kitabı temel alınmıştır. Bu eser yazarın çeşitli dergi ve sempozyumlarda ortaya koyduğu çalışmalarının derlemesinden oluşmaktadır. Neil McCormick, Raz'ın söz konusu eserine ilişkin olarak John Stuart Mill'in "Özgürlük Üzerine" adlı kitabından sonra liberal ilkelere yönelik belirgin bir yeni duruş olarak nitelendirmektedir.<sup>1</sup> Jeremy Waldron da benzer şekilde Raz'ın söz konusu kitabının liberal tartışmalara yeni bir yön verdiğini düşünmektedir.<sup>2</sup> Özetle eser çağdaş liberal siyaset teorisinin başat eserlerinden birisi olarak kabul edilmektedir.

Çağdaş liberalizm en iyi şekilde John Rawls, Ronald Dworkin ve Joel Feinberg gibi yazarların kitaplarıyla tanımlanmaktadır. Bu çalışmalarda çağdaş liberalizmi karakterize eden iki öncüle rastlanmaktadır. Bunlardan ilki devletin ve onun hukuk sisteminin toplumun üyesi olan bireyler tarafından sürdürülen çatışan ahlaki iyi an-

layışları karşısında nötr olması gerekliliğidir. İkincisi ise devletin vatandaşın iradesi dışında ona şiddet uygulayabileceği tek meşru amacın başkalarına gelebilecek olan zararı engellemek olduğudur.

Raz çağdaş liberalizmin bu iki öncülüyle de çatışmaktadır. Ona göre çağdaş liberalizmin nötrlüğü bir ideal olarak kabul etmesi boşuna bir çabadır. Bu düşünceyle Raz devlet nötr olmamalıdır dememekte, devletin nötr olma kabiliyetinden yoksun olduğunu belirtmektedir. Çağdaş liberalizmin ikinci öncülü olarak kabul edilen zarar ilkesi ise mükemmeliyetçi olmayan bir yaklaşım olarak ele alınmaktadır. Raz zarar ilkesinin kendisinin mükemmeliyetçi bir ideal olduğunu ileri sürerek bu öncüle de karşı çıkmaktadır.<sup>3</sup> Klasik anlamda liberal zarar ilkesi devleti sınırlamaya yönelikken, Raz'ın yorumunda devleti sınırlayıcı bir ilke olarak değil, bireylerin refahını attırma için bir yol olarak öngörülmektedir.<sup>4</sup> Büyük ölçüde liberal zarar ilkesini kabul etmekle beraber özerkliği temel alması nedeniyle, Raz'ın zarar ilkesi farklılaşmaktadır.

Raz'ın siyaset teorisi yaklaşımı mükemmeliyetçilik karşıtı yaklaşımlar tarafından sıklıkla eleştirilmekte ve liberal olmayan duruşları deşifre edilmektedir. Ancak Raz'ın teorisini kesinlikle libe-

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

1 Neil McCormick, "Access to the Goods", *Times Literary Supplement*, 5 Haziran 1987, s. 599, Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986, arka kapak.

2 Jeremy Waldron, "Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom", *Southern California Law Review*, cilt 62, sayı 4, 1988-1989, s. 1101.

3 Wojciech Sadurski, "Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle", *Oxford Journal of Legal Studies*, cilt 10, sayı 1, 1990, s. 122-123.

4 Raz, 1986, s. 420.

ral yapan onun siyaset teorisinde bireysel özerkliğe yaptığı vurgudur.<sup>5</sup> Bireysel özerklik ahlaki özerklikten farklıdır. Ahlaki özerklik kişinin kendi kendine objektif ahlaki prensiplerin buyruğu altına girmesini ifade etmektedir. Yani ahlaki özerklik, kişinin içinde bulunduğu durumun özel koşullarına bakılmaksızın eylemin doğru yönünü belirlemeyi gerektirmektedir. Bireysel özerklik ise iyi bir hayat yaşamak için gereken koşulları sağlayan kendiliğinden bir değerdir. Bireysel özerkliğe sahip insan aynı zamanda kararlarını baskıcı güçlerden bağımsız olarak verme ve seçenekler silsilesine sahip olabilme yeteneğine de sahiptir.<sup>6</sup> Söz konusu farklılığı açıklamak için *Raz* toplama kamplarındaki insanları örnek göstermektedir. Toplama kamplarındaki mahkumların ahlaki anlamda özerk olduklarını fakat bireysel özerkliklerinin olmadığını belirtmektedir.<sup>7</sup>

Bireysel özerklik değeri bireyin özgürce yaptığı seçimlerle gerçekleşmektedir. *Raz* bunu şu şekilde açıklamaktadır:

*Bireysel özerklik idealinin arkasındaki hakim görüş insanların kendi hayatlarını kendilerinin belirlemesi gerektiğidir. Özerk insan (kısmi) kendi hayatının yazarıdır. Bireysel özerklik ideali insanların bir ölçüye kadar kendi hayatlarında kaderlerini kontrol edebildikleri, birbirini izleyen kararlar doğrultusunda şekillendirebileceklerine ilişkin bir görüştür.*<sup>8</sup>

*Raz*'a göre “özerklik” zorlanmış seçimlerden oluşan hayatın zıddıdır. Hayatı

boyunca hiç seçim yapma şansı olmayan bir kişinin durumu özerkliğin tam tersini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle birey özerklik kapasitesi olmasına rağmen bunu yaptığı seçimler doğrultusunda uygulamaya geçiremiyorsa yani özerklik değerini gerçekleştiriyorsa burada özerklikten bahsedilemez.<sup>9</sup> Özerk insan *Raz*'a göre bireyin kendi bütünlüğünü, kendine olan saygısını, onurunu sağlamak adına kendi bireysel projeleri olan, kendi kişisel ilişkilerini geliştirebilen kişidir.<sup>10</sup>

Özerkliğin niteliği gereği kimse başka bir kimseyi özerk kılamaz.<sup>11</sup> *Raz* bunu şu sözle ifade etmektedir. “Atı suya götürebilirsin ama onun su içmeye zorlayamazsın”. Ancak eğer ben özerk seçimler yapabilecek kapasiteysem, insanlar benim seçim yapmam konusunda bir farklılık yaratabilirler. *Raz* belirli koşullar olmadan özerkliğin gerçekleşmeyeceğini düşünmektedir. Bu koşulların gerçekleşmesini sağlamak konusunda devlete ve bireylere sorumluluklar yüklemektedir.

Öncelikle özerkliğin gerçekleşebilmesi için bireyin yeterli derecede karmaşık türde planları şekillendirebilecek ve bunları ifa edebilecek akli yeteneklerinin olması gerekmektedir. Bu kabiliyete sahip olabilmek için gerekli olan koşullar vardır. Bunlardan bazıları bireye, bazıları da yaşadığı ortama bağlıdır. Bireye bağlı olarak zihinsel kabiliyetler söz konusudur. Örneğin hatırlama, idrak etme, bilgiyi kullanma gibi. Bunun yanında duygusal ve hayal gücüne

5 Robert George, “The Unorthodox Liberalism of Joseph Raz”, *The Review of Politics*, cilt 53, sayı 4, 1991, s. 661.

6 Halit Uyanık, *Joseph Raz'da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2007, İstanbul, s. 31-32

7 Joseph Raz, “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle”, *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, der: Susan Mendus, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, s. 158, *Raz*, 1986, s.370, dipnot 2.

8 *Raz*, 1986, s. 369.

9 *Raz*, 1986, s. 371.

10 *Raz*, 1986, s. 154.



ilişkin yetenekler de söz konusudur ki bunlar da bireye bağlıdır. Örneğin istikrarlı olma, sadakatli olma gibi. Kişisel ilişki geliştirebilme, duygusal ilişkilere girme ve sürdürebilme yetenekleri yaşadığı ortama bağlı olarak gelişebilecek yetenekler arasında sayılmaktadır.<sup>12</sup>

*Raz*'a göre bir insanın özerk olarak nitelendirilebilmesi için yeterli derecede değerli seçeneklerin uygulanabilir olmasını gerekmektedir. Bir kişiye seçenek sunulması onu özerk kılmak için yeterli değildir. Yeterli ölçüde uygun seçeneklerin bulunması gerekmektedir. *Raz* bunu şu örneklerle açıklamaktadır. Bireyin önüne bir kasenin için de birbirine benzeyen kirazlar koyarsanız ve bunlar arasında bir seçim yapmasını isterseniz, bireyin özerkliğini sağlamış olamazsınız.<sup>13</sup>

*Raz*'a göre özerkliğin değer olarak kabul edilebilmesi için sadece ahlaki olarak iyi seçeneklerin seçilmesi gerekmektedir. Zira ahlaki olarak kötü seçeneklerin seçilmesi insanın refahına özerk olmayan bir hayattan daha kötü etki etmektedir.<sup>14</sup>

Bir insanın özerkliğinden bahsedilebilmesi için kişinin yaptığı seçimlerin onun hayatında değişiklikler yaratması gerekmektedir. Örneğin hapishanedeki bir insan belirli seçimleri yapmak niyetinde olabilir ve bunlar arasında bazıları seçime aday olabilir ancak söz konusu seçimleri hayata geçiremediği sürece bu kararları hayatında bir değişiklik yaratmayacaktır. Bu bağlamda hiçbir müdahalenin olmaması anlamında negatif özgürlük, özerklik için vazgeçilmez bir durum olarak düşünüle-

bilir. Bir insanın her türlü kararı zorlama yoluyla ortaya konuluyorsa, bu kişinin hayatında değişiklik olsa bile onun özerkliğinden bahsedilemez. Kişi paralize edilmiş ve kendisine sunulan seçeneklerden yararlanamıyorsa, yine bu kişinin de özerkliğinden bahsedilemez.<sup>15</sup>

Bir kişinin önüne getirilen seçenek onun hayatta kalmasını sağlıyorsa, burada kişinin yaptığı seçim onu özerk kılmayacaktır. Zira üzerinde bir baskı söz konusudur. Paranı mı canını mı? gibi bir soruyla karşılaştığında insan hem zorlamayla karşılaşmaktadır hem de seçeneklerin uygunluğu söz konusu değildir.<sup>16</sup> Bu bağlamda yapılan bir seçim nedeniyle kişinin özerk olduğundan bahsedilemez. Benzer şekilde temel ihtiyaçlardan yoksun bir kişinin yaptığı seçimlerin de özerkliğe bir katkısı olmadığı düşünülebilir.<sup>17</sup>

*Raz* biyolojik ihtiyaçların ötesindeki ihtiyaçların giderilmemesinin kişi üzerinde baskı oluşturmasını nedeniyle özerkliğe bir tehdit olduğunu belirtmektedir. Örneğin bir heykeltıraşın hayatı boyunca uğraştığı bir heykeli kırmakla tehdit etmek ya da sevdiklerine zarar vermekle tehdit etmek kişinin üzerinde baskı kurmakta ve belirli bir yönde seçim yapmasına neden olmaktadır. Kişinin burada bir seçim yapıyor olması onun özerk olduğu anlamına gelmemektedir.

*Raz* "zorlama" ve "manipülasyon" kavramları arasında bir ayırma gitmektedir. Zorlamada bir insana çekici gelebilecek seçenekler katlanılmaz bedellerle birleştirilerek, seçenekler kasti olarak azaltılmak-

11 *Raz*, 1988, s. 165.

12 *Raz*, age., s. 408; Stephen Mulhall&Adam Swift, *Liberalism and Communitarians*, Blackwell, Oxford-Cambridge, 1992, s. 273; Waldron, agm., 1988-1989, s. 1115.

13 *Raz*, agm, 1988, s. 161.

14 *Raz*, 1986, s. 381; George, agm., s. 657.

15 *Raz*, agm, 1988, s. 156-157.

16 *Raz*, agm., 1988, s. 158.

17 Waldron, 1988-1989, s. 1116; *Raz*, age., s. 156.

tadır. Manipülasyonda ise insanın seçeneklerine karışılmamakta fakat bireyin kararına ulaşma yolu saptırılmaktadır. Aslında *Raz* bu ayırım üzerinde çok fazla durmamaktadır. Burada önemli olan manipülasyonun zorlama kadar özerkliğe müdahale ettiğiidir. Bu bağlamda siyasetin zorlama kadar manipülasyon yapmaktan uzak durması gerekmektedir.<sup>18</sup>

Bir insanın özerk olmasına yardım etmek sadece ona zorlama yapmaktan ya da manipüle etmekten kaçınmakla sınırlı değildir. Bunun dışında da *Raz* özerklik temelli görevler olduğunu belirtmektedir. *Raz*'ın özerklik temelli görevleri negatif ve pozitif olmak üzere ikiye ayrılabilir. Zorlama ve manipülasyon yapmaktan sakınmak negatif görevler arasında yer alırken, özerkliğin koşulu olan kapasitenin geliştirilmesine yardımcı olmak ve özerkliğin gerçekleşmesi için gerekli, yeterli derecedeki ahlaken iyi seçeneklerin uygunluğunun sağlamak gibi pozitif görevler de söz konusudur.<sup>19</sup> Genellikle özerklik temelli görevler denilince, negatif görevler kastedilmektedir. Ancak *Raz* bunun ötesine geçerek pozitif görevler de belirleyerek mükemmeliyetçi duruşunu ortaya koymaktadır.

*Raz*'a göre belirli sosyal kurumların, pratiklerin ve geleneklerin varlığı, ki bunu sosyal formlar olarak adlandırmaktadır, insanların seçim yapabilmesi için gerekli olan ahlaki açıdan iyi seçimlerin olanaklılığını sağlamaktadır. Örneğin evlilik gibi bir seçeneğin olabilmesi için evlilik kurumunun toplumsal hayatta var olması gerekmektedir. Sosyal ve hukuksal anlamda evlilik kurumunun varlığı bireysel bir mesele

değil, toplumsal bir meseledir. *Raz* bunu tek eşli evlilik örneğinden yola çıkarak açıklamaktadır. *Raz* tek eşli evlilik tipinin gerçekleştirilebilmesi için bunun kültür tarafından kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda devletin bu tür bir sosyal yapıyı da desteklemesi gerekmektedir.<sup>20</sup> Devlet bu sosyal formları destekleyerek bireyin özerkliğini zedelememekte tam tersine *Raz*'a göre onu desteklemektedir.

Liberal devletin siyasi eylemler aracılığıyla bireyin esenliğini sağlamak gibi yükümlülüğü söz konusudur. Bireylerin esenliği büyük ölçüde kendiliğinden bir değer olan özerklik değerinin gerçekleşmesiyle oluşmaktadır. Özerklik değerinin gerçekleşmesi uygun seçeneklerin sağlanmasıyla olacaktır ki, bu da büyük ölçüde sosyal formlara bağlıdır. Sosyal formların devlet eylemleriyle desteklenmesi bireyin refahı için bir önkoşul oluşturmaktadır.<sup>21</sup>

Bu durumda *Raz* sosyal yapının bireye olan önceliğini temel alan cemaatçi tezle örtüşmektedir. Aynı zamanda sosyal formların uygun hale getirilmesi konusunda devlete pozitif bir takım görevler yükleyerek, devlet mükemmeliyetçiliğini de savunmaktadır.<sup>22</sup>

*Raz*'a göre özerklik temelli görevleri yerine getirmeyen bireyler ya da devletler başkalarına zarar vermektedirler. Bireyin özerkliğine saygı büyük ölçüde ona uygun seçeneklerin korunmasını içermektedir. Bireyi söz konusu seçenekleri kullanabilmesinde ya da fırsatlardan yoksun bırakmak ona zarar vermenin bir türüdür.<sup>23</sup> Bir kişiye zarar vermek sadece onu belirli seçenekler yoksun bırakmayı kapsamamaktadır. Aynı zamanda sürdürdüğü projelerde işinin ve

18 *Raz, age., s. 420, Waldron, 1988-1989, s. 1117.*

19 *Raz, agm., 1988, s. 166.*

20 *George, agm., s. 658-659.*

21 *Mulhall&Smith, age., s. 270-272.*

22 *Mulhall&Smith, age., s. 267.*

23 *Raz, agm., 1988, s. 169.*

ilişkilerinin bozulması da zarar kapsamı içinde değerlendirilmelidir.<sup>24</sup>

Diğer düşünürlerde olduğu gibi *Raz*'ın zarar kavramının içeriği net değildir. Ancak zarar kavramının içeriğine biraz açıklık getirmek adına zarar ilkesi dar ve geniş olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Dar anlamda zarar özerkliği korumaya yöneliktir. Bireyin sahip olduğu özerkliği zedeleyici faaliyetleri bertaraf edilmezse kişiye dar anlamda zarar uygulanmış demektir. Ancak *Raz*'a göre bireyin özerkliğine zarar vermek sadece onun korunmasına zarar vermek değildir. Aynı zamanda bireyin özerkliğin geliştirilmesine yardım etmemek buna ilişkin görevleri yerine getirmemek kişiye geniş anlamda zarar vermek demektir. Bu bağlamda *Raz*'ın zarar ilkesi kendisinin de belirttiği geniş anlamda zarar ilkesidir.<sup>25</sup>

Klasik anlamda yani dar anlamda zarar ilkesine göre bir insana zorlama yoluyla karışmanın tek gerekçesi onu dar anlamda zarardan korumaktır. Bu teze ilişkin itiraz muhafazakarlardan gelmektedir. Onlara göre devletlerin genel ahlakı empoze etmek gibi bir görevi vardır. Mill ve Onun gibi düşünen liberaller bunu engellemek adına zarar ilkesini geliştirmişlerdir. Onlara göre başkasına zarar vermeyen ahlaka aykırı eylemler cezalandırılmazlar. *Raz* da bu konuda aynı şekilde düşünmektedir. Ona göre mükemmeliyetçi liberalizm ahlaka aykırı eylemlerin devletler tarafından engellenmesini gerektirmektedir. Ahlaka aykırı bir eylem liberal devlet korumasından ve desteğinden yararlanamayacaktır.

*Sadurski*'ye göre zarar ilkesi mükemmeliyetçi bir ideal olarak özerklik ilkesin-

den çıkarılırsa, özerkliğin değerli olabilmesi sadece ahlaki olarak iyi eylemlerle donatılabilmesine bağlıdır. Bu durumda bir eylem başkalarına zarar vermese bile ahlaki olarak kötü bir davranışı içeriyorsa, zarar ilkesi bağlamında bu kişinin korunması güç olacaktır. Sadece ahlaki olarak iyi seçimler devletin şiddet içeren müdahalelerinden korunabilecektir ki, bu durumda *Sadurski*'ye göre zarar ilkesi tüm anlamını yitirecektir.<sup>26</sup>

*Raz*'a göre bu yorum, zarar ilkesinin mükemmeliyetçilik karşıtı okumasından kaynaklanmaktadır. Ona göre mükemmeliyetçi politikaların şiddet kullanımıyla gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. *Raz*'ın liberal siyaset felsefesini diğer liberallerden farklı kılan özelliği budur.<sup>27</sup> *Raz* vergilendirme, sübvansiyon, belirli hukuki düzenlemeler gibi zorlama içermeyen metotlarla ahlaka aykırı eylemlerle mücadele edilebileceğini düşünmektedir.

İnsanların refahının temeli olan özerklik devlet aracılığıyla zedelenemez. Diğer bir deyişle devlet baskı araçlarıyla mağduru olmayan ahlaka aykırılıkları engelleyemez. Baskı araçlarıyla kastedilen devletin ceza hukuku aracılığıyla mağduru olmayan genel ahlaka aykırı eylemleri suç olarak düzenlenmesinin engellenmesidir.

*James Stephen, Lord Devlin* gibi hukukçular ise her türlü kötülüğün bastırılmasının hukuku alanı içinde olduğunu iddia etmektedirler.<sup>28</sup> *Raz* söz konusu muhafazakar görüşlerin aksine liberal konumu net bir şekilde ortaya koyarak, ceza hukukun genel ahlaka aykırı fakat mağduru olmayan eylemleri suç kapsamında düzenlemesini ahlaki olarak yanlış olduğunu

24 *Raz, agm.*, 1988, s. 169-170.

25 *Raz, agm.*, 1988, s. 170.

26 *Sadurski, agm.*, s. 131.

27 *George, agm.*, s. 661.

28 *Herbert L. A. Hart, Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000, s. 1-31.

belirtmektedir.<sup>29</sup> Ona göre özerkliği ilke kabul eden düşünceler "mağduru olmayan suçlar" olduğuna ilişkin düşünceleri reddetmektedirler. Ancak bu düşüncesinin mükemmeliyetçi yaklaşımlarla bazı açılardan örtüşmediğini de kabul etmektedir. Zira *Raz*'ın mükemmeliyetçilik düşüncesine göre devlet ahlaki desteklemelidir. Bu anlayış liberal bir yaklaşım olarak klasik anlamda zarar ilkesinin reddi anlamına gelmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi klasik anlamda zarar ilkesi devletin genel ahlaki hukuk aracılığıyla empoze etme özgülüğünü engellemektedir. *Raz* farklı bir anlayışla zarar ilkesini ele aldığı devletin ahlaki meselelerle ilgili amaçları üzerindeki bir sınırlama olarak değil, ahlaki uygulamanın uygun bir yolu olarak ele almaktadır.<sup>30</sup> Burada *Raz*'ın kastettiği ahlak anlayışı bireysel özerkliği iyi hayatın temel bir bileşeni olarak ele alan bir ahlak anlayışıdır. Dolayısıyla devletin uygulamakla izinli ve hatta yükümlü olduğu ahlak anlayışı özerkliği ilke olarak kabul etmelidir. Özerkliğin ilke olarak kabul edilmesi tüm insanlara ve devlete özerkliğin koşullarının korunması gibi bir pozitif görev yüklemektedir ki bunlar *Raz*'a göre ahlakın temel ilkeleri olarak kabul edilmelidir.<sup>31</sup>

*Raz*'a göre özerklik temelli görevler sadece özerkliğin kaybının korunmasıyla sınırlı değildir. Aynı zamanda başkalarının özerkliğini artıran faaliyetlerde bulunulması gerekmektedir. Özerkliği geliştirici faaliyetlerde bulunmamak bazen bir başkasına zarar verebilmektedir.<sup>32</sup> Bu özerklik temelli görevlere ilişkin *Raz*'ın farklı bir yaklaşımını ortaya koymaktadır. Bir insanın özerkliğine ilişkin koşullarının

iyileştirilmesinde daha önce kötü olan bir durumu iyi hale getirilmemektedir. Burada iyi durumda olan bir kişinin daha iyi hale getirilmesi söz konusudur. Bir insana zarar vermek her zaman onu daha kötü durumu sokmak demek değildir. Bazen daha iyi koşul yaratmak da kişiye zarar vermek demektir. Sonuç olarak, devletler bireylerin özerkliğini desteklemek gibi görevleri vardır. *Raz*'a göre zarar ilkesi buna izin vermektedir. İnsanların özerkliği azaltan eylemleri durdurmak adına ve özerkliği geliştiren eylemleri yapmaya zorlamak adına bireye müdahale edilebilir.<sup>33</sup>

*Raz*'ın zarar ilkesi tüm özerklik temelli görevleri kapsamaktadır. Bir kişi başkalarına karşı olan özerklik temelli sorumluluklarını yerine getirmezse, ona zarar vermiş demektir. Söz konusu sorumluluklar diğer kişinin özerkliğini korumak adına olabileceği gibi, onun özerkliğini desteklemek için de olabilir. Buna göre vatandaşların özerkliğini desteklemek gibi bir görevi olan devlet kaynakların yeniden dağıtılması konusunda yetkilidir. Kaynakların yeniden dağıtımıyla devlet kamu hizmetlerini sağlamak ve zorunlu diğer hizmetlere desteklemektedir. Devlet ortaya koyduğu hukuksal düzenlemelerle özerklik temelli görevlerini somutlaştırmaktadır. Zarar ilkesi neticesinde ortaya çıkan zorlama hukuka uygun bir şekilde ortaya konulmaktadır. Hukuk özerklik temelli görevlerini yansıttığı sürece zarar ilkesi yerine getirilebilecektir.<sup>34</sup> Ancak daha önce de belirtildiği üzere, *Raz*'a göre özerklik ilkesi mükemmeliyetçi bir ilkedir. Özerk bir hayatın değerli olabilmesi için kabul edilebilir değerli projeler ve ilişkilerin sür-

29 *Raz*, **age.**, s. 415; George, **agm.**, 1991, s. 662.

30 *Raz*, **age.**, s. 415, 420, George, **agm.**, s. 1991, s. 662; Patrick Neal, *Liberalism and Its Discontents*, New York University Press, New York, 1997, s. 138.

31 *Raz*, **age.**, s. 415.

32 *Raz*, **agm.**, 1988, s. 171.

33 *Raz*, **agm.**, 1988, s. 171-172.

34 *Raz*, **agm.**, 1988, s. 172.

dürülmesi gerekmektedir. Özerklik ilkesi, devletlere ahlaki olarak değerli fırsatların yaratılmasına izin vermekte ve hatta zorunlu kılmaktadır. Aynı zamanda devletlerden kötü fırsatların elimine edilmesini zorunlu kılmaktadır- bu *Raz*'ın zarar ilkesi yaklaşımının liberaller açısından en problemlisi kısmıdır. Eleştiriler tamamen bu noktada toparlanmaktadır.

*Raz*'ın özerklik temelli zarar ilkesi yaklaşımı kültürel farklılıklar açısından da bir takım problemlere çözüm getirmek konusunda zorlanmaktadır. Özerkliği desteklemeyen toplumlar ki bunlar çoğunlukla göçmen, dinsel gruplar ya da yerli halklardır, genellikle çocuklarını kendi kültürel anlayışları çerçevesinde yetiştirmek istemektedirler. Birçok çağdaş liberal ve *Raz* açısından bu özerkliğin ihlali anlamına gelmektedir ve bu tür bir politikanın liberaller tarafından desteklenmesi imkansızdır. *Raz*'a göre böyle bir eğitim anlayışı bireye zarar vermektedir ve bu devlet tarafından desteklenemeyecektir.<sup>35</sup> *Raz* liberal olmayan kültürlerin çoğunluk kültürü liberal olan kültüre göre ikincil olduğunu düşünmektedir. Söz konusu liberal olmayan gruplar kendi çocuklarının bireysel özerkliğine değer vermediği sürece saygıyı hak etmediklerini düşünmektedir. Bu gruplara tolerans gösterilip gösterilmeyeceği *Raz*'a göre problemlisi bir meseledir. Azınlık grupları, göçmen grupları ya da küçük dinsel gruplar gelişebilir durumdaysalar, başkalarına zarar vermiyorlarsa ve üyelerine yeterli ve tatmin edici bir yaşam sunuyorlarsa, *Raz* bu tür gruplara tolerans gösterilebileceğini düşünmektedir. Bu toplumların üyeleri özerkliğe alışkın olmadıkları için

hem özerklik kapasiteleri hem bu yeteneği destekleyici kültürel bir bağlamdan yoksundurlar. Liberal olmayan gruplar özerk olma kapasitesinden yoksunlarsa, bireyler sadece gruplarındaki liderlerinin baskısı sayesinde yaşayabiliyorlarsa, çocuklarına az eğitim ve fırsat verilebiliyorsa, *Raz*'a göre mükemmeliyetçi politikalar gereği bu azınlık grupları asimile edilebilir.<sup>36</sup> Ancak *Raz*'ın kültürel azınlık gruplarına yönelik bu katı tutumu daha sonra ele aldığı yazılarında farklılaştığını ve *Raz*'ın liberal bir çokkültürlülük programı geliştirdiğini görmekteyiz.<sup>37</sup> Bu programlarda kültürel farklılıkların korunması ve desteklenmesinin bireysel özerkliğin geliştirilmesi açısından önemli olduğunu vurgulamaktadır. Zira farklılıkların yok edilmesini bireyin önündeki iyi yaşam seçeneklerin bertaraf edilmesi olarak kabul ederek özerkliği zedeleyeceğini düşünmektedir. Aynı ölçüde kültürel aidiyetin bireyin kimliği ve özsaygısı açısından da son derece önemli olduğunu vurgulamaktadır.

Sonuç olarak *Raz*'ın zarar ilkesi yaklaşımı özerkliği temel aldığı için liberal olarak kabul edilmelidir. Mağduru olmayan ahlaka aykırı eylemleri de elimini etmek için zorlama içermeyen metodların kullanılması gerektiğini belirterek biraz muhafazakar tezlerden uzaklaşmakta ve liberallerden farklı bir konuma yerleşmektedir. Ancak özerkliğin korunması ve geliştirilmesi adına devlete ve bireylere pozitif görevler yüklemesi günümüzün temel problemlerinden birisi olan farklılıkların tanınması meselesinde düşünsel bir açılım sağlamaktadır.

35 *Raz, age.*, s. 423.

36 *Raz, age.*, s. 423-424; Briku Parekh, Çokkültürlülüğü Yeniden Düşünmek-Kültürel Çeşitlilik ve Siyasi Teori, Phoenix Yayınları, çev: Bilge Tanrıseven, 2002, Ankara, s. 121.

37 Joseph Raz, "Multiculturalism: A Liberal Perspective", *Ethics in the Public Domain- Essays in the Morality of Law and Politics* içinde, Clarendon Paperbacks, Oxford, 2001, s. 177-179; Avishai Margalit ve Joseph Raz, "Ulusların Kendi Kaderini Belirleme Hakkı", Siyasal Düşünce içinde, der: Michael Rosen-Jonathan Wolff, çev: Sevdâ Çalışkan, Hamit Çalışkan, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2006, s. 379.

### KAYNAKÇA

- George, R., “The Unorthodox Liberalism of Joseph Raz”, *The Review of Politics*, cilt 53, sayı 4, 1991, s. 652-671.
- Hart, H.L.A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara, 2000.
- Margalit, A.- Raz, J., “Ulusların Kendi Kaderini Belirleme Hakkı”, *Siyasal Düşünce* içinde, der: Michael Rosen-Jonathan Wolff, çev: Sevda Çalışkan, Hamit Çalışkan, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara, 2006, s. 379-383.
- Mulhall, S.Swift, A., *Liberalism and Communitarians*, Blackwell, Oxford-Cambridge, 1992.
- Neal, P., *Liberalism and Its Discontents*, New York University Press, New York, 1997.
- Parekh, B., *Çokkültürlülüğü Yeniden Düşünmek-Kültürel Çeşitlilik ve Siyasi Teori*, Phoenix Yayınları, çev: Bilge Tanrıseven, Ankara, 2002.
- Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- Raz, J., “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle”, *Justifying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives*, der: Susan Mendus, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, s. 155-175.
- Raz, J., “Multiculturalism: A Liberal Perspective”, *Ethics in the Public Domain- Essays in the Morality of Law and Politics* içinde, Clarendon Paperbacks, Oxford, 2001, s. 170-191.
- Sadurski, W., “Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle”, *Oxford Journal of Legal Studies*, cilt 10, sayı 1, 1990, s 122-133.
- Uyanık, H., *Joseph Raz’da Hukukun Otoritesi Kavramının Temellendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2007.
- Waldron, J., “Autonomy and Perfectionism in Raz’s Morality of Freedom”, *Southern California Law Review*, cilt 62, sayı 4, 1988-1989, s. 1097-1152.

# Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru

Altan HEPER\*

## I. İnsan Onurunun Kültürlerarası İletişimde Önemi

İnsan onuru kavramından bahsedildiğinde herkesin aklına bir şeyler gelmektedir, büyük bir ihtimalle şu anda salonunda oturan arkadaşların kafalarında onur kavramı farklı bağlamlarda bir çağrışım yapmakta, farklı insan onuru ihlallerini düşünmektedirler. Bazılarının aklına belki bir kaç yıl öncesi oldukça meşhur olan bir slogan "insanlık onuru işkenceyi yenecek" gelmekte, bazıları için yeterli delil olmadan verilen tutukluluk kararlarını, uzun süre tutukluluk hali, bazıları özel mahrem telefon görüşmelerinin basında yayınlanmasını, bazıları televizyonda şarkı yarışmalarında yarışmacıların, adayların düştüğü durumun onur kırıcılığını, ölümcül hastalığı olan evladını mali imkansızlıklarla tedavi ettiremeyen ana- babanın durumunu, taşıyıcı anne olarak para kazanmak isteyen bir kadının, mali sıkıntılar nedeniyle böbreğini satmaya kalkan birinin, Laleli'deki bir Doğu Avrupalı fahişenin durumunu içgüdüsel olarak onur kırıcı olarak düşünmekte. Fakat içgüdüsel olarak veya üzerinde kafa yorarak "insan onuru ihlali" dediğimiz olayın gerçekten insan onuruyla bir ilgisi var mıdır? Farklı toplumlarda bu sorulara farklı cevaplar alabilir miyiz?

Bu soruya verdiğimiz verilecek cevaplar kendi kültür perspektivimiz açısından verilen cevaplar olacaktır, bu sorunları farklı kültürlerden insanlarla tartıştığımızda alacağımız cevaplar farklı olacaktır. Taylandlı bir budist rahibin, Mısırlı kökten dinci bir Arabin, İrlandalı koyu bir katoğün, bir Fransız ateistin insan onuruna

ve onun yaşamdaki ihlallerine bakışı çok farklı olacaktır. Üst bir değer olarak insan onuru kültürlerarası iletişimde de önem taşır. Kültürlerarası iletişim en genel anlamıyla farklı kültürlerden, ya da alt kültürlerden insanlar arasındaki iletişimdir. İletişim genel anlamıyla, insanlar arasında düşünce ve duygu alışverişi (Yağbasan, 2009,116) olarak anlaşılmaktadır. Kültür kavramını, kültür biliminin ayrıntılı tartışmalarını bir yana bırakarak, ünlü Hollandalı kültür bilimcisi Gerd Hofstede'nin "kollektif zihinsel program" olarak tanımlıyoruz. Hofstede'ye göre bu program kişi toplulukları (örgütler, halklar, milletler, kültür çevreleri) tarafından ortaklaşa kullanılır ve bu program bizim nasıl davrandığımızı, nasıl düşündüğümüzü belirler. (Hofstede, 2009, 3) Bu tanımlamaya göre kültür Amerikalıyı Amerikalı, Türkü de Türk yapandır. Daha metaforik bir ifadeyle beynimiz komputerdeki hard ware gibi çalışır, ve kültür soft ware gibi, bir program olarak bu hard ware üzerinde çalışır. Bunun sonucu olarak kültürün doğuştan gelen bir faktör olmadığını, genetik nedenlerle Amerikalıların bireyciliği, sırnaşık, cıvıklığı takdir eden, Almanların düzeni, kuralları seven insanlar olmadığını tespit etmekteyiz. Kültür daha ziyade yetişmeyle ve çevre etkisiyle öğrenilen bir davranış gösterir ve bu davranışlar çevreye özgü, çocukluk, okul, örgütlenmeler gibi zihinsel programlardan etkilenir, bu programlar da tabii değişime açıktır. Bu zihinsel program değiştiğinde teorik olarak bir Alman

\* Avukat Stuttgart ve İstanbul Baroları, Tübingen, Würzburg ve Özyeğin Üniversitelerinde Öğretim Görevlisi

bir Amerikalı gibi hareket edebilir. Kültür toplumların ve bireylerin ortak değerleri, yaklaşımları, kuralları, bilgiyi, ahlakı, yasaları, davranış biçimlerini etkiler, bütün bunlar da bir bireyin kendini nasıl hissettiğini, nasıl düşündüğünü, nasıl hareket ettiğini, kendini ve başkasını nasıl gördüğünü etkiler (Mitchel, 2006, 6). Kültür bir kuşaktan diğer kuşağa miras olarak intikal eder ve sürekli olarak etkilenmeye açıktır.

Farklı kültürlerden gelen kişilerin bir-biriyle ilişkilerinde çatışma ihtimali her zaman yüksektir. Yukarıda anılan farklı kültür çevrelerinden gelen insanların biraraya geldiğini düşünelim. Farklı sosyalleşmeler, farklı (ön) anlayışlar bu kişilerin iletişiminde yanlış anlamaya yol açacaktır. Bazen dostahane olarak düşünülen bir jest farklı bir kültürde hakaret anlamına gelebilmektedir. Kültürler arası iletişimle kültürden kaynaklanan yanlış anlamalar giderilmeye çalışılmaktadır. Kültürler arası iletişimle, farklı kültürlerden insanları anlama, onların davranışlarını, duygu ve düşüncelerini analiz yeteneği geliştirilmektedir. Tabii gerçekleşmesi çok da zor olsa ideal olarak da bu kültür çevresine uygun hareket etme yeteneği kazandırılmaya çalışılmaktadır. Kültürlerarası iletişim yeteneği, başkalarını, ötekini anlama yeteneği, yabancı kültürlere saygı duymayı, geçici olarak yaşanılan ülkelerin kültürüne ilgi, esneklik, tolerans, karşılıklı anlayış ve dayanışmayı kapsar (Podsiadowski, 2004, 47)

Kültürlerarası iletişimin gittikçe artan önemi üç ana nedene bağlıdır. Birinci sebep globalleşme, ikinci sebep uluslararasılık, üçüncü sebep çok kültürlülüktür. (Ertl / Gymnich, 2007,6)

İnsan onuru kavramının yukarıda sayılan üç faktör bağlamında ne gibi bir işlevi vardır ?

İnsan onuru uluslararası diyalogda sıkça gündeme gelmektedir. İkinci Dünya savaşı sonrası uluslararası anlamda kabul

gören en önemli belge olan 1949 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi insan onuru kavramını esas almaktadırlar. İnsan hakları, kadın-erkek eşitliği, işkence, fena muamele, ölüm cezası tartışmalarında insan onuru teması işlenmektedir. Biyoetik, biyotıp sözleşmelerinde de insan onuru uzlaşmalar sağlamada, normatif bir temel teşkil etmede rol oynamaktadır ( Andorno, 2009,223) . İnsan onuru, bir çok batı Avrupa ülkesi gibi göçmen alan, nüfusunun dörtte biri, beşte biri gibi göçmen kökenli olan, çok farklı kültürlerin bir arada yaşadığı ülkelerde toplumun üzerinde anlaşabileceği yegane değeri oluşturmaktadır. Örneğin Almanya gibi nüfusunun yaklaşık yüzde yirmisinin göçmen kökenli, üçte birinin hiç hristiyan inancı taşımadığı, 3, 4 milyon müslümanın bulunduğu "[http://www.integration-in-deutschland.de/nn\\_282926/subsites/integration/DE/02\\_2](http://www.integration-in-deutschland.de/nn_282926/subsites/integration/DE/02_2)" seküler bir devlette toplumun çoğunluğunun paylaştığı hristiyanlık değerlerini ortak değer olarak adlandıramayız. Hatta hristiyanlığın insan onuru konseptini dahi toplumun ortak değeri olarak göremeyiz.

Bu çalışmada en genel hatlarıyla insan onurundan ne anlaşıldığına kısaca değineceğiz (I). İkinci olarak (II) farklı kültürlerde ve dinlerde insan onuru kavramına kısaca bakacağız. Üçüncü olarak (III) farklı insan onuru konseptlerinin kültürlerarası iletişimde sonuçları incelenecek, dördüncü olarak (IV) insan onurunun batı Avrupa toplumları gibi çok kültürlü toplumlarda üzerinde herkesin anlaştığı bir normatif ölçü sağlaması incelenecektir. Beşinci (V) ve son olarak da uluslararası insan hakları diyalogunda ve uluslararası sözleşmelerde, özellikle biyoetik, biyotıp sözleşmelerinde insan onuru tartışmaları kültürlerarası iletişim bağlamında irdelenecektir.



## II. İnsan Onurundan Ne Anlaşılır ?

Batılı konseptlerden hareketle insan onurunu bir insana sadece insan olduğu için hasredilen değer ve hakları gösteren bir figur, bir kategori olarak görmekteyiz, bu kategori insana belirli mutlak haklar ve bazı yükümlülükler getirmektedir. İnsan onuru bir tasarımdır, bu tasarıma göre bütün insanlar, kökenleri, diğer özellikleri, mesela cinsiyet, yaş, akla gelecek diğer özelliklerinden bağımsız aynı değere sahiptir; çünkü insanlar sadece insana bahşedilmiş, verilmiş, korunmaya değer bir özelliklikle kendini göstermektedir, bu özellik onurudur. Yaygın anlayışa göre insan onuru evrenseldir, vazgeçilemez, devredilemez, mutlaktır, yani hiç bir temel hakla karşılaştırılmaz ve dengelenmesi, karşılıklı tartışılması, hangisinin ağır basacağı araştırılmaz (Joerden, 2010,10-12, krş. Teifl, 2010, 93-103), ya vardır, ya da yoktur, herkes için onur aynı derecede geçerlidir, yani cahil veya bilgin, zengin, fakir, kadın, erkek, çocuk, dindar, dinsiz aynı onura sahiptir.

Hukuk felsefesi açısından buradan insanın hukuk devleti bakımından korunması sonucuna, ve yine insan onurundan insan haklarının förmüle edilmesi sonucuna varılır. Bu tür bir anlayışa göre insan onuru, ve insan hakları, bir ülkenin anayasasından ve yasalarından önce gelir; yani devlet öncesi, meta-juridik, pozitif hukukun üstünde yer alır. Böylece pozitif hukukla, anayasa veya yasayla değiştirilmesi olanaksız hale gelir (krş. Spinner, 2005, 154).

Uygulama açısından bakıldığında insan onuru devlet fonksiyonları, kamusal işleyiş içinde, karşı edimsiz olarak, karşılıksız olarak temel haklara saygı ve egemen tarafından bunun korunmasının yapılanmasını sağlar. Sadece insan onurunun korunmasının koşulsuz olması halinde özgür ve eşit bir toplumdan bahsetmek mümkündür.

Dünya görüşü ve dini açıdan bakıldığında, insan onuru kavramıyla insan haya-

tının başlangıcı ve insanın hayatının sonu konusundaki hukuk etiği sorunları tartışılır (Körtner/ Virt/ Haslinger / von Engelhardt, 2006).

## III. Farklı Kültürler, Farklı Dinler, Hristiyanlık

Hristiyanlıkta insanın Tanrının sureti olması konseptinden yola çıkılarak, insana Tanrının yarattığı diğer varlıklardan ayrı bir statü tanınmıştır. Bu statü ona Tanrının kutsallığına yakın bir statü sağlamakta, keyfi muameleye karşı, örneğin yaşam hakkının keyfi bir şekilde ortadan kaldırılmasını önlemektedir. Kitab-ı Mukaddesde yeralan, Tekvin, 1, 26 "insanı kendi suretimizde, kendimize benzer olarak yapalım" ifadesinden insanın Tanrıya benzeyen tek varlık olmasından, onun kutsallığı sonucuna varılır ( Mieth, 2008, 123, Tiedemann, 2007,115 vd.)

## İslamiyet

İnsan onuru kavramı islamiyette hristiyanlıkta olduğu gibi bir önem taşımamaktadır, özellikle biyoetik tartışmalarında, insan hakları tartışmalarında merkezi bir rol oynamamaktadır. (İlkılıç, 2005,160) Şüphesiz Batı düşüncesinin İslam ülkelerinde etkisiyle, yaklaşık 19. yüzyıl başından itibaren insan onuru konusunda da fikir yürütme, kafa yorma başlamıştır (Tiedemann, 2007, 139), Bu konuda iki temel eğilim tespit etmekteyiz (Heper 2011). Birinci grup muhafazakar eğilimler, Mawdudi gibi düşünürler islamiyetin bütün bir insanlık için mükemmel bir ideal oluşturduğunu, İslamın insan haklarını mükemmel koruduğunu, insan onurunun ve insan haklarının yer aldığı ilk uluslararası döküman olan1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ve 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin, Batı dünyasının ve böylece Hristiyanlığın karakterini taşıdığını, evrensel olamayacağını ileri

sürmektedir. İlerici, yenilikçi eğilimler ise insan hakları kavramına daha açıktırlar, bu anlayışlara göre insan onuru ve insan hakları yüzyıllar öncesi, hatta Hristiyanlıktan çok önce İslamda tanınmış, kabul görmüş kavramlardır. Bu düşünürler insan onurunu Kuran sureleriyle temellendirmektedir. En önemli sureler olarak Bakara suresinin 30. ayeti referans alınmaktadır; "Ve düşün ki, Rabbin meleklerle. Ben yerde muhakkak bir halife yapacağım" Buradaki halife terimi, temsilci olarak yorumlanmakla ve bazı ilahiyatçılar tarafından Yahudi-Hristiyan Tanrının sureti konseptiyle paralellik kurularak insan onuru temellendirilmektedir. Diğer bir çok sure arasından İsrâ Suresinin 70. Ayetini vurgulamak gerekir, şanın hakkı için, biz Ademoğlunu ikrama mazhar kıldık“ cümlesinde Ademin çocukları ifadesi bütün insanlık için sinonüm olarak ve övgü olarak kullanılmaktadır. Bu da insana özel bir şeref, onur verilmesi anlamına gelir (Weilert, 2009, 324).

Çok sayıda da Batılı İslam bilimcileri İslamiyetle Musevi- Hristiyan geleneğindeki Tanrı sureti kavramı ile islamiyet arasında ortaklıklar, benzerlikler bulmak için anılan Kuran surelerinden insan onurunu türetmektedir. (Wielandt, 1993, 188; 1994, 99, 103)

İslam dünyasında bir çok insan hakları bildireleri bulunmaktadır, bunlarda "insan onuru" kavramı yer almaktadır, fakat onur kavramı, şeref kavramı ile aynı bağlamda kullanılmakta, bu bakımdan batılı anlamdan farklılık taşımaktadır (Weilert, 2009, 330).

Kanaatimizce insan onuru İslama özgü, orijinal bir kavram değildir, Kurandan yapılan bu tür türevleri neolojizm olarak görmek gerekir.

### **Musevilik**

Hristiyanlıkta olduğu gibi Musevilikte insan onuru aynı temelle, tanrının insanı

sureti olarak yaratması olarak görülmektedir. Bu nedenle Musevilik ve Hristiyanlık ortak bir temele sahiptir. İnsan yaşamı dokunulamaz, ihlal edilemez sonsuz bir değere sahiptir ve hiç bir şekilde izafi olarak işleme tabi tutulamaz (krş. Locher, 2009, 162).

### **Budizm**

Budizm inancının yaygınlığı Hindistan, Güney Asya, Çin, Kore, Japonya gibi ülkelerdeki etkisi nedeniyle kültürlerarası iletişimde önem taşımaktadır.

Budizmde Batı Hristiyan konseptine uygun bir Tanrının sureti anlayışı ve buna bağlı bir insan onuru bulunmamaktadır. Budizmde ilahi bir referansla insan onuru temellendirilemediği için, insani referansla insan onurunu temellendirme gayretleri bulunmaktadır. Buda ve budizmin azizleri, apostilleri aydınlatıldıkları, tenvir edildiklerini, hidayete erdiklerini kanıtlamıştır. Bütün insanlar potansiyel Buda olma yeteneğini taşımaktadır, ve bütün yaratıklar hidayete, ulaşma potansiyeline sahiptir, Budizme göre bütün yaratıklar aydınlanmaya, işin özünü kavrama, hidayete ulaşma imkanına sahip olduğuna göre, bütün bireyler saygı görmeye layıktır ve her şey korunmaya değerdir. Bu durum insan onurunun temellendirilmesidir (Keown, 1995, 120; vgl. Schlieter, 2003, 159, Tiedemann, 2007, 141 vd).

Bizce, bir çok kişinin düşündüğü gibi, bu konsept insan onuru konsepti olamaz, budizm her yaratığın saygıya değer olduğu argümanı ile, insana diğer yaratıklardan farklı özel bir statü tanımamaktadır. Budizmde insanın kurbağalardan çok farkı bulunmamaktadır.

### **Konfüçyüsçülük**

Konfüçyüsçülük bir devlet, yönetim, doktrini ve toplum modelidir. Batılı anlamda bir din değildir. Konfüçyüsçülüğün insan imajında Tanrının sureti olma, aydın-

lanmacı anlamında akıllı davranma yeteneği, insanın otonomisi, insan onuru önem taşıyan kavramlar değildir. İnsan onuru kavramının Konfüçyüsçulukta bulunduğu konusu tartışmalı bir olaydır. Konfüçyüsçulukta insan onurunun bulunduğunu savunanlara göre insan onuru, Konfüçyusa göre Batılı-Hristiyan anlayışından farklı olarak bir kişinin hayatta elde etmesi gereken sosyal özelliktir (Mao, 1996, 179). İnsanın değeri ve onuru yeteneklerinden, onun toplum bir sübjeye olmasından gelmekte, onun toplumla ilişkisinden, bağlılığından gelmektedir.

Böyle bir insan onuru kavramının bizim anladığımız anlamda vazgeçilmez, devredilmez insanın sadece insan olmasından kaynaklanan bir insan onuru anlayışıyla bir benzerliği bulunmamaktadır. (krş. Tian, 2010, 163 vd.)

#### **Anglo- Sakson Dünyasında ve Hukukunda İnsan Onuru**

Kıta Avrupası hukukundan farklı olarak, Anglo-Sakson hukukunda hem hukuk literatüründe, hem de mahkeme içtihatlarında insan onuru önemli bir rol oynamaz. Anglo- Sakson ülkelerinde çok az sayıda ülkede insan onuru pozitif hukuk düzenlemesine konu olmuştur. Bunun nedenlerini Birleşik Krallığın hukuk geleneğinde ve ABD kuruluş felsefesinde bulmak mümkündür. Hukuk felsefesi açısından insan onuru kavramının reddi bu kavramın belirsizliği ile açıklanmakta, bu belirsizliğin hakime, kendi ahlaki anlayışını bağlayıcı olarak uygulamasına imkan sağladığı argümanı getirilmektedir (Tiedemann, 2007,57-58).

#### **Afrika Topluları**

Afrika geleneksel yazılı olmayan kabile kültürlerinde insan onuru kavramına rastlamamaktayız. Bu kültürde bireysel haklar yerine, bireyin topluma karşı yükümlülükleri öne çıkmaktadır (Tiedemann, 2007,142-149).

#### **IV. Farklı İnsan Onuru Konseptlerinin Kültürlerarası İletişimde Sonuçları**

Görüldüğü gibi, insan onuru kavramında Batı bireyi esas alan bir insan onuru esas alırken, Avrupa ve Anglo Sakson dünyası dışındaki toplumlarda, İslamiyetin, Konfüçyüsçülüğün ağır bastığı toplumlarda çok net görüleceği gibi insana doğuştan tanınan bir onur yerine ve bunun üzerinde yükselen bireysel temel haklar yerine, bireyin çabasıyla toplum içerisinde yükümlülüklerini yerine getirmenin, şeref, onurun sadece insan olmadan kaynaklanan bir kategori olmadığını, kazanılması, hakedilmesi gerektiği görülmektedir (Heper,2011 b).

Farklı toplumlarda insan onuru kavramında bu kadar temel farklılıklar görülmekteyken, hatta belirli bir batılı bakış açısıyla bakıldığında doğulu toplumlarda insan onuru kavramından bahsedilemeyeceği ileri sürülürken, tespit edeceğimiz diğer bir husus batıda bu kavram konusunda bir görüş birliği olmadığı gibi, bir ülke, bir toplum içerisinde dahi insan onurunu temel alan felsefi,etik, ve hukuki anlayışların taban tabana zıt temellendirmeleri, pratik sonuçları olduğunu görmeliyiz (Reiter, 2004, 23-24). Federal Almanya Anayasasının 1.md. "insan onuruna dokunulmazdır" demektir, ve bu madde Anayasanın 79. Md. 3. Fıkrasına göre değiştirilemez, değiştirilmesi teklif de edilmez, ve 1.md.sonuza kadar geçerlidir, yani Federal Almanya Cumhuriyeti ayakta kaldığı sürece bu geçerlidir. Bu maddenin değiştirilmesi bile Anayasaya bağlı olmamak olarak algılanır ve sonuç doğurabilir. 1. Md. bütün hukuk düzeninin kurucu ilkesi, devletin varlık temeli olarak görülmektedir. Bu kadar temel bir hüküm, pozitif hukuk metni konusunda binlerce makale, yüzlerce kitap yazılması, onlarca araştırma grubunun yıllarca çalışma yapması konunun ne kadar karmaşık ve tartışmalı olduğunu göstermektedir. Bura-

da sorulacak soru, Almanlar Anayasalarını oturttukları bu kaide konusunda bu kadar farklı fikirlere sahip olurlarsa, farklı kültürlerden insanlar kendi aralarında insan onuru konusunda nasıl bir uzlaşma sağlanabilir? Bu kavram nasıl evrensel olur?

Yukarıda I altında yaygın batılı anlayışa göre insan onurunun evrensel olduğunu belirtmiştik, bununla dünyanın her yerinde, her zaman, her koşul altında herkez için geçerli bir insan onuru anlayışının düşünülmektedir. Fakat III'de farklı toplumlara, farklı tarihi bağlamlar içinde baktığımızda insan onuru kavramının madalyonun bir yüzünü oluşturduğunu, madalyonun diğer yüzünü insan imajının (Menschenbild, human image) oluşturduğunu söyleyebiliriz; yani insan onuru kavramı belirli bir tarihi dönemde, belirli bir toplumun kültüründe insan imajına bağlıdır, insan imajının değişmesiyle onur konsepti de değişmekte (Mastonardi, 2003, 64; 2004, 97; Weilert, 2009,119), böylece onur kavramı kültüre bağımlılığıyla, relativleşmekte, en azından evrensilliği yumuşamaktadır.

Bu tartışmanın evrensellik mi, rölativizm mi yanını bir kenara bırakalım, ve soyut kavramlar üzerindeki tartışmanın zorluğuna kısaca değinelim;  $k=k$ , formel mantıkta (Aussagenlogik) geçerlidir, buna göre kırmızı = kırmızıdır. Dil analiziyle uğraşan, analitik dil felsefesiyle uğraşan felsefeci "aslında" kırmızının ne anlama geldiği konusunda, kırmızıyı başka bir kırmızıyla karşılaştırarak da olsa, akıl yürütür, kırmızı adında bir şey var olup olmadığını araştırır. Buna karşılık iletişim psikoloğu iki veya daha fazla konuşmacının katıldığı bir görüşmede amprik olarak "kırmızı"nın çok nadir olarak kırmızı olduğu problemini sadece tespit etmekle yetinmektedir. Birinin kırmızı gördüğü yerde, ikinci kişi portakal, kavun içi rengi, üçüncüsü artık kahverengi rengi, bir diğeri pempe görebilir. Dört kişi dahi aynı kelimeyi, yani kırmızıyı

kullanmalarına rağmen, birbirlerini yanlış anlamaktadır. Bu tür yanlış anlamaların ve düşünce ayrılıklarının insan onuru veya adalet, özgürlük gibi soyut kavramların kullanılmasıyla artacağını söylemek gerekir. Bu bilinen örnekler insan onuru için de geçerlidir, kültürlerarası iletişimde insan onurunun aynı insan onuru olduğundan yola çıkmak yanlıştır (Höffe, 2002, 58), bu yanlışlık Türklerin insan onurunu, Almanların Menschenwürde, anglo-saksonların human dignity, Çinlilerin (ren de zunyan), Fransızların human dignite, Polonyalıların "godnosc" (Baumbach/Kunzman, 2010) bahsettikleri bir tartışmada daha da büyür. Buradaki soru, bunun niçin böyle olduğu, bunun böyle mi kalması gerektiği, bu kavramın bütün kültürleri kapsayan, kültürler için geçerli olarak bir kullanımı konusunda anlaşma sağlanma imkanı olup olmayacağıdır.

Kültürlerarası dikursda her zaman belirli problemlerle karşı karşıya kalırız. Kültürlerarası iletişimde insan onuru konseptlerinin doğurduğu sorunlara, özel sorunlara değinmeden önce, burada kültürlerarası iletişimin genel sorunlarına genel olarak değinmek zorunluluğu vardır (Kögler, 2007,81). Burada hermeneutik genel prensiplerinin uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu problemlerin birincisi farklı ve yabancı bir şeyi bilgi tanıma, kavrama objesi olarak anlama ve kendisine ait olanla veya bildik, tanıdık olanla karşılaştırma, ikincisi bizatihi iletişim süreci ve iletişimde bulunan sübjedir. Ötekiyle ve yabancı olanla çatışma sadece bilgi teorisi açısından önem taşımaz, bunun yanında özdeşleşme ve etik problemler de doğurur. Kültürlerarası iletişimin epistemik ve etik boyutları birbirinin içine girer. Anlama ve iletişim süreci de birbiriyle çok yakından bağlantılıdır (Marschelke, 2011). Anlama problemi karşılaştırma problemi ile birlikte ele alınmalıdır. Bir sübjenin yabancı bir kültürle bağlantılı bir ifadeyi, bir eylemi

anlayabilmesi için, öznenin bunların temelinde yatan kültürel bakımdan etkilenmiş anlam ve anlam verme ufuklarını ve kültürel etkileriyle fiil ve pratik bağlamlarını bilmesi gereklidir. Bu anlam ve anlam verme süreci, bağlamları zaten üstü kapalı da olsa iletişimin bir parçasıdır. Bu arka planda kalan konular üzerinde iletişimin tarafları kafa yormadığı, karşılıklı olarak kavranabilecek, öğrenilebilecek bir konu haline getirmediği sürece, anlama çok güçleşir. Bunun yerine, kendi anlayışının diğer bir anlayış üzerine yapıştırılması gibi bir şey söz konusu olur, yani etno merkezci anolojik sonuçlar ortaya çıkar. (Kögler, 2007, 79) Böylece sübjektif açıdan yabancı olan açıklığa kavuşturulmuş olur, fakat bu açıklama iletişimin karşı tarafınca kabul edilen, teyid edilen bir açıklama özelliğini taşımamaktadır. Burada yapılan sadece düşüncel planda bir asimilasyondur, halbuki yapılması gereken, yabancı olanı sübjektif benimsesidir (Göller, 2007, 277). Burada sıkça çarpıtmalar ve aşırı basitleştirmelerle karşı karşıya kalmaktayız. (Cappai, 2007, 95). Bir diğer sorun karşılıklı kabul görmedir. Birisi etno merkezci bir tarzda kendi anlayışını ötekinin anlayışı yerine koyarsa, hermeneutik anlamda ötekinin anlam ve anlam verme ufku konusunda yanıltılmış olur (Kögler, 2007, 83). Kimlik sorunu da yine kültürlerarası iletişimde taraflar arasında bazen ürkütücü, tehdit edici bir hal alabilir. Kültürel özgüllüğü olan anlama ufku aynı zamanda iletişim aktörünün kimliğinin, aktörün gerçek olarak düşündüğü gerçeklik yapısının, doğru olarak kabul ettiği değerlerin bir parçasıdır. İnsan onuru gibi temel nitelik taşıyan, anahtar rol oynayan bir değer kavramı bireysel veya kolektif anlayışın temel taşı oluşturur. Bütün bunlar, kimliği oluşturan öğeler yabancı tarafından sorgulanmaya başlanmaktadır. Burada aktörler reaksiyon gösterirler ve kimliklerini savunmak için genellikle savunma pozisyonuna bürünürler. (Rosa,

2007, 49 vd) Sıkça karşılaşılan bir durum, aktörlerin kendilerine ait olan özellikleri aşırı derecede pozitif değerlendirirken, ötekilere ait özellikleri negatif bulmalarıdır (Marschelke, 2011; Erll/ Gymnich, 2007, 72 ). Burada bir kolektifin üyeleri, örneğin müslümanlar veya çinliler, sadece belirli bir özelliğe indirgenmekte, bireysellikten uzaklaştırılmaktadır, örneğin “hoşgörüsüz müslümanlar”, “çalışkan japonlar”, “tembel araplar “gibi ifadelerde diğer kimlikler, sosyal, mesleki vb. kimlikler bir yana atılmaktadır. (Marschelke, 2011)

Kültürler arası iletişimin yetkin bir şekilde gerçekleşmesi kognitif ve afektif yetenekleri zorunlu kılmaktadır. Kognitif bağlamda kültürlerarası insan onuru tartışmalarında batılı bir tartışmacı için bir yandan insan onuru konusunda kendi kültürü çevresinde çok sayıda birbirinden çok farklı yorumların bulunduğu, bir çoğulculuğun hakim olduğu bilinmektedir, diğer yandan bu konseptlerin nasıl temellendirildiği konusunda eleştirel bir yaklaşım segilenmelidir. Bu eleştirel yaklaşımda, insan haklarının Avrupa’da da çok sert, çetin mücadeleler sonucu kazanıldığını belirtmek girer (Marschelke, 2011). Bu bağlamda bir Batılı’nın Katolik Kilisesinin 1960’lara kadar insan haklarını bir kurum olarak tanımadığını ifade etmesi doğru olur (Bielefeldt, 1998, 124). Öte yandan tartışmacının farklı kültürden kişilerin insan onuru konusundaki betimlemelerini ve vurgulamalarını kabul etmeye hazır olduğunu göstermelidir. Affektif bağlamda empati, ilgi ve hoşgörü zorunludur (Erll/ Gymnich, 2007, 12 ). Bu özelliklerle kendi değerleriyle değerleri de içine sindirebilme, onlara tahammül edebilme yeteneği vurgulanmaktadır. Aslında yabancıya, ötekine karşı tarafsız bir tutum almak çok zordur. Niçin zordur, yukarıda da anlatmaya çalıştığımız gibi yabancı ve ötekiyle kendi anlayışımıza, kişisel veya kolektif kimliğimize bir saldırının varlığı gibi bir

yanlış anlama, algılama her zaman gündeme gelir. Böyle bir yanlış anlama değer sorunları üzerindeki bir tartışmada daha da karmaşık hale gelir. İnsan onuru kavramı biyoetik, ölüm cezası, terörizm, uluslararası müdahale gibi karmaşık konularda sıkça gündeme gelmektedir. Verimli bir tartışma için tartışmacılar önce kendi değerleriyle çelişen değerleri de sineye çekebilmelidir, aksi takdirde yapıcı, verimli bir diyalog, çok taraflı (polilog) bir görüşme olamaz. Bu tartışmacıların kendi değerlerinden vazgeçmeleri zorunluluğu, karşı tarafı ikna etmekten vazgeçmek anlamına gelmez. Bu tür bir tartışmada önemli olan tartışmacıların karşılıklı olarak birbirlerini eşit değerde, aynı haklara sahip aktörler olarak kabul etmeleri, birbirlerini dinlemeleri, her bir tartışmacının tezinin makul olduğundan hareket etmek, ve ciddi bir biçimde bu tezi anlamaya çalışmaktır (Köglar, 2007, 83).

III. Bölümde farklı kültürler ve farklı dinlerde insan onuru konseptlerini ele alırken, benzerliklerin ve farklılıkların belirli kavramlar ve konular üzerinde yoğunlaşması sözkonusu olmaktadır. Bu kavramlar ve konuların başlıcaları, Batılı liberal, seküler konseptler için antropozentrizm, bireycilik, eşitlik, devletten gelen, kamusal saldırılara karşı korunma için sübjektif haklar iken semavi dinler, konfüçyüsçülük, budizm, gibi dünya görüşü ve dinler için teo zentrizm, kosmozentrizm, topluma yönelik olma, rol etigi, ödev etigi gibi kavramlar ve konular öne çıkmaktadır.

Kültürlerarası iletişimde inan onuru konusunda ilk dikkati çeken, kavramın kullanıldığı yerler, doğrudan bağlantılı olduğu alanlardır. İslamiyet açısından kavramın batılı düşüncelerle yarışma içerisinde tartışma konusu haline geldiği, ve sıkça şeref kavramıyla bağlantılı görüldüğü söylenebilir (Weilert, 2009, 324).

Konfüçyüsçülükte insan onuru benzeri veya bir eşdeğerinin yaratılması söz ko-

nusu olmaktadır. Batılı sonuç olarak Konfüçyüsçülükte bulmak istediğini aramakta, düşünsel asimilasyonu yapmaktadır, Konfüçyüsçülükte da bir insan onuru keşfetmektedir (Höffe, 2002, 60).

Konfüçyüsçülükten farklı olarak Budizmde insan onurunu keşfetmek mümkün görülmemektedir.

Antropozentrizm en genel hatlarıyla ifade edilecek olursa, insanı evrenin merkezine oturtur ve insan her şeyin ölçüsüdür. Batılı insan onuru konseptleri de antropozentriktir. Böyle bir insan onuru konseptinin kosmozentrik budizmle ve kısmen de olsa teozentrik sistemlerle uzlaşması olanaksızdır. Semavi dinlerden İslamiyette Şeriata uygun olarak Allah'a itaat bireyin en önemli amacı ve hayatının anlamıdır. Bu görev devlet ve bütün kurumlar için de geçerlidir. Her şeyin tek bir ölçüsü vardır, bu ölçü insan değil Allah ve Allahın koyduğu kurallardır (Weilert, 2009, 317). Sadece Allah yolunda sürdürülen bir yaşam "onurlu" bir yaşamdır, bu tür bir yaşam tarzı sürdürmeyenler onursuzdur; fakat başka bir dine de mensup olsalar, dinsiz de olsalar her zaman kolayca hak dinini benimseyip onurlu hale gelebilirler, bu döneme kadar sadece "potensiyel onur" sahibidirler. Devletin asli görevi bireyin Allah yolunda görevlerini yapmasının önündeki engelleri kaldırmasıdır. Semavi dinlerde Yahudilikte, Hristiyanlıkta ve Müslümanlıkta ortak olan bir nokta insan hayatının bizatihi amaç olarak kutsallığıdır. Özellikle insan hayatının en yüksek değer olarak kutsallığı Yahudilikte vurgulanmaktadır (Heper, 2011 b). Bu dinler bu yönüyle antropozentriktir. Bu yönleriyle kosmozentrik anlayışlardan çok uzaktadır. Semavi dinlerdeki yeryüzünün geçici bir mekan olarak sınav verme yeri olduğu, bu dünyada herkezin fani olması, esas olanın ahiret olması, kosmozentrik hindu, budist anlayışlarla, yeneden doğum anlayışıyla tamamen çelişir.

Reenkarnasyon nedeniyle hayatın anlamı bir hindu için, batılı birinin yaşama verdiği değerden çok farklılık gösterir. En yüksek değer yaşam değil, "saf bilince ulaşmadır" (Schlieter, 2003, 155).

Farklı kültürlerde insan onuru tartışmalarında dikkati çeken bir diğer nokta bireycilik- kolektivizm ikilemidir (Mastonardi, 2003,68 vd) Genellikle insan onurunun bireyci Batı toplumunun ürünü olduğu düşünülür. Kolektivist toplumda insanın doğuştan itibaren dışa kapalı "biz-grupları" içinde yetiştiği, bu grubun bireyi koruma altına aldığı, buna karşılık bireyden sadakât beklemesi söz konusudur. Bu tür toplumlara Arap, Güney Amerika, Hint, Uzak Doğu toplumlarını örnek olarak verebiliriz. Şüphesiz bugün hiç bir toplumun saf bireyci unsurlar veya kolektivist unsurlar taşıdığını söyleyemeyiz, her toplumda az veya çok her iki unsurun izlerini görmekteyiz.

Farklı kültürlerde insan onuru tartışmalarında dikkati çeken bir diğer nokta bireycilikle de bağlantılı olarak bireyin devlete karşı subjektif hakları konusudur. İnsan onuru, aydınlanma döneminin devletin mutlak iradesine karşı, mutlakiyetçi devletin bireyi ezmesine karşı mücadelesinin de sonucudur. İnsan onurunun İkinci Dünya Savaşı sonrası önem kazanmasını hiç şüphesiz Nazi dönemi barbarlığının –buna bazıları 1930'larda Sovyet döneminde Stalin uygulamalarını katar- insanlık tarihinde görülmemiş ölçüde zulmüyle, bundan ders çıkarma çabasıyla açıklamak gerekir. Aydınlanma dönemini Batı gibi yaşamamış ülkelerde ve toplumlarda devlete karşı bireysel subjektif hakların, özellikle savunma haklarının (status negativus) gelişmemiş olması bu tarihi perspektifle açıklanabilir. İslamiyetin ağır bastığı toplumlarda birey değil, toplum ön planda gelmekte, bireysel haklar değil, bireyin topluma karşı yükümlülükleri öne çıkmaktadır, bu yükümlülükler ile en önemli yükümlülük

olan Allaha itaat arasında da bağ vardır. Allaha itaat halinde zaten bireyin devlete karşı korunmasına gerek yoktur, devletin görevi yukarıda da açıklandığı gibi Allaha itaatın koşullarını sağlamaktır. Bütün bu nedenlerle bu toplumlarda insan onurunun kamusal baskıya, devletin onur ihlallerine karşı subjektif hakların kaynağını oluşturması pek gündeme gelmemektedir. Benzer açıklamaları ödev etiğinin ağır bastığı Hint ve uzak doğu toplumları için de yapabiliriz. Bu toplumlarda insan onurunun belirli toplumsal rollere, belirli ödevlere bağlanması, batılı konseptlerden büyük bir farklılığı göstermektedir.

Farklı kültürlerde insan onuru konsept karşılaştırılmasında dikkati çeken bir diğer nokta eşitlik konusudur (Marschelke, 2011). Farklı dinlerde, mezheplerde, kültürlerde birbirleriyle az veya çok çelişen farklı eşitlik anlayışları mevcuttur. Batı toplumlarında eşitlik insan onurunun bir ögesi olarak görülürken, diğer toplumlarda üstlenilen rol etiği, toplumun çıkarının önceliği, toplumsal yükümlülükler Batılı anlamda bir eşitlik anlayışıyla, ve dolayısıyla insan onuruyla bağdaşmamaktadır.

İslamiyette kadın ve erkek eşitliğinin bulunmadığı ve bu nedenle insan onurunun çiğnendiği tezleri yaygın olarak ileri sürülmektedir (Heper, 2011 a). İslam dünyası için büyük önem taşıyan Kahire İslam İnsan Hakları Bildirgesinde "kadın erkekle insan onuru bakımından eşit bir konumdadır ve hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır." (Madde 5, 1. Fıkra, a bendi). Aynı maddenin b fıkrasına göre evli erkek ailenin nafakası ve refahı için sorumludur. Burada dikkati çeken onur bakımından eşitlik ile haklarda eşitlik ayrımı yapılmasıdır. Onurda eşitlik haklarda eşitliğe yol açmaktadır, çünkü kadının ve erkeğin gelecekteki rolleri konusunda anlayış farklıdır. Batı konseptlerinde ise onurda eşitlik haklarda eşitliği doğurmaktadır.

Hindu geleneğinde ise hakların yer alması, eşitliği, insan onuru sonucunu yaratmamaktadır (Marschelke, 2011). Buna göre canlılar arasındaki eşitsizlik (sadece insanlar değil) dünyaya gelmeden önceki yaşamın da bir sonucudur ve bu kabul görmelidir. Modern Hindistan hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesi anayasal bir ilke olarak yer almasına rağmen, insanların eşit olamayacağı, kastlara bölünmenin doğru olduğu Hindu toplumunda hala kabul görmektedir, bu anlayışın aşırılığı dulların yakılmasında kendini göstermektedir.

### **V. İnsan Onuru Çok Kültürlü Batı Topluluklarında Normatif Bir Ölçüt Olabilir mi?**

Batı Avrupa ülkelerinde globalesme, uluslararasılık, göç alma gibi etkilerle yeknesak bir insan imajı ve bir dünya anlayışı bulunmamaktadır. Bir çok dünya görüşünün çoğulcu bir biçimde toplumda yer alması bir olgudur. Ortak değerler üzerinden ortak hareket etme olanağı yok gibidir. Çoğulculuk batı kültürünün global olarak diğer kültürlerle, dinlerle, uluslarla karşı karşıya gelmesinde daha da önem kazanmaktadır. Bu kültürler de hakim kültür gibi gerçeklik ve geçerlilik iddiasında, hatta dinsel olarak mutlak gerçeklik iddiasını ileri sürmektedir. Bu toplumlarda yaşayan farklı kültürlerden insanların, çok yönlü bir çoğulculuk içinde yönlerini döneceği bir değer olarak, insan onuru sıkça başvurulan bir nitelik taşımaktadır. İnsan onurunun ortak bir payda olduğu, bu paydanın modern dünyanın etik temelini ifade edeceği, humanizm, insancıl olmaya yönelik bütün talepleri karşılayabileceği düşünülmektedir. İnsan onuru istikrarlı, düzenli bir toplumsal yaşam için zorunlu bir konsensus, oydaşma, uzlaşma oluşturmaktadır. Bu konsensus ancak insanların birbirlerinden farklılaşmaları özelliklerin, etnik köken, din, dünya görüşü, siyasi düşünce, sağlık durumu, yaş,

cinsiyet, mali durum vs. göz önünde tutulmadan yapılabilir. Mevcut durumda insan onuru uygarlığın teknik ilerlemesi sonucu durumu, teknik ilerlemeler sonucu ortaya çıkan biyo teknik, biyotıp problemlerinin ele alınışı gibi sorunlarda merkezi rol oynamakta, mihenk taşı olmaktadır. Bilimin, teknolojinin ve yaratmanın sürekli hızlı bir biçimde arttığı bir dünyada bu nedenlerle, yeni teknolojik, tıbbi ve toplumsal gelişmelerinin insan onurunu ne derecede çiğnediği sorusu devamlı sorulmalıdır.

### *V. Uluslararası Sözleşmeler, Bölgesel Sözleşmeler, Biyotıp Sözleşmeleri ve Kültürlerarası İletişimde İlkeler ve İnsan Onuru*

İnsan hakları ve insan onuru konusunda hala bugün de uluslararası platformda rol oynayan belge 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir. Bu bildirmede insan onuruna atf yapılmaktadır. Bunun yanında 1966 tarihli Siyasi ve Medeni haklar Sözleşmesi, yine 1966 tarihli İktisadi, Sosyal ve Kültürel Hakları , Avrupa Konseyi dökümanları, Avrupa Birliği belgelerinde, AB- Temel Haklar Çartasında, AB Anayasa taslağında insan onuru kavramı geçmektedir. Yine Amerika Devletler Örgütü, And- Topluluğu, Afrika Birliği gibi bölgesel örgütlerin belgelerinde de insan onuruna atf yapılmaktadır. B.M ve anılan organizasyonlar dünya nüfusunun hemen hemen tamamını ve dünyadaki bütün devletlerin tamamını kapsamaktadır.

2005 tarihli Uluslararası İnsan hakları ve Biyoetik Sözleşmesi de insan onuruna ilişkin bir atf ihtiva etmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesindeki insan onuru kavramı bütün sözleşmeciler için 1948'de 48 ülkede, bugün için yaklaşık 190 ülkede normatif bir temel oluşturmaktadır, bu kavram bu bağlamda evrensel niteliktedir. 1. md. de „tüm insanlar hür, onur ( haysiyet ) ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti



ile hareket etmelidirler. Fakat bu evrensel kavramdan devletler, milletler, halklar kendi anlayışlarına göre, bir kavram türetebilirler, Bu türetmede dini, felsefi, ideolojik, politik ve ekonomik sebepler insan onurunun bir toplumda somut tezahürünü belirler.

İlk bakışta, bu tür bir insan onuru konseptinin rölativist olduğu düşünülebilir, fakat böyle bir konsepte çok sayıda insan insanı çıkar ve ihtiyaçları - bunu hayatta kalma, yaşamı sürdürebilme çıkar ve ihtiyaçları olarak da görebiliriz-, temelinde aynı değerlendirmeleri yapmaktadır. Bunlar karşılıklı saygı, birbirini dikkate alma, ciddiye alma, yardımseverlik, zor durumda karşılıklı yardımlaşma, 3. şahısların haklarına saygı çoğunlukla bütün insanlar tarafından pozitif değerlendirilmektedir. Buna karşı keyfilik, saygısızlık, egoizm negatif özellikler olarak görülür. Bütün bu özellikler sırf batı toplumları için değil, islam kültürü için de geçerlidir. Bütün bu ortak noktalarla belirli kriterler geliştirilebilir. Bu noktalar çıkış noktaları olaak rölativist- partikularist de olsa, hemen hemen bütün kültürlerde geçerliliğinden dolayı evrenselidir.

Uluslararası insan onuru diyologunda kesinlikle Hristiyan Tanrı sureti konseptinden yola çıkmamak gerekir; çünkü bu hristiyan olmayanları, diğer dinleri, ateistleri dışlamaktadır. Batı istediği kadar insan onurunun farklı temellendirmelerini dile getirsin, Irak ıdaki Abu- Gharaib hapisanesi, Guantanamo, CIA-işkence merkezlerine karşı uluslararası suskunluk Batının ahlaki inanırlığını büyük ölçüde kaybetmesine yol açmaktadır. Kantçı temellendirmenin, diğer konseptlerin temellendirme kavramlarına kendini açması gerekir. Ayrıca insan onurunun temellendirme sürecindeki son derece soyut rasyonel işleyiş yaklaşımı kültürel ön yargılardan ayrı tutamayız. Temellendirme ve ikna etme her yerde ne aynı fonksiyonlara haizdir, ne aynı fonksi-

yonlara sahiptir. Bu nedenle bu kavramın somutlaşması ve ete kana bürünmesi bir somut olayın veya olayların çözümüne yönelik tartışmada mümkün olabilir.

Belki yukarıda andığımız temel ilkeler gözönüne alınırsa, kültürlerüstü, birçok kültürü kapsayacak şekilde daraltılmış bir kavram anlayışı mümkün olabilir. Kültürlerarası yetkinlik kendi kültüründen vazgeçme anlamına gelmez. Bunun yerine kültürlerarası diskursa, tartışmaya üzerinde hem kendi tezinde kafa yormuş, kendini aydınlatmış, hem de tartışmaya katılanların tezinde aydınlanmış, hassaslaşmış bir şekilde katılma anlamına gelir. Evrenselciler için partikularistlere karşı veya insan onurunu çiğneyenlere karşı kendi taleplerinden vazgeçmeleri için bir sebep yoktur.

## KAYNAKÇA

- Baumbach, C./ Kunzmann P. (yay.) Würde-dignite- godnosc-dignity- Die Menschenwürde im internationalen Vergleich, Münih, 2010
- Bielefeldt, Heiner, Philosophie der Menschenrechte, Darmstadt, 1998
- Cappai, Verglichen in Straub J. / Weidemann A. / Weidemann D (yay.) Handbuch interkulturelle Kommunikation und Kompetenz, Stuttgart, 2007, S. 94-101
- Erll, A. / Gymnich, Interkulturelle Kompetenz-Erfolgreich Kommunizieren zwischen den Kulturen, Stuttgart, 2007
- Göller, Interkulturelle Philosophie in: Straub J. / Weidemann A. / Weidemann D (yay.) Handbuch interkulturelle Kommunikation und Kompetenz, Stuttgart, 2007, S. 272-283
- Heper, Altan, 2011 a Menschenwürde, Islam, Bioethische Fragen 2011 yılında yayınlanması planlanmıştır.

- Heper, Altan, 2011 b Menschenwürde im interkulturellen Kontext, Tagungsband, 2011 yılında yayınlanması planlanmıştır.
- Hofstede, Gerdt, Lokales Denken, globales Handeln, Münih, 3. baskı, 2006
- İlkılıç, İlhan, Die innerislamische Diskussion zur Stammzellforschung in: W. Bender, Ch. Hauskeller (yay.) Grenzüberschreitungen, kulturelle, religiöse und politische Differenzen in Kontext der Stammzellforschung weltweit, Münster, 2005, 155- 172
- Joerden, Jan. C; Das Versprechen der menschenwürde- Konsequenzen für das Medizinrecht, ZIF-Mitteilungen, 3/2010, 10-22
- Keown, Damien, Der Buddhismus, Stuttgart, 1995
- Kögler, H. Verstehen in . Straub J. / Weidemann A. / Weidemann D (yay.)Handbuch interkulturelle Kommunikation und Kompetenz, Stuttgart, 2007, S. 76-86
- Körtner, Ulrich H.J/ Wirt Günther/ Haslinger F/ von Engelhardt Dietrich. Lebensanfang und Lebensende in den Weltreligionen, Neukirchen, 2006
- Locher von Elisabeth, Von der imitatio Die zur imago. Die Überlegungen zum Begriff der Menschenwürde im Judentum, in: Banzke, H. Menschenleben-lebenszeit. Impulse für eine Ethik, Bonn, 2009, S. 107- 131
- Mao, Yihong, Rechte und Wert- Menschenrechte und die traditionelle konfuzianische Kulturin : Scweidler, Walter (yay.) , Menschenrechte und Gemeinsinn- westlicher und östlicher Weg?, Weingarten 1996, S. 177- 189
- Marschelke, Jan, Grundbegriffe der Interkulturellen Kommunikation und Menschenwürde 2011 yılında yayınlanması planlanmıştır.
- Mastronardi, Philippe, Menschenrechte und kulturelle Bedingtheit des Rechts in: Marauhn Thilo (yay.) Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht, Tübingen, 2003 S. 55-83
- Mastronardi, Philippe, Verrechtlichung der Menschenwürde-Transformation zwischen religion, Ethik und Recht in: Seelmann, Kurt (yay.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, Wiesbaden 2004, S. 93-116
- Mieth, Dietmar, Die Würde des Menschen als "norma normans" aller Handlungen, in: Begründung von Menschenwürde und Menschenrechten, yay. W. Haerle, B. Vogel, 2008
- Mittchel, Charles, Interkulturelles Kompetenz im Auslandsgeschäft entwickeln und einsetzen, Köln, 2006
- Podsiadowski, Astrid, Interkulturelle Kommunikation und Zusammenarbeit, Muni, 2004
- Reiter, Johannes, Menschenwürde als Maßstab, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 23-24, 2004, 01.06. 2004, S.1-8; www.bundestag.de/dasparlament/2004/23-24/Beilage/002/html.
- Rosa, Identitaet, in .Straub J. / Weidemann A. / Weidemann D (yay.)Handbuch interkulturelle Kommunikation und Kompetenz, Stuttgart, 2007, S. 47-56
- Schlieter, Jens, Die aktuelle Biomedizin aus der Sicht des Buddhismus, in: Schick Tanz, Silke/ Tannert, Christof/ Wiedemann, Peter, Kulturelle Aspekte der Biomedizin, Frankfurt,2003, S. 93-116
- Spinner, Johannes, Die Situation der Menschenwürde in der westlichen Kultur, Berlin, 2005
- Teifl, Nils, Human Dignity as an `absolute principle` on the nature of legal principles, ARSP, yay. M.Borowski, Nr. 119, Stuttgart, 2010, 93-103
- Tian, Lichun, Die Frage nach dem Menschenrechtsvorstellungen im Spiegel der Konfuzianischen Kultur Chinas Ostasiatisches Strafrecht, yay. E.Hilgendorf, 163- 180
- Tiedemann, Paul, Menschenwürde als Rechtsbegriff, Berlin, 2007
- Weilert, Anja Katarina: Grundlagen und Grenzen des Folterverbotes in verschiedenen Rechtskreisen, Eine Analyse anhand der deutschen, israelischen und pakistanischen Rechtsvorschriften vor dem Hin-

tergrund des jeweiligen historisch-kulturell bedingten Verständnisses der Menschenwürde, Heidelberg, 2009

- Wielandt, Rotraud, Der Mensch und seine Stellung in der Schöpfung. Zum Grundverständnis islamischer Anthropologie, in: Johannes Schwärtlender, Freiheit der Religion. Christentum und Islam unter den Anspruch der Menschenrechte, Mainz, 1993, 179
- Yağbasan, Mustafa, Kültürlerarası İle

## Dikkat Cehalet Peçesinde Yırtık Var

Yasemin IŞIKTAÇ\*

Rawls'un çalışmaları çok çeşitli başlıklar altında değerlendirilebilir. Ancak tüm çalışmalarını liberalizm eleştirilerini cevaplayıp yeni bir açılımla özgürlükçü ve daha başarılı dağıtım yapabilen bir siyasi sistem olanaklı mıdır sorusu etrafında toplayabiliriz.

En önemli kitabı olan “*Bir Adalet Teorisi*” ile başladığı süreci tartışmalı çeşitli konuları ele aldığı makaleleri ile güçlendirmiştir. Rawls'un faydaya dayalı bir etiğe karşı haklara dayalı etik anlayışını ortaya koyduğu *A Theory of Justice (Bir Adalet Teorisi)* kitabı kurucu niteliktedir. Adalet Teorisi kitabı üç temel bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm politik teoriye ayrılmıştır. İkinci bölümde devletin kurumları ele alınır; üçüncü ve sonuncu bölümde ise insanlar için iyi bir yaşamın koşulları incelenmiştir. 1950'li yıllarda ceza hukukuna ilişkin yazdığı yazılarından başlayarak her zaman toplumsal adalet kavramı üzerinde durmuştur. Fikirlerini olgunlaştırdığında, hakkaniyet olarak adalet sorununu ele aldığı ünlü eseri “Adalet Teorisi”ni yazmıştır. Rawls'un Hakkaniyet Olarak Adalet (Justice as Fairness) ve Siyasal Liberalizm (Political Liberalism) adlı iki önemli çalışması da adalet teorisi ile yakından ilgilidir. Rawls'un 1971 yılında yayınlanan ve II. Dünya Savaşı sonrası Batı dünyasında üretilen en önemli siyasi kuram kitapları arasında yer alan Adalet Teorisi isimli kitabı, aynı zamanda liberal düşünce tarzının yeniden canlanmasında önemli rol oynamıştır.

Klasik liberal yaklaşımlar, sosyal olanın siyasala çevrilmesinde iradeyi yani toplum sözleşmesini hemen hemen tartış-

masız olarak kabul etmektedirler. Ancak toplum sözleşmesi ve liberal haklar ve özgürlüklerle desteklenmiş modern devletin, refahı artırıcı her türlü liberal girişime imkan vermiş olmasına rağmen nasıl olup da herkesin mutlu olduğu bir sisteme ulaşmayı temin edemediği anlaşılamamaktadır.

Özellikle toplumsal sistemde avantajsız konumda olanların refahtan yeterli pay alamaması sorunu liberal sistem içinde yapılacak iyileştirmelerle giderilebilecek midir? Rawls bu sorunun cevabını aramaktadır. Cevap için klasik liberal yaklaşım toplum sözleşmesini ve doğal yaşam ayrımını metafizik temelli bir kurgu olmaktan çıkararak siyasi, makul bir yöntemle “*orijinal durum*” ve “*cehalet peçesi*” aracılığıyla yeni baştan tasarlamıştır. Böylece siyaset teorisi açısından metafizik olmayan ancak yine de kurgusal olmaya devam eden, rızanın başka bir şekilde ortaya çıkmasını sağlayarak dağıtım sürecini de makuliyetle birlikte toplum sözleşmesinin içine taşımıştır. Rawls'un yaklaşımının ilgi görmesinin bir başka sebebi de liberal modelin iyileştirilmesi için bir olanak yaratabilmesidir.

Rawls bir yandan liberal demokrasi anlayışını “dağıtıcı adalet” sorusu etrafında yeniden kurarken diğer taraftan da liberal düşünce tarzını kendisinin egemen söylemi olan faydacılıktan bağımsızlaştırmayı amaçlamıştır.

20. yy'ın ilk yarısında mantıksal pozitivizm tüm normatif felsefe biçimlerine hükmetmekteydi. Ancak aynı şekilde ahlâk felsefesi ve özellikle hukuk felsefesi alanında birçok atılım bu dönemin peşinden gelmiştir. Bu genel başlıklara tıbbî etik,

\* Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

çevre etiği, çalışma etiği gibi daha çok pratik kaygılara dayanan yeni açılımlar da eklenmiştir. Rawls'un çalışmasını da bu gelişim içinde ele almak daha uygun olacaktır.

Postmodern liberalizm olarak da adlandırılan bu tutum, bir yandan liberal geleneği post-metafizik bir çizgiye oturtmayı, dolayısıyla bu geleneğin bütüncül ve baskıcı bir "meta-anlatı" olduğu yönündeki eleştirileri karşılamayı, diğer yandan da liberal demokrasinin daha da "demokratikleştirilmesi" ni amaçlamak olarak anlaşılabilir.

Rawls, ortaklaşa kapsayıcı bir iyiye ulaşmanın güçlüğüne işaret ederek, siyaset, din ve metafiziği ayrı taraflara koymamızın gereğine vurgu yapmaktadır. Böylece "idrake dayalı doktrinler"e ve farklı temel kanaatlere sahip insanların bir arada huzur içinde yaşadığı bir toplum istiyorsak toplumun örgütlenmesi bağlamında yansız ilkeler ortaya koymak zorundayız düşüncesine ulaşır. Rawls'a göre tüm vatandaşların adil olarak algılayabileceği ilkeler üzerine kurulu bir toplum günümüzde asıl ihtiyaç olan şeydir. Rawls'un adalet kuramı, bu bakımdan adil bir toplumun kurumlarıyla bağlantılıdır. Rawls adaleti eşitlik olarak anlamaktadır. Bu nedenle Rawls'a göre başkalarının özgürlüğüne zarar vermediği sürece bireyin özgürlüğünü garanti altına alacak ve toplumda fırsatların tarafsızca dağıtılması olanağını sağlayacak ilkelerle bu eşitliği sağlamak gerekir<sup>1</sup>.

- Adalet duygusu
- İyiyi anlama kapasitesi

Adalet duygusu ile farklı iyi anlayışlarının kolaylıkla realize edilebileceği bir çerçeveye ulaşılabilir<sup>2</sup>. Bu nedenle de adaletin "iyi"ye önceliği söz konusudur. Bunun nedeni de, iyinin çok boyutluluğudur. Rawls'un ifadesi ile "liberalizmin ön var-

sayımı, her bir insanın, mutlak özerkliği ve rasyonalitesi ile uyumlu çok sayıda birbiriyle çatışan ve uzlaşmayan iyi anlayışlarının ve bunlara dayanan amaçların gözden geçirilip belirlenmesi gerekir." Dolayısıyla bireysel otonomi devletin tarafsız olmasını zorunlu kılmaktadır. Tarafsız devlet, var olan değer ve ideallerden bir an için sıyrılıp onları sorgulama ve gerekli gördüğünde değiştirme kapasitesi olarak, kişilerin otonomisini tanımak durumundadır. Sonuç olarak "devlet ne özel bir doktrini diğerinden farklı olarak kayırmaya ya da yüceltmeye yönelik bir şey yapabilir, ne de bu özel doktrini savunanlara daha fazla yardım edebilir."<sup>3</sup>

Rawls'un anlayışını kavramak için liberal tarafsızlığın yakından ilişkili olduğu çoğulculuk kavramı üzerinde de durmak gerekir. Tarafsızlık aynı zamanda, anayasal düzende, vatandaşların farklı iyi anlayışlarına sahip olduğu hür bir demokratik kültürün oluşmasını sağlamayı hedeflemektedir. Liberal görüş açısından tarafsızlık farklı düşüncelere sahip olanların hoş görülmesi ile farklı değerlerin ve yaşam biçimlerinin yerleştirilmesiyle ve yurttaşlara eşit haklar sağlanmasıyla özdeşleştirilmiştir. Aslında tarafsızlığın, diğer bir takım ilkelerin ve uygulamaların kendisinden kaynaklandığı merkezi bir kavram, liberalizmin tamamlayıcı bir unsuru olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir.

Rawls 1980 sonrası çalışmalarını topladığı, *Political Liberalism (Siyasal Liberalizm)* adlı kitabında liberal kavramını metafizik temellerinden arındırmayı hedeflemiştir. Rawls adalet ve eşitlik değerlendirmeleri açısından, liberalizmin yeterli olmadığını düşünmektedir. Çünkü faydacılıktan hareket edildiğinde özellikle imkânları kısıt olanların aleyhine işleyen

1 John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971, s. 108.

2 John Rawls, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, s. 3.

3 A.e., s. 7.

bir tablo ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Rawls, tarafsız ve böylece adil olmayan zorlayabilecek bir yöntem yaratmak için “orijinal durum” düşüncesini ortaya atar. Rawls “sosyal kurumların ilk erdemi”<sup>4</sup> olarak tanımladığı adaleti metafizik bir boyutta ele almaz, siyasal adalet konusunda bir uzlaşma sağlanması amacına bağlıdır. Rawls’a göre adalet kavramı “makul” vatandaşların desteğini hak eden, “makul” bir kavramdır. Rawls böylece adaleti metafizik düzlemde kopartarak siyasal düzlem taşımıştır. Bu tutumu nedeniyle yaptığı çalışmalar hukuk felsefesinden çok siyaset kuramları açısından öncelenmiştir.

Rawls cinsiyet, yaş, ırk, sosyal statü, doğuştan gelen yetenekler gibi konularda herhangi bir betimleme yapmadığımızı; ancak farklı siyasi kurumların farklı arka plana ve olanaklara sahip olan insanlar için nasıl işlev gördüğünü bildiğimizi kabul ederek oluşturulan bir orijinal durum tasavvur edilmesini ister. Aslında bu durumla bir “cehalet peçesi” (veil of ignorance, bilinmezlik peçesi olarak da kullanılmaktadır) oluşturmaktayız ve bundan bir tarafsızlık olanağı yaratma imkânı buluruz.

Burada ortaya çıkan durum tarafsızlığa zorlamadır; çünkü, kişiler olarak cehalet peçesi aracılığı ile kim olduğumuzu bilemeyiz; ancak toplumun örgütlenebileceği çeşitli şekilleri bilmekte ve dolayısıyla kim olabileceğimizden bağımsız olarak, örneğin ister siyah bekâr bir anne, ister bir homoseksüel, isterse üst statü sahibi olalım, aynı konumda bulunmaktayız. Amaç bize en iyi şekilde hizmet verecek siyasi bir düzenin seçilmesidir.

Böyle bir durumda kim olduğumuza ilişkin öz-çıkartı bağımlı alanın dışında, tarafsız bir çözüm seçme imkanımız ola-

caktır. “Orijinal durum”la Rawls tam olarak bunu sağlamak istemektedir: **“Toplumun temel kurumları içinde tarafsız ve makul bir eşitlik biçiminde gerçekleşen adaleti garanti etmek.”**

Bunun için de şu ilkeleri önerir:

- Öncelikle kişisel dürüstlüğe ve özgürlüğe saygı (her birimiz için ötekinin bağımsızlığını tehdit etmeyen bir özgürlük içinde olma hali),

- Aynı zamanda durumu iyi olanların, durumu kötü olanlar pahasına avantajlarını arttırmayacağı bir sosyal düzenin seçilmesi.

Bu ilkeler orijinal durumda belirlenmiş olan adil toplumun temel ilkeleridir. İki özgürlük ilkesi ikincisi de fark ilkesi olarak isimlendirilir. Rawls’un teorisinin giriş niteliğindeki bu temel değerlendirmesinde sınırları gösterdiği özgürlük ve fark ilkesini bir sıralamaya da tabi tuttuğunu ve her şart altında özgürlük ilkesini önceliğini de belirttim. Yani en avantajlı konumda olanların durumlarını düzeltmek için bile özgürlük ilkesinden bir ayrılma söz konusu olmaz.

Sözleşme öncesini betimlemek için kullandığı orijinal durum, soyut insan kurgusu üzerinedir. Bu soyut insan hem kendi amaçlarından hem de toplumsal yaşamdan soyutlanmıştır. Bu birey anlayışı yalnızlaşmayı ve yabancılaşmayı destekler, bu nedenle Rawls aynı deniz üzerinde yaşayan bağımsız adacıklar gibi toplumsal tasarımıyla bağdaşmayan bir insan anlayışını ileri sürdüğü için de eleştirilmektedir<sup>5</sup>.

Rawls’un teorisi “meşrulaştırıcı birey” kavramı çerçevesinde de değerlendirilebilir. Modern demokratik bir toplum meşrulaştırıcı bireyi göz önünde tutar. Böyle bir toplumda adaletin nasıl kurumsallaştırıla-

4 Rawls, *A Theory of Justice*, s. 2.

5 Solmaz Zelyut Hünler, *İki Adalet Arasında*, Ankara, Vadi Yayınları, 1997, s. 239.

bileceği tercihlerle şekillenecektir. Rawls “Hakkaniyete uygun koşullar altında bir tercih yapma imkânı olsaydı, modern demokratik bir toplumun vatandaşları hangi dağıtım ilkelerini benimserlerdi?” sorusu üstünden hem ösel bir kurguyu, hem de amacı ortaya koymak istemiştir. Rawls’un bütün çözümlerinin temelinde belirli bir birey anlayışı vardır. Herkesin düşünme, seçebilme ve kurallara uyma kapasitesi aynıdır. Aynı zamanda bireylerin özgüven ve özsayıları da vardır. Özsayı, kendi değerlerinin gerçekleşmeye uygun olduğu inancıyla özgüven, değerlerini gerçekleştirme kapasitesine olan inançtır. Bu iki değer yani özgüvenle özsayı toplumsal iyiler arasında en ön sırada yer alır. Rawls özgüven ve özsayıyı bireyin otonomisi ve özgürlüğünün garantisi sayar. Rasyonel bireylerin birbirlerinden oldukça farklı hayat planları olabilir. Bu tür planlar, haklılık ya da doğruluk standartlarına uysa bile belirli bir sınırlamaya koyma olanağımız yoktur.

Liberal bir toplumda farklı yaşama planlarına olanak tanınır. Böyle bir toplumun gevşek bir “iyi” yaklaşımını benimsemiş olduğunun kabulü gerekir. Ancak yine de bireyler için neyin iyi olduğuna ilişkin minimal düzeyde bir standart bulunmalıdır. Ayrıca bireylere bizzat kendi iyilerini tanımlayabilecekleri maksimum fırsat da tanınmış olmalıdır. Kendine saygıya veya bir kimsenin bizzat kendisine biçtiği değer anlamına kesin inanç en önemli “iyi”dir.

Rawls’un bireye ilişkin değerlendirmelerini de ana başlıklar etrafında toplayabiliriz:

- Her birey, benliğini meşru düzene aykırı bir biçimde ortaya koymadığı sürece özgürdür,
- Her birey eşittir,
- Her birey tüm toplumsal kurumların adil bir biçimde nasıl yapılandırılacağı konusunda düşünmeye hazırdır,

- Her birey sınır tanımayan özgürlüğüne olanaksızlığına karşı sınırlı ama herkes için özgürlüğün olanaklılığını anlayabilir.

Rawls’un bu ilkeler çerçevesinde normatif bir birey tanımlaması yapmak yerine politik kuramların hangi koşullar altında meşrulaştırılabileceğini saptamaya çalıştığını görüyoruz<sup>6</sup>. Rawls’un siyasal kurumların ve normatif alanın meşruluğunun sınanabileceği tek merciin, norm ve sonuçlardan etkilenecek birey olduğu konusundaki görüşü açıktır. Yani Rawls’a göre devlet veya çeşitli kurumlarca inşa edilmiş olan normatif yapı ikincil bir meşruiyet kaynağı iken birincil meşruiyet kaynağı bireylerdir. Rawls meşruiyet için “hak kişisi” olarak tanımladığı liberal bireyi gösterir. Meşrulaştırıcı bireycilik olarak da isimlendirilebileceğimiz bu yaklaşım genellikle bireylerin doğuştan sahip oldukları sınırsız özgürlükler ile şekillenmiş bir doğal yaşam döneminden toplumsal bir döneme geçildiği varsayımı ile başlatılır. Bu klasik toplum sözleşmesinin de ana kurgusudur. Bu nedenle Rawls’un cehalet peçesi ile biçimlendirdiği orijinal durum bireylerin tarihselliğinin ve toplumsallığının bir reddi değildir. Rawls varsayımsal bir durum tanımlaması ile eşit ve özgür bireyler arasında pürüzsüz bir birlikteliği ortaya çıkarmak istemiştir. Böylece hak merkezli bir paradigma kurarak faydacılığın eksikliklerini gidermeye çalışır.

Toplumsal sözleşme Rawls’ta, belli bir yönetim formunu kabul etmek anlamında alınmamalıdır; aksine etik ilkelerin kabulüne ilişkin bir açılım olarak anlaşılmalıdır. Rawls’un toplum sözleşmesi bireyler arası eşitliği ve eşitliğin doğal bir uzantısı olarak dağıtımının nasıl yapılacağı sorununu birlikte kapsar. Rawls’un sözleşmeye dayalı düşünme biçimlerine başvurması toplumsal refaha ve dağıtımına ilişkin faydacı

6 Rawls, *A Theory of Justice*, s. 12-15.

yaklaşımın merkezi zayıflıklarını görmesi nedeniyledir.

Pek çok insan ilk bakışta, bir toplumu idare etmenin en iyi yolunun o toplum içinde bulunanların refahını arttırmak olduğunu düşünür. Rawls bunun adaletin merkeze alınması halinde pek de doğru olmadığını belirtmektedir. Dağıtım da en az refah kadar önemlidir. Rawls'a göre birey, faydacılığın öngördüğü gibi, kendi iyisi peşinde koşan pür rasyonel bir varlık değildir; hakkaniyet duygusu ile makul davranan bir varlıktır. Yani "hak" "fayda"yı önceler ve bireyler makuldür<sup>7</sup>. Keyfi dağılım toplumsal bir müdahale ile dengelenmelidir. Sosyal insan anlayışı ile bir gerçeklik olarak var olan insanın değerleri arasındaki farka dikkat etmek gerekir. Bireyin amaç ve isteklerini haklı çıkarmak için bir "ben"e ihtiyacı vardır. Rawls'un teleolojiyi aşan bir biçimde bireye yaptığı bu vurgu, yani engellenmemiş benlik konsepti sosyal olanla nasıl bağdaşacaktır? Engellenmemiş benlik konsepti bireyin otonomisini gösterir. Rawls orijinal durum ve orijinal durum sonrası için bir ayırım yaparak otonomi kavramını tartışır.

Orijinal durumda ortaya çıkan otonomi ile toplum kurulduktan sonra ortaya çıkacak olan otonomi birbirinden farklıdır. Bu ayırımla Rawls, toplumun kuruluşundan sonraki dönemde ortaya çıkan otonomiye somutlaştırmaktadır<sup>8</sup>. Bu somutlaştırmada Kantçı verileri kullanır. Kant'ın özellikle kişisel özerklik (autonomy) ve kişilerin eşit ahlaki değeri düşüncesinden ve evrensel adalet anlayışından hemen hemen tüm liberal teoriler gibi Rawls da etkilenmiştir. Kant insanların ortak rasyonel doğaları ve bunun sonucu olan ahlaki kişilikleri nedeniyle eşit olduklarını, insanın kendi başına bir değer olması ile somutlaştırır. İnsanların ahlaki kişilik sahibi olmaları onların

tutkularını sınırlandırmalarını ve doğruyu seçme kapasitelerini olanaklı kılar.

Liberalizmin bireyciliğe yaptığı temel vurgu ile Kant'ın etik vurgusu arasındaki paralellik açıktır. Liberalizmde bireycilik iki anlamlıdır. İlki yönetsel, yani kurgusalıdır. Daima bireyle başlayıp bireyle biter. Diğer yandan liberalizmin bireyciliği toplumsal olanın reddi anlamında değildir; ancak toplumsal alanın da bireyden hareketle açıklanabileceğini gösterir. Şu şekilde de ifade edebiliriz; sosyal düzenlilikler insan doğasının değişmez özelliklerinden çıkarılabilir. Bireyciliğin ikinci anlamı ise bireysel özgürlüktür.

Rawls, orijinal durum sonrası birey otonomisi için sınırları belirlerken rasyonel olan ile makul olan arasında bir ayırım yapar. Rasyonel kavramı ile anlatılmak istenen, her bir bireyin kendi çıkarlarını tatmine yönelmesi ve iyi kavramına ulaşmasıdır. Makul olan ise, toplumsal işbirliğine dayalı adil ilişkilerin kurulması ile ilgilidir ve adalet kavramına ulaşılmasını sağlar. Rasyonel olan, amaçlara ulaşmak için etkin araçları değerler arası sıralamayı ve öncelikleri gösterir. Makul olan ise, "adil toplumsal işbirliği"ni ortaya çıkarır. Uzlaşma, makul olan çerçevesinde kurulacaktır. Rawls, rasyonel ve makul ayırımının temellerini de Kant'tan almıştır. Her iki alan birbirini tamamlamakla birlikte, rasyonel olandan makul olanı çıkaramayız. Çünkü grubun üyelerini harekete geçiren iyi anlayışları olmadan toplumsal işbirliğinin, adalet ve adil kavramlarının bir anlamı olmaz. Makul olan pratik akıldan çıkar; yani iyi düzenlenmiş bir toplumda, adalet ilkelerinin ve temel özgürlüklerin iyi anlayışlarına oranla öncelikli olarak kabul edilmesi gerekir. Makul olan ve rasyonel olan, makul olanın rasyonele oranla kesin önceliğini hazırlayan pratik akıl şemasının

7 A.e., s. 152-154.

8 Zeynep Özlem Üskül, *Bireyciliğe Tarihsel Bir Bakış*, İstanbul, Buke Yayıncılık, 2003, s. 146.



çerçevesinde birleşir. Adilin iyiye önceliği ni, Rawls böyle kanıtlamaktadır.

Rawls'un toplumsal sözleşmeyi oluşturmak için bir araya gelen insanlar ile orijinal duruma ilişkin tasarımı arasındaki farka da dikkat çekmek gerekir. Orijinal durumda insanlar kendi özgün koşullarının farkında olmayacakları bir cehalet peçesi ile hareket edeceklerdir. Böylece beğenileri, yetenekleri, hırsları ve inançları olan insanların her biri kendi kişiliklerinin bu özelliklerinden geçici olarak habersizdir. Doğal eşitsizliklerin yarattığı belirsizliği kaldırmak için Rawls'un yaptığı kurgu yaratıcıdır. Doğuştan kazanılan ayrıcalıklar bireylerin toplumsal alanda eşit şansa sahip olmalarına engeldir. Bu nedenle doğal yetenekler ortak mallar gibi görülebilir. Doğal yeteneklerden, ancak bunlara sahip olmayanların durumunu iyileştirmesi koşuluyla yararlanılmalıdır. Bu saptama bize Rawls'un doğal yeteneklere göre yapılan dağıtımın adil olmadığı düşüncesinde olduğunu da gösterir.

Seçilen ilkeler adalet ilkeleridir. Çünkü adalet ilkeleri makuldür. Kişiler, etik kuralları izleme kapasitesini belirsizlik nedeniyle daha başarılı bir biçimde ve makul olanı tercih ederek seçme hakkını kullanacaklardır. Rawls'un varsayımsal olarak kabul ettiği cehalet peçesi altındaki bireyler, bencil olmayacaklardır. Çünkü diğerlerinin de bencil olma olanağı kalkmıştır. Subjektif özelliklerini bir yanda bıraktıkları için kendi iyiliklerini, özgürlüklerini fırsatlarını ve refahlarını yükseltecek kuralları seçmek isteyeceklerdir<sup>9</sup>.

Rawls kişilerin gelecekteki ekonomik ve sosyal düzen için hangi kuralları seçeceklerini dedüktif akıl yürütme ile gösterir. Uzlaşma oybirliği ile gerçekleşecektir. Ortaya çıkan uzlaşma ile belirlenen adalet ilkeleri evrensel nitelik taşıyacaktır. Rawls'un iş-

lediği mantıksal tutarlılık nedeniyle yöntemi "moral geometri" olarak da isimlendirilmektedir. Rawls'un adalet teorisinde seçilen ilkeler faydacı değildir. Çünkü hem özgürlük hem fark ilkesi açıkça göstermektedir ki hiçbir rasyonel birey, ekonomik olarak kötü olanların durumunun, iyi olanların kazançlarıyla tazmin edildiği bir sistemi benimseyemez. Rawls'un adalet tasarımı kişileri, toplam faydanın maksimize edilmesini değil, dengeli bir adaletin üretilmesini önceleyeceklerdir.

Rawls, toplumsal yaşamı kuşatan madde değerlerin makul olarak bölüştürüldüğü bir ortak havuz olarak kabul edilmesini önermektedir. Bu tespit söz konusu adaletin, dağıtıcı adalet ilkesi olduğunu ortaya koyar. Doğal yeteneklerin de içine dahil olduğu her türlü sahip olunan şey Rawls açısından dağıtıcı adalet ilkelerine göre bölüştürülmüş ortak değerler olarak kabul edilmiştir. Rawls'un bu tespiti diğer açıdan üretim ve dağıtım süreçlerinin farklılığına bilinçli olduğunu da gösterir. Böylece adil bir toplumsal zemin herkesin refahının bir işbirliği şemasına bağlı olduğu bir yapıdır. Sosyal işbirliği olumlu ve olumsuz tüm şeylerin dağıtımını kapsar. Toplumsal yapının adil olabilmesi için doğal ve sosyal rastlantıların yarattığı farklılıkların ve tarihsel tortunun etkisizleştiği adil ve özgür koşullarda anlaşma ile kurulmuş olması gerekir. Bu nedenle tarihsel bağlamda düzgün olarak yapılmamış olan adalet paylaşımı yeniden dağıtımla uygun bir orijinal durum sağlamalıdır. Böylece toplumsal sözleşmenin kurulması ancak hak ediş olarak adaleti gerçekleştirebilir.

Sonuç olarak Rawls'un toplum sözleşmesi ve buna bağlı olarak ortaya koyduğu birey anlayışları "hak ediş olarak adaleti" ortaya çıkarmaya yöneliktir.

9 Rawls, *A Theory of Justice*, s. 90.

Adil dağılımın klasik sözleşme anlayışı ve liberal sistemle kendiliğinden ortaya çıkamaması karşısında, Rawls liberal sistemden bütünüyle ayrılmadan yeni bir toplum sözleşmesi tasarlamıştır. Amaç adil dağılımın sağlanabilmesidir.

Rawls gerek orijinal durum gerekse kişilerin orijinal haldeki pozisyonlarını belirleyen cehalet peçesi aracılığıyla kişisel niteliklerin ötelenerek bencil ve statüsü farklı olmayan insanın adaleti sağlamak için yapabileceklerini makuliyet ölçüsü ile ortaya koymuştur.

Rawls'a göre, kişilerin eşit ve özgür görüldüğü çağdaş demokratik toplumlarda, bireyler ya da topluluklar kaçınılmaz olarak farklı dini, felsefi, ahlâki doktrinleri benimseyeceklerdir. Bu farklı dünya görüşlerinin birbiriyle uyuşmaması ya da çatışması günümüz özgür toplumlarının önemli bir özelliğidir. Toplum sözleşmesine ilişkin açıklamalarda da gösterildiği gibi adaletle ilişkin başarılı bir paylaşımı sağlayabilmek için yeni bir model önermiş olan Rawls aslında kapalı bir toplum var sayımı ile adaleti ele alır. Bu aynı zamanda hem sadeleşmeyi, hem de bir model olabilecek ideal bir toplumun tanımlanmasını olanaklı kılacaktır. *Adalet Teorisi'*nde önce *adalet ilkesini soyut bir biçimde belirlemeye çalışıp, sonra da bir adalet ilkesini nasıl uygulayacağını tartışmak yerine, bu ilkelere özel bir şekilde tanımladığı bir durumdaki kişiler tarafından belirlenmesini tercih etmiştir. Böylece de yeni bir modelleme yapabilme olanağını elde etmiştir.*

Rawls'un amacı kişilerin tamamen tarafsız davranmalarını sağlayacak bir düşünsel model kurmak ve adalet ilkesini bu tür bir modeldeki kişilere seçtirmektir. İzlenen yol adalet ilkesini ilk anda kes-

kin ve net bir biçimde saptamak değil, bu adalet ilkesinin belirlenmesini sağlayacak doğru yöntemi bulmaktır. Eğer süreci adil kılabilirsek, bu süreç sonunda elde edilen ilkelerin de adil olacağını düşünebiliriz. Rawls'un benimsediği "hakkaniyet olarak adalet" (justice as fairness) anlayışı, hakkaniyet içeren bir süreç sonunda varılan ilkeler, tanım gereği adil olacaktır. Kendi sözleriyle konuyu şöyle açıkladığını görüyoruz;

"Adalet, halen varolan ve bizim hakkımızda sonuç doğuran uygulamalara sahip adil kurumlara destek vermemizi ve uymamızı gerektirir. Bunun yanı sıra en azından bedeli bizim için ağır olmadığı sürece varolmayan adil kurumları da oluşturmaya zorlar. Dolayısıyla eğer toplumun temel yapısının adil olduğu kabul edilebiliyorsa veya mevcut koşullar çerçevesinde adil olmasını beklemekte akla aykırılık yoksa herkes kendi payına düşeni yapma konusunda doğal bir ödeve sahiptir."<sup>10</sup>

Sosyal yaşamda barış ve güvenliğin, zorlama ile değil ancak iyi bir sosyal düzenle sağlanabileceği kabulü eşitlikle birlikte düşünülmelidir. Etik bağlam, eşitliğin içeriğinin nasıl saptanacağı ile ilgili tartışmaları sürdürmektedir. Çünkü adalet kavramı öncelikle kişiye ait olanın ne olduğu sorusunun cevabını vermekle ilgilidir. Hiç kuşkusuz eşitlik adaletin özüdür; bunun aksini söylemek insan ilişkilerinde eşitlik idealinin değerini düşürür<sup>11</sup>.

Rawls adalet teorisinde liberal demokratik bir hukuk devletinde özgürlüklerden fedakarlık etmeden nasıl adil bir sosyal politika geliştirilebileceğini bulmayı amaç edindiğini açıkça ilan etmektedir<sup>12</sup>. Ayrıca Rawls teorisini bireysel bağlamda değil, hukuk devleti ve politika gibi kuramsal bir

10 A.e., s. 115.

11 Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 481-483.*

çerçevede ortaya koyar. Bu üst teorik kurguya rağmen adalet teorisi sosyal devlet bağlamında değil bireylerin karşılıklı ilişkilerini ve toplumun başlangıçta adil tasarlanması bağlamında ele alınır. Yani adalet teorisi liberal olmaya devam eder.

Özgürlük, fırsat, gelir, zenginlik ve onur gibi sosyal değerler varsayımsal olarak bireylere eşit dağıtılmıştır. Söz konusu bu değerlerin eşit olmayan dağıtımının haklılaştırılabilmesi için, söz konusu eşitsizliğin herkesin yararına olduğunu göstermek gerekir. Yani sosyal eşitsizlikler, ancak “en az avantajlıların yararına” ise haklılaştırılabilir. Belirli bir amacı öngören bu eşitlikçi anlayış kalıpcı (patterned) özellik gösterir. Teorik tutarlılık içindeki bu akıl yürütmenin sosyal yaşamda da ortaya çıkış biçiminin aynı tutarlılıkta olacağını söylemek çok da mümkün olmayabilir. Çünkü Rawls’un bu adalet tasarımı, fakir ile zengin arasındaki eşitsizliklerde en fakir olanın durumu eşitlikçi bir ortamdan daha iyi sonuç veriyorsa, eşitsizliğin haklı görülebileceğini de içerir.

Rawls’un, adalet teorisinde üç temel sorunla ilgilenmekte olduğunu görüyoruz. Bunlar:

- Adalet ilkelerinin bulunması,
- Anayasal demokrasi kurumlarının adalet ilkelerini gerçekleştirecek biçimde bir düzenlemeyi ortaya koymasının mümkün olup olmadığı,
- Belirlenen dağıtım paylarının adil olup olmadığının sınanmasıdır<sup>13</sup>.

Rawls’un sisteminde adaletin dağıtımının nasıl yapılacağını kendi örnekleri üzerinden şu şekilde somutlaştırabiliriz.

Fark ilkesinin işleyişini şöyle bir örnekle gösterebiliriz:

Toplumun x ve y kişilerinden oluştuğunu varsayalım;

İlk dağılımda  $x=100$ ,  $y=100$

İkinci dağılımda  $x=105$ ,  $y=110$  almış olsun.

Akılcı bir kimsenin birinci dağılımı tercih etmesi, yani bile bile daha az almayı istemesi için bir neden yoktur ve bu, bize fark ilkesinin doğruluğunu gösterir. Çünkü her iki katılımcı da cehalet peçesi kalktıktan sonra ikinci dağılımda daha az pay alan kişi oldukları ortaya çıksa bile, birinci dağılımdaki herhangi bir kişinin aldığından daha çok alacaklarını bileceklerdir. İkinci dağılımda x kişisi olmak bile, birinci dağılımda x ya da y kişisi olmaktan daha iyidir<sup>14</sup>. Rawls orijinal durumdaki insanların 2 prensip seçeceğine inanır. Bunlar özgürlük ve en az avantajlıların korunmasıydı ve bu prensiplerin daha önce içeriklerini ele almıştık. Bu prensibe sıkıca bağlı kalarak özgürlük ve fırsat, gelir ve zenginlik, özsaygı temelleri eşitsiz dağılım avantaj olmadığı sürece eşit dağıtılmak zorundadır. Kişiler, peçenin arkasındakiler gerçek durumu bilmediklerinden özgürlüğü ilk prensip olarak seçeceklerdir ve bu onlara her ne ideali tercih ederlerse etsinler bunu sürdürme fırsatı verecektir. İkinci prensibi de seçeceklerdir çünkü, paylaşımın minimum-maksimum prensibi temelinde gerçekleşeceği ortadadır. Toplumsal iyilerin dağılımında hangi kategoriye gireceklerini bilmediklerinden payı ona göre belirleyeceklerdir.

Eşitlikçi paylaşım için bir başka örnek ise bir pastanın paylaşımıdır. Rawls pasta kesmenin adil yollarını arar. Birden fazla kişiye paylaştırılacak bir pasta vardır ve pastayı kesecek olan kişi de bu paylaşım-

12 Rawls, *A Theory of Justice*, s. 17

13 A.e., s. 27

14 A.e., s. 302

dan pay alacaktır. Kendisini de hesaba katarak nasıl bir paylaşım yapacağını düşünebiliriz? Farz edelim ki pastayı kesen kişi son dilimi alacağını biliyor; eğer kişi bencil ise ve kişisel çıkarlarına göre hareket ediyorsa, (pasta sevdiğini varsayıyoruz) pastayı öyle kesecektir ki diğerleri eşit dilimler alacak, en son dilim en büyük olacaktır. Eğer, bununla birlikte, son dilimin kendisine verilmeyeceğini biliyor, ama daha önceki dilimlerden birini alabileceğini umuyorsa, o zaman en son dilim en küçük olacaktır. Önce veya sonradan almak arasında bir fark olmamasını da hesaba katarak şu sorunun cevabını aramalıyız: Her dilimin tamamen aynı olacağını nasıl garantileyebileceğiz? Rawls cevabın, kesen kişinin hangi dilimi alacağını bilmemesinde yatışını belirtir ve o zaman da hem fedakâr kesici, hem bencil kesici dilimlerin benzer olmasını sağlayacaktır. Rawls rasyonel bir karar vermede bir usul önermektedir; usul kullanıldığında sonucun garanti edilmesi söz konusudur. Paylaşılan şey aynı kaldığı halde sonucun eşitlik olarak ortaya çıkması sağlanacaktır; yani bir pasta vardı ve sabit boydaydı. Oysa sabit boydaki bir pastanın dağılımı ve toplumdaki adalet arasında önemli farklılıklar vardır. Daha da ötesi pasta fikri karmaşıklıktan yoksundur. Yaşamdaki en basit paylaşımlar bile iyilikler, statü, güç, haklar, para, mülk ve benzeri soruları içerir. Bu karmaşık ortamda dağılım nasıl yapılabilir? Dağılımı yapılan şeyin değerinden nasıl emin olabiliriz? Pastanın tüketimi geçici bir zevk verse de, hayattaki birçok iyiliğin tüketimi (örneğin, üniversiteye kabul edilmek) geniş aralıkta hayattan zevk almayı sağlar. O yüzden ki sadece öncelikli iyilikler/mallar üzerine yoğunlaşmak, toplumsal eşitlik için zayıf bir dayanak sağlar; oysa teori uyumlulaştırılabilir.

Rawls'un pasta analogisine göre, pastanın yapımına yardım edenler boş zamanlarında (özgürlük) eğlenme veya pasta üzerinde çalışma arasında seçim yaparlar. Pasta, içine konulan malzeme, hüner ve çalışkanlığa bağlı olarak büyüklük ve kalite olarak farklılık gösterebilir. Daha iyiyi yapma gayreti teşvik edilmelidir. Böylece paylaşılan şey büyüyecektir.

Başlangıçta insanlar ne olduklarını ve ilgi alanlarının ne olduğunu bilmediklerinden bilgisizlik içinde sözleşme pazarlığı yapmaktadırlar. Rawls'un görüşü, bireylerin maksimum-minimum mekanizmasını kullanarak sözleşme pazarlığı yapmaya itilmiştir. Rawls, aynen satranç oyununda olduğu gibi oyunun iki oyuncu arasında geçtiğini kabul etmektedir. Burada da maksimum-minimum kazanım yöntemi işleyecektir. Ancak gerçek yaşamda doğa faktörü de olduğu için, doğa maksimum-minimum oyununu oynamaz; oyunda her zaman sürprizler ve yeni açılımlar vardır. Rawls'un, adalet kuramı ile hakların önceden verilmiş olmasına dayalı, ancak belli bir yararı içermeyen adalet anlayışından yeni bir liberal etik yaklaşımı oluşturduğunu görüyoruz. Rawls'un adaletin en üstün değer olduğu savı, adaletin toplumdaki değerlerden biri değil, aksine toplumdaki değerleri düzenleyen ve bu değerler üzerinde bir güç olarak varlığını yönlendiren bir ölçü olarak alınması anlamındadır.

Ekonomik hak ve özgürlüklerle ilgili elde edilen avantajlar fırsat eşitliğinin sağlanması açısından sorun yaratır. Sistemin "herkesin yararına işletilmesi" bu yapısal soruna rağmen nasıl sağlanacaktır? İşte asıl sorun budur<sup>15</sup>.

Rawls fayda ve adalet arasındaki farkı üç temel noktada toplanmaktadır:

1- Faydacılığın amaç-araç ilişkisi çerçevesinde tanımladığı birey anlayışının

15 A.e., s. 37 vd.

reddi düşüncesine göre, bireyin salt fayda peşinde koşan olarak tanımlanması doğru değildir. Birey daha çok fayda kapasitesini gerçekleştirme öznesi olarak alınmalıdır. Bu anlamda birey iki noktadan konuyu değerlendirecektir;

a) Her birey genel özgürlükler sistemi ile bütünlük içinde olan temel özgürlüklerin sahibi olmayı istemektedir.

b) Toplumsal yaşamdan kaynaklanan sosyal ve ekonomik eşitsizlikler, hem fırsat eşitsizliğini kaldırıcı önlemlerle hem de toplumsal yaşamda en az avantajlı konumda olanların korunması yoluyla düzenlenmelidir<sup>16</sup>.

2- Siyasi iktidarın zaman içinde ekonomik hakları herkesi kapsayacak şekilde genişletebileceği (piyasa ekonomisinin olumlu etkisi savı) ya da farklı kesimlere farklı olanaklar sağlayarak denge (sosyal adaletçi uygulamalarla zor durumda olanı koşulları çerçevesinde koruma) kurulabileceği düşünülebilir. Ancak her iki halde de uzun vadede “gelir-harcama dengesinin” bozulabileceğini gözden kaçırmamak gerekir. Uzun vadede ortaya çıkacak olan bu gelir-harcama dengesini Rawls “nesiller arası adalet sorunu” olarak isimlendirmektedir<sup>17</sup>.

3- Ekonomik hak ve özgürlüklerin zaman içinde yaratacağı bu yapısal boşlukları aşmak için Rawls, yeni bir sistem önermektedir. Toplumsal anlamda adaleti, bölüşüm sağlayabilmeyi “sosyal minimum” olarak isimlendirir. Sosyal minimum, toplumda en düşük gelir düzeyine sahip olanların alacağı payı gösterir. Bunun siyasal iktidar tarafından gerçekleştirilmesi için dört temel alan belirlemiştir<sup>18</sup>:

- Kaynakların güçlendirilmesi,

- İstikrar,
- Gelir bölüşümü,
- Transfer.

En düşük düzeydeki grubun beklentilerinin maksimize edilmesinin sağlanması ile liberal sistemin tıkanıklığı giderilebilir. Bu aynı zamanda sosyal bir projeksiyondur. Toplumsal alt yapının güçlendirilmesinden ve düzeltilmesinden eğitim düzeyinin yükseltilmesine kadar olan, son derece geniş bir alanda faaliyeti gerektirir. Bu da, zorunlu olarak toplumsal anlamda “adil tasarruf ilkesini” ortaya çıkarır. Böyle bir noktaya toplumun nasıl ulaştığını başlangıçta varsayımsal olarak kabul etmiş olduğu orijinal durumdan başlayarak açıklamaktadır. Babaların gelecek nesiller uğruna tasarruf etmeyi isteyeceklerini farz eder. Böylece bir neslin yaptığı fedakârlıklar gelecek nesil için bir olanağa dönüşür. Ancak burada bir sorun olarak gerekli tasarruf miktarının toplanamaması üzerinde duran Rawls, yetersiz tasarruf ve aşırı devlet müdahalesinin olumsuzluklara yol açabileceğine de dikkatimizi çekmiştir. Yani denge kavramı bu sorunun aşılması için kurucu niteliktedir<sup>19</sup>.

Faydacı görüş gelirin yeniden dağıtım yoluyla toplumun üyelerinin toplam faydasının maksimize edilebileceğini iddia etmekteydi. Çünkü iktisadi olaylarda azalan marjinal fayda yasası geçerlidir ve zengin bireylerin gelirlerinin marjinal faydası giderek azalır. Bu nedenle toplumdaki gelir dağılımının daha eşit hale getirilmesi ancak toplam faydanın artırılmasıyla gerçekleşir. Faydacı yaklaşım faydayı kordinal olarak ölçmektedir. Kordinal ölçme demek, bireylerin mal ve hizmetlerinin tüketiminden elde ettiği faydanın sayısal olarak belirlenmesidir. Modern iktisat literatüründe, bu

16 A.e., s. 302.

17 A.e., s. 40.

18 A.e., s. 276.

19 A.e., s. 278.

görüş terkedilmiş ve bireylerin alternatifler arasında tercih yapması anlamında ordinal fayda kavramı kullanılmaya başlamıştır. Faydanın kordinal olarak ölçülebileceğini ve bireyler için benzer fayda fonksiyonu tanıyan bu tutumda faydanın maksimum olabilmesi için gelirin eşit dağılımı da gerekmektedir.

Ancak fayda fonksiyonu farklılaştırıldığında sonuç değişir. Rawls bu belirsizlik için etkin olmayan noktadan etkin bir sınıra hareket ederek yani en az avantajlı olanların sosyal durumunu düzelterek yeni bir açılıma ulaşmıştır. Bu ilke ile “Rawlsçu iyileştirme” denen genel bir düzelme elde edilir. Yalnız burada kolektivist görüşlerden farklı bir eşitleştirme söz konusudur. Rawls’a göre sosyal adalete ulaşmak için nihai olarak gelirin eşit dağıtılması gerekir. Yani kaynakların eşit paylaşımı söz konusu değildir. Sosyalist yani kolektivist yaklaşım iki birey arasındaki nisbi eşitsizliği temel alır. Gelirin paylaşımında bireyle arasındaki nisbi eşitsizlik azalıyor “sosyalist iyileştirme” söz konusu olur. Bu durumda sosyalist yaklaşımın nisbi eşitsizliği her halükarda azalttığı için Rawls’çu iyileştirmeye olumlu bakabileceği; ancak yeterli bulmayacağı da açıktır.

Bu noktada Rawls’un ekonomik haklar ve bu hakların devamlı büyüme eğilimine sahip olmasının yaratabileceği sorunları küçümsediği eleştirisi de getirilebilir. Rawls devletin gelirleri ile harcamaları arasında oy birliğine, oy birliği sağlanamıyorsa oy çokluğuna en yakın “nitelikli çoğunluğa” dayalı kararlar ve ilişkiler kurmayı önermektedir<sup>20</sup>. Rawls, yasama ile ilgili tartışmalar, çıkarlar arasındaki bir yarışma olarak değil, adalet ilkeleri tarafından belirlenen en iyi politikayı bulmak için gösterilen bir gayret olarak düşünülme-

lidir, demektedir<sup>21</sup>. Ancak burada siyasal sistemin çıkardığı yasalar yoluyla sosyal sistemi aynı şekilde olumsuz olarak etkileyebileceğini de gözden kaçırmamak gerekir. Rawls’un uygulamada sorun yaratacağı için yasamanın negatif tutumunu ihmal etmesi, bizi öne sürdüğü adalet ilkelerinin ancak başlangıç durumundaki toplumlar için söz konusu olabileceğini kabule götürebilir. Bu nedenle “orijinal durum”dan sonraki dönemde, oybirliği ilkesi ile kendini bağlı saymayan siyasal iktidarların, ekonomik hakların hızla genişlemesi karşısında adalet ilkelerinin uygulanma şansını azaltabileceğine de dikkat etmek gerekir.

Liberal yaklaşımı yeni bir açılımla güçlendirmek isteyen Rawls’a liberal görüşü benimseyenlerce de eleştiri getirilmektedir.

Nozick, Dworkin, MacIntyre, Cohen ve Amartya Sen’in eleştirileri önemlidir.

Nozick, Rawls’un adalet ilkelerini oluşturma sürecinde varsaydığı bireylerin aralarında bir işbirliğini oluşturma zorunluluğunu eleştirmektedir. Çünkü toplumda işbirliği kadar çatışma da vardır. Bu nedenle toplumsal işbirliğinin neden dağıtıcı bir adalet uygulaması ortaya çıkardığı sorunu Nozick’in temel eleştirisidir. İşbirliğinin olmadığı hallerde, her birey hissesini kendi çabasıyla elde ettiğinde, ortada bir adalet sorunu olmadığını mı kabul etmeliyiz? Örneğin, kendi başının çaresine bakan bireylerin birbirlerine karşı talepleri olmayacağı mı ileri süreceğiz? Rawls’un adalet teorisinden çıkan sonuca göre toplumsal işbirliğinin olmadığı bir durumda hiç kimsenin bu tür adalet talepleri olamaz. Çünkü bu talepler hak edilmemiş demektir. Nozick toplumsal işbirliği nedeni ile paylaşımın sosyal adalet ilkesine göre yapılmasını da tutarsız bulmaktadır<sup>22</sup>. Rawls’un, eşitsizliklerin toplumdaki en kötü durumda

20 A.e., s. 282.

21 A.e., s. 357.

bulunanların konumunu düzeltmek gerektiğinde mazur görülebileceğini belirtmesini bu tutarsızlık eleştirisine temel dayanak yapar. Çünkü herkes toplumsal işbirliği neticesinde oluşan toplam birikime yaptığı katkı oranında pay alacaksa bunu sağlayan en iyi yöntem sosyal adalet değil gönüllü takas, ücret ve fiyatta oluşan piyasa adaletidir<sup>23</sup>. Rawls'a oranla liberal ruha çok daha yakından bağlı bulunan Nozick, düşünsel tutarlılığı ile gerçekten de önemli eleştiriler ortaya koyabilmiştir. Nozick'e göre Rawls'un bireylerin tercihleri ve eylemleri hakkında kayda değer bir şeyi bütünüyle dış faktörlere bağlaması kişinin özerkliği anlayışını ortadan kaldırır. Kişinin tercihlerinin dışsal etkilerden oluştuğunu ya da rastlantısal olduğunu söylemek insan onurunun korunmasına dayanan Kantçı ilkelerin sorgulanmasına neden olabilir. Nozick'in minimal devlet anlayışı Hayek'in savunduğu klasik gece bekçisi devletin belirli rollerini üstlenmektedir. Bu bakımdan Nozick'in çağdaş liberal tartışmalardaki konumu Dworkin ve Rawls'un yaklaşımlarından çok Hayek'e yakındır. Rawls'a yönelttiği eleştirilerin de bu bağlam içerisinde ele alınması uygun olacaktır.

Dworkin'in eşitlik yaklaşımı Rawls'un adalet kuramına bir cevap niteliği taşır. Dworkin, farklılık ilkesinin refah eşitliğinin sağlanmasından çok kaynak eşitliğinin farklı bir yorumu olarak ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle Dworkin dağıtımda ölçü alınan fark ilkesini kaynak eşitliği açısından yeterli bulmaz<sup>24</sup>. Dworkin, Rawls'un en avantajsız olanları sadece ekonomik açıdan tanımlamış olmasını da eleştirmektedir. Örneğin engelliler

bu gruba girecek midir? Yani avantajsız olanların daha kapsamlı ve anlaşılabilir tanımını yapmak gerekir. Tüm bu sorular cevaplandırılmaksızın yapılan değerlendirmeler yetersizdir. Dworkin dağıtıcı adaleti iki açıdan tanımlamıştır: Refah eşitliği ve kaynak eşitliği. Refah eşitliğinin ilk görünümü bir kişinin refahının onun tercihlerini, amaçlarını ve tutkularını tatmin edebilmesidir. Refah eşitliğinin ikinci görünümü ise bilince ilişkindir. Bu konuyu klasik faydacıların, haz ve acı olarak betimledikleri kriterlerine benzetebiliriz. Oysa refah eşitliğindeki temel sorun, farklı tercih, zevk, tatmin ve tutkuları olanlara ya da farklı fiziksel ve zihinsel gelişimdeki kişilere yönelik dağıtımın nasıl yapılacağıdır. Dworkin, Rawls'un yaklaşımının bu sorunun cevabını içermediğini haklı olarak belirtmektedir. Bu nedenle Dworkin, refah eşitliği ölçütünün nesnel bir niteliğe bürünemeyeceğini ve kaynak dağılımının sorun olmaya devam edeceğini de düşünmektedir. Dworkin'e göre amaç, bireylerin tercih ettikleri yaşam algılayışına göre yaşayabilecekleri ve olabildiğince eşit olacakları bir düzenin ortaya konulabilmesidir<sup>25</sup>. Bireylerin ahlaki özneler olarak hak ve özgürlüklerine müdahale edilmediği kaynakların da doğal dezavantajları göz önünde tutulacağı bir şekilde dağıtılmasını garanti edebilen bir modeli başarılı bir model olarak sunmaktadır. Yani Rawls'un cehalet peçesi ile örttüğü alanı tamamıyla dikkate alınması gereken bir alan olarak nitelendirmektedir<sup>26</sup>.

MacIntyre ise Rawls'un adalet anlayışında bireylerin amaç ve eğilimlerinin dışsal koşullardan bağımsız olarak şekillen-

22 Robert Nozick, *Anarşi, Devlet ve Ütopya*, Çev. Alişan Oktay, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 245

23 A.e., s. 247

24 Ronald Dworkin, "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No.4, 1981, s. 304-307

25 A.e., s. 296

mesini eleştirir konusunu yapar. Oysa bireylere biçilen rollerin merkezinde bir ülkenin vatandaşı olma, bir derneğin üyesi olma gibi aidiyetler de önem taşır. Birçok sosyal durum, örneğin aile, millet, ideoloji kişiyi etkiler ve belirler. Bu nedenle Rawls'ın ortak toplumsal ön kabullerle ilgilenmesizin bir deniz kazasından sonra, hiç kimsenin birbirini tanımadığı ıssız bir adada adalet kurallarını belirlemekle suçlanmaktadır. MacIntyre cemaatçi toplumsal yapıyı temel aldığı için, bu tür toplumsal iç kategorileri hiç hesaba katmamış olan Rawls'ı hayalcilikle suçlar. MacIntyre, bireylerin, toplumsal yaşama katılmadan önce “ötekilerle ne tür bir toplumsal sözleşme içine girmek benim için makuldür?” sorusunu sormaları, ortak iyilerin adalet ve erdemlere dair varılacak yargılarda temel oluşturabileceğini dışladığı için de Rawls'ı eleştirmektedir. MacIntyre'a göre ortak iyilerin içeriği de ancak cemaatçe belirlenir ve uzlaşma ortamı doğabilir<sup>27</sup>. Cehalet peçesi arkasında rasyonel bireylerin birincil iyilerin eşit olmayan dağılımını onaylamaları toplumsal gerçeklikte her zaman olanaklı değildir. Çünkü her bireyin rasyonel çıkarımın bir parçası ortaklaşa iyilerin kişiye yüklediği ödevleri içerir. Bu nedenle kişiler, içinde yaşadıkları kültürel değerlerin dışında adil olana ilişkin değer yargısında bulunamazlar. Yani ortak siyasal adaletin amacı bireylerin etik kimliğinin bir parçasıdır<sup>28</sup>.

Rawls'un teorisine yöneltilen önemli bir başka eleştiri ise Cohen tarafından yapılan sosyal adalet yönündeki eleştirilerdir. Cohen'in eleştirileri daha çok sosyalist cepheden yapılan bir eleştiridir. Cohen özel olarak sosyalist fırsat eşitliğini, sonuç eşit-

liği olarak tanımlamıştır. Cohen, Rawls'un farklılık ilkesinden yola çıkan sosyal adalet düşüncesinin aslında gerçek bir sosyal adalete dayanmadığını ileri sürmektedir<sup>29</sup>. Çünkü Rawls, en az avantajlı olanlar olarak belirlediği kesimin içine örneğin toplumsal üretime hiçbir katkı sağlamayan “üretim dışı insanları” katmamıştır. Cohen'e göre Rawls'un adalet anlayışı, işbirliğini ortaya çıkaran süreçte doğrudan katılanlarla ilgilidir. Bu nedenle yaklaşımının daraltıcı olması, yani üretime katılmayanları dışlaması anlaşılabilir. Bunu yaparak da sosyal adalet anlayışının dışına düşmüş olur. Cohen'in eleştirisi, Rawls'un bir sosyal adalet arayışında olmadığı ancak dağıtım sorununu aşmanın yolunu kişi iradelerine bağlayan teorik tutarlılığı açısından ihmal edilebilir<sup>30</sup>. Rawls'un amacı, liberal modelin işleyebilmesinin daha başlangıçta bireylerin makuliyeti ile mühürlenmiş olduğunu ortaya koyabilmektir. Zaten aksi halde sosyal refahçı düzenlemelerle konunun çözümlenmesinin mümkün olmadığını görmezden geldiğini düşünebiliriz.

Bu eleştiriler yöntemeldir. Amartya Sen ise daha farklı bir yönden eleştirilerini getirmektedir. Fayda ve tercih arasındaki metodolojik sorun daha doğrusu çatışkılı ölçülebilir bir şey olarak tarif edildiğinde de adil paylaşım sağlanamayabilir.

Faydanın ölçüm sorunları nedeniyle kişilerarası kıyaslamalarının yapılamamış tercihleri ön plana çıkarmıştır. Tercihlerin belirleyicisi ise “reel gelir”dir. Özellikle Rawls'un “hakkaniyet olarak adalet” yaklaşımında kullanılan birincil değerler yani temel hak ve hürriyetler, fırsatları gelir, servet ve öz saygının toplumsal değerle-

26 A.e., s. 285-287.

27 Sercan Gürler, *Ahlak ve Adalet*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, s. 81

28 A.e., s. 89.

29 Gerald A. Cohen, “Socialism and Equality of Opportunity”, *Political Thought*, Ed. Michael Rosen - Jonathan Wolff, Red Pepper, 1997, s. 35.

30 A.e., s. 39



rini fonksiyon olarak aldığımızda, kişilere düşen payın ne olduğunu ölçümleyebiliriz. Rawls faydacılığın toptancı ve adil olmayan refah paylaşımını bu yöndeki bir ayırıştırma ile yeniden tasarlamıştır. Sorunun yeniden dağıtımına dayalı iktisadi adalet sorunu olduğu açıktır. Rawls'un toplumsal araştırmaların, vatandaşların etkin temel özgürlüklerinin nasıl dağıtılması gerektiğine odaklanması tavsiyesini bu anlamda ele alabiliriz<sup>31</sup>.

Rawls'un birincil değerler olarak belirlediği değerler acaba tek başına kişinin refah düzeyini göstermek için yeterli midir?

Birincil değerler, klasik refah yaklaşımlarından daha geniş bir alan oluşturur. Ancak bu alanın da yeterli olmayacağına yönelik önemli bir eleştiri Amartya Sen'den gelmiştir. Sen kapasite yaklaşımı olarak da isimlendirilen açılımında zayıf eşitlik aksiyomunu savunmaktadır. Örneğin, A ve B gibi iki kişiden A, B'ye göre daha kötü bir durumdaysa, kişiler arası gerçek gelir kıyaslamasına göre, dağılımda A'ya daha fazla gelir aktarılması gerekmektedir. Bu yaklaşım, faydacı düşüncenin toplamcı ve eşitlikçi argümanına karşı, Rawls tarafından ileri sürülen "fark ilkesi"ne de uygundur. Zayıf eşitlik aksiyomu kişiler arası karşılaştırmanın kısmi olarak yapılabildiği durumlarda "adil dağılım"ı gözetmektedir. Sen, Rawls'un kuramının eksikliklerinin kendi teorisi ile kapatılabileceğini belirtmektedir<sup>32</sup>. Rawls ise Sen'in yaklaşımının olumlu yanlarını belirtmektedir; ancak Sen'in gerçekçi gelir kıyaslamaları kavramlaştırmasını gerekli görmez<sup>33</sup>. 1990'lı yıllarda Sen'in yaklaşımı Birleşmiş Mil-

letler Kalkınma Programı'nın "İnsani Geliştirme Raporları" ve "İnsani Gelişme Endeksi" için sosyal tercihlerin belirlenmesinde kullanılabilir bir yöntem olarak takdir toplamıştır. Sonuç olarak Sen'e göre, Rawls'un birincil değerler dediği başlıklar, aslında kişilerin sahip olduğu genel kaynaklar içinde ele alınabilir ve bu kaynaklarla değerli şeyler yapma yeteneğinin var olup olmadığı da yine ancak kapasite çözümlemesi ile anlaşılabilir<sup>34</sup>. Sen, Rawls'un genel ilkeler aramasına itiraz etmemektedir; sadece farklılıklar dikkate alınmaksızın ilkelere odaklanmanın önemli gerçeklerin gözden kaçmasına neden olacağını ileri sürmektedir.

Tüm bunların ötesinde Rawls'un tezinin özü toplumsal sözleşme değil, eşitlik ve adalettir. Sözleşmenin tarihsel bir geçerliliği olmadığını, cehalet peçesinin psikolojik olarak imkansız olduğunu ya da orijinal durumun gerçekçi olmadığını söylemek Rawls'un adalet anlayışını kavramak açısından yeterli değildir<sup>35</sup>. Rawls refah devleti üzerinde daha derinlemesine düşünme imkanı sunmaktadır. Liberal karma bir ekonomiyi ve refah devletini, çatışan idealleri uzlaştırmak için değil, "eşitlik isteklerinin pratiğe en iyi biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla desteklemektedir"<sup>36</sup>. Bu nedenle Sen'in sosyal tercihler açılımı ile gerçekten de Rawls'un teorisi tamamlanabilir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi klasik liberal yaklaşım, faydacılıkla sınırlı kalındığında temel olarak negatif özgürlüklerle yetinmek durumundadır. Oysa kaynakların ilk dağılımının eşitsiz olduğu bir ortam-

31 John Rawls, *The Law of Peoples: with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, s. 57.

32 Amartya Sen, *Development as Freedom*, New York, Anchor Books, 1999, s. 63 v.d.

33 Rawls, *The Law of Peoples*, s. 103

34 Sen, *Development as Freedom*, s. 82

35 Will Kymlica, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, Çev. Ebru Kılıç, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s. 89.

36 A.e., s. 126.

da etik açıdan negatif özgürlükler yeterli olamaz. Negatif özgürlüklerden pozitif özgürlükler alanına geçmek için Sen kapasite kavramını önermiştir. Çünkü bir kişinin biçimsel olarak haklarının olması, o hakları kullanabilme olanağına sahip olması demek değildir. Hiç kuşkusuz haklara ulaşabilmek önemlidir; ancak hakları talep edebilme kapasitesi de gerekir. Yani Sen, “hakları talep etme kapasitesi”nin toplumsal yönü üzerinde özel olarak durur.

Rawls, sınıfsal eşitsizliklerin farkındadır ve bunun sonucunda piyasadaki eşitsizlikleri, yeniden dağılıma yönelik vergilendirme ve transfer programlarıyla gidermeye çalışmaktadır. Oysa refah devleti kapitalizmi, mülkiyet ve yeteneklerin dağılımında başlangıçtaki eşitsizlikleri veri kabul eder ve sonra da gelirin yeniden dağılımı yoluyla sorunları çözmeye çalışır. Rawls’un önerdiği ve mülk sahipliği demokrasisi olarak isimlendirdiği demokraside ise mülkiyet ve beceriler başlangıçta eşitlik gözetilerek dağıılmakta, bu nedenle de Rawls, yeniden dağılıma yönelik önlemlere daha az vurgu yapmakta, bunun da refah devletinin mülk sahipliği demokrasisinin üstünlüğü olduğunu belirtmektedir<sup>37</sup>.

Rawls’un refahı gözönünde bulundurarak Kantçı ve liberal noktaları bir araya getirdiği modeli tüm bu eleştirilere rağmen ilgiyi hak etmektedir. Rawls’un adalet yaklaşımının büyük oranda tarafsız olduğu söylenebilir. Rawls, siyasal kurumlar için adalet ilkelerini tahmin etmeye yarayan usulleri içerir bir model oluşturmuştur. Bu nedenle onun modeli temel görüş ve kanıların çarpıştığı bir değer sorunları teorisi olmayıp bir uygulama modeli olarak ele alınmaya daha uygundur. Ancak orijinal durum ve cehalet peçesi kavramları yapı-

sal sorunları aşmada yeterli olmadığı için kendisi de teorisini gözden geçirmiştir. Özellikle orijinal durum olarak isimlendirildiği başlangıç halinin olanaksızlığı açıktır. Böyle bir durumun gerçek dışılığı kadar, ön kabullerin gereğinden fazla idealleştirildiği itirazları da haklı görülebilir.

Bireyin kim olduğunu göz ardı edeceği bir cehalet alanı, aynı zamanda bilgi olarak toplumun mükemmel kavranışını da içerecektir, böyle bir durumun çelişik olduğu açıktır. Diğer yandan tüm bu tartışmaların tek merkezli oluşu -yani tartışma ve başka bir çok yüzleşme biçimini göz ardı edishi- her şeyi bir prototip olarak kavramımıza yol açabilir ve bu gerçekçi bir analiz değildir eleştirisi de getirilmektedir ve oldukça haklı bir eleştiridir.

Tüm bu eleştirilere rağmen Rawls yeni bir yaklaşımla normatif tartışmalara katkıda bulunduğu açıktır. Aynı zamanda Rawls’un teorik kurgusunu giderek uzlaşma fikrine dayalı siyasi tercihler teorisine çevirerek bu sorunların hepsini aşmak istemiştir. Rawls refah devleti yaklaşımını, “*utilitarian*” tanımlaması ile paralellik gösterdiği için “*sosyal tercih*” kavramı olarak değiştirmiştir<sup>38</sup>. Refah devleti, özel mülkiyet ve piyasa ekonomisi ilkelerini ihlal etmeden, devlet eliyle bazı zorunlu gelir ve servet transferlerine başvuran ekonomik sistemdir.

Biz burada tartışmayı ekonomik haklarla adalet ilişkisi açısından sınırlayacağız. Ekonomik hak, yasalarla ya da kurumsal düzenlemelerle yaratılır ve vatandaşlar siyasi iktidardan bazı yasal beklentilere yönelir. Devlet ekonomik haklara ilişkin yasal beklentileri de karşılamak durumundadır. Ekonomik haklar ve ekonomik

37 A.e., s. 189.

38 Rawls, *A Theory of Justice*, s. 259.

39 John Rawls, *Collected Papers*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, s. 11.

özgürlükler ilişkisini nitelendirdiğimizde bir karşıtlık olduğunu görürüz. Çünkü ekonomik özgürlükler devletin ekonomiyeye müdahale edemeyeceğine ilişkindir; oysa ekonomik haklar ekonomiyeye klasik liberal sistemin dışında müdahaleyi gerekli kılmaktadır. İktisadi jargonla, ekonomik haklar arttığı zaman ekonomik özgürlükler azalır.

Daha önce işaret ettiğimiz gibi haklar alanı faydacı argümanlarla kendiliğinden gerçekleşen bir mutluluk ortamı olarak sonuç yaratmamaktadır. Özellikle avantajsız durumda olanların durumunun düzeltilmesi için görünmez elle biçimlenen piyasaya bir çeki düzen vermek ya da piyasayı ellemekten bu kişilere ortaya çıkan fazladan bir miktar aktarmak gerekir. Refah devletin bu anlamdaki görevleri “sosyal refah fonksiyonu” olarak isimlendirilir. Sosyal refah fonksiyonu ise ekonomik haklarla gerçekleşir, günümüzde oldukça geniş ve kapsamlı ekonomik haklar vardır.

Ekonomik haklar yoluyla bir yeniden dağıtım programı yaratılmalıdır. Bu tür ek kaynaklar vergi politikalarıyla yaratılabilir. Oysa liberal model ile güçlü vergi politikası birlikteliği ise ayrı ve büyük bir sorun olarak varlığını devam ettirmektedir. Ekonomik haklar yoluyla yaratılan bu “yeniden dağıtım” programları “sıfır toplamlı” bir oyun olmayıp “negatif toplamlı” bir oyundur. Yani birisinin geliri artarken bir diğerinin gelir elde etmesi azalacaktır.

Toplumda üretim ve üretim sonunda açığa çıkan karlılığın paylaşımı çağımızda ne yazık ki sosyal adaletin aleyhine işlemektedir, yani karlılığın paylaşımında ve risklerin dağılımında bir eşitlik yoktur. Toplumun yoksul kesimleri sürekli geriye gitmektedir. Oysa demokrasinin özü olan sosyal sözleşme doğrudan dayanışma fikrinin bir yansımasıdır. Toplumsal sözleş-

menin önemli bir bölümü adaleti, toplum genişledikçe toplumun gelirlerinden daha az gelir sahibi olanların daha fazla pay almalarını, kriz zamanlarında ise toplumun acılarını zenginlerin de paylaşması gerekir düşüncesi çağdaş toplumsal sorunun kökeninde yatan analitik problemi açıkça gösterir. Rawls da aynı şekilde konuyu ele almaktadır<sup>39</sup>.

Rawls, çağdaş toplumsal düzenler için etik değerlere dayalı ve herkes için kabul edilebilir bir hareket noktası bulmayı önermektedir. Böyle bir başlangıç noktası belirlendiğinde insanlar karar alma sürecinde adaletli bir düzenin temel ilkelerini belirleme olanağını elde edeceklerdir. Klasik sözleşme teorisi sadece bir temsil aracı olduğu için böyle bir hareket noktasının belirlenmesinde yeterli olamamaktadır. Rawls’un önelediği ve sınır olarak ele aldığı özgürlük ilkesinin iktisadi analizi belirli bir model bağlamı içinde etkinlik ve fırsat eşitliği anlamları ile bütünleşir.

Özgürlüğün sosyal ve ekonomik yarardan üstün tutulduğu açıktır. Ancak adalet ve etkinlik arasında nasıl bir öncelik sıralaması yapılacağı konusunun da çözümlenmesi gerekir. Çıkar gruplarının varlığı, özgürlük ilkesinin kendiliğinden gerçekleşmesini ne yönde etkiler? Örneğin, iktidara yakın çıkar grupları diğer grupların aleyhine daha fazla ekonomik hak elde etme imkanına yani bir anlamda özgürlüklerini arttırmaya daha ehil olmayacaklar mıdır? Bir ekonomik hakkın içeriğini bilmeden, o hakkın gerçekleşmesi için gerekli devlet müdahalesinin, kaynaklarının etkin dağılımını ne ölçüde bozacağını önceden belirleyemeyiz. Bu bozulmaya rağmen ekonomik hakların bir artma eğilimi göstereceği, piyasa ekonomisinin “politize olmasına” yol açacağı da açıktır.

40 Rawls, *A Theory of Justice*, s. 276.

Ekonomik haklar fırsat eşitliğini de etkileyecektir. Çünkü belli kişilere tanı-  
nacak ekonomik haklar, diğerleri aleyhine  
bir eşitsizlik yaratır. Bunu açmak için tüm  
vatandaşları kapsayacak genişlikte ekono-  
mik hakların tanınması yoluyla çözüm üre-  
tilebilir mi? Böyle kolay kaçış noktalarına  
siyasi – ekonomik bir bütün olan toplumsal  
düzende ne yazık ki ulaşılmamıştır. Çünkü,  
ekonomik hakların genişlemesi “gelir-har-  
cama” dengesi”ni bozar. Bu sorun daha da  
genişletildiğinde nesiller arası adalet so-  
rununu da gündeme getirecektir. Bu belir-  
sizliği aşmada Rawls özel bir kavram olan  
“sosyal minimum”u kullanmıştır<sup>40</sup>. En dü-  
şük düzeydeki grubun beklentilerini mak-  
simize edecek düzey, sosyal minimumdur.  
Yani genel olarak ekonomik hakları geniş-  
letmek yerine, durumu en avantajlı olan-  
ları sistem içinde nefes alabilir hale getir-  
mek çözüm olarak sunulmaktadır.

Ekonomik hakların hem sayıların art-  
ması hem de içeriklerinin genişlemesi do-  
ğal olarak hükümetlerin bütçe açıklarının  
büyümesine neden olur. Bu ise borçlanma,  
para basımı ya da her iki yöntemin de kul-  
lanılması ile daha büyük bir açmaza yol  
açar. Rawls da bu durumun en çok düşük  
gelirli olanların beklentilerinin kötüleşmesine  
yol açacağını farkındadır<sup>41</sup>. Ayrıca büt-  
çe açıkları, artan devlet borçları ve yeni  
para basımı sadece vergi yükünün çeşitli  
gruplar arasında eşit dağılımını bozmak-  
la kalmaz; çok doğal olarak nesiller arası  
eşitliği de bozar. O zaman siyasi iktidarın  
ekonomik haklar alanını genişletmekle il-  
gili tasarrufunu sınırlamak bir zorunluluğa  
dönüşebilir.

Rawls sosyal ve ekonomik yasaların  
kümülatif etkisinin temel yapıyı belirle-  
yeceğini, sosyal sistemin vatandaşların

sadece oldukları gibi değil, olmak istedik-  
leri kişilere dönüşmelerine yardımcı ol-  
ması gerektiğini de siyasal sistemin amacı  
içinde tanımlanmıştır<sup>42</sup>. Bu da göz önünde  
tutulduğunda ekonomik sistem sadece va-  
rolan istek ve gereksinimlerin tatmini için  
kullanılan kurumsal bir araç olmayıp gele-  
cekteki istekleri de yaratmanın bir olanağı-  
dır. Rawls’un adalet ilkeleri, uygulamada  
ortaya çıkan bu ekonomik sorunları gider-  
mede yetersizdir. Ancak bir model olarak  
başlangıç koşulları açısından adil bir tasarı-  
m olarak görülebilir.

Kısaca orijinal durum dışında oybirli-  
ği ilkesi ile kendini bağlı saymayan siyasi  
iktidar, ekonomik haklar alanını genişletti-  
ğinde adalet ilkelerinin uygulanma şansını  
düşürür. Fikrimizce Rawls’un adil bir sis-  
temin kendi desteğini yaratması ile ilgili  
temennisi<sup>43</sup> ekonomik hakların aşırı geniş-  
lemesinin engellenmesi ile sağlanabilirdi.

## KAYNAKÇA

- Amartya Sen, **Development as Freedom**, New York, Anchor Books, 1999.
- Gerald A. Cohen, “Socialism and Equality of Opportunity”, **Political Thought**, Ed. Michael Rosen - Jonathan Wolff, Red Pepper, 1997 .
- John Rawls, **A Theory of Justice**, Oxford University Press, 1971.
- John Rawls, **Collected Papers**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- John Rawls, **Political Liberalism**, New York, Columbia University Press, 1993.

41 A.e., s. 286.

42 A.e., s. 259.

43 A.e., s. 261.

- John Rawls, **The Law of Peoples: with “The Idea of Public Reason Revisited”**, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- Robert Nozick, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, Çev. Alişan Oktay, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2000.
- Ronald Dworkin, “What is Equality? Part 2: Equality of Resources”, **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 10, No.4, 1981, s. 283-345.
- Sercan Gürleri, **Ahlak ve Adalet, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.**
- Solmaz Zelyut Hünler, **İki Adalet Arasında**, Ankara, Vadi Yayınları, 1997.
- Yasemin IŞıktaç, **Hukuk Felsefesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.**
- Zeynep Özlem Üskül, **Bireyciliğe Tarihsel Bir Bakış**, İstanbul, Búke Yayıncılık, 2003.

# Çocuk Ceza Adaletini Çifte Şiddet Bağlamında Düşünmek

## Verda İRTİŞ\*

« İlginc sorulara yol açan, şiddetin gerçekte ne olduğu değil, şiddetin nasıl temsil edildiğidir. »Mark Hobart, « Şiddet ve Susku: Bir Eylem Siyasetine Doğru », Cogito, Kış-Bahar, 1996, Sayı 6-7, 63.

### Özet

*Bu yazının çıkış noktası mevcut çocuk ceza adaleti sisteminin iki yönlü bir şiddeti içinde barındırdığı fikrini tartışmaktır. Bu iki yönlü şiddet, dolaylı ve dolaysız şiddet başlıkları altında incelenmiştir. Dolaysız şiddet kısmı var olan araştırmalar etrafında biçimlenirken dolaylı şiddet bölümü ağırlıklı olarak kendi çalışmalarımızdan yola çıkılarak yazılmıştır. Dolaysız şiddet, gerek ceza adaleti gerekse çocuk istismarı alanlarında daha fazla irdelenmiştir. Yapısı gereği kendini görece daha kolay ele vermesi sebebiyle burada dolaysız şiddet olarak nitelendirilen duruma kıyasla daha fazla bilinmektedir. Bu bağlamda yazının amacını şu şekilde belirtmek mümkündür: Sistemin işlevsizliklerinin ürettiği dolaylı şiddete dikkat çekmek ; dolaylı şiddeti dolaysız şiddet ile birlikte düşündüğümüzde en azından bir kısım çocuğun çifte şiddete maruz kaldığını göstermek ve bu durumu Türkiye'deki çocuk ceza adaleti sistemini koruyucu modelden uzaklaştırdığını hatırlatmak.*

### Giriş

Türk Dil Kurumu şiddeti, bir hareketin, bir gücün derecesi, yeğlilik, sertlik; hız; bir hareketten doğan güç; karşıt görüşte

olanlara kaba kuvvet kullanma; kaba güç; duygu veya davranışta aşırılık şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Başka (bu kez Fransızca) bir sözlükte şiddet, bir kişiye, güç veya baskı uygulayarak isteği dışında bir şey yapmak veya yaptırmak; şiddet uygulama eylemi; duyguların kabaca ifade edilmesine doğal eğilim; bir şeyin karşı konulmaz gücü; bir eylemin hoyrat yapısı olarak tanımlanmıştır<sup>2</sup>. Bu günlük kullanımların başlıca iki alanı işaret ettiğini söyleyebiliriz: Şiddet, «bir yanda olgular ve eylemleri; diğer yandan da gücün, duygunun veya bir doğa unsurunun varoluş üslûbunu belirlemektedir – doğanın veya bir tutkunun şiddeti. İlk anlamıyla şiddet, huzur karşıtıdır. Onu bozar veya tartışmaya açar. İkinci anlamda söz konusu olan ise ölçüleri aşan ve kuralları çiğneyen kaba ya da çılgın bir güçtür. » (Michaud, 1991: 5).

Etimolojik açıdan ele alındığında şiddetin Arapça şiddadan gelip «sertlik, katılık, yoğunluk» anlamlarını içerdiği<sup>3</sup>; «violence» olarak bakıldığında, Latince *violentiadan* gelen kelimenin «şiddet, sert ya da acımasız kişilik, güç»; *violare* fiilinin ise «şiddet kullanarak davranmak, değer bilmemek, (kurallara) karşı gelmek»<sup>4</sup> gibi anlamlar taşıdığı görülür.

\* Galatasaray Üniversitesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi.

1 <http://www.tdk.gov.tr> (Ziyaret tarihi: 27 Mart 2011)

2 Kaynak: Yves Michaud, «Şiddet», İstanbul, İletişim Yayınları, 1991, s. 5.

3 Sevan Nişanyan, «Sözlerin Soyağacı: Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü», İstanbul, Adam Yayınları, 2007. <http://www.nisanyansozluk.com> (Ziyaret tarihi: 27 Mart 2011)

4 Kaynak: Yves Michaud, a.g.e.: 5.

Yukarıdaki bu ilk tanımlar, şiddetin aldığı farklı biçimleri düşündüğümüzde genişler: Fiziksel şiddet, psikolojik şiddet, simgesel şiddet, meşru simgesel şiddet, yapısal şiddet, dolaylı-dolaysız şiddet, görünür-görünmez şiddet, vb. yer yer keşilebilen veya birbirine eklenebilen farklı gerçekliklere işaret eder. Şiddet, kişinin kendisine yönelebileceği gibi kişinin başka bir kişiye, bir gruba, grubun bir kişiye, bir grubun başka bir gruba, kurumların kişi ve gruplara, devletin kişi ve gruplara, kişi ve grupların devlete, vb. karşı gerçekleştirdiği bir edim olabilir.

«Şiddet, en iyi şekilde, bir kültürel ortamlar dizisi üzerinde ve çok çeşitli sosyal durumlar içinde incelendiğinde anlaşılır.» (Riches, 1989: 7) Yani şiddet, farklı anlamlar taşıyabilir; farklı amaçlarla uygulanabilir. Bu bağlamda bir kültürdeki şiddetin ve çağrıştırdıklarının başka bir kültürde aynı eylem ve imgelerle ifade edilmemesi «doğaldır». Riches'in ifade ettiği gibi «'Başka toplumlardaki' insanlarca gerçekleştirilen sosyal eylemler ve 'başka toplumların' kolektif bilinçleri (mitoloji, estetik, vs.) konunun yabancıları olan (...) kişiler tarafından içerdikleri 'şiddet' nedeniyle yadırganacaktır.» (a.g.e.: 7-11) Daha da net bir şekilde ifade etmek gerekirse «şiddet sadece olaylar değil, en az olaylar kadar onları dizginleme, yargılama, görme ya da görmezden gelme şeklimizdir.» (Michaud, 1991:98) Bu bağlamda, Meyran'ın deyişiyle (2006:7) şiddet minimal tanımından – bir kişiye veya bir gruba istemi dışında davranmaya zorlayacak şekilde güç kullanma, güce başvurma – çıkmakta ; genişlemekte-yayılmaktadır.

Şiddet, kendisini yaratan üretim ilişkilerinden ve onu meşru kılan ideolojik bağlamdan soyutlanamaz. (Ergur, 2009: 10) Şiddeti toplumsal, ekonomik ve siyasi etmenlerle ilişkili olarak anlamaya çalıştığımızda «(...) bir ülkede çok yüksek oranlar-

da seyreden enflasyon ve işsizlik düzeyinin, yetersiz sosyal güvenlik olanaklarının da bir çeşit şiddet olarak değerlendirilmesi mümkündür. Çok düşük ücretler, kronik enflasyon insanca yaşamı tehdit eder, üstelik yarımından korku duyan insanları daha sorunlu ve gerilimli yaptığı için olağan şiddete de katalizörlük eder. (...) Kötü biten bir aile veya kahve kavgası ya da bir işçi, öğrenci/polis çatışmasının aktörleri üzerindeki bu tür bir ekonomik baskıyı ve dolaylı şiddeti yoksayamayız». (Ünsal, 1996: 33)

Şiddetin «daha kibar», «daha az görünür» hali (Le Goaziou, 2004:87) şüphesiz kendisini daha zor ele verir. Bu özelliği sayesinde, birçok yazar şiddetin toplumsal yaşama düşündüğümüzden çok daha fazla sızmış olduğunu; fiziksel şiddetin buzul dağınının sadece görünen yüzünü teşkil ettiğini belirtir.

Foucault eserlerinde bu «daha kibar», kendini bir çırpıda ele vermeyen şiddetin kurumların da bir parçası olduğunu çeşitli biçimlerde göstermiştir. Hapishanenin Doğuşu'nda XVIII. yüzyılın ortalarından itibaren cezalandırmak adına vücuda uygulanan şiddetin, vücutun disiplinine, gözetimine dönüşmeye başladığını ortaya koyar. (Foucault, 2006) Gözetlenen gözetlendiğini bilmez. Üstelik gözetleme en az çaba ile gerçekleştirilir. *Panoptikon* bunun en bilinen biçimidir. Okullar, hastaneler, fabrikalar, akıl hastaneleri ve kışlalar da aynı hapishaneler gibi vücutların ve ruhların gözetlendiği, ıslah edildiği, normalleştirildiği (Foucault, 2006;2007), «bireyler üzerinde titizlikle işlem» yapıldığı (Foucault, 2007: 24) şiddetin daha az görünür kılındığı mekânlardır. Bu disiplinli beden teknolojisine düzenleştirici yaşam teknolojisinin (biyo-politik) eklendiğini görürüz. Foucault bu bağlamda «elimizde, XVIII. yüzyıldan bu yana (ya da en azından XVI-II. yüzyılın sonundan bu yana), belirli bir kronolojik farkla yerleştirilmiş ve üst üste

binmiş iki iktidar teknolojisi» (2011:254) olduğunu belirtmektedir. «Yani bir yanda disiplinci bir teknik vardır: Beden üzerinde yoğunlaşır, bireyselleştirici etkiler yaratır, hem yararlı hem de uysal kılınması gereken güçlerin kaynağı olarak bedeni manipüle eder. Öbür yanda ise, bedene değil yaşama odaklanan bir teknoloji var; bir nüfusa özgü kitle etmenlerini bir araya getiren, canlı bir kitlede meydana gelebilen tehlikeli olaylar dizisini denetlemeye çalışan bir teknoloji; bunların olabilirliliğini denetlemeye (bir olasılıkla da değiştirmeye), her koşulda etkilerini gidermeye çalışan bir teknoloji. » (a.g.e. : 254-255) Bugün yaşam alanlarımız bu disiplin, gözetleme, kontrol ve biyo-iktidar mekanizmalarıyla daha da kuşatılmıştır<sup>5</sup>.

Şiddetin hayatlarımıza nasıl nüfuz ettiğini en çarpıcı biçimde ortaya koyan bir başka kavram da simgesel şiddettir. Bourdieu ve Passeron eğitim sistemini eleştirdikleri çalışmalarında (1964<sup>6</sup>,1970) okulu simgesel şiddetin mekânlarından biri olarak ele alırlar. Simgesel şiddet egemen grupların veya sınıfların düşünme, konuşma, davranma, vb. tarzlarının meşru gösterilen yollarla toplumsal yapıda daha az avantajlı gruplara iletimidir. Daha net bir şekilde söylemek gerekirse, yazarlar, okulun iletmediği bilgi ve becerinin içeriğinin egemen sınıfların norm ve değerlerini yansıttığını; bu üstün kabul edilen ve sistemin devamı için gerekli görülen değerlerin pedagojik eylemlerle yeniden üretildiğini vurgularlar. Simgesel şiddet bu bağlamda hem meşrudur (tabii bu meşrulaşabilirlik şiddeti daha şiddetli kılmaktadır) hem

de bu meşru zemin içinde kendini yeniden üretmektedir. Bu meşru zemin içinde hükmedilenler kendilerine model olarak sunulanın, hükmedenlerin tahakkümünü devam ettirebilmelerini sağlayacak biçimde düzenlendiğini bilmez. Bu *bilmezlik* durumu toplumsal düzeni (dolayısıyla bu düzeni kuranları ve sürdürenleri) tanımış; meşrulaştırmış olur. En öz ifadeyle, sembolik şiddet, tahakküm ilişkilerinin kendini çok da doğal-meşru yollardan geçerek saklaması; görünmez kılmasıdır.

Weber ise, bilindiği üzere, meşru şiddetin tekelinin devlette olduğunu ifade eder. (1971:99) Devletin şiddeti yasal şiddettir. (Michaud, 1991:50; Crettiez, 2008:43) Devlet şiddetkâr temellerini ön plana çıkarmak istemez. Hatta şiddet kelimesi bile çok nadir teleffuz edilip güç, baskı (zorlama, kuvvet) gibi daha yansız sözcükler tercih edilir. (Crettiez, 2008:45) Diğer bir deyişle, şiddet dendiğinde bunun ilk aşamada devlet ile ilişkilendirilmesi zordur ve daha çok devlete karşı gelenleri çağırır. Ancak devlette eksiksiz-harika bir şiddet mekânini görmemek son derece saf ve siyasi olarak tartışılır bir durum oluşturur. (a.g.e.:44)

Şiddetin nedenlerini açıklamaya yönelik farklı kuramlar geliştirilmiş; bu bağlamda biyolojik, psikolojik, sosyal, kültürel, yapısal, ilişkisel ve ekonomik etmenlere bağlı yaklaşımlar ortaya konulmuştur. Biyolojik etmenleri ön plana çıkaran kuramlar şiddet içeren eylemleri (özellikle suç olgusunda) cinsiyet ve yaş değişkenleri ile açıklamaya çalışırken psikolojik yaklaşım toplumsal öğrenme ile gelişimsel kuramlar

5 Söz konusu biyoiktidarın en uç ifadeleri arasında şüphesiz öjenik uygulamalar gelir.

6 1964 tarihli « Les Héritiers. Les étudiants et la culture » başlıklı çalışma, « La Reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement » adlı eserde geliştirilen sembolik şiddet kavramı için zemin hazırlamıştır. Bu tarihsel sırayı göz ardı etmemek için metin içinde « Les Héritiers. Les étudiants et la culture » nin yayımlandığı ilk tarihi verdik. Oysa kaynakçaya bakıldığında eserin 1985 tarihli baskı görülecektir. Bu kitabın bizim okumamızı gerçekleştirdiğimiz baskısıdır. Bu durumun herhangi bir yanlış anlamaya vesile olmaması için bu notu düşmekte fayda gördük.



üzerinde durur. Toplumbilimsel yaklaşım ise şiddetin nedenlerinin, kültürel, yapısal, ilişkisel ve ekonomik olmak üzere, dört temel grupta ele alınması gerektiğini vurgular. Kültürel nedenler şiddetin toplumdaki kabul görürlüğünü<sup>7</sup> inceler. Yapısal nedenlere bağlı yaklaşım, yoksulluğun ve yoksunluğun kişileri ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri, hedeflerine ulaşabilmeleri için yasa dışı yollara sokabileceğini söyler. İlişkisel yaklaşım, şiddetin tahrik edici bir dizi söz ve davranış sonucu ortaya çıktığını ve kişilerin birbirlerinden etkilenecek şiddet davranışına yöneleceklerini savunur. Ekonomik yaklaşım ise, kişilerin şiddet davranışında bulunmadan önce kâr-zarar hesabı yaptığını ve bunun sonucuna göre hareket ettiğini belirtir. (Polat, 2001: 14-15)

Çocuğa yönelik şiddeti açıklamaya yönelik kuramlar başlığı altında iki temel model karşımıza çıkmaktadır: Psikiyatrik ve sosyolojik. Psikiyatrik model, ebeveynin kişilik özelliklerini, (istismarın en çok anne-babadan geldiğinin saptanması nedeniyle) bireysel psikopatolojilerini ve ebeveyn ilişkilerini içerirken sosyolojik modelde toplumsal değerler ve kurumlar istismara yol açan nedenler olarak kabul edilmiş; kültürel etmenler, toplumsal sınıf<sup>8</sup>, toplumdan soyutlanmışlık, aile, çocuğun yetiştirilme ortamı, çocuğa uygula-

nan cezalar, tutarsız disiplin yöntemleri ön planda tutulmuştur. (Polat, 2001: 366-373)

Görüldüğü üzere her an her yerde geçerli olabilecek tek bir şiddet kuramı yoktur. Olgunun çokanlamlı yapısı gibi olguyu açıklamaya çalışan yaklaşımlar da birden fazladır. Çoğu durumda söz konusu yaklaşımları birbiriyile ilişkilendirmek daha geniş ve açıklayıcı bir perspektif sunmaktadır.

Günümüzde şiddet yaşam alanlarımızın birçok yerine nüfuz etmiş gözükmektedir. Ya da bizlerin şiddet tanımları daha incelmıştır. Bunun nedenlerinden bir tanesi de yaşam alanlarımızın idare biçimlerini de dönüştüren teknoloji ve kitle iletişim araçlarındaki değişimlerin şiddetin görünüşünü ve ölçüsünü de değiştirmiş olmasıdır. (Michaud, 1991: 13)

Özetle şiddet, çok boyutlu-çok biçimli bir olgudur. Dolaylı-dolaysız, simgesel-fizik, psikolojik... Tanımı, kim olduğumuz, nerede durduğumuz ile yakından ilişkilidir. (Ünsal, 1996) Böylece şiddet yerine *şiddetler*den bahsetmek daha uygun gözükmektedir. (Crettiez, 2008: 108)

### Çifte Şiddet

Çocuk ve şiddet deyince aklımıza öncelikle gelecek mekânlar şüphesiz aile, okul, medya, sokaklar, vb. olacaktır. Hal-

7 Örneğin, Oğuz Polat, öğretmenlerin çocuğa disiplin yönetmeliğince öngörülen yaptırımların uygulanması yerine kendilerine verilecek fiziksel bir cezayı daha eğitici bulduklarını ve yaygın olarak kullandıklarını belirtmektedir. Yazarı, bu durumu tedip hakkı anlayışının bir uzantısı olarak yorumlar. (2001: 103)

8 «Sosyolojik model değerlendirilirken irdelenen bir başka boyut da stres ve engellemelere yol açan etmenlerdir. Bu etmenlerde sadece aile reisinin işsizliği, kötü konut koşulları, düşük gelir düzeyi, ailede madde, alkol bağımlılığı, ailedeki çocuk fazlalığı gibi alt sosyo-ekonomik sınıfa özgü sorunlar olmadığı aile içi geçimsizlikler gibi her türlü sosyo-ekonomik düzeyde görülen olguları da kapsadığı görülmektedir. Bununla birlikte birlikte yapılan araştırmaların ve hastanelere başvuran olguların çoğu düşük sosyo-ekonomik grubu temsil etmektedir. Bunlar çoğunlukla standardın altındaki evlerde yaşamakta, sık ev ve iş değiştirmekte ve düşük eğitim başarıları göstermektedir. Belki de olayı sosyo-ekonomik statü ile ilişkilendirmektense toplumsal baskı unsurlarını ele almak daha anlamlı olacaktır. Çocuk istismarı ekonomik düzeyi orta ve yüksek ailelerde de görülmektedir. Sosyo-ekonomik düzeyi yüksek ailelerde özellikle aile içi geçimsizlikler ya da aileye yeni bir bebeğin gelmesi istismar olasılığını etkileyen (...) faktörlerdendir. Bu ailelerin çevrelerinde güçlü tanıdıklarının olması, güvence altında olmaları çoğu kez bu suçun bakıcılara yüklenmesini sağlayan ve aileleri masum gösteren faktörlerdir.» (Polat, 2001: 370)

buki çocuk, ceza adaleti mekanizmasının içinde de şiddetin nesnesi olabilmektedir. Yazıda, kanun tarafından suç olarak kabul edilmiş eylemlerde bulunan çocukların ceza sisteminin içine girişlerinden çıkışlarına denk karşılaştıkları-karşılaşılabilecekleri bu şiddet, *çifte şiddet* olarak adlandırılmıştır. *Çifte şiddet*, dolaysız ve dolaylı olmak üzere iki farklı şiddette işaret etmektedir. *Çifte şiddeti*, görünen ve görünmeyen şiddet (Galtung, 2004) diye incelemek de mümkündür.

### Dolaysız Şiddet

Dolaylı şiddeti, ivedi, açık (veya görece açık) şiddet olarak da adlandırabiliriz. Aşağıdaki tanıklıklar bu tip şiddetin ilk aşamada alabileceği biçimleri dillendirmektedir<sup>9</sup>.

« (...) Binaya sığındı. Yunus polisleri teslim ol dediler. Silah kabzası ile kafama vurdular. Kafama dikiş attılar. Mahkemeye kanlı elbiselerimle çıktım. »

« (...) Gözaltına alınırken Emniyette gözlerimi elleriyle sıkıca kapattılar. Tekme yumruk dövdüler (...). »

« (...) Bir gün gözaltı. Sonra terörle mücadeleyle. Oradan çocuk şubeye. Çocuk Şube'de bir polis vardı. Geldiği zaman vuruyor. Adı Tahir. Ayı gibiydi. Dizi ile vuruyordu. Eliyle de karın boşluğuma doğru. Diğer çocuklara da, bana da yaptı. »

« Arka kapıdan karşılandık. Saç yolla, duvara vurma; kalas, beyzbol sopasına benzeyen coplarla on-on beş defa dövüldüm. Daha çok sırtıma, ayaklarıma, baldırına sopayla. Cinsel organıma elle-

riyle. Kafayı masaya vurma... Tatbikat için savcı geldi. Şikayetin var mı sorusuna var deyince savcı 'bunları ben yaparsam beni de döverler' dedi. Savcının yanında melek oldular. Sağ gözüm morarmış vücudumda morluklar olmuştu. »

« (...) Dayak yediğimi doktora anlattım. Başım şişmiş ağrıyordu. Sırtımda kırmızılık olmuş. Polis beni dövdü dedim. Polis melektir dedi. »

« (...) İki aydır cezaevindeyim. Polisleri televizyonda bile gördüğümde kötü oluyorum. Yapılan küfürleri tekrarlayamam. İnsanun bünyesi kaldırmaz. »

Dolaysız şiddet sadece fiziksel değil ; aynı zamanda psikolojiktir. Kötü muamele, yok saymak, ihmal, sömürü, istismar, mahrum etmek, dinlememek, hesap sormak, vb. dolaysız şiddetin diğer yüzlerindedir:

« (...) Cezaevine girmeden önce üniversiteye hazırlanıyordum. Burada ÖSS'ye hazırlanmak için kitaplarımı ailemden istedim. Ailem kitapları cezaevine getirdiklerini belirttiler ancak kapıdaki görevliler getirilen kitapları cezaevine almamışlar. »

« (...) Yemeklerin miktarı az geliyor. Bazıları yenilmiyor. Haftada üç dört kez kabak geliyor. Revire çıkmak için bir aydır dilekçe veriyorum. Psikiyatri ilaçlarımı almam lazım. Doktora çikamıyorum. »

« (...) Benim astımım var, beni hastaneye göndermiyorlar. Bazen çarpıntım oluyor, kalbim duracak gibi öleceğimi sanıyorum. Bir de doktor bana panik atak hastası olduğumu söyledi. Nefes darlığı olunca da

9 Tanıklıklar Türkiye Tabipler Birliği tarafından hazırlanan ve yayınlanan « Diyarbakır E Tipi Ceza ve İnfaz Kurumunda Alınan Çocukları İzleme Raporu »'ndan alınmıştır (30-33. sayfalar). Raporun « Fiziksel Koşullar » başlığı altındaki paragrafta, « 745 kişilik kapasiteli Kurumda 1460 tutuklu ve hükümlü bulunduğu, personel kadrosunda artış olmadığı, eksiklik ve ihtiyaç olduğu belirtildi » denilmekte; bu kişiler arasında « 80 adli, 24 TMK kapsamında tutuklu ve hükümlü 18 yaş altı » çocuğun bulunduğu (Nisan 2009 itibarıyla) belirtilmektedir. Söz konusu rapor sürecin adli tıp boyutunu da ayrıntılı bir şekilde irdelemektedir. Raporda tanıklıklara anonim bir şekilde yer verildiği için bizim de burada aynı prensibi izlediğimizi ifade etmek isteriz.

*beni acilen hastaneye götürmüyorlar, sadece ilaçlarımı kullanmamı istiyorlar. »*

2004 yılında Öz-Ge-Der ve Baroların işbirliği ile on beş ilde toplam 1440 (236'sı ıslahevinde olmak üzere) tutuklu ve hükümlü çocukla gerçekleştirilen ve « İslahevleri ve Cezaevlerinde Tutuklu ve Hükümlü Durumda Bulunan Çocukların Sosyal ve Yasal Koşullarının İyileştirilmesi » başlığı ile yayınlanan araştırma da benzer durumlara işaret etmektedir. Yine Nisan 2009 tarihli Güncel Hukuk'ta ve 25 Nisan-25 Mayıs 2009 tarihli Express'te, «Kamuoyunun Bu Sessizliği !.. », «Devletin Yeni 'Özel Harekatı' Çocuk Avı» gibi başlıklarla benzer tanıklıklara ve değerlendirmelere yer verildi. Gösterilere katıldığı iddiası ile gözaltına alınanların beyanlarını incelediğimizde dayak, sövme-hakaret, ölüm tehdidi, taciz, bıçaklama, soğuk su ile ıslatma, sigara söndürme, el ve göz bağlama, sağık/ıslak zeminde bekletme, ayakta bekletme/uyutmama, zorla İstiklal Marşı okutma, Türk bayrağına sürekli baktırma, tuvalet ihtiyacının giderilmesine izin vermemesi, soğuk betonda oturtma, yeme-içme ihtiyacını gidermemesi (Güncel Hukuk, 2009, 20-22) belli başlı şiddet araçları/biçimleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Değinen dolaysız şiddet biçimlerine, «kategorik» yaklaşımların sebep olduğu ayrımcılıklar da eklenmelidir. Örneğin, belli suç tiplerinin tanımlanmasındaki çelişkileri ve bu suç tiplerinin ele alındığı mahkemeleri yeniden düşündüğümüzde, Türkiye'deki çocuk ceza adaleti sisteminin kendi içinde ikili bir yapıyı («Çocuk Mahkemesi» / «Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi» ayrımını kastediyoruz) barındırdığı görülmektedir. Bu durum öncelikle suçun nedenlerinden çok suça odaklı ve cezalandırıcı bir bakışı temsil ettiği için tehlikelidir. Ayrıca, Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanan bir çocuğun kendini Çocuk

Mahkemesi'nde yargılanan bir çocuğa göre daha damgalanmış olarak hissettiği bilinmektedir. (İrtiş, 2008; 2011: 102) Böyle bir bağlamda ne kanun tarafından suç olarak tanımlanmış bir eylemde bulunan çocuklara ne de genel anlamda çocuklara yönelik bütüncül bir bakış açısından bahsetmek imkânsızdır.

Bu ikili yapı, 6008 Sayılı Kanun'unun kabulüne (25 Temmuz 2010) kadar, başta Terörle Mücadele Kanunu olmak üzere, Türk Ceza Kanunu ve 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun ilgili maddeleri çerçevesinde yetişkinler gibi yakalanan, gözaltına alınan, sorgulanan, yargılanan (Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nde) ve özgürlüklerinden yoksun bırakılan çocuklar da göz önünde bulundurulduğunda üçlü bir yapı sergiliyordu. Yazımızın sınırlarını aştığı için geçtiğimiz Temmuz ayında yürürlüğe giren kanunî değişikliklere burada yer vermemekle beraber, söz konusu değişikliklerin «yarı kazanılmış» bir mücadele olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzü belirtmek isteriz. Bu bağlamda «uygulamaları» görmek ve sonrasında bir değerlendirme yapmak şüphesiz daha doğru olacaktır.

Netice itibariyle bugün kendini hâlâ Çocuk Mahkemesi/Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi biçiminde devam ettiren bu kategorik yaklaşım bizce bir öteleme, bir dışlama, yani dolaysız bir şiddettir. «Akıllı-ıslu», dolayısıyla «sevilmeye layık» çocuklardan «terörist» olarak adlandırılan çocuklara gelene kadar var olan çocukluk temsillerini (okullu-okulsuz çocuklar, işçi çocuklar, sokak çocukları, korunmaya ihtiyacı olan çocuklar, kanunla ihtilaf halindeki çocuklar...) gözden geçirdiğimizde aslında bu kategorilerin ne kadar toplumsal, ne kadar ekonomik, ne kadar siyasal ve bir o kadar da ideolojik olduğunu görür; ceza adeleti

sistemi içindeki çocukların gerek hukukî gerekse toplumsal düzeyde «öteki çocuklar» olarak nitelendirildiğine bir kez daha tanık oluruz<sup>10</sup>.

Dolaysız şiddete verilebilecek örneklerin sayısı Çocuk Koruma Kanunu'nun bazı maddeleri («korunmaya ihtiyacı olan çocuk» ile «suça sürüklene çocuk» arasındaki ayrımın devam etmesi, «fiilin toplumsal değerini ve sonuçlarını kavrama yeteneğinin» araştırılma şartları, 16–18 yaş arası çocukların «kusur yeteneği» araştırılmasının dışında tutulması, çocuklardan uzlaşma ücretinin ve yargı giderlerinin talep edilebilmesi, adli kontrol konusunda 5271 Ceza Muhakemesi Kanunu'na yapılan gönderme, vb.) yeniden düşünüldüğünde artacaktır.

### Dolaylı Şiddet

Dolaysız/ivedi şiddetin yanında bir de sistemin uzun vadede yarattığı şiddet vardır. Yani, kanun tarafından suç olarak nitelendirilmiş bir eylemde bulunan çocukların ceza adaleti sistemi içinde - yargı öncesi, süreci ve sonrasında - *biriktirdikleri handikaplar*, söz konusu çocuklara yönelik şiddetin bir başka yüzünü oluşturmaktadır. (İrtiş, 2009b: 350) Bizim burada «dolaylı» şiddetten kastettiğimiz, sistemin «iyileştirmeyi», «korumayı» öngördüğü durumlarda da bunu (bazen zihniyeti, bazen yapısal şartları, bazen de bu ikisinin etkileşimi sonucu) başaramamasından kaynaklanan ve bir «birikimin» sonucu olarak ortaya çıkan

şiddettir<sup>11</sup>. Diğer bir ifadeyle, Türkiye'de çocuk ceza adaletinin somut ve soyut suçlandırmalar kavramları çerçevesinde bir değerlendirmesini yaptığımızda (İrtiş, 2008; 2009a) sistemin kendi içindeki işlevsizliklerinin birbirine eklenerek (İrtiş, 2009b) çocuğa yönelik yapısal (Galtung, 2004; Crettiez, 2008: 6) ve uzun vadeli bir şiddete sebep verdiğini (İrtiş, 2009b: 350) söyleyebiliriz.

Bu çerçevede öncelikle Çocuk Mahkemeleri'nin durumu dikkati çekmektedir. Gerek nicel (coğrafi dağılımı) gerek nitel özellikleri açısından Çocuk Mahkemeleri kanunun öngördüğü kıstaslarda değildir. Mahkemelerdeki, Kanundaki ifadeyle, «sosyal çalışma görevlisi» (psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek grupları – Madde 3(e)-) sayısı yetersizdir. Ayrıca, Çocuk Mahkemeleri'nde görülen dava sayısı yıldan yıla düzenli bir artış gösterse de neticede hâlâ Asliye Ceza, Sulh Ceza ve Ağır Ceza Mahkemeleri'nde de davalara bakılmaya devam edilmektedir. Bu durum çocuklar arasında eşitsizlik yaratmakta; korumacı modelin temel kıstaslarından biri olan özellikli mahkemeler oluşturulmuş olsa dâhi, söz konusu mahkemelerin yapısal özellikleri itibarıyla eşit hizmet veremediklerini göstermektedir. (İrtiş, 2008; 2009c; 2011) Diğer bir deyişle, uzman kişi ve müdahiller gerektiği biçimde sisteme dâhil edilemediğinden çocuğun yüksek ya-

10 Bu nokta için bkz.: Verda İrtiş, « Türkiye'de Çocuk Adaletinin Ötekileri », Türk Sosyal Bilimler Derneği XI. Ulusal Kongresi, 9-11 Aralık 2009, ODTÜ, Ankara, (Yayınlanmamış bildiri metni).

11 Mevcut çocuk ceza adaleti sisteminin içinde bulunduğu konjonktür gereği - ki burada özellikle Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde uyulması gereken kıstasların yarattığı etkileri ve gerek ulusal gerekse uluslararası sivil toplum örgütlerinin taleplerini kastediyoruz - (İrtiş, 2009c) korumacı modele özgü özellikleri (eleştirilmesi gereken niteliklerine rağmen bir inisiyatif olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nin imzada kalmaması için sistemin kendi aktörlerinden ve dışından gelen talepler, kapatma pratiklerine alternatif olarak düşünülen denetimli serbestlik, çocuk polisinin yeniden canlandırılması, çocuk mahkemelerinin nicel ve nitel yönlerden daha iyi bir hale getirilmesine dair çabalar, ceza ehliyet yaşının on birden on ikiye çıkartılması, vb.) bünyesine dahil edici çalışmalara bir önceki dönemle karşılaştırıldığında daha ağırlık verdiğini biliyoruz.

rarını gözetecek bir yargı ortamından bahsetmek fazlasıyla güçtür.

Sosyal inceleme raporlarına gelince, ilk başta, söz konusu raporların çocuk mahkemelerinin kendine belirlediği hedefler çerçevesinde işleyebilmesi için şart olduğunu belirtmemiz gerekir. Zira, sosyal inceleme raporu çocuğun doğumundan başlayarak geçirdiği tüm gelişim aşamalarıyla beraber, fiziksel, sosyal, ekonomik, kültürel, ailevi, moral vb. koşullarının araştırılması sonucu ortaya çıkan bir rapordur. Söz konusu raporun dil ve çocuğun yararını merkeze alan bir yargıdan bahsedebilmemiz için ön görülen kıstaslar<sup>12</sup> içinde hazırlanması elzemdir. Sosyal inceleme raporlarının yokluğu veya öngörüldüğü biçimde hazırlanmaması suçun nedenlerine değil, suçun kendisine odaklı bir yaklaşımın işaretlerindedir. Suçun nedenlerinin belirlenmediği bir durumda doğru yargıya varmak zorlaşacağından uygun tedbirleri öngörebilmek de imkânsızlaşacaktır. 2005 Çocuk Koruma Kanunu (bkz. 35. Madde) «gerektiğinde» ifadesini kullanarak söz konusu raporların hazırlanması zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Bu esneklik getirilmeden önce de sosyal inceleme raporlarının nadiren

hazırlandığı; hazırlanan raporların ise gerekli kıstasları çoğu zaman karşılamadığı bilinmektedir. (İrtiş, 2008; 2009c; 2011)

Mahkumiyet kararlarının dağılımı da sistem hakkında önemli ipuçları verir. Örneğin, 2008 yılında çocuk ve çocuk ağır ceza mahkemelerince verilen mahkumiyet kararları arasında hapis cezasının paraya çevrilme oranı %24,8 iken *tedbire çevrilme oranı %13,4' tür*.<sup>13</sup> Öte yandan hapis cezasının tedbire çevrildiği durumlar ile hapis cezasının ertelendiği (%5,5) durumları toplam mahkumiyet kararlarından çıkarırsak %81,1 gibi yüksek bir oran elde ederiz. (İrtiş, 2011: 103) «Hapis cezası», «adli para cezası», «hapis ve adli para cezası» ile «hapis cezasının paraya çevrilmesi» kararlarını içeren bu oran, korumacı bir yaklaşım içinde olduğunu öne süren bir sistem için oldukça çelişkilidir. Ayrıca, birçok cezanın paraya çevrilmesi nasıl yorumlanmalıdır? Tedbir kararlarının verildiği durumlar<sup>14</sup> için de izlemenin-değerlendirmenin ne derece yapıldığı sorusunu sorabiliriz<sup>15</sup>.

Ceza infaz kurumlarının<sup>16</sup> fiziki koşulları incelendiğinde - barınma, iç ortam hava kalitesi, çamaşır yıkama koşulları, yıkanma koşulları, çöplerin toplanması,

12 *Bu kıstasların neler olduğu konusunda okur Sevda Uluğtekin'in çalışmalarına bakabilir. Uluğtekin, iyi bir raporun hazırlanması için ortalama 30-45 gün gibi bir süre gerektiğini söylemektedir. (2005: 9) Gerek uzman sayısındaki yetersizlik, gerekse zaman etmeni sosyal inceleme raporlarının neden gerektiği şekilde hazırlanmadığını açıklamaktadır.*

13 [http://www.adli-sicil.gov.tr/hmstatistik\\_2008/ist\\_tab.htm](http://www.adli-sicil.gov.tr/hmstatistik_2008/ist_tab.htm) (Ziyaret tarihi: 10 Eylül 2010)

14 *Savcının « çok fazla seçenek olmadığı için çocuğu salıverdiğini » söylemesi örneği de yine belli sayıda bir çocuğun (hâkim veya mahkeme kararıyla) tedbir kararından yararlanması gerekmesine rağmen bunun çoğu zaman böyle olmadığını kanıtlar niteliktedir. (İrtiş, 2011: 103) Bu arada « korunmaya ihtiyacı olan çocuklar » için « koruyucu ve destekleyici tedbirler » ifadesi kullanılırken, « suçla sürüklenen çocuklar » söz konusu olduğunda « çocuklara özgü güvenlik tedbirleri » denilmiştir. (Bkz.: 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Madde 11.-(1) Bu Kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suçla sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır.) Burada güvenlikten neyi anlamamız gerekmektedir?*

15 *Zira Çocuk Koruma Kanunu' nunda (Madde 8.2 ) « Tedbir kararlarının uygulanması, kararı veren hâkim veya mahkemeye en geç üçer aylık sürelerle incelettirirler. » ifadesi kullanılmıştır. Görüşüğümüz sosyal hizmet uzmanlarından biri bu konudaki sorumuz karşısında şaşırmış; sorumuza « sosyal inceleme raporu mu demek istediniz ? » diye soruyla yanıt vermiş; ardından da böyle bir raporu ilk defa duyduğunu belirtmiştir.*

16 *«Bedeni bir mekana kapatmak, kişinin uzamı ve zamanı üzerindeki tahakküm ve tasarruf hakkını 'başkasına' ; kurumların görünür/görünmez ellerine, gözlerine devretmek tir ki, en dehşetli şiddet bu olmalıdır. » (Cankur-taran Öntaş, 2010: 23)*

mutfak, beslenme koşulları, su sağlanması, spor yapma olanakları, iletişim koşulları, eğitim olanakları, sağlık hizmetlerinden yararlanma (TTB, 2009: 7-18) - mevcut sistemin çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü koruyucu ve güçlendirici şartları sunmaktan uzak olduğu görülür:

« (...) *Diş dolgusuna ihtiyacım var. On, on beş defa müraaat ettim. Sevk edilmiyor. Diş hekimi sadece diş çekebiliyor.* » (a.g.e.: 32)

« (...) *On dört aydır cezaevindeyim (...)* Çamaşırları kışın kalorifer borularına yazın pencereye asıyoruz. » (a.g.e.: 33)

Kurumlarda çocukların kimi zaman yetişkinlerle bir arada tutulması pratiğinin de devam ettiğini belirtmemiz gerekir.

İnfaz sonrası kurumlaşmanın eksikliği özellikle göze çarpmaktadır. Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı Ankara Şubesi Çocuk ve Ergen Dayanışma Birimi (ÇEDAP) tarafından gerçekleştirilen 2006 tarihli araştırma da bu durumu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Söz konusu çalışmada Adalet Bakanlığı'na bağlı kurumlardan tahliye olan 14-21 yaşları arasında 29 çocuğun yaşam öyküsü sosyo-demografik özellikler, aile, yargı sürecine girme, bu süreçte yaşananlar, tahliye sonrası yakın ve uzak çevre ile ilişkiler, vb. değişkenler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Biz burada sadece tahliye sonrasındaki bazı tanıklılıkları iletmekle yetineceğiz:

« (...) *Sabah oradan [hapishaneden] çıkış işlemlerini yapıp, arkadaşlarımla vedalaşıp, vakfın adresini bulup vakfa geldim. Başka gidecek bir yerim yoktu. Ne yapacağımı şaşırmıştım. (...) Bana gidecek bir yerin var mı yok mu diye sormadan dışarıya bırakıverdiler.* » (Yaş, 21)

« *Özgürlük Vakfı ile karşılaşmış olmasaydım intihar etmeyi düşünüyordum.* »

« *Çünkü içeriye girmeden önce yaşadığım hayata devam etmek istemiyordum. Yine tek başıma kalacaktım ve yine aynı şeyler olacaktı. Ama insana en yakınunun yapmadığını başkaları yaptı, benim hayatım kurtuldu.* » (Yaş, 19)

« *Dışarıya çıkınca önce çok sevindim, ama sonra ne yapacağımı bilemedim. Annemlerin yanına gideyim dedim, üvey babam içeri almadı 'öyle bir oğlumuz yok bizim' dedi. Başımдан aşağı kaynar sular döküldü o zaman (...).* » (Yaş, 15)

« *İçeriden çıkan insana kimse iyi gözle bakmıyor. Artık ben ne evlenebilirim, ne de iş bulabilirim.* » (Yaş, 15)

« *Bazıları okulundan alınıp gelmişti, sonra onları bir sene içeride tutunca, kendileri tekrar okula gidemiyor veya ailesi okumaz diye göndermek istemiyor. Bunlar için ya da başka durumlar için bir şeyler yapması lazım devletin.* » (Yaş, 16)

« *Barınma, okul gibi sorunları olanlar için [Vakfın olanakları] yeterli değil bençe. Devletin bu konuda bir yerler yapması, yurtlar açması lazım. Çünkü içeri girince aileler reddedebiliyor çocukları, çıkınca da onlar oratada kalıyorlar. Bir şeyler yapılması lazım. Ben olsam bir köy yapardım onlar için. Temiz hava, bol güneş, bol çalışma... » (Yaş, 18)*

### Sonuç

Çeşitli biçimleriyle çocuğa yönelik şiddet «çocuk istismarı» olarak kabul edilmekte (Polat, 2001: Önsöz) « 0-18 yaş grubundaki çocukların kendisine bakmakla yükümlü kişi veya kişiler tarafından zarar verici, kaza-dışı ve önlenemez bir davranışa maruz kalması » (a.g.e.: 545) çocuk istismarı olarak tanımlanmaktadır. Çocuk istismarı fiziksel, cinsel, duygusal ve ihmal olmak üzere dört temel grupta incelenmektedir<sup>17</sup>. (a.g.e.: 90) Bu yazının çıkış nokta-

17 Fiziksel istismarda « çocuğun kaza dışı yaralanması ve örselenmesi söz konusudur. Durumun şiddetine göre klinik teşhiste ; ekimozlar, yumuşak doku hasarları, yanıklar, kaynar su ile haşlanmalar, kemik, eklem, beyin ve göz hasarları, iç organlara ait hasarlar, zehirlenmeler, gelişme gerilikleri ortaya çıkmaktadır. »

sı gereği ihmal kavramı<sup>18</sup> ayrıca önemlidir. Zira, «ihmal çocuktan sorumlu kişilerin [veya kurumların] çocuğa karşı en temel yükümlülüklerini yerine getirmemesidir. » (Polat, 2001: 97) Çocuk ceza adaleti sistemi içindeki işlevsizliklerin gerek sürekliliği gerek birikimi gerekse bu birikimin sonuçları ihmal - çocuğa yönelik bir şiddet türü olarak ihmal - biçiminde nitelendirildiğinde devletin kendisi de kurumlarıyla beraber ihmal edenler kategorisine girecektir.

Suçun niteliği ne olursa olsun bir çocukluk yaş dilimi belirlenmesi; özellikli mahkemelerin oluşturulması; uzman kişi ve müdahillere verilen önem; içeriği ne olursa olsun herhangi bir yargı kararına varmadan önce çocuğun yaşam koşullarının, kişiliğinin ve eğitim durumunun göz önünde bulundurulması; öngörülecek tedbir ve cezaların suçun niteliğinden ayrı tutulması; suç olarak tanımlanmış eylemi karşısında çocuğu tek sorumlu kılmak yerine bu sorumluluğun temelde topluma ait olduğu fikri ve bu sorumluluğun paylaşılması; koruyucu-eğitsel tedbirlerin her koşulda ön planda tutulması, çocuğu özgürlüğünden yoksun kılıcı tedbir ve cezalardan kaçınılması; koruyucu-eğitsel tedbirlerin zaman endişesi olmadan uygulanması; diğer bir deyişle, çocuğun sadece bugününü kurtarıcı değil, yarınını da güvence altına alacak tedbirlerin seçilmesi koruyucu modelin temel kıstaslarıdır. (Ballieau ve Cartuyvels, 2007: 8) Bu nitelikler yukarıda ele alınan çifte şiddet (tabii daha farklı şiddet tiplerine de başvurulabilir) sarmalında yeniden düşünülüp mevcut pratikle-

rin özellikle bazı nitelikleri yeniden göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'deki çocuk ceza adaletinin bugünkü haliyle koruyucu modelin kıstaslarını karşılamaktan uzak olduğunu görmemek imkânsızlaşır. Bu bağlamda sistem ürettiği dolaylı şiddeti - işlevsizliklerin kendini tekrar etmesi nedeniyle - yapısal bir şiddete dönüştürmekte; çocukları toplumla bütünleştiremediği için söz konusu şiddeti daha da uzun vadeli kılmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Ballieau, Francis; Cartuyvels, Yves (2007) «La Mise en Question du Modèle 'Protectionnel' dans la Justice des Mineurs en Europe », içinde (Yayına Hazırlayanlar) Francis Bailleau ve Yves Cartuyvels, La Justice Pénale des Mineurs en Europe. Entre Modèle Welfare et Inflexions Néo-libérales, Paris, L'Harmattan, s.7-19.
- Bourdieu, Pierre; Passeron, Jean-Claude (1985), «Les héritiers. Les étudiants et la culture», Paris, Ed. de Minuit, s.187.
- Bourdieu, Pierre; Passeron, Jean-Claude (1970), «La reproduction. Eléments pour une théorie du système d'enseignement», Paris, Ed. de Minuit, s.279.
- Cankurtaran, **Öntaş Özlem** (2010) «Suça Sürüklenen Çocuklar: Cezaevinin Anlamı», Güncel Hukuk, Ocak 2010/ 1-73, s.23-25.

(Polat, 2001: 91) *Duygusal istismar « tanımlanması en zor (...) istismar türüdür. Psikolojik gelişmenin duraklamasına neden olacak sözel istismarı veya aşırı emirleri kapsayan, çocuğun kimliğini zedeleyen ve bozuk davranışları ortaya çıkaran tavırları içerir. Duygusal istismar veya psikolojik örseleme diğer tüm kötü muamele biçimlerini şemsiye gibi altına toplayan olgudur. » (a.g.e: 94) Reddetme, aşağılama, yalnız bırakma, yalıtma, ayırma, korkutma, yıldırma, tehdit etme, suça yönelme, duygusal ihtiyaçlarını karşılamama, göz ardı etme, yok sayma, ilgisizlik, aşırı beklenti vb. biçimler olabilir. (a.g.e: 94-96) Farklı istismar biçimleri bir arada bulunabilir.*

18 « İhmal genel olarak iki grupta incelenmektedir. 1.Fiziksel ihmal, 2.Duygusal ihmal. Fiziksel ihmal bulgularını saptamak mümkün iken duygusal ihmale ait bulguların saptanması oldukça güçtür. » (Polat, 2001: 342)

- Crettiez, Xavier (2008) «Les formes de la violence», Paris, La Découverte, s.120.
- CEDAP, (2006) «Kurumlardan Tahliye Olan Çocuklarla Yaşam Öyküsü Çalışması», Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı Ankara Şubesi Çocuk ve Ergen Danışma Birimi Raporu, Ankara.
- Ergur, Ali (2009) «Şiddet nedir?», içinde (Yayına Hazırlayan) Tülay Erkan, Çocuk ve Şiddet Çalıştayı Tülay Erkan, İstanbul Tabip Odası Çocuk Hakları Komisyonu, İstanbul, s10-12.
- Foucault, Michel (2011), «Toplumun Savunmak Gerekir», İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, s.319.
- Foucault, Michel (2006) «Hapishanenin Doğuşu. Gözetim Altında Tutmak ve Cezalandırmak», İstanbul, İmge kitabevi, 3. Baskı, s.445.
- Foucault, Michel (2007), «İktidarın Gözü. Seçme Yazılar 4», İstanbul, Ayrıntı, 2. Baskı, s.304.
- Galtung, Johan (2004) «Violence, War, and Their Impact. On Visible and Invisible Effects of Violence», <http://them.polylog.org/5/fgj-en.htm>.
- Güncel Hukuk, Nisan 2009/ 4-64.
- İrtiş, Verda (2008) «Birincil ve İkincil Sonuçlandırmalar Üzerinden Türkiye’de Çocuk ve Genç Ceza Adalet Sistemine Bir Bakış», Toplumbilim, Suç ve Kent Özel Sayısı, 23, s.63–70.
- İrtiş, Verda (2009a) «Comprendre la Justice Pénale des Mineurs en Turquie. Une Attitude à la fois Punitif et Laxiste et l’Expression d’une Volonté Solidaire», *Déviance et Société*, Vol. 33, s.399-424.
- İrtiş, Verda (2009b) «Şiddetin Saklı Boyutu: ‘Handikapların’ Birikimi ve Çocuk Ceza Adaleti», içinde (Yayına Hazırlayan) Tülay Erkan, Çocuk ve Şiddet Çalıştayı, İstanbul Tabip Odası Çocuk Hakları Komisyonu, İstanbul, s.351-354.
- İrtiş, Verda (2009c) «Korumak, Cezalandırmak ve Mınyatür Yetişkinlere Dönüştürmek Bileşenlerinde Türkiye’de Çocuk ve Genç Ceza Adalet Sistemi», VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi, 1-3 Ekim 2009, Adnan Menderes Üniversitesi, Didim Yerleşkesi, s.10. (Yayın aşamasında)
- İrtiş, Verda (2011) «Türkiye’de Çocuk Ceza Adaletinin Refah Modelinin Temel Kıstasları Çerçevesinde Bir Değerlendirmesi», içinde (Yayına Hazırlayanlar) Aydın Gülan, Mustafa Ruhi Şirin ve Memduh Cemil Şirin, 1. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı-2, İstanbul, Çocuk Vakfı Yayınları, 2011, s.100-105.
- Le Goaziou, Véronique (2004) «La violence», Paris, Le Cavalier Bleu, s.125.
- Meyran, Régis (2006) «La violence, un objet d’étude en expansion», içinde (Yayına Hazırlayan) Régis Meyran, *Les mécanismes de la violence. Etats, Institutions, Individus*, Paris, Sciences Humaines Editions, s.7-12.
- Michaud, Yves (1991) «Şiddet», İstanbul, İletişim Yayınları, s.111.
- Öz-Ge Der, (2005) *İsrahevleri ve Cezaevlerinde Tutuklu ve Hükümlü Durumda Bulunan Çocukların Sosyal ve Yasal Koşullarının İyileştirilmesi*, Ankara, Öz-Ge Der, s.164.
- Polat, Oğuz (2001) «Çocuk ve Şiddet», İstanbul, Der Yayınları, s.622.
- T.T.B, (2009) «Diyarbakır E Tipi Ceza ve İnfaz kurumunda Alınan Çocukları İzleme Raporu », Ankara, Türk Tabipler Birliği Yayınları, s.46.
- Riches, David (1989) «Şiddet Olgusu», içinde (Yayına Hazırlayan) David Riches, *Antropolojik Açından Şiddet*, İstanbul, Ayrıntı, s.10-41.
- Uluğtekin, Sevda (2005) «Çocuk Adalet Sisteminde Sosyal İnceleme Raporu (SİR) ve Gözetim Raporu (GİR) El Kitabı», Ankara, Dostlar Dayanışma Derneği Ankara Şubesi Yayınları, s.58.
- Ünsal, Artun (1996) «Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi», *Cogito*, Kış-Bahar, Sayı 6-7, s.29-36.
- Weber, Max (1971) «Economie et société/1. Les catégories de la sociologie», Paris, Plon, s.410.



# Dünya Problemleri Karşısında Hukuk Felsefesi

Talip KABADAYI\*

“Felsefe olmadan hukuk boş; Hukuk olmadan felsefe kördür”.  
T.K.

Bu başlık altında, sunumumda, hukuk felsefesi tarihine ana hatlarıyla bir bakış atmak ve John Rawls’ın “A Theory of Justice” adlı ünlü eserinde gözler önüne serdiği “hakkaniyet olarak adalet” anlayışına kısaca dikkat çekmeye çalışacağım, zira bu eserde adil bir toplum kurulması için gerekli ve yeterli koşul olan adaletin neliğini saptama yönünde çok önemli ipuçları var.

İmdi, hukuk felsefesinin en temel sorusu “adaletin ne olduğudur?” ve bu soruya her tarihsel dönemde çağın düşünce iklimine uygun olarak başka başka yanıtlar verilmiştir.

Eski Ahit’te “tanrının istenci olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Eski Ahit’in tanrısının bir adalet tanrısı olduğu söylenebilir sanırım. Buna göre, insan adil bir yasa koyucu ve yargıç olan tanrı karşısında boyun eğer.

Platon’la birlikte “hak idesinden pay alma olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Eski yunanlılarda yasa (nomos) kutsal gelenek-görenek anlamı yanında tüm her şeyi kapsayan düzen de demektir ve tüm her şeyin üzerindedir. Dolayısıyla, yasa şehir-devleti (siteyi) yapılandırma ve kurmada asli unsurdur. Bu noktada, Platon’un hukuk felsefesine dair düşünceleri onun etik görüşüyle de çok yakından ilişkilidir. İşte, yasa ve hukuk idesi adalet idesiyle tutarlı olmalıdır; yasalar ve hukuk öyle bir oluşturulmalı ve şekillendirilmelidir ki insanlar bu yasa ve hukuk kuralları altında,

gerek insan gerekse yurttaş olarak, olduklarından daha iyi hale gelsinler. Burada yasalar ve hukukun eğitici işlevine vurgu yapılıyor. Platon’a göre, devlet-hükümet, yasalar ve hukukun hizmetindedir ve onların hizmetçisidir; eş deyişle, bir devletin yurttaşları yalnızca hukukun yöneticilerin üstünde yönetici olduğu bir devlette gerçek adalete ve asıl mutluluğa kavuşabilir. Bu apaçık hukukun üstünlüğü ilkesidir. Dahası, yasalar sadece insanların yaşaması için değil, iyi yaşaması ve olabildiğince erdemli olmalarını sağlamanın da araçlarıdır.

Aristoteles’le birlikte tabiri caizse “eşitlik olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Aristoteles de yasaların ve hukukun eğitici işlevini vurgular. Diğer görüşlerinde olduğu gibi hukuk felsefesine dair fikirlerinde de telos (ereksellik) kavramı baskındır ve aslidir. Buna göre, var olan her şey kendi doğasına uygun olan mükemmelliğe veya tamlığa ulaşmaya çalışır. Bu noktada adalet, yalnızca ilişkileri yasalar tarafından düzenlenmiş insanlar arasında var olabilir.

Stoa ve Roma hukukunda “insan doğasının ilkelerinin yansımaları olarak adalet” anlayışına rastlarız. Buna göre, özgür olabilmek için yasalar ve hukukun köleleri olmamız gerekir.

Augustinus’la birlikte “sevgi toplumunun huzur ve düzeni olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Augustinus yasa ve hukuk devleti veya toplumunun yerine, hristiyanlık aşkı ve sevgisiyle dolu bir toplum

\* Doç. Dr. Adnan Menderes Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

ve devlet modeli getirir; bu devlet veya toplum, tanrının koyduğu ebedi hukuk kullarıyla sevk ve idare edilir.

Aquinas “ilahi dünya düzeninin parçası ve yansıması olarak adalet” anlayışını getirir. Buna göre, tüm evren ilahi bir akıl tarafından yönetilir. Yasaların ve hukukun işlevi insanı kendine özgü amacına uygun yönlendirmektir.

Pufendorf, Grotius, Boden, Wolff, Spinoza ve Leibniz’de “salt aklın ifadesi olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Buna göre, salt akıldan türetilen bir yasal düzen söz konusudur ve bu da Fransız Devriminin ana motifi olan eşitlik ve özgürlük idesiyle çok yakından ilişkilidir.

Locke ve Montesquieu ile birlikte “anayasanın temel ilkesi olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Locke’a göre, hukuki düzenin temeli ve devamlılığı bu anlayışa bağlıdır. Bundan ötürü, tüm her şeyin merkezine yasama gücünü getirir ki yasama en yüksek güçtür. Montesquieu ise hukuk, adalet idesine yönelmeli ve ona dair adalete uygun yargıda bulunmalıdır, der. “Güçler ayrılığı” öğretisi de bu bağlamda belirir.

Rousseau ve Kant’ta “genel iradenin ifadesi olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Buna göre insanın asıl varlığı etik özerkliğidir; dolayısıyla, hukuk ve devlet bu temel gerçeklik ışığında anlaşılmalıdır.

Hegel’le birlikte “tinin kendini ifade etmesi olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Hegel’e göre, bir toplumda etik ancak böyle gerçek kılınır: Hegel’de hukuk, etik ve devlet gelişen ve ilerleyen kavramlar olarak göze çarpar.

Marx ve Engels ile birlikte “sınıf ideolojisi olarak adalet” anlayışıyla karşılaşırız. Buna göre, hukuk ve adalet üretim araçlarının kontrolünün maddi gerçekliği üzerinde yükselen ideolojik üstyapının bir parçasıdır ve ilgili sınıfın çıkarları için kullanılan bir baskı ve sömürü aletidir.

Rawls, bu noktada, “hakkaniyet olarak adalet” anlayışını getirir; dolayısıyla, adaletin hakkaniyet olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürer. Bu aslında etik bir kuramdır ve adil bir toplumu oluşturan şeyin doğasını kavrayabilmenin ilkelerini serimler. Buna göre, bir toplumun adil olması için gerekli olan tek şey hakkaniyettir; bu dağıtıcı adaletten başka bir şey değildir. Adil bir toplum tüm yurttaşlarının bireysel hak ve özgürlüklerini koruyan ve kaynakların dağılımının olabildiğince eşit ve hakkaniyete uygun olduğu bir toplumdur. Hakkaniyet, adil kurumların yapılandırılması ve düzenlenmesinin de temeli olacaktır, zira insanlar kurumlar aracılığıyla kendilerini yönetirler, malları, hizmetleri ve zenginliği bölüştürür, paylaşır ve dağıtır. Rawls bununla herhangi bir toplumda zenginliğin tamamen eşit bir dağılımının olanaksız olduğunun bilincindedir ve asıl gerekli olan şeyin tüm sosyal konumların herkese açık olması gerektiğini ileri sürer. Dolayısıyla, tüm sosyal ve toplumsal değerler, özgürlükler ve imkanlar, gelir ve refah ile öz saygı temelleri ve ilkeleri eşit şekilde dağıtılmalıdır. İşte, böyle bir yer ve toplumda adalet ve hakkaniyet görülür; bu eşitlik olarak adalet anlayışını da çağrıştırmaktadır.

Son tahlilde kurumların adil olması gerektiği düşüncesi, her kurumun varlık nedeninin temel bir insan hakkını korumak olduğu düşünüldüğünde, çok aslidir ve can alıcıdır. Yukarıda kısaca gösterilmeye çalışıldığı üzere her tarihsel dönem ve dönemin düşünce iklimi farklı adalet anlayışları getirmiştir. Ancak, öyle görünüyor ki, yasalar ve hukuk genel iradeyle ilişkin hakiki ve hayati şeyleri ne kadar çok yürürlüğe sokup tatbik ederse, o kadar hakkaniyetli ve eşitlikçi bir yasal düzenden ve toplumdan söz edilebilir; işte adalet budur, denilebilir bu noktada. Gelgelelim, şunun da farkında olunmalıdır ki her toplumun genel iradesi farklılık arz edebilir ve zamanla değişiklik gösterebilir de. Öte yandan, şu

da vurgulanmalıdır ki kişisel haz ve doyum için tutku ve ihtirasların, genel iradeyle ilgisi yoktur. Genel irade toplumsaldır, bencil değildir, sömürüye açık değildir ve derinden gelen, ortadan kaldırılması olanaksız bir şeydir. Öyleyse, çocuklarımızı en iyi eğitime ve yetiştirmenin en güzel yolu onları iyi, sağlam ve adil yasaları olan bir devletin vatandaşları yapmaktan geçiyor gibi görünüyor.

#### **KAYNAKÇA**

- Morris, Clarence. The Justification of the Law. University of Pennsylvania Press. Philadelphia. 1970.
- Rawls, John. A Theory of Justice. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, MA. 1971.
- Scharfstein, Ben-Ami. The Philosophers. Oxford University Press. New York. 1980

# Aristoteles'te Adalet ve Erdem Arasındaki İlişki

Erman KAR

## Giriş: Erdem ve Adalet Üzerine

Erdem ve adalet kavramları etik tarihinin en önemli kavramları olmakla birlikte insanlığın oluşumunda ve gelişiminde katkısı olan iki önemli kavramdır. Erdem; ahlak sistemlerinin temeli, en önemli öğesi, olmazsa olmazdır. Adalet ise insanlık tarihin yapı taşıdır. Aynı zamanda adalet sadece sistemli ve sosyal toplumlarda değil aynı zamanda “ilk”el toplumlarda da; birlikte yaşamın ilk şartı olarak büyük bir değere sahiptir. Bu iki kavramın ayrı ayrı ne derece önemli oldukları bir yana erdem ve adalet'in birbiriyle olan ilişkisi ahlak felsefesinin en önemli problemlerinden birisidir.

Genel olarak bu yazı içerisinde adalet ve erdem kavramlarının tanımlamalarına, Antik Yunan felsefesinde bu kavramların ne anlama geldiğine ve Aristoteles'in ahlak ve politika öğretilerinden yola çıkarak bu kavramların ne ifade ettiğine değineceğiz.

Erdem bir çok toplumda ahlaksallığın temeli ve yegane ilkesi olarak tanımlanır. Farklı kültürel öğelerin kendini gösterdiği toplumlarda ve felsefi öğretilerin birçoğunda farklı erdem tanımlamalarına rastlanır. Bu durum elbette ki erdem hakkında objektif bazı yargılara ulaşamayacağımızı göstermez. Ancak her toplumun kendi tarihsel oluşumuna ve bu oluşumda etkili olan faktörlerden yola çıkarak bu toplumlarda farklı ahlaksal eylemlerin erdem olarak gösterildiğini bilmekteyiz. Örneğin savaş toplumlarında cesur bir savaşçı olmak en yüce erdemken bir kral için aklı başında olmak veya adil olmak erdem olarak görülmüştür. Erdem farklı eylemler altında ele

alınması bir yana; erdem, mythosların en önemli konularından birisi düşünce akımlarının kaynağı olmuştur.

Tüm bu etkenler sonrasında erdem hakkında bir tanımlama yapacak olursak erdem; bir toplumun veya bireyin gelişmesi ve ilerlemesi için koymuş olduğu amacına uygun davranmasıdır. Erdem; logosun yansımasıdır.

Adalet ve erdem arasındaki ilişki felsefe tarihi içerisinde ilk olarak Sofistler tarafından ele alınmıştır. Sofistler için iyi bir yurttaş olmak erdemli olmak ile eşdeğerdir. İyi bir yurttaş olmak için yasalara uygun yaşamak gereklidir. Yasalara uygun yaşamın anahtarı ise adil olmaktan geçmektedir bildiğimiz üzere. Bu bakımdan erdemli olmanın yolu adil olmaktan geçmektedir. Ele alındığı üzere Sofistler iyi bir yurttaş olmayı erdemli olmak ile bir tutar. Ve hatta felsefe tarihinde öğretmen olarak bilinen Sofistler'in “bransı'da” tam bu konudur. Sofistler nasıl iyi bir yurttaş olunur sorusuna yanıt ararlar. Başka bir ifadeyle nasıl iyi bir yurttaş olunduğunu öğretirler. Yani sofistler için erdem “öğretilebilir” bir şeydir.

Sokrates ise Sofistlerin bu görüşüne karşı çıkar ve erdem bilgi olduğunu söyler. Ancak bu bilgi sofistlerdeki gibi öğretilebilir bir bilgi değildir. Sokrates'in ifade etmeye çalıştığı erdem; Bilgeliktir. Sadece bilge olan bir kimse iyinin ve kötünün farkındadır. Yani erdemli olmak bilge olmak ile eşdeğerdir. Sofistlerin erdem anlayışı erdemi kendi amacı dışına çıkarmaktadır.

Ruhunda taşıdığı gayenin öğelerinden birisi cesaret olmayan birisine cesur olmak nasıl öğretilir? Ya da cesur bir eylemde bulunmayan birisi cesaret hakkında her bilgiyi sahip olsa bile bu o kişinin de cesur olduğu anlamına gelir mi? Sokrates'in erdem anlayışı da birçok problemi beraberinde getirir. Bilge olmak; tabiri oldukça geniş bir kavramdır, keskin belirtileri yoktur. Kaldı ki bilge olmayan bir insanın pekala iyi bir ruha sahip olabileceği söylenebilir. Sadece sahip olduğu erdemnin amacının farkında olsun.

Tüm bu etik öğretileri bize erdem hakkında her hangi bir tanımda bulunmaz. Erdem; cesur olmak, bilge olmak veya iyi olmak değildir. Bunlar ancak erdemli olmak tabirine götürür bizi. Yani bu eylemler birer huydur, bize erdem hakkında hiçbir şey vermezler.

### Aristoteles'in Erdem Öğretisi Üzerine

Erdem hakkında ilk ve yererli tanımlamayı bize Aristoteles sunacaktır. Aristoteles'in erdem öğretisini anlamamız için ilk olarak "eudaimonia" kavramını analiz etmemiz yerinde olur. Eudaimonia; mutluluk olarak çevrilmektedir. Ancak bu kavramın ifade ettiği mutluluk anlık durumu ifade eden mutluluk ile aynı anlamda değildir. Eudaimonia; iyi bir ruha sahip olmak anlamındadır ve bu sahiplik yaşam boyu sürüp gitmektedir.

Mutluluk; ruhun erdeme uygun etkinlikte bulunmasıdır erdem ise bu bağlamda ruhun bir etkinliğidir. *Kendi amacına ulaşmak için ruhun yerine getirdiği etkinliğe erdem denir.* Aristoteles erdemi ruhla ilişkisi bakımından gruplara ayırır; karakter erdemleri ve düşünce erdemleri. Karakter erdemleri; düşünce ile oluşmaktadır oysa

düşünce erdemleri ise eğitim sonucunda oluşur. Özetle erdem; insanın iyi olmasını sağlayan veya insanın kendi iyisini gerçekleştirmesini sağlayan bir etkidir. Erdemli olmak ise tüm bu koşulları sağlayan bir huydur. Aristoteles'te ve Antik Yunan felsefesinde özetle erdemi ele aldıktan sonra adaleti ve adaletin erdemle olan ilişkisini ele alalım.

### Bir Erdem Olarak Adalet

Adalet; bilkuvve veya bilfiil olarak var olan; eylem veya düşüncelerin sözlü veya yazılı kimi kurallar doğrultusunda hak ettiğini almasıdır. Yani adalet herkesin hak ettiğini alması olarak tanımlanabilir. Aristoteles adaleti bir karakter erdemi olarak görmektedir. Aynı zamanda Aristoteles için adalet diğer tüm erdemlerden farklıdır. Çünkü adalet kendi amacını kendinde taşıyan bir erdemdir aynı zamanda adalet kendi başına bir erdem olarak kalmaz; o kendisini diğer insanlarla ilişki halinde gösterir. Bu nedenden dolayı adalet erdemlerin en önemlisidir.<sup>2</sup>

Alışkanlık ile oluşan karakter erdemlerinde de belli bir birikim ile oluşan düşünce erdemlerinde de erdemi erdem kılan kendi amacıdır. Örneğin cesur olmak için cesaret ile eylemde bulunmak tek şarttır. Cesurca bir harekette bulunmak için herhangi ikinci bir bireyin bulunup bulunmaması bir ölçüt değildir. Ancak adalet söz konusu olduğunda durum böyle değildir. Adaleti erdemlerin en önemlisi kılan onun bir başkası ile ilişkide de kendini gösteriyor olmasıdır. Bununla birlikte Aristoteles adalette bütün erdemlerin bir arada bulunduğu ifade eder. Aynı zamanda erdemler içinde bir tek adalet başkasının iyiliği içindir.<sup>3</sup> Bu erdeme sahip olan bir kimse, bu erdemi kendisi için kullanmakla birlikte başkası için de kullanabilir.

2 Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (çev. Saffet Babür) Ankara: Bilgesu, 2009, s.92

3 Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* (çev. Saffet Babür) Ankara: Bilgesu, 2009,s. 92

Aristoteles ne sofistler gibi erdemini öğretilerini söylediğini söyler ne de Sokrates gibi erdemini bilgeliği olduğunu söyler. Aristoteles erdemini uygulanarak öğrenilebileceğini söyler. Bu bakımdan adalet adil davranışlarda bulunarak öğrenilecek bir erdemdir. Aristoteles adil olan davranışın yasaya uygun olan ve çıkarıcı olmayan davranış olduğunu söyler. Yasaya uymamak ve kendi çıkarını düşünmek ise adaletsizlik olarak tanımlar.

*Adalet; yasaya uygun olanda ve eşitliği gözetende;*

*adaletsizlik ise, yasaya aykırı olanda ve eşitliği gözetmeyende olur.*<sup>4</sup>

### **Devletin Orta Direği Olarak Adalet<sup>5</sup>**

Bir devlette mutluluğu ve onun öğelerini oluşturan yasalardır. Devletin temeli ve orta direği ise adalettir. Çünkü devletin ruhunu temsil eden yasalar adalet ile oluşturulmuş ise ancak o devlet mutluluğa ulaşabilir. Yasalar her insana eşit derecede uygulandığı takdirde toplumda mutluluktan ve iyi bir yaşantıdan söz edilebilir ancak. Erdem insanları iyi bir insan yapıyor ya da yasalar da iyi bir yurttaş yapıyor. O halde erdem uygun oluşturulan yasa hem iyi bir yurttaş hem de iyi bir insan yapıyor.

### **Erdemin Bütünü Olarak Adalet**

Aristoteles için adalet erdemini bir parçası değil aksine erdemini bir bütünüdür. Erdemini temel belirlemeyi orta olmaktır. Korkaklık ve atılganlığın ortası cesaret erdemine götürür bizi. Aynı şekilde erdemlerin en önemlisi olan adalette bir orta olma durumunu ifade eder. Ancak bu orta olma durumu verdiğimiz örnekteki gibi veya diğer erdemlerde olduğu gibi kendisini gös-

termez. Çünkü adalet birebir orta olmanın kendisidir. Adalet adaletsizliğin ve uçların ortasıdır.<sup>6</sup>

Bu orta olma durumunu Aristoteles Nikomakhos'a Etik'te şöyle ifade eder;

*Adalet kar ile zararın ortasıdır. İnsanlar arasında isteyerek ya da istemeyerek gerçekleşen alışverişlerde (husumet ya da sorunlarda) bir taraf fazla bir taraf ise hakkindan az bir şekilde ödüllendiriliyorsa ortaya çıkan sorunun ortası adillik ile bulunur.*

Hatta Aristoteles böylesi bir problem olduğunda gidilecek olan makamın yargıç makamı olduğunu söyler. Aristoteles yargıç canlı adalet olarak niteler ve bu bağlamda yargıca gitmeyi adalete gitmek olarak ifade eder. Sadece yargıç ortaya çıkan bu adaletsizliğin –orta-dan kalkmasını sağlayabilir. Aristoteles sırf bu nedenlerden dolayı yargıca ortacı dendiğini ifade eder. O halde adalet; orta olandır.<sup>7</sup>Adalet isteğe aykırı yapılan kazanç ve zararın ortasıdır.

### **Özel ve Genel Adalet**

Aristoteles adaletin özel ve genel olmak üzere ikiye ayrıldığını söyler. Özel adalet ise kendi içerisinde düzeltici ve dağıtıcı adalet olmak üzere ikiye ayrılır. Dağıtıcı adalet; temel bir hakkın-ancak dağıtılan bir hakkın(para gibi)- dağıtılmasında etkin olan adalettir. Bu durumu yönetmek devletin asli görevidir. Halkın iyi yaşam reformuna uygun olması ya da erdemine, kendi iyisine uygun davranabilmesi dağıtıcı adalet faktörünün “adalet” tanımına uyacak şekilde yerine getirilmesiyle mümkün olabilir. Dengesiz ve adaletsiz bir dağıtımın hüküm sürdüğü bir toplumun halkının mutlu bir yaşam sürmesi düşünülemez.

4 Aristoteles, *Nikomakhos' a Etik* (çev. Saffet Babür) Ankara: Bilgesu, 2009, s.91

5 Aristoteles, *Politika* (çev. Mete Tunçay) İstanbul: Remzi Kitabevi, 2010, s. 10

6 Aristoteles, *Nikomakhos' a Etik* (çev. Saffet Babür) Ankara: Bilgesu, 2009, s. 102

7 Aristoteles, *Nikomakhos' a Etik* (çev. Saffet Babür) Ankara: Bilgesu, 2009, s. 98

Toplumumuz açısından bu durum göz önüne alındığında; insanların kendi ahlak öğretisini geliştirmek ve kendi iyisine uymak dururken neden hala sürü ahlakının birer parçası olmaya devam ettiğini bu öğretiyi açıklamaktadır. Ekonomik temelde ve diğer bir çok faktörde yapılan haksızlıklar sonucunda; yani zenginlerin daha çok zengin fakirlerin daha çok fakir olduğu günümüz ekonomi gidişatında ahlaksal açıdan adaletle birlikte düzeltilmesi gereken çok şey olduğunu düşünüyorum.

Düzeltilici adalet gelince, bireyin başka bir bireye vermiş olduğu maddi veya manevi zararın sunucunda; zarar verene hak ettiğini sunmak olarak tanımlanabilir. Amaç; ortaya çıkan adaletsizliği onarmaktır. Yukarıda da sözünü ettiğimiz üzere bu görev yargıca düşmektedir. Aristoteles bir de genel adalet ya da toplumsal adaletten

söz eder ki; günümüz hukukunun en önemli öge ve kavramlarını bu adalette bulabiliriz. Aristoteles için herkes için, ayırım gözetmeksizin genel-geçer olan yasaları içerdiğini söyler. Ve bu başlık altında medeni hukuk ve aile hukukunu ele alır.

### **Erdemlerin En Yücesi Olarak; Adalet**

Sonuç olarak yapılan erdem tanımlamaları da adalet tasavvurları da; adaletin erdem olduğu yargısına ulaştırdı bizi. Bu ulaşılan yargı Aristoteles tarafından da hem mantığın hem de felsefenin ilkelerine uygun bir şekilde kanıtlanmıştır. Adalet bir erdemdir; hem de öyle bir erdemdir ki sadece bireyin kendi gelişimi ve ilerleyişinde değil aynı zamanda diğer insanlarla ilişkisinde ortaya çıkan bir erdemdir, bir huydur. *Adaletin eksik olduğu bir erdem orta yolunu uçlarda arıyor demektir.*

# Hukuk, Dil ve Hukuki Belirsizlik

Meriç Seyhan KARACA\*

Kitab-ı Mukaddes “önce söz vardı” diye başlar. Bu ifadeyi “önce belirsizlik vardı” diye okumak hiç de aşırı bir yorum olmaz. Önce belirsizlik vardı. Bu ifade ilk başta kulağa hoş gelse de sanki belirsizlik artık yokmuş ya da bir gün hiç olmayacakmış gibi büyük bir yanılgıya götürür bizi. Oysa belirsizlik önce vardı, hâlâ var ve yarın da olacak. Belirsizlik hayatın akışındaki tek-yön, tek mecburî istikamettir. Ve iyi ki de öyledir...

Bu belirsizlikle nasıl yaşayacağımız elbette bu bildirinin ele almayacağı kadar devasa bir problemdir. Ama biz hukukçular, hukukun her aşamasında karşımıza çıkan bu belirsizlikle nasıl başa çıkacağız sorusu üzerine de düşünmeliyiz. Nedir o zaman hukukî belirsizlik ve hukukun işleyişinde belirsizliğin imaları nelerdir?

Hukukî belirsizlik; hukuk kurallarını içeren metnin belirsizliği, bu metne ve-rilecek anlamın belirsizliği, bu anlamın çoğu kez birbirlerini dışlayan yorumların çatışmasına açıklığı, hukuk kuralının somut olaya doğrudan uygulanabilirliği gibi problemleri içerir.<sup>1</sup>

Bizim burada üzerinde duracağımız yukarıda zikredilen belirsizliklerin hepsini kapsayan, hukukun dil ile ve dilde mümkün olması sonucu ortaya çıkan belirsizliktir.

Öncelikle “belirsizlik” kavramına değinmemiz gerekir. Belirsiz adı üstüne belirlirli olmayandır. Kesin olmayan, muğlak,

müphem, örtülü, anlaşılmaz... Ama anlamsız değildir. Belirsizlik, anlaşılamayan ve karar verilemez olandır. Mantığın özdeşlik ilkesine aykırı olandır; aporiadır; yani hem A hem de B’dir. Belirsizlik, ifadenin anlamlarının açık olmadığı bir durumdur. Belirsizlik korkutur; çünkü bilinemezdir. Bu korku da bizi kesinlik arayışına yöneltir. Fakat istikrar doğal ve sürekli bir şey olamaz. Kesinlik güvenli görünür. Oysa kesinlik totaliterdir. Farklılıklara yaşama şansı tanımaz. Kesinlik güven ve istikrar adına bize tek bir dil oyunu, tek bir hayat formu, tek bir anlam dayatır. Oysa belirsizlik anlamların çoğulluğuna atıfta bulunur. Kesinliğin dili monolog, belirsizliğin dili ise diyalogdur.<sup>2</sup>

Dil içine doğduğumuz, bizi önceleyen gelenektir. İnsan öncelikle konuşan, anlayan, yorumlayan varlıktır: homo hermenia-dır. Dile bakış açılarında Batı entelektüel geleneğini ikiye ayırabiliriz: Bunlardan ilki dilin kesinliğini bir diğeri ise belirsizliğini vurgular. Kimine göre dil, doğal ve insani konvansiyondan bağımsız gerçekliği resmeder. Karşı cephede yer alanlara göre ise dil ile gerçeklik arasında bir mütekalibiyet yoktur. Aristoteles’e göre; “adlar ve ifadeleri toplamı sonludur, hâlbuki şeyler sonsuz sayıdadır. O zaman, aynı ifadenin ya da bir kelimenin birçok anlamı olması kaçınılmazdır.”<sup>3</sup>

\* Avukat, Uludağ Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Daha fazla bilgi için bkz. Gülriz Özkök, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, AÜHF Dergisi, C.51, S.52, 2002, s.4.

2 Gökhan Yavuz Demir, Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2007, s.48.

3 Aristotle, “De Sophistics Elenchis,” The Basic Works of Aristotle, trans. E. M. Edghill, ed. Richard McKeon, Random House, New York 1941, s. 208.



Sonuçta her iki gelenek de dilin belirsiz olduğunu kabul eder. Esasında dil, hayatı tüketemeyeceğinden belirsizdir. Hayat Herakleitos'un dediği gibi bir akış, Heidegger'in dediği gibi de bir oluşur. Hayat sabitlenemez. Hayatı dil de sabitleyemez. Bu sebeple Humboldt'un dediği gibi dil tamamlanmış bitmiş bir ürün, yani ergon değil; bir aktivite bir etkinlik bir faaliyet, yani energia'dır. Ancak Anglosakson gelenek belirsizliği dilin handikapı olarak görürken Kıta Avrupası geleneği dilin temeli, dili mümkün kılan şey olarak görür.<sup>4</sup>

Hukuk da sosyal bir inşa olarak dilin içinde ve dile mahkûmdur. Hukukun hem aracı olan hem de hukuku mümkün kılan dil nihayetinde potansiyel belirsizlik kaynağıdır. Hukuk, dilde ve dil ile yapılır, ve uygulanır. Dolayısıyla hukuk yoruma muhtaç ve açıktır.

Hukukî belirsizlik, belirsizlikten yakan Anglosakson geleneğe mensup düşünürler tarafından değişik şekillerde ele alınmıştır.

Klasik formalizme göre; hukuk kuraları yargı kararlarına doğrudan uygulanabilir ve onları belirler.<sup>5</sup>

Bentham'a göre hukuk hayatında ke-limelerin oluşturduğu örtü kaldırılmalı ve hukuk gerçeklikleri ortaya çıkarılmaya çalışılmalıdır.<sup>6</sup> (Kendinde, bağımsız bir gerçeklik varmış gibi.)

Fransa'da da ihtilal sonrası kanunun herhangi bir yorumu gerektirmeyecek ölçüde mükemmel ve açık olduğuna inanılıyordu ve 1790 tarihli bir kanunla yorum

yapılması yasaklanmıştı. Kanunun "gerçek" anlamının ne olduğu konusunda bir tereddüt ortaya çıktığında sorun yasama organında çözülmeliydi.

Hart'a göre hukuk kısmen belirli kısmen belirsizdir. Hart zor/kuşkulu davastandart/kolay dava ayrımı yapar. Standart (kolay) ve kuşkulu (zor) davalar ayrımı yaparak cevaplamaya çalışır. Hart, kolay davalarda kuralın sonucu belirlediği ve hakimın takdir yetkisi bulunmadığı iddiasındadır. Zor davalarda ise hakim genel kurallar ile davaları ilişkilendirmelidir; tümdengelim tek başına yeterli değildir.<sup>7</sup>

Benzer bir şekilde Solum da hukukun kısmen belirsiz olduğu iddiasını belirsizlik(indeterminacy) - eksik belirlilik (underdeterminacy) ayrımı yaparak ileri sürer. Solum'a göre; hukukî bir uyumsuzluk hukuk tarafından sınırlanmış ama belirlenmemiş olabilir. Bu durumda eksik belirlilik söz konusudur. Eğer davanın sonucu bir tek kabul edilebilir öge bakımından sınırlıysa hukuk belirli, davanın akıbeti birden fazla mümkün öge varsa eksik belirli, bütün ögeler bakımından mümkün görünüyorsa belirsizdir.<sup>8</sup>

Amerikan hukukî realistlerine göre hukuk hayatında mantığa değil tecrübeye yer verilmelidir. Soyut hukuk kurallarından ve ideolojik önermelerden ziyade sistemi oluşturan empirik faktörler üzerinde durulmalıdır. Hukuk hayatında önemli olan mahkemelerin nasıl karar vereceğini önceden tahmin edebilmektir. Hukukun belirsiz olduğunu iddia eden Amerikan realistleri bu iddiaları iki şekilde öne sürerler: 1- Hu-

4 Demir, a.g.e., s.32.

5 Lawrence B. Solum, "Indeterminacy," *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory Second Edition*, (Ed. Dennis Patterson), Blackwell 2010, s. 479

6 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007*, s. 268. Ayrıca bkz. Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence!An Introduction to Legal Theory*, Oxford University Press, New York 2009, ss. 74-78.

7 H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Pres, Oxford 1983, s.63 vd.

8 Solum, a.g.e., s.480

kukta belirsizliğin nedeni hukuk kuralıdır. 2- Mahkeme kararlarının tahmin edilmesindeki zorluk belirsizliğin asıl nedenidir.<sup>9</sup>

Görüleceği üzere; sözü geçen düşüncülere göre hukukî belirsizlik değişik biçimlerde ortaya çıkar ve giderilmelidir.

Kıta Avrupası düşünce geleneğine göre ise belirsizliği nedeni ile kusurlu olan dil değil dilin doğasına ilişkin kavrayışımızdır. Dil, yani belirsizlik hukukun üzerinde durduğu zemindir.<sup>10</sup> Dolayısıyla; hukuk metinlerinin belirsiz olması dolayısıyla kusurlu olan hukuk değil ona ilişkin kavrayışımızdır.

Varoluşçu hukuk görüşüne göre; sosyal gerçeklikten ayrı bir normlar dünyası olmaz. Hukuk, özgür ve tahmin edilemeyen bir değişim içindedir. Her özel durumda hukuk sorunlarını ve bu sorunların çözümünü, yani kendini yaratır. Hukukun kesinliği keyfi davranışlara karşı bir garanti olarak nitelendirilemez. Politik otorite hukuk normlarını değiştirmeksizin de haksızlık yapabilir. Soyut ve genel hukuk kurallarının istendiği gibi yorumlanması tehlikesi yazılı hukuk veya normlar sisteminin varlığı sayesinde bertaraf edilmiş olmaz. Hukukun birliğini ve düzenini yitireceği korkusu yersizdir. Hayat devamlı bir değişim içinde olduğundan hukukun da bu sürece uymasında korkulacak bir yan yoktur.<sup>11</sup>

Somut olay karşısında hakimin hiçbir bilgi sahibi olmaması değil olay ve taraflara ilişkin bütün ayrıntıları bilmesi gerekir.

Bunlar hukuk içi teknik tartışmalardır. Oysa tartıştığımız konu hukuk doktrinle-

riyle tüketilemeyecek kadar devasa veya hukuku önceleyen bir tartışmadır. Tartışmanın bu noktasında hukukun sınırlarının dışına kaçmak ve düşüncenin ihtiyaç duyduğu taze havayı hermenoytikte aramak durumundayız. Türkiye'deki hukukçular her ne kadar hermeneutikle tâli düzeyde ilgilenseler de hermeneutik hukukçulardan aslî düzeyde ilgi talep eder. Bir anlama ve yorumlama sanatı olarak hermenoytik biz hukukçulara hukuku, kendimizi ve problemlerimizi anlamamın ipuçlarını sunar.

Gadamer'e göre hermeneutik; "hiçbir zaman kesin bir şeyleri dile getirecek yetekte olmadığımızı anlamaktan ibarettir." Antik dönemde ortaya çıkan klasik hermenevtik metnin sözel ve sıradan anlamı dışında bir de esas anlamın varlığını kabul etmiştir. Dolayısıyla; metnin literal anlamın arkasındaki esas anlamın bulunması çabası klasik hermeneutiği ortaya çıkarır. Gadamer klasik hermenoytik geleneğin yöntem vurgusunu reddeder. Ona göre anlama süreci düzenlenmiş, metodik, önyargısız teknikler sorunu değildir. Anlama önyargılara bağlı olarak gerçekleşebilir. İnsan bilimlerinde önyargılardan ve gelenekten yoksun bir çalışma mümkün değildir. Gadamer metin ile özne arasında ikiliği kabul etmez. Mesela, Scheleirmacher'ın metni anlamak için okuyanın yazarın yerine kendisini koyması gerektiği fikrini kabul etmez. Metnin anlam dünyası ile yorumcunun anlam dünyası arasında nesnel bir ayırım çizgisi yoktur. Bu ikisi arasında bir buluşma, kaynaşma ve karşılıklı dönüşüm söz konusudur. Gadamerci hermeneutikte anlama = yorumlamadır.<sup>12</sup>

9 Amerikan Hukuki Realizmi hakkında daha fazla bilgi için bkz. Ertuğrul Uzun, "Amerikan Hukuki Realizmi," *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*, Ed. Ahmet Halûk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, ss.61-73.; Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, ss. 147-159.

10 Gökhan Yavuz Demir, "Edebî Bir Tür Olarak Hukuk," *HFSA 19. Kitap*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, ss. 230-238.

11 Güriz, a.g.e., s. 382 vd.

12 Muharrem Kılıç, "Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenotik Bağlamında Bir Analiz," *HFSA 12. Kitap*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, ss.95-98.

Yine Gadamer'e göre metnin/yasanın doğru yorumlanması/uygulanması, koşullardaki değişimi hesaba katmalı ve dolayısıyla yasanın normatif işlemini yeni baştan tanımlamalıdır. Hukukî hermenoytiğin temel sorunu "hukukta somutlaştırma"dır. Bir yasa metni tarihsel olarak anlaşılacak sureti ile varlık kazanamaz. Zira yasa, yorumlanmak suretiyle hukukî meşruiyeti çerçevesinde somutlaştırılması için vardır. Bir yasa metninin her somut durumda yeni, farklı ve metnin talebine uygun bir biçimde anlaşılması gerekir.<sup>13</sup>

Yorum, hukukî anlamda bir hüküm vermeyi amaçlar ve yorum, salt hukukî metnin kendi dünyasında ne anlama geldiğini değil yorumcunun dünyasında ne anlama geldiğini içerir. Yorumlayan özne hukukun iradesini yorumlarken konu/metin üzerinde egemenlik kurmayı değil metne hizmet etmeyi amaçlamalıdır. Gadamer'e göre yorum; metnin anlam ufku ile yorumcunun anlam ufkunun kaynaşmasıdır. Hukuk ancak bu ufukların kesişmesinde mümkündür.

Hiçbir toplum dolayısıyla hiçbir hukuk sistemi yorumun dışında kalmaz.<sup>14</sup> Bir norm, salt yasa metninde yeterince açık olmadığı için değil özellikle varolan/düşünülen bir olaya uygulanmak zorunda olduğu için yoruma muhtaçtır. Yasa metninde ölü olan norma ancak yorum hayat verebilir.

Hukuktaki her yorumlama etkinliği bir yandan pratik bir çözüme hizmet ederken diğer yandan da hukuk sisteminin temel kabullerinin hem yeniden üretilmesine hem de tekrar tekrar gözden geçirilmesine hizmet eder.

Hayatın gerçekliğinin öngörülemezlik niteliğinde ve somut olması yahut genel bir geçerliliğinin olmamasına benzer bir biçimde hukukî gerçeklik de somuttur ve fiilî durumu ifade eder. Bu yüzden hukukî

gerçeklik her bir somut ve özel durumda/uyuşmazlıkta ve onun çözümünde varlık bulur. Tek bir doğru yorumun varlığını savunan yaklaşım- evrensel yorum kriterinin, politik ve sosyal alanlarda despotizme kapı aralar.

Genellikle kontekst alternatif yorumlardan birini bizim için açık kıldığından metnin belirli olduğu zannını yaratır. Anglosakson düşüncenin aksine hayat, insan belirsiz olduğundan bunu düzenleme iddiasında olan hukukun sabit olması/sabit kılınmaya çalışılması tam da adaletsiz olandır.

Hukuk metninin anlamına giden yolun taşları, hukuk metninin –çoğu kez birbirini dışlayan– yorumlarıyla döşenmiştir.

## KAYNAKÇA

- AKBAŞ, Kasım, Hukukun Büyübozumu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006
- Aristotle, "De Sophistics Elenchis," The Basic Works of Aristotle, trans. E. M. Edg-hill, ed. Richard McKeon, Random House, New York 1941
- DEMİR, Gökhan Yavuz, Sosyal Bir Fenomen Olarak Dilin Belirsizliği, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2007
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007
- HART, H.L.A., Essays in Jurisprudence and Philosophy, Clarendon Pres, Oxford 1983
- KARAKAŞ, Jale, "Hermeneutik ve Hukuk," HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, ss. 102-106
- KILIÇ, Muharrem, "Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz," HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, ss. 90-101

<sup>13</sup> A.g.e., s. 99.

<sup>14</sup> Jale Karakaş, "Hermeneutik ve Hukuk," HFSA 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005, s.103.

- ÖZKÖK, Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, AÜHF Dergisi, C.51, S.52, 2002, ss. 1-18
- SOLUM, Lawrence B., “Indeterminacy,” A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory Second Edition, (Ed. Dennis Patterson), Blackwell 2010, ss. 479 -492
- UZUN, Ertuğrul, “Amerikan Hukuki Realizmi,” Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed. Ahmet Halûk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, ss. 61-73
- WACKS, Raymond, Understanding Jurisprudence/An Introduction to Legal Theory, Oxford University Press, New York 2009

# Hukuk Kliniği Çalışmaları

## Aile İçi Şiddetle Mücadele Bağlamında Türkiye'deki Hukuk Fakülte- lerinde Alternatif Bir Eğitim Metodu Olabilir mi?

Olca KARACAN\*

Aile içi şiddet, aile olarak nitelenen bir grubun güçlü üyelerinin, zorlamak, aşağılamak, cezalandırmak, güç gösterisinde bulunmak, öfke ve gerginlik boşaltmak vb. amaçlar için, zayıf üyelere yönelik her türlü şiddet içerikli davranıştır.<sup>1</sup> Aile içi şiddet toplumsal cinsiyet eşitsizliği sorunu ile bağlantılı bir ayrımcılık biçimi ve insan hakkı ihlalidir.<sup>2</sup>

Aile İçi şiddetle mücadele araçlarından biri de hukuk olduğu için Amerika Birleşik Devletlerinde Hukuk eğitimi alan öğrencilerin bir bölümü aile içi şiddetle mücadele sürecine dâhil olmak için hukuk kliniklerinde eğitim görmektedirler. Biz de bu çalışmada hukuk klinikleri ve bu kliniklerin çalışma metotları hakkında bilgi verip; bizim ülkemizde de aile içi şiddetle mücadele bağlamında hukuk kliniği çalışmalarının alternatif bir eğitim metodu olup olamayacağı hususunda kanaatimizi belirteceğiz.

Türkiye’de çok az örneği bulunan hukuk klinikleri; özellikle ABD’de bir çok hukuk fakültesinde (Northwestern, Har-

vard, Yale, Tennessee vb...)<sup>3</sup> ve bazı barolarda, fakültelerin ve baroların imkânları doğrultusunda hukuk eğitimi alan öğrencilerin teorik bilgilerini hukuk pratiğine uyarlamalarına katkıda bulunarak hem öğrencileri meslek hayatlarına hazırlamaya hem de karşılaştıkları hukuki sorunlar için hukukçulardan hukuki destek almaya maddi olanakları elvermeyen insanlara hukuki destek sağlamak için kurulmuş birimlerdir.<sup>4</sup> Bu klinikler üniversite hocaları, öğrenciler ve avukatların bazı durumlar da diğer kamu görevlilerinin bazen de sivil toplum örgütlerinde çalışanların işbirliğine dayanmaktadır.<sup>5</sup>

Hukuk kliniği çalışmaları ABD’de avukatların müvekkillerini belli bir ücret karşılığında savunma ile yetinmeyip, maddi durumları iyi olmayan insanlara da hukuki destek sağlayarak toplumsal sorumluluk alma fikriyle bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır.<sup>6</sup> Bu klinikler her ne kadar avukatların toplumsal sorumlulukları olduğu fikriyle bağlantılı bir biçimde ortaya çıkmışsa da çoğunlukla hukuk eğitimi veren üniver-

\* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

- 1 Mehmet Ali Uçar, *Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması Yasası*, Yetkin Yay, Ankara, 2003, s. 95-99.
- 2 Gülriiz Uygur, “2006/17 Sayılı başbakanlık Genelgesi Işığında Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Yönelik Devletin Ödevi”, *Birkaç Arpa Boyu- 21. Yüzyıl’ a Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar-Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’ a Armağan, Der. Serpil Sançar, Cilt 2, Koç Üniversitesi Yay, İstanbul, 2011.*
- 3 Willem V. Rowe, “Legal Clinics and Better Trained Lawyers-A Necessity”, *Illinois Law Review, Vol.9, 1917, no.9, s.591.*
- 4 Stephen Witzner, “The Law School Clinics: Legal Education in the Interest of Justice”, *Fordham Law Review, Vol. 70, 2002, s. 1933-1934.*
- 5 John S. Bradway, “The Beginning of the Legal Clinic of the University of Southern California”, *Southern California Law Review, s. 252-254.*
- 6 Tuğrul Arat, *Amerikan Hukuk Öğretiminde Case Method*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası Yay, Ankara, 1968.

sitelerin bünyelerinde veya bu üniversitelerle işbirliği içerisinde olan kuruluşlar tarafından oluşturulmuştur.<sup>7</sup> Barolar genellikle hukuk kliniği çalışması yapan üniversitelerle işbirliği halindedir.<sup>8</sup> Nadiren baroların kendilerine özgü hukuk klinikleri bulunmaktadır. Hukuk kliniği çalışmalarını avukatların toplumsal sorumluluğu ile doğrudan ilgili olmasına rağmen, bu çalışmalarını daha çok üniversiteler bünyesinde veya üniversitelerle işbirliği içerisindeki kuruluşlarda ortaya çıkması, hukuk eğitimi alan öğrencilerin daha nitelikli hukukçular olarak yetiştirilmek istenmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>9</sup>

Hukuk kliniklerinde hem öğrencilere gerçek hayatta yaşanan olayları ve o olaylarla bağlantılı kişileri ve ilişkileri analiz edip, hukuki mevzuatları, hukuk kurumlarını, hukuksal mekanizmaları eleştirel bir biçimde değerlendirmelerine yardımcı olunmaya çalışılmakta;<sup>10</sup> hem de karşılaştıkları sorunlara yönelik hukuksal destek almaya maddi imkânları elvermeyen insanlara ne tür hukuksal destek verilebileceğine yönelik çözümler üretmelerine destek olunmaktadır.<sup>11</sup> Öğrencilerin maddi imkansızlıklar içerisindeki insanların sorunlarının çözümüne katkı sağlayabilecek,

kamu veya sivil toplum kuruluşlarıyla daha öğrenciyken işbirliği içerisinde girmelerini sağlanarak<sup>12</sup> mezun olduklarında da bu kurum veya kuruluşlarla işbirliğini kopartmadan hukukçuluk yapmaları sağlanmaktadır.<sup>13</sup> Hatta öğrencilere üzerinde çalıştıkları konuların çeşitli boyutlarının hukuk etiği ile ilgili bağlantı kurmalarında yardımcı olunmaktadır.<sup>14</sup> Onların toplumdaki eşitsizliklere ilişkin farkındalıklarının artırılmasına yardımcı olunarak; hukuk aracılığı ile eşitsizliklere müdahale imkânları üzerine düşündürerek, eşitsizliklere müdahale etme gereği duyan sorumluluk sahibi hukukçular olmalarına katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.<sup>15</sup> Elbette eşitsizlikler sadece hukuk aracılığıyla ortadan kaldırılamaz. Fakat toplumdaki eşitsizlikler karşı duyarlı hukukçuların yetiştirilmesi eşitsizlikle mücadele etmede ivme kazanılabilir.

Öğrencilere daha avukatlık stajına başlamadan hâkim, savcı, avukat vb. hukukçuların işlerini nasıl yaptıklarını öğrencilerin kendi gözleriyle görmesine olanak sağlayan bu kliniklerde<sup>16</sup> öğrenciler yalnızca hukuk teorisine ait bilgilerini hukuk pratiğine aktarmakla kalmamakta;<sup>17</sup> aynı zamanda klinik çalışması boyunca öğrendiklerinden hareketle hukuk teorisi üzerinde yeniden

7 Rowe, "Legal Clinics and Better Trained..." s.609.

8 Thomes F. Broden, "A Role for Law Schools in Office of Economic Opportunity's Legal Service Program", *Notre Dame Lawyer*, s. 899.

9 George S. Grossman, "Clinical Legal Education: History and Diagnosis", *Journal of Legal Education*, Vol.26, 1974, s. 186.

10 Broden, "A Role for Law Schools in Office..." s.899.

11 Rowe, "Legal Clinics and Better Trained..." s.597. Antonietta Serdillo Lopez, "Learning Through Service in a Clinical Setting: The Effect of Specialization on Social Justice and Skills Training", *Clinical Law Review*, Vol. 7, 2001, no.307, s.325.

12 Jacqueline St. Joan, "Building Bridges, Building Walls: Collobaration Between Lawyers and Social Workers in a Domestic Violence Clinic and Issues of Client Confidentiality", *Clinical Law Review*, Vol.7, no. 403. s.461.

13 Broden, "A Role for Law Schools in Office..." s.899.

14 Roger S. Haydock, "Clinical Legal Education: The History and Development of a Law Clinic", *Clinical Legal Educaton*, Vol.9, 1983, s. 120.

15 Broden, "A Role for Law Schools in Office..." s.899.

16 Haydock, "Clinical Legal Education..." s. 115.

düşünme fırsatını daha hukuk fakültesinden mezun olmadan evvel buldukları için öğrencilerin hukuk teorisine yönelik bilgileri de pekişmektedir.<sup>18</sup> Ayrıca bu çalışmalarda öğrenciler müvekkillerin hayatlarının sadece önlerine getirdikleri davadan ibaret olmadığını, müvekkillerin önlerine getirdikleri davanın müvekkillerini yaşadıkları tek eşitsizlik olmadığını, sistematik hale gelmiş toplumsal eşitsizliklerin müvekkillerin yaşamlarına olan etkisini gözlemleyebilmektedirler. Bu kliniklerde toplumda yaşanan eşitsizliklerin bilinmeyen boyutları açığa çıktığından,<sup>19</sup> eşitsizliklerin o güne kadar farkında olunamayan boyutlarını telafi edici hukuksal ve hukuk dışı önlemlere ilişkin çözüm üretilebilmek mümkün olmaktadır.<sup>20</sup> Ayrıca hukuk kliniklerinde eşitsizlikleri ortadan kaldırmada hukukun ne ölçüde etkili olduğu kadar ne ölçüde etkisiz olduğu da öğrenciler tarafından değerlendirilebilmektedir.<sup>21</sup>

Hukuk kliniklerinin özellikle de tek bir olguya yönelik çalışma yapan hukuk kliniklerinin, çalışma alanlarına özgü farklılıklara bağlı farklı hedefleri ve bu hedeflerin gerçekleştirilebilmek için farklı kurumsallaşmaları bulunmaktadır. Fakat öğrencilere sosyal adalet bilincini aşılacak ve mesleki beceri kazandırmak bu kliniklerin ortak amaçlarındandır.<sup>22</sup> Hukuk klinikle-

rinin çalışma biçimleri, bu kliniklerin bağlı olduğu birimlere, bu çalışmaya ayrılan zamana, kliniklerin maddi imkânlarına,<sup>23</sup> bu çalışmaya katılımın gönüllü ya da zorunlu olmalarına, öğrencilerin ilgi alanlarına göre,<sup>24</sup> kliniklerde eğitim verecek kişilerin niteliklerine ve sayılarına,<sup>25</sup> bu kliniklerin her hangi bir olgu üzerinde uzmanlaşıp, uzmanlaşmadığına göre değişmektedir.<sup>26</sup> Fakat bu klinikler arasında sıraladığımız değişkenlerden kaynaklanan farklı çalışma biçimlerine rağmen yine de çalışma metodlarında kısmi benzerlikler rastlanabilmektedir. Bu kliniklerde deneyimli hocalar, asistanlar veya öğrencilerden nadiren de barolara bağlı kliniklerde çalışan avukatlardan hukuk kliniği çalışması yapacak öğrencilere danışmanlar belirlenerek,<sup>27</sup> bu danışmanlarca öncelikle klinik çalışmaya ayrılan süreyle örtüşecek biçimde klinik çalışması ile ilgili olarak seçilen olgunun hukuki boyutu ile ilgili olarak teorik bilgi ağırlıklı seminerler verilmektedir.<sup>28</sup> Ardından klinik öğrencileri ve danışmanları, klinik çalışması yapılacak olgu ile bağlantılı olarak hukuki yardıma ihtiyacı olanlarla nasıl görüşüleceğine dair plan hazırlayıp,<sup>29</sup> klinik öğrencilerine danışmanlarının doğrudan gözetiminde veya danışmanlarıyla zaman zaman irtibata geçerek hukuki yardıma ihtiyacı olanlarla görüşme yaptırılmaktadır.<sup>30</sup> Öğrencilerin görüşme yaptık-

17 Haydock, "Clinical Legal Education...", s.119.

18 Grossman, "Clinical Legal ...", s.171.

19 Broden, "A Role for Law Schools in Office...", s.899-902..

20 Lopez, "Learning Through Service...", s.325.

21 Witzner, "The Law School Clinics...", s.1934.

22 Lopez, "Learning Through Service...", s. 307.

23 Grossman, "Clinical Legal...", s. 182.

24 Stefan H. Krieger, "The Effect of Clinical Education on Law Student Reasoning: An Empirical Study", *William Mitchell Law Review*, Vol.35, 2008. No.1, s.397-398.

25 Broden, "A Role for Law Schools in Office...", s.904-905.

26 Lopez, "Learning Through Service...", s.308-309.

27 John Broadway, "What May Find Out About Law Students from Giving Them Clinical Training That We Do Not Find Out When We Give Them Casebook Training", *The American Law School Review*, s. 404-410.

28 Martin J. Anderson, Guy O. Komblum, "Clinical Legal Education: A Growing Reform", *Amerikan bar Association Jurnal*, Vol.57, 1971, s.592.

29 Lopez, "Learning Through Service...", s.312

ları kişilerin başından geçen olayları hem birbirleri ile hem de danışmanlarıyla zaman zaman bir araya gelerek görüşüp, değişik açılardan değerlendirmesine, en önemlisi bu olayların hukukla olan ilişkilerini kurmalarına yardımcı olunmaktadır.<sup>31</sup>Klinik çalışmalarda olanaklar elverdiği ölçüde klinik öğrencileri çalıştıkları olayın hukukla olan bağlantıları gösteren planlar hazırlamaya çalışmakta;<sup>32</sup> bir sonraki aşamada daha önce hazırlamış oldukları planlardan yola çıkarak eğer yaptıkları görüşmede seçilen olaylar mahkeme önüne gidecek nitelikteyse, bu olaylarla ilgili olarak gölge dava dilekçeleri hazırlamaları istenilmektedir. Öğrenciler klinikleriyle işbirliği halinde olan avukatlarla da zaman zaman bir araya gelip, hatta klinik çalışması esnasında seçtikleri davaların mahkemede devam eden celseleri boyunca, duruşmaları bizzat izlemektedirler.<sup>33</sup> Hatta bazen öğrencilerinin seçtikleri olaylar mahkemenin önüne gitmişse, bu olaylarla ilgili öğrenciler tarafından gölge mahkeme kararı yazmaları dahi istenebilmektedir.<sup>34</sup> Eğer öğrencilerin karşılaştıkları olay mahkeme önüne gidecek bir olay değilse, olayın niteliğine göre yardıma muhtaç insanları sorunlarına çözüm bulabilecek kurum, kuruluş veya kişilere yönlendirmesine yardımcı olmaya çalışmaktadırlar.<sup>35</sup>

Aile içi şiddetle ilgili hukuk kliniği çalışması yaparken gözden kaçırılmaması gerek bazı hususlar bulunmaktadır. Öncelikle aile içi şiddete maruz kalanların bunu niçin herkesle paylaşamayacağı, hukuksal destek aramakta niçin çekingen davranabileceği ve bu kişilerle görüşme

yapmanın herhangi bir müvekkille yapılan görüşmeden hangi yönlerden farklı olabileceği gibi konulara da klinik çalışması boyunca değinilmesi gerekmektedir.<sup>36</sup> Aile içi şiddet mağdurlarına yönelik görüşme planı hazırlanırken, aile içi şiddete maruz kalan kadınların, özellikle cinsel şiddet gören kadınların, boşanmak istemedikleri durumlarda, mağdurların görüşmeye fazla istekli olamayabilecekleri göz önüne alınarak mağdurlarla görüşme planı hazırlanmalıdır. Görüşme planı hazırlanırken hatta aile içi şiddet mağdurları ile görüşme yaparken de gerekirse sosyal hizmet uzmanlarından yardım alınması gerekebileceği de hesaba katılmalıdır. Klinik çalışması yapan öğrenciler görüşme yaptıkları kişilerin başından geçen olayları hem birbirleri ile hem de danışmanlarıyla zaman zaman bir araya gelerek görüşüp, değişik açılardan değerlendirip, bu olayların hukukla ilişkilerini kurmaya çalışabilirler. Fakat şiddete maruz kalmış insanlar özellikle şiddetine maruz kaldıkları kişi ile çoğu zaman aynı evi paylaşmak zorunda olmaları nedeniyle, başlarından geçen olayların herkes tarafından bilinmesini istemeyebilirler. Anlattıklarının gizli kalmasını isteyebilecekleri göz önüne alınmalıdır. Bu kişileri ifşa etmeyecek biçimde yaşadıkları olayları değerlendirip, bu olayların hukukla bağlantısı kurulmalıdır.<sup>37</sup>

ABD’de hukuk klinikleri hukukun spesifik alanlarına yönelik olarak kurulmuştur. Fakat 1950’lerden sonra bu klinikler vergi hukuku, idare hukuku, iş hukuku vb. hukukun spesifik alanlarına göre kurum-sallaşmışlar veya göçmenler, aile içi şiddet

30 Haydock, “Clinical Legal Education...”, s.115.

31 Broden, “A Role for Law Schools in Office...”, s.900-901.

32 Krieger, “The Effect of Clinical Education ...”, s.360.

33 Broadway, “Building Bridges...” s.414-416.

34 Kevin R Johnson, Amogdo Perez, “Clinical Legal Education and the U.C. Davis Immigration Law Clinic: Putting Theory in to Practice”, *Practice in Theory*, *SMU Law Review*, Vol.51, s.1437-1440.

35 Joan “Building Bridges...” s.414-416.

36 Joan, “Building Bridges...”, 461.



mağdurları gibi zor şartlarda yaşayan insanların sıkıntılarına çözüm aramaya yoğunlaşmışlardır.<sup>38</sup> Fakat hukuk kliniği çalışmasında deneyim kazanmış bazı kişiler, hukuk kliniklerinin hukukun bazı alanlarına yönelik olarak spesifikleştirilmesinin öğrencilerin mesleki beceri kazanmaları ve toplumsal eşitsizlikleri fark etmeleri için yeterince elverişli olamayabileceğini öne sürmektedirler. Onlara göre hukuk kliniklerini spesifikleştirilmesi öğrencilerin beklenmedik problemlerle karşılaşma olanağını azaltmaktadır. Onlara göre öğrenciler öngörülemeyen sorunla çok fazla karşılaşmadıkları için, mezun olduktan sonraki meslek hayatlarında karşılarına gelecek olan müvekkillerin beklenmedik sorunlarına yaratıcı düşünerek anında çözüm üretme yeteneklerini geliştiremeyeceklerdir.<sup>39</sup> Ayrıca öğrenciler tek bir konudaki eşitsizliğe odaklanacakları için toplumsal düzendeki tüm eşitsizlikleri ve eşitsizliklerin iç içeliğini göremeyebileceklerdir.<sup>40</sup> Hatta ABD'deki geleneksel hukuk eğitimi de tümevarım metoduna dayalı olan parçadan içtihat analizi metodunun kendisi bile kalabalık sınıflarda iyi uygulanamaması, ilginçliğini çabuk yitirmesi, uzun zaman ve çok emek harcanmasına neden olması, başlangıç için çok zor olması, kamu hukukuna giren konularda yetersiz kalması, uygulamanın bütün gereklerinin öğretilmemesi, hukukun kaynaklarından sadece birisi olan mahkeme kararlarıyla sınırlı olması, en önemlisi de, hukukun belli parçaları üzerinde yoğunlaşan öğrencilerin hukuku sistematik bir bütün olarak algılamaması bakımlarından eleştirilmektedir.<sup>41</sup>

ABD'deki hukuk eğitiminin başlıca metodu olan içtihat analizi metodu ve bu metodun destekleyici bir eğitim metodu olan hukuk kliniği metoduna yönelik eleştiriler dikkate değerdir. Fakat bizim ülkemizde hukuk eğitimi, hukuku sistematik biçimde, ilkeleriyle, kurallarıyla, kavramlarıyla öğrencilere kavratmayı amaçlayan takrir (anlatım) metoduna dayanmaktadır.<sup>42</sup> Bu metod öğrencilerin doktrinleri, hukuk kurumlarının kapsam ve sınırlarını hatta birbirleri ile ilişkilerini kavramasını sağlamaktadır.<sup>43</sup>

Türkiye'de hukuk eğitiminde takrir metodunun kullanılıyor olması, hukuk kliniği çalışmaları yapılmasının önemini göstermektedir. Zira böylece hukuk eğitiminin uygulamadan uzak olan yönü azaltılabilecektir. Ayrıca aile içi şiddetin de çok yoğun olarak yaşandığı ülkemizde aile içi şiddetle mücadelede bu tür şiddet hakkında farkındalığı yüksek hukukçulara olan ihtiyaç göz önüne alındığında, hukuk fakültelerinde hukuk kliniği çalışmaları yapılmasının uygun olduğu belirtilebilir.

37 Joan, "Building Bridges...", 403.

38 Anderson-Komblum, "Clinical Legal Education...", s.593.

39 Lopez, "Learning Through Service...", s.307.

40 Lopez, "Learning Through Service...", s.311-317.

41 Arat, Amerikan Hukuk..., s.38-49..

42 Arat, Amerikan Hukuk..., s.2.

43 Arat, Amerikan Hukuk..., s.38

### KAYNAKÇA

- Mehmet Ali Uçar, Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması Yasası, Yetkin Yay, Ankara, 2003.
- Gülriz Uygur, “2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi Işığında Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Yönelik Devletin Ödevi”, Birkaç Arpa Boyu- 21. Yüzyıl’a Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar-Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan, Der. Serpil Sancar, Cilt 2, Koç Üniversitesi Yay, İstanbul, 2011.
- Williem V. Rowe, “Legal Clinics and Better Trained Lawyers-A Necessity”, Illinois Law Review, Vol.9, 1917, no.9, s.591.
- Stephen Witzner, “The Law School Clinics: Legal Education in the Interest of Justice”, Fordham Law Review, Vol. 70, 2002.
- John S. Bradway, “The Beginning of the Legal Clinic of the University of Southern California”, Southern California Law Review.
- Tuğrul Arat, Amerikan Hukuk Öğretiminde Case Method, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası Yay, Ankara, 1968.
- Thomes F Broden, “A Role for Law Schools in Office of Economic Opportunity’s Legal Service Program”, Notre Dame Lawyer.
- George S. Grossman, “Clinical Legal Education: History and Diagnosis”, Journal of Legal Education, Vol.26, 1974.
- Antonietta Serdillo Lopez, “Learning Through Service in a Clinical Setting: The Effect of Specialization on Social Justice and Skills Training”, Clinical Law Review, Vol. 7, 2001, no.307.
- Jacquelina St Joan, “**Building Bridges, Building Walls: Collobaration Between Lawyers and Social Workers in a Domestic Violence Clinic and Issues of Client Confidentiality**”, Clinical Law Review, Vol.7, .no.403.
- Roger S. Haydock, “Clinical Legal Education: The History and Development of a Law Clinic”, Clinical Legal Educaton, Vol.9, 1983.

# 1862 Rum Patrikliği Nizamatı Çerçevesinde Fener Rum - Ortodoks Patrikhanesi

Cihan Osmanağaoğlu KARAHASANOĞLU\*

## I. Giriş

Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi, Osmanlı Devleti'nin modernleşme sürecinde olduğu gibi günümüzde de Türkiye Cumhuriyeti ulus devleti içindeki statüsü bağlamında tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Patrikhane'nin Türkiye Cumhuriyeti nezdinde hukuken *ekümen* (evrensel) sıfatını taşıyıp taşıyamayacağı ve Heybeli Ada Ruhban Okulu'nun yeniden açılmasına ilişkin tartışmalar, Patrikhane'nin hukuki statüsünün de tespiti gerekliliğini beraberinde getirmektedir ki Patrikhane ve varlığı ona bağlı kurumların, Türkiye Cumhuriyeti Devleti yasal mevzuatı içindeki statüsü, bu tartışmaların hukuki yönünü çizecektir.

Bu bağlamda öncelikle, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin hangi yasal statüye tâbi olduğunun tespit edilmesi, bu kurumun statüsünü düzenleyen yasaların belirlenmesi gerekir. Konuyu tartışanlar, genelde 1923 tarihli valilik yazısına<sup>1</sup> atıf yapmaktadırlar; söz konusu yazı, boşalan Rum-Ortodoks patrikliği makamına seçilecek patrik adaylarının Türk vatandaşı ve seçim sırasında Türkiye dahilinde görevli olmaları gerekliliğini bildiren kısa bir yazı, neticede o gün için hükümetin, patriğin nasıl seçileceğini, Patrikhane yetkililerine hatırlatan yazısıdır. Bu yazının patrik seçimine ilişkin genel ifadesi, Osmanlı Devleti'nin konu hakkındaki yasal düzenlemesini yansıtmaktadır. Söz konusu yasal

düzenleme, 1862 tarihli Rum Patrikliği Nizamnameler bütününe içindedir.

1862 tarihli *Rum Patrikliği Nizamnameti*, birden çok kanun hükmündeki nizamnameneden oluşmaktadır ve güncel olarak da yürürlükte olup olmadığı tartışılan, nizamnameler bütünüdür. Zira Rum Patrikliği *Nizamati'ndan* sonra bu kuruma ilişkin Cumhuriyet sonrasında da bu kadar ayrıntılı bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Öyleyse Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin güncel hukuki statüsünün belirlenmesi için, Osmanlı Devleti döneminden kalmış bulunan bu nizamnamelerin günümüzde de yürürlükte olup olmadığı aydınlatılması gerekir ki hukuk disiplini bağlamında, bir hukuk normunun yürürlükte olduğu kabul edilince, varılacak sonuç, yürürlükte olan normun uygulanmasıdır. Örneğin Heybeli Ada Ruhban Okulu'nun, öğretime devam etmesi konusunda, Rum Patrikliği *Nizamati'na* dahil olan Rum Patrikliği ile Cemaat-ı *Metropolidanın* Yekdiğerine Olan Münasebetini Havi Nizamname'nin 14, 15, 16. madde hükümlerine atıf yapılmıştır<sup>2</sup>. Bu durumda, Patrikhane ve bağlı kurumlarının güncel hukuki statüsünün tespiti için Osmanlı Devleti dönemine ait yasal mevzuata dahil 1862 Rum Patrikliği *Nizamati'nin* içinde bulunan nizamnamelerden hangilerinin, nizamnamelerin hangi maddelerinin, hatta

\* Doç.Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Elçin Macar, *Cumhuriyet Döneminde İstanbul Rum Patrikhanesi*, 1. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2003, s.123-124.

2 Sibel Özel, *Fener-Rum Patrikhanesi ve Ruhban Okulu*, 1. bs., İstanbul, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2008, s. 131.

nizamname maddelerinin hangi cümlelerin yürürlükte olup olmayacağına belirlenmesi gerekir. Güncel olarak yapılan bu tespit, aslında bir Türk Hukuk Tarihi araştırmasından ortaya çıkmaktadır. Çünkü söz konusu nizamnameler bütünü, aynı zamanda Osmanlı Devleti'nin modernleşme sürecinde, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin statüsünü de ortaya koymaktadır. Ancak bu statünün tespiti, tarih kitaplarının tozlu sayfaları ya da arşiv belgeleri arasında kalmış, bir takım merak konularını gündeme getirmekle sınırlı bir çalışma değildir. Şöyle ki Bizans İmparatorluğu ile birlikte varlık bulan bu kurum, Bizans İmparatorluğu ile beraber ortadan kalkmadığı gibi, Osmanlı İmparatorluğu ile beraber de tarih sahnesinden silinmemiştir. Değişmeyen olgu, Patrikhane'nin bünyesinde varlığını devam ettirdiği iki imparatorluğun son dönemlerinde ve günümüz Türkiye'sinde de tartışmaların odağında bulunmasıdır. Bu itibarla Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin hukuki statüsünün tespiti için, 1862 Rum Patrikliği *Nizamı'nın* incelenmesi gerekir.

## II. 1862 Rum Patrikliği Nizamı ve Yürürlüğe Girişi

Fener Rum-Ortodoks Patrikhane-si'ne ilişkin *1862 Rum Patrikliği Nizamı'na*<sup>3</sup> dahil olan nizamnameler, yürürlüğe giriş tarihlerine göre şu şekilde sıralanabilir:

1- Rum Patrikhanesi Umurunun Islahı Zımında Patrikhane-i Mezkurede Müctemi Olan Komisyonun Patrik İntihab ve Nasbına Dair Tertib Eylediği Nizamname-i Umumi.

2- Piskoposluğa Müstehak Olacak Rahiblerin Sıfat-ı Lazimeleriyle Usul-i İntihabiyelerini Mütezammın Nizamname.

3- Cemaat-i Metropolitanın Heyetiyle Suret-i Teşkilini Mutazammın Nizamname.

4- İstanbul Patrikiyle Cemaat-i Metropolitanın Yekdiğerine Olan Münasebatını Havi Nizamname.

5- Meclis-i Muhtelit-i Daiminin Suret-i Teşkilî Nizamnamesi.

6- Meclis-i Muhtelit-i Daimi Azasının Vezaifine İlişkin Nizamname.

7- Yüz Otuz Bin Kuruş Dersaadet Ahali-i İseviyyesi Tarafından, Üç Yüz Yetmiş Bin Kuruş Dahi Ber-vech-i Ati Her Birine İsabet Ettiği Miktara Göre Maaş-ı Mukannenleriyle Beraber Piskoposlar Tarafından Tahsil ve Millet Sandığına Teslim Olunmak ve Kendisine Ceste Ceste Verilmek Üzere Meclis-i Muhtelit-i Milletde İttifak-ı Ara ile İstanbul Patriği İçin Tahsis Kılınmış Olan Senevi Beş Yüz Bin Kuruş Maaş ile İstanbul Patrikliği'ne Merbut ve Tâbi Bil-cümle Piskoposların Senevi Maaşlarını *Mübeyyen* Nizamname.

8- Manastırlar Hakkında Bazı Mevad-ı Umumiyyeyi Havi Nizamname.

Söz konusu nizamnameler, hazırlanırken padişahın iradesine sunulup, onun onayı alındıktan sonra yürürlüğe girmiştir. Literatürde nizamnamelerin yürürlüğe giriş tarihi olarak farklı tarihler verilmektedir. Bozkurt ve ondan alıntı yapanlar 1862, Eryılmaz'dan alıntı yapanlar 1861 tarihini nizamnamelerin yürürlüğe giriş tarihi olarak vermektedirler<sup>4</sup>. Söz konusu *Nizamı* için farklı tarihler verilmesi, nizamnamelerin hepsinin aynı anda yürürlüğe girmemesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca en son kabul edilerek yürürlüğe giren nizamname, Manastırlar Hakkında Bazı *Mevad-ı Umumiyyeyi Havi Nizamname*'dir ve Hicri 28 Şaban 1278 de (miladi 28 Şubat 1862) yürürlüğe girmiştir. Bir önceki nizamname ise Selh-i Muharrem 1278 (miladi 07 Ağustos 1861) de yani manastırlara ilişkin nizamnameden, 6 ay önce yürürlüğe gir-

3 *Düstur, I. Tertip, C. II, s. 902-937; BOA.Y.PRK.A., Dosya No: 6, Gömlek No: 2, (7 Muharrem 1308).*

miştir. Arşiv belgelerinin bazılarında da manastırlara ilişkin nizamname yürürlüğe girmeden evvel, önceki yedi nizamname bulunmaktadır; bu itibarla, son nizamname dikkatten kaçırılarak, Rum Patrikliği Nizamatı'nın yürürlük tarihi 1861 olarak verilmiştir. Bu itibarla tekrarlamak gerekirse, Rum Patrikliği Nizamatı'nın bünyesindeki nizamnameler, 1860-1862 yılları arasında [21 Zilhicce 1276 (1860), Gurre-i Şaban 1277 (1861), 14 Şaban 1277 (1861), Selh-i Muharrem 1278 (1861), 28 Şaban 1278 (1862) tarihlerinde] kısım kısım padişah iradesine sunulmuş ve yürürlüğe girmiştir<sup>5</sup>. Bu çalışmada, son nizamnamenin yürürlüğe giriş tarihi, Rum Patrikliği Nizamatı'nın tarihi olarak ifade edilmektedir.

1862 Rum Patrikliği Nizamatı'nın yürürlüğe girmesinin öncesine bakıldığında, Âli Paşa'nın Rum-Ortodoks Patriğine gönderdiği buyruğunda, Nisan 1857 tarihli olduğu görülür. Bu buyruğunda, Osmanlı hükümetinin, Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin cemaati üzerinde kurduğu baskı nedeniyle ortaya çıkan huzursuzlukların giderilmesini amaçladığı belirtilmektedir. Ancak dönemin Rum-Ortodoks patriğinin ve Patrikhane bünyesindeki ruhani meclisin, reformların, ruhanilerin nüfuzlarını azaltacağını düşündükleri için işbirliğini reddetmeleri üzerine, Âli Paşa, çağrı üzerine İstanbul'a gelmiş olan pisko-

posları görev bölgelerine geri yollamıştır<sup>6</sup>. Babiali'nin ısrarlı tutumu karşısında, Patrikhane 1858'de işbirliğine razı olmuş ve bir komisyon kurulmuştur<sup>7</sup>. *Milli Meclis adını taşıyan bu komisyon, Ortodoksların tüm dini liderleri, yedi piskopos ve on ruhban temsilcisinden oluşuyordu. Meclis, yaptığı çalışmalar sonunda hazırladığı nizamname taslaklarını, Babiali'ye yollamış, taslaklar onaylanıp, tasdik edildikten sonra "Rum Patrikliği Nizamatı" (Rum Patrikliği Nizamnameleri) adı altında yürürlüğe girmiştir<sup>8</sup>. Böylece, bu nizamnameler bütünü ile Rum-Ortodoks tebaanın yönetimine ilişkin genel kurallar tespit edilmiştir. Bu kurallar, hem cemaatin iç yönetimini, hem de Rum-Ortodoks cemaat yönetiminin devlet mekanizması içindeki yerini belirliyordu. Cemaat yönetiminin hukuki ve dini yetkilerinin sınırlarını ise, patriklere verilen tayin beratları çiziyordu. Fakat Rum Patrikliği Nizamatı sonrasında da Osmanlı hükümeti ile Rum-Ortodoks Patrikhanesi arasında, beratla tanınan yetkiler konusundaki sürtüşmeler devam etmiştir.*

Söz konusu nizamnamelerin içeriklerine kısaca değinmek gerekirse, öncelikle kabul edilen nizamnamenin, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin başında bulunan ve Patrikhane'yi temsil eden patriğin, hangi prosedür dahilinde seçilip, atanacağını belirleyen nizamname olduğu ifade edilmelidir<sup>9</sup>. Nizamnamenin ilk fas-

4 *Gülnehâl Bozkurt, Alman - İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839 - 1914)*, 2. bs., Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996, s.171; Bilâl Eryılmaz, *Osmanlı Devleti'nde Millet Sistemi*, İstanbul, Ağaç Yayıncılık, 1992, s.82; Özel, a.g.e., s.64; Ahmet Hikmet Eroğlu, *Ökümenizm ve Fener Patrikhanesi*, 1. bs., Ankara, Aziz Andaç Yayınları, 2005, s.170.

5 BOA.Y.PRK.A., Dosya No: 6, Gömlek No: 2, (7 Muharrem 1308).

6 Bozkurt, a.g.e., s. 171; Stanford J. Shaw, Ezel Kural Shaw, *Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*, C. II, İstanbul, E Yayınları, 1983, s. 164.

7 Söz konusu komisyona seçilecek kişilerin isimlerini bildirir, Ekim 1858 tarihli defterin BOA kayıt numaraları için bkz: Emruhan Yalçın, *Atatürk Türkiye'sinde Ekümenik Ortodoks Patrikhanesi ve Bizans Projesi*, Ankara, Siyasal Yayınevi, 2008, s. 22, dn: 117.

8 Bozkurt, a.g.e., s. 171; Özel, a.g.e., s. 64; Ali Güler, *XX. Yüzyıl Başlarının Askerî ve Stratejik Dengeleri İçinde Türkiye'deki Gayri Müslimler (Sosyo- Ekonomik Durum Analizi)*, Ankara, Genelkurmay Başkanlığı, 1996, s. 18; Yalçın, a.g.e., s. 23; Yorgo Benlisoy, Elçin Macar, *Fener Patrikhanesi*, 1. bs., Ankara, Ayrac Yayinevi, 1996, s. 43; Macar, a.g.e., s. 54.

lı, Fener Rum-Ortodoks patriğinin hangi usulle seçileceğini öngörürken, ikinci fasıl, patrik olarak seçilecek kişide aranan nitelikleri belirlemektedir; son fasıl ise patriği seçecek olan umumî meclise ayrılmıştır. Nizamnameye göre, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'ne patrik olarak atanacak kişi, hiç olmazsa pederinden (babasından) beri, *aslen Osmanlı tebaası –vatandaşı- olmak zorundadır*. Söz konusu hükmü güncel bağlamda ifade etmek gerekirse, sonradan kazanılmış Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığının, kişiye, Fener Rum-Ortodoks Patriği olma hakkını tanımayacağı belirtilmelidir. Aynı şekilde, Nizamname, patrik seçim hakkını da sadece Osmanlı tebaasına (Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına) tanımaktadır.

Bir sonraki, *Piskoposluğa Müstehak Olacak Rahiblerin Sfat-ı Lazimeleriyle Usul-i İntihabiyelerini Müttezamın Nizamname*<sup>10</sup> ise on dört maddeden oluştuğu gibi, başlığından anlaşıldığı üzere, piskopos olarak atanacak rahiplerin sahip olmaları gereken nitelikleri ve piskoposla-

rın seçilme prosedürünü öngörmüştür. Bu nizamname uyarınca piskopos seçilecek ve atanacak kişinin özelliklerinden biri de aslen Osmanlı tebaasından olması, devlet ve millet nezdinde “lekedâr” olmamasıdır. Patrik gibi piskoposların da hayat boyu görev yapacakları esasî öngörülmüştür. Ancak Devlet-i Aliyye'ye ihanetleri, ahaliye zulüm etmeleri ya da azillerini gerektiren hal ve hareketlerinin söz konusu olması halinde makamlarından azledileceklerdir.

*Cemaat-i Metropolitânın Heyetiyle Suret-i Teşkilini Mutazammın Nizamname*<sup>11</sup> ise metropolitler meclisinin yani kutusal meclisin (sinod) ne şekilde oluşacağını gösteren nizamnamedir. İstanbul patriğinin yönetiminde bulunan cemaat-i metropolitân, İstanbul patriğine bağlı, on iki kişiden oluşacaktı ve İstanbul Rum patriğine ait ve tâbi olan Hıristiyan tebaanın hükümet-i ruhaniyyesi sayılırdı. Yine nizamnamede cemaat-i metropolitânın, kilisenin kanunları uyarınca, milletin *bil-cümle umur ve dini işlerine dikkat etmesi gerektiği* öngörülmektedir<sup>12</sup>.

9 *Cihan Osmanağaoğlu, 1862 Rum Patrikliği Nizamı Çerçevesinde Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 307-311.*

10 *A.e., s. 311-317.*

11 *A.e., s. 317-320.*

12 *Nizamname devam eden maddelerinde, patrikle, metropolitler meclisinin, karar alma sürecindeki ilişkisini düzenlemektedir. Şöyle ki patriğin haberi olmaksızın ve kendisi mecliste bulunmaksızın, cemaat-i metropolitân tarafından verilen her karara uyulmayıp, mülga tutulacağı gibi, cemaat-i metropolitânın bilgisi dışında, patrik tarafından verilen hüküm de geçerli olmayacak, cemaat-i metropolitân tarafından oy çokluğu ile verilen hüküm ve karar, patriğin de kabulüyle icra edilebilir hale gelecekti. Görüldüğü üzere cemaat-i metropolitânın katılmayarak, patriğin tek başına aldığı kararlar hükümsüz olduğu gibi, cemaat-i metropolitânın da patrik hazır bulunmadığı halde toplanması gerekli idi. Yine nizamnamenin son maddesi (on ikinci maddesi) uyarınca, patrik vazifelerine aykırı hareketlerde bulunmuşsa ve bu hareketleri dolayısıyla kendisine birinci ve ikinci defa olarak cemaat-i metropolitân tarafından ihtar yapılmış, fakat patrik söz konusu ihtarlara itibar etmemişse, cemaat-i metropolitân, karma meclisin daimi azasıyla beraber patriğe yapılan ihtarı yeniledikten sonra, patrik aynı hareketlerinde ısrara devam ederse, cemaat-i metropolitân ile meclis-i muhtelit azası, patriğin azline ilişik taleplerini, Babialî'ye birlikte arz ve ifade edeceklerdi. Fakat patriğin azledilebilmesi için gerek metropolitler meclisi ve gerek karma meclisin daimi üyelerinin oylarının üçte ikisinin (ikişer sülüslerinin) ittifakı gerekiyordu. Ruhani meclisin statüsünü ve görevlerini belirten hükümde ruhani meclisin üyesi olacak metropolitlerin vatandaşlığından bahsedilmemiştir. Diğer nizamnamelerin hükümleri ise, patrik ve piskoposların, Osmanlı tebaası olmaları zorunluluğunu öngörmüştür ki dini hiyerarşide patrik ve piskopos arasında bulunan metropolitin de (ilgili nizamname maddelerinde açıkça öngörülmemiş olsa da) Osmanlı tebaası olması gerekli görülmüştür. Zira ruhani meclisin başı olan patrik ve (diğer yüksek ruhban) piskoposlar, Osmanlı tebaası iken, metropolitler için böyle bir zorunluluğun olmadığının düşünülmesi, hukuk mantığına uygun değildir.*

*İstanbul Patrikiyle Cemaat-i Metropolitanın Yekdiğerine Olan Münasebatını Havi Nizamname*<sup>13</sup> de metropolitler meclisi ile patriğin beraber çalışma sürecini öngören nizamnamedir. Bir giriş bölümünden sonra yirmi bir maddeden oluşmaktadır. Giriş bölümünde İstanbul patriğinin, söz konusu Patrikliğe tâbi rahiplerin tümünün ruhani reisi olması sebebiyle, kendisine tâbi bulunan ruhbana davranış tarzı ve cemaat-i metropolitanı yönetmesine dair esaslardan bahsedilmektedir. Patrik, ruhban sınıfından hak edenleri “takviye ve teşvik” edeceği gibi, kötü (aykırı) hal ve hareket içinde bulunanları da “men ve def” edecek, ayrıca kendisi de, reisi olduğu Rum-Ortodoks din adamlarına hal ve hareketleriyle örnek olacaktır.

*Meclis-i Muhtelit-i Daiminin Suret-i Teşkili Nizamnamesi*<sup>14</sup>, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi’nde oluşturulacak olan ve üyeleri arasında ruhban olmayan cemaat mensuplarının da bulunduğu daimi karma meclise ilişkindir.

*Meclis-i Muhtelit-i Daimi Azasının Vezaifine İlişkin Nizamname*<sup>15</sup>, daimi karma meclis üyelerinin görevlerini gösteren nizamnamedir<sup>16</sup>.

*Yüz Otuz Bin Kuruş Dersaadet Ahali-i İseviyyesi Tarafından Üç Yüz Yetmiş Bin Kuruş Dahi Ber-vech-i Ati Her Birine İsa-bet Ettiği Miktarı Göre Maaş-ı Mukan-nenleriyle Beraber Piskoposlar Tarafından Tahsil ve Millet Sandığına Teslim Olunmak ve Kendisine Ceste Ceste Verilmek Üzere Meclis-i Muhtelit-i Millette İttifak-ı Ara ile İstanbul Patriği İçin Tahsis Kılınmış Olan Senevi Beş Yüz Bin Kuruş Maaş ile İstanbul Patrikliği’ne Merbut ve Tâbi Biccümle Piskoposların Senevi Maaşlarını Mübeyyen Nizamname*<sup>17</sup>, İstanbul’daki Fener Rum-Ortodoks patriği ve Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi’ne tâbi tüm piskoposların senelik maaşlarını düzenleyen nizamnamedir<sup>18</sup>.

*Manastırlar Hakkında Bazı Mevad-ı Umumiyyeyi Havi Nizamname*<sup>19</sup> ise manastırlara ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

13 *Osmanağaoğlu, a.g.e., s. 321-327.*

14 *A.e., s. 327-330.*

15 *A.e., s. 330-333.*

16 Söz konusu nizamname, Karma meclisin, cemaat (millet) okul ve hastanelerinin ve diğer hayır işlerine yönelik binalarının iyi idaresi ve söz konusu binalar ile başkentteki kiliselerin gelir ve giderlerine dikkat ve nezaret etme görevini bildirdiği gibi, aynı meclisin, İstanbul Patrikliği’ne bağlı manastırların gelirlerine, vasiyetname ve vakfiyelere, drahoma akçesi ile cihaza ilişkin çekişmeleri inceleyerek neticelendireceğini öngörmüştür. Yine Babıalî’den Patrikhane’ye havale edilen işlerden ruhani olmayanlara da bu meclisin bakacağı, fakat söz konusu havale edilen işin görülmesinde, vakıf, arazi kanunlarının kapsamlarına giren ya da diğer mülkiyete ilişkin durumların ortaya çıkması halinde, bu tür uyumsuzluğun karma mecliste değil, devletçe belirlenmiş bulunan mahkemeler ve meclislerde görüleceği hüküm altına alınmıştır.

17 *Osmanağaoğlu, a.g.e., s. 333-340.*

18 Nizamnamede, Rum-Ortodoks patriğinin yıllık “beş yüz bin kuruş” maaşı olduğu, Patrikhane hazinedarı, mühürdarı ve patrik hizmetinde bulunan tüm çalışanların ücretlerinin ve diğer gerekli masrafların, bu meblağdan karşılanacağı belirtildikten sonra “patriğin bazı mesarifi için bundan böyle millet sandığından hiçbir akçe verilmeyecektir” cümlesi ile de hüküm vurgulanmış ve piskoposlara her sene verilecek maaşlar kalem kalem belirtilmiştir. Zira nizamname gereği, piskoposların maaşları, görev yaptıkları yerlere göre değişiklik göstermektedir. Örneğin Halep piskoposu, maaşı en az olanlardandır (12.000 Kuruş). Kuşadası, Edirne ve Bosna piskoposları ise kendilerine en çok maaş tespit edilmiş piskoposlardır (100.000 Kuruş). Nizamnamenin ikinci maddesinde, İstanbul patriğinin maaşının bir düzene sokulması gerekliliği dile getirilmiş, üçüncü maddesinde ise piskoposların maaşlarının da nizamnamede ifade edildiği üzere tahsil olunacağı belirtilmiştir.

19 *Osmanağaoğlu, a.g.e., s. 340-342.*

### III. 1862 Rum Patrikliği Nizamı'nın Fener Rum Patrikhanesi İçin Öngördüğü Statü

1862 Rum Patrikliği Nizamı ve bu Nizamın öncesi ve sonrası hukuki tasarımlar ile Patrikhane için belirlenen statüye ilişkin olarak, Patrikhane'nin klasik dönemdeki statüsünden<sup>20</sup> de farkını vurgulayarak şunlar söylenebilir: Klasik dönemde gayri Müslimler, dolayısıyla Rumlar, ceza davalarına ilişkin uyuşmazlıklarında, kadı mahkemesinin (genel yetkili mahkemenin) görev alanına girerken, evlenme, boşanma, drahoma, cihaz gibi, günümüz anlamında özel hukuka ilişkin olarak değerlendirilebileceğimiz uyuşmazlıklarında, cemaat mahkemelerinin yargı alanı içindeydiler. Ancak bu noktada cemaat mahkemeleri-

nin istisnai yetkili mahkemeler olarak ifade edilebileceklerine dikkat çekilmelidir. Çünkü cemaat mahkemesine dava, ancak uyuşmazlığın her iki tarafı da gayri Müslim olduğunda götürülebilirdi. Bu durumda uyuşmazlığın iki tarafının da cemaat mahkemesine başvurması zıdasının bulunması gerekmektedir. Taraflardan biri cemaat mahkemesine başvurmak istemeyerek kadı mahkemesine giderse, cemaat mahkemesi, uyuşmazlık konusunda hüküm veremezdi. Ayrıca cemaat mahkemelerinin verdiği kararların infazı, Patrikhane ya da ona bağlı ruhbanlar aracılığı ile yapılamaz, kararların infazı, devlet mekanizması içindeki diğer organlar tarafından yerine getirilirdi<sup>21</sup>. Osmanlı Devleti, Patrikhane'yi vergi ve miras hukukuna ilişkin bazı konularda da yetkili kılmıştı. Osmanlı devletinin mo-

20 *Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde, Osmanlı Devleti'nin verdiği imtiyazlarla sınırlı çerçevede yetki kullanan bir Patrikhane söz konusudur. Patrik, Ortodoks cemaatin temsilcisi olarak, Osmanlı padişahu tarafından atanmakta ve kendisine bir berat verilerek bu belgede görev ve imtiyazları gösterilmekte idi. Osmanlı Devleti'nin Patrikhane'yi en üst konumda temsil eden patrikten beklentisi, yönetici makamına taşıdığı her kişiden beklentisinin hemen hemen aynısıdır. Çok genel ifadesi ile patrik de diğer yönetici konumundaki askeri sınıf üyeleri gibi, Osmanlı Devleti'ne yani Osmanlı hanedanına sadık olacak, hıyanet etmeyecek ve devlete karşı, millet –cemaat- başı olarak temsil ettiği tebaanın da devlete sadakatini sağlayacaktır. Devlet, tanıdığı yetkilerin (imtiyazların) kapsamını genişlettiği oranda, makam sahibinin sorumluluğunu da genişletmiştir. Patriğin askeri sınıftan olup olmadığı tartışmasına girmeksizin, onun da padişaha (mutlak monarka) karşı canı ile sorumlu olduğunu belirtmek gerekir. Bu sorumluluk sadece kendi fiillerini değil, cemaatinin diğer fertlerinin eylemlerini de kapsamaktaydı. Bu bağlamda II. Mahmut döneminde idam edilen Rum-Ortodoks patriğin, idam gerekçelerinden birinin de, isyan eden Rum-Ortodoks reyayı gerektiği gibi, nezareti atında tutarak yönlendirememesidir. Zira patriklere verilen beratlarla, cemaat mensuplarını gerektiğinde nasihatle yola getirmeleri, nasihatle yola gelmeyen cemaat mensuplarını tedip ederek yola getirmeleri, bunda da başarılı olamazlarsa, hükümete ihbar etmeleri öngörülmekte idi. Bu noktada sadece patriğin değil, diğer yüksek ruhbanın da yükümlülükleri söz konusudur. Zira sinod (cemaat-i metropolidan) üyesi ruhban, gerekli yükümlülüklerini yerine getirmeyen patriği, Osmanlı devlet yöneticilerine bildirmek zorunluluğundaydı; aksi takdirde onlar da patrik gibi canları ile sorumlu idiler. Bunun somut örneklerini, patriklerini şikayet ederek, patriklik görevinden alınmalarına sebep olan yüksek ruhbanın varlığı gösterdiği gibi, II. Mahmut döneminde patrikle beraber idam edilen metropolitler de göstermektedir. (İhanet gerekçesi ile patriğin cezası Fener Patrikhanesi'nin orta kapısında -Petro Kapısı- infaz edilirken, bazı Rum metropolitler de Balıkpazarı'nda Kaşıkçılar Hanı önünde ve Parmak Kapı'da asılarak idam edilmişlerdir.) (M. Ali Ayni, Ulusçuluk (Milliyetçilik), der: Nezh Neyzi, İstanbul, Peva Yayınları, 1997, s. 297-298; M. Süreyya Şahin, Fener Patrikhanesi ve Türkiye, İstanbul, Ötügen Neşriyat, 1999, s. 194, 197-198; Adnan Sofuoğlu, Fener Rum Patrikhanesi ve Siyasi Faaliyetleri, İstanbul, Turan Yayıncılık, 1996, s. 49-50; Bekir Berk, Patrikhane ve Kıbrıs, İstanbul, Sıralar Matbaası, 1962, s. 25; Mustafa Baş, Türk Ortodoks Patrikhanesi, 1. bs., Ankara, Aziz Andaç Yayınları, 2005, s. 37; Yalçın, a.g.e., s. 13.)*

21 *M. Âkif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 6. bs., İstanbul, Hars Yayıncılık, 2007, s. 157-158; Coşkun Üçök, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 8. bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 1996, s. 179.*



dernleşme sürecinde ise aşama aşama, vergi toplanması, miras, nikah, drahoma, cihaz gibi konular, artık siyasi iktidarın dünyevi yetki alanında görülmeye başlanmıştır. Bu bakış açısına uygun olarak, 1839 Tanzimat, 1856 Islahat fermanları ile başlayıp, 1862 Rum Patrikliği Nizamı gibi devletin yaptığı diğer yasal düzenlemelerle devam eden Osmanlı Devleti'nin modernleşme sürecinde, Osmanlı Devleti'nin dinine bakılmaksızın tüm tebaasını kapsamına alan Nizamiye mahkemeleri kurulmuş ve zamanla görev alanları genişletilmiştir<sup>22</sup>. Ancak bu bağlamda Patrikhane "kadim imtiyazları"na dokunulduğu iddiasıyla, Osmanlı hükümetleri ile mücadeleye girmiştir<sup>23</sup>. Şöyle ki Osmanlı hükümetleri ile Patrikhane arasında yaşanan tartışmalar, bilhassa II. Meşrutiyet'in ilanı sonrasında daha da yoğunlaşmıştır. Çünkü modernleşmeye çalışan bir devlet söz konusudur ve klasik dönemde din alanında kabul edilen çoğu konu, bu dönemde dünyevi alanda kabul edilmektedir. Örneğin okullar -eğitim öğretim<sup>24</sup>- konusunda tartışma zirveye varmıştır<sup>25</sup>. Devlet, din farkına bakılmaksızın eşit statüde gördüğü tebaasının en üst derecedeki sadakatini kendisi için

öngörmekteydi; bu nitelikteki tebaa için eğitim ve öğretimin de ortak olması gerekli idi. Bu itibarla din ayrımı söz konusunun olmaksızın tebaanın beraber devam edebileceği okullar açılırken, devlet, gayri Müslim (dolayısı ile) Rum cemaatinin okullarını da programları ve öğretmenleri konusunda denetlemek istemiş, ancak Patrikhane devamlı olarak bu denetimlere karşı çıkmıştır<sup>26</sup>.

En fazla tartışma yaratan diğer konulardan biri de *kiliseler* meselesidir<sup>27</sup>. Bu sorun, klasik dönemde Fener-Rum Ortodoks Patrikhanesi'nin dini nüfuzu altında bulunan Rum olmayan Ortodoks tebaanın, modernleşme sürecinde, Fener Patrikhanesi'nden bağımsızlaşma taleplerinden ve bu taleplerin hayata geçirilmesinin yarattığı sonuçlardan kaynaklanmaktaydı. Patrikhane'nin dini iktidar alanından çıkan Ortodokslarla, Patrikhane, kiliseleri paylaşamıyorlardı. Söz konusu sorun Patrikhane'nin muhalefetine rağmen, literatürde çoğunlukla Kiliseler Kanunu (*Rumeli'de Kain Münaziün-fih Kilise ve Mektepler Hakkında Kanun*)<sup>28</sup> olarak ifade edilen yasanın kabulü ile sonuçlanmıştır.

22 Osmanağaoğlu, a.g.e., s.189-191, 220.

23 Trablusgarp savaşını, Balkan savaşları ve ardından Osmanlı Devleti'nin I. Dünya savaşına girmesi takip etmiştir: Osmanlı Devleti'nin I. Dünya savaşına girmesinden önceki süreçte, patrik III. Yuvakim'in / İoakim (1901-1912), 1912'deki vefatına kadar Babalı ile sürekli mücadele içinde olduğu görülmektedir. Çünkü söz konusu patrik de, Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile başlayan sürecin, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin yetki alanını daralttığından farkındaydı ve bunun mücadelesini siyasi yollardan vermekteydi. Bu konuda bazı Rum patrikleri de (imtiyazat-ı kadimelerinin ellerinden alındığı iddiasıyla) istifa yolunu tercih etmişlerdir: Osmanlı Devleti'nin amacı ise, hukuk birliğinin sağlanmasydı; aksi durum (çok hukukluluk) gelinen aşamada, devletin siyasi iktidarına ortak olma iddiasında başka erkler yaratmaktaydı. (Bülent Atalay, Fener Rum Ortodoks Patrikhanesi'nin Siyasi Faaliyetleri (1908-1923), İstanbul, Tarih ve Tabiat Vakfı Tatar Yayınları, 2001, s. 91.)

24 İstanbul Helen Filoloji Cemiyeti" (Sillogos) örneğinde, Osmanlı Devleti'nin modernleşme döneminde, eğitim ve öğretimin, ruhani imtiyaz mı yoksa dünyevi bir konu mu olduğuna ilişkin bir değerlendirme için bkz: Athanasia Anagnostopulu, "Tanzimat ve Rum Milletinin Kurumsal Çerçevesi Patrikhane, Cemaat Kurumları, Eğitim," 19. Yüzyıl İstanbul'unda Gayrimüslimler, ed. Pinalopi Stathis, çev. Foti ve Stefo Benlisoy, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1999, s.17 vd.

25 Atalay, a.g.e., s. 72; Yalçın, a.g.e., s. 79.

26 Bir gazetecinin "mekteplerinizin hükümet tarafından teftişine müsaade edecek misiniz" şeklindeki sorusuna, patrik III. Yuvakim "hiç de müsaade etmeyeceğiz. Patrikhane hükümete karşı mesuldür. Hükümete bu mesuliyet kafidir, nasıl ki asırlarca kifayet etti, bu babdaki hukuk-ı tarihiyemizi her şeye rağmen müdafaa edeceğiz" diyerek cevap vermiştir. (Bilâl Eryılmaz, Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Tebaanın Yönetimi, 2. bs., İstanbul, Risale Basın-Yayın, 1996, s. 176.)

27 Atalay, a.g.e., s. 50-51; Yalçın, a.g.e., s. 63-64.

Meclis-i Mebusan'da kabul edilen yasa tasarısı, 3 Temmuz 1910'da padişah, sadrazam, dahiliye nazırı tarafından imzalanıp, yayınlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>29</sup>. On bir maddeden oluşan yasaya göre, unsurlardan hangisinin ahalisi bir yerde yoğun olarak bulunuyorsa, kullandığı kilise ve okul, o cemaate teslim edilecek; aynı yerde farklı iki cemaate mensup ahali bulunuyorsa, kilise ya da okul hangi cemaat adına yapılmışsa onda kalacak, ancak kilise ya da okulu yaptıran cemaatin nüfusu, o yerde üçte birden az ise kilise ya da okul, orada çoğunluk nüfusa sahip cemaate verilecek, diğerlerinin zor durumda kalmamaları için de yeni kilise ve okul yapımının masrafı hükümet tarafından karşılanacak; kiliseler münavebeli olarak kullanılmayacak; kilise ve okullara ait gelirlerin kullanımından doğan uyuşmazlıklar nizamiye mahkemelerinde çözülecekti<sup>30</sup>. *Meclis-i Muhtelit-i Daimi Azasının Vezaifi* hakkındaki nizamnamenin üçüncü maddesine göre, Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin karma meclisi, cemaatin okul ve hastanelerinin ve diğer hayır işlerine yönelik binalarının iyi idaresi ve söz konusu binalar ile başkentteki kiliselerin, gelir ve giderlerine dikkat ve nezaret etmekle görevliydi. Yine aynı meclis, İstanbul Patrikliği'ne bağlı manas-

tırların gelirlerine, vasiyetname ve vakfiyelere, drahoma akçesi ile cihaza ilişkin çekişmeleri inceleyerek neticelendirecekti. Oysa 1910 tarihli Kiliseler Kanunu, ruhani cemaatin kilise ve okullarına ait gelirlerine ilişkin uyuşmazlıkların, nizamiye mahkemelerinde çözümlenmesini öngörmüştür.

Yaptığı düzenlemelerle hükümet, Patrikhane'yi devlet bürokrasisine ait işlerden olabildiğince dışlayarak, Rum-Ortodoks tebaa ile arasında çekilmesini planlıyordu ki bu durumun farkında olan Patrikhane de boş durmayarak, alışıldık olduğu üzere, Osmanlı hükümeti üzerinde yabancı devletler aracılığı ile baskı yapmak umudunu taşıyordu; bu amacın gerçekleşme yollarından biri olarak, kilise mütevellisinde yabancı devlet tebaasının da bulunmasını istedi; Babıali'nin tepkisi ise bu yoldaki isteğin kesin olarak reddiydi<sup>31</sup>.

Patrikhane'den ayrılmak için en yoğun mücadeleyi vermiş olanlar, mezhep bakımından, Rumlarla aynı mezhebin mensubu bulunan, yani Ortodoks olan Bulgarlardır ve bu mücadelelerinin neticesinde (1870'de) Bulgar Eksarhlığı'nı kurmuşlardır<sup>32</sup>. Bulgarlardan Fener Patrikhanesinden kurtulamayacakları ümitsizliğine kapılanlardan, Katolik mezhebine geçenler de olmuştur<sup>33</sup>.

28 Ahmet Ziya, *Tanzimattan Cumhuriyete Yasalarımız Dizini 1839-1923, transkripsiyonu yapan: Nuri Onat, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s. 133; Düstur, II. Tertip, C.II, s. 431-433. [Söz konusu kanun, padişah Mehmed Reşad'ın, 25 Cemaziyelahir 1328 / 20 Haziran 1326 (1910) tarihli iradesini de gösterir şekilde, Meclis-i Umumiye 1325-1326 İçtimaı Zarfında Kabul ve Tasdik Edilip Meriyet Ahkama Bi-l-istizan İrade-i Seniye-i Cenab-ı Padişahi Şerefmüteallik Buyrulmuş Olan Kavanin isimli eserde, Münaziün-fih Kilise ve Mektepler Hakkında Kanun başlığı ile yayınlanmıştır. (Meclis-i Umumiye 1325-1326 İçtimaı Zarfında Kabul ve Tasdik Edilip Meriyet Ahkama Bi-l-istizan İrade-i Seniye-i Cenab-ı Padişahi Şerefmüteallik Buyrulmuş Olan Kavanin, İstanbul, Matbaa-i Amire, 1328, s. 96-97.)]*

29 Atalay, a.g.e., s. 54; Yalçın, a.g.e., s. 65. *Yasanın kabulünden memnun olmayan Rum-Ortodoks patriği, padişahi ziyaret ederek hoşnutsuzluğunu bildirip, kanun geri çekilmezse, Patrikhane'de toplanacak bir meclisin bundan sonra izleyecekleri yol hakkında karar vereceğini söylemiştir; padişah ise patriğe böyle bir meclis toplayamayacaklarını bildirmiş, patriğin gizli bir "milli meclis" toplama teşebbüsü ise, meclis üyesi olacak kırk kadar kişinin tutuklanması üzerine, uygulamaya geçememiştir (1910). Ayrıca böyle bir meclisin oluşturulması geleneği, Patrikhane'nin zorda kaldıkça gasp edildiğini iddia ettiği imtiyazat-ı kadimesinde de bulunmamaktaydı. (Patrikhane'nin söz konusu meclisi toplama uğraşı ve Babıali'nin verdiği tepkiler için bkz: Atalay, a.g.e., s. 62-67.)*

30 Atalay, a.g.e., s. 54-55.

31 A.e., s. 68-69.

Kendisine bağlı Ortodoksların kendisinden ayrılması, Patrikhane açısından, dini nüfuzunun kırılmasının yanında maddi kayıp anlamına da gelmekteydi. Zira toplanan vergiler, mirasına Patrikhane tarafından el koyulan ruhbanlar söz konusu idi. Bu itibarla Başbakanlık Osmanlı arşivinde, ilginç belgeler bulunmaktadır. Belgelerden birinde, Ustrumca, Debre ve Manastır kazalarına Bulgar metropolitliği berati verilmesinin, Rum Patrikhanesi tarafından hoş karşılanmayacağından, Patrikhane'ye de bütçe açığının kapatılması için para verilmesi ve Bulgar metropolit bulundurulacak yerlerde Rum metropolitin de bulundurularak, Patrikhane'nin hoşnutsuzluğunun giderilmesine çalışılması gerekliliği dile getirilmiştir<sup>34</sup>. Söz konusu para "sus payı" olarak düşünülmüş gibidir. Ancak, Osmanlı Devleti Patrikhane'yi pek de susturamamıştır.

Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin, Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin yürürlüğe girmesi, Cemaat mahkemelerin kaldırılarak, görevlerinin şeriye mahkemelerine verilmesi, nizamiye mahkemelerinin görev alanlarının genişletilmesi, modernleşme çabasındaki devletin yaptığı temel reformlardır. Bu bağlamda Patrikhane de o gün için dünyevi alanda görülen konulardan dışlanarak, dini alana çekilmeye zorlanıyordu ki patrik III. Yuvakim "Patrikliği sıradan bir papaz haline getirmek için çaba sarf ediyorlar"<sup>35</sup> cümleleri ile bu duruma isyan etmekteydi; Osmanlı hükümetlerinin, bilhassa II. Meşrutiyet sonrası Osmanlı hükümetlerinin amacı da tam olarak buydu.

Devlet, her Rum-Ortodoks vatandaşını, Patrikhane artık aracı olmaksızın, kendi

siyasi iktidarı altında, bir Osmanlı vatandaşları olarak görmek isterken, Patrikhane bu sürece birçok konuda engel olmakta, bu engellerde de "kadim imtiyazları" na atıf yapmaktaydı. Örneğin gayri Müslim tebaanın, Müslüman tebaa ile eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu noktada, gayri Müslim Rumların askerliğine de olumlu yaklaşmamaktaydı. Bu mücadele II. Meşrutiyet döneminde bilhassa yoğunlaşırken, Kurtuluş Savaşı sırasında Patrikhane'nin tutumu bağlamında acıklı bir hal almıştır<sup>36</sup>. Kurtuluş Savaşı sırasındaki Patrikhane'nin tutumu, Lozan (Lausanne) görüşmeleri ve sonrasına da yansımıştır. 1923 Tarihli valilik yazısı ve bir müddet patriğe "başpapaz" şeklinde hitap edilmesinin<sup>37</sup> arka planında da bu yaşananlar bulunmaktadır.

#### IV. 1862 Rum Patrikliği Nizamatı Halen Yürürlükte midir?

1862 Rum Patrikliği Nizamatı, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin teşkilatını, içinde bulunulan dönemin ihtiyaçlarını, özelliklerini de dikkate alarak düzenlemeye çalışmasına rağmen, bir önceki başlıkta da görüldüğü üzere, Patrikhane'nin Ortodoks tebaa üzerindeki yetkileri konusunda, Osmanlı Devleti ile Patrikhane arasındaki tartışmalar bitmemiştir. Ancak kurumun hukuki statüsünü tespit eden temel yasal düzenleme budur.

Giriş bölümünde ifade edilmeye çalışıldığı gibi, Türkiye Cumhuriyeti döneminde de Türkiye Cumhuriyeti hükümetleri ile Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi arasında zaman zaman bazı tartışmalar yaşanmıştır. Tartışmaların hukuki yönünden çözümünde yasal mevzuatın tespiti

32 Eryılmaz, *Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Tebaanın Yönetimi*, s. 62; Bozkurt, a.g.e., s. 190-191.

33 İlber Ortaylı, *Osmanlı'da Milletler ve Diplomasi*, 2. bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009, s. 30-31; Eryılmaz, *Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Tebaanın Yönetimi*, s.61.

34 BOA, İ. MTZ.(04), Dosya No: 29, Gömlek No: 1916, (10 Cemaziyelahir 1315).

35 Yalçın, a.g.e., s. 80.

36 Osmanağaoğlu, a.g.e. ,s. 215-216, dn: 88.

37 Eroğlu, a.g.e., s. 172; Özel, a.g.e., s. 94.

gündeme gelmektedir ki yine daha evvel de belirtildiği üzere Türkiye Cumhuriyeti döneminde, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi ile ilgili özel bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'ne ilişkin yeni ve özel bir düzenleme yapılmadığı sürece, 1862 Rum Patrikliği Nizamı'na gidilmesi ve söz konusu yasal düzenlemenin halen yürürlükte bulunup bulunmadığının tespiti gereklidir; bu tespit yapılırken 1862 Rum Patrikliği Nizamı'nın içinde bulunan nizamnamelerden hangilerinin, nizamnamelerin hangi maddelerinin, hatta nizamname maddelerinin hangi cümlelerinin içerdiği hükümlerin yürürlükte bulunup bulunmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu itibarla öncelikle söz konusu nizamnamelerden Meclis-i Muhtelit-i Daiminin Suret-i Teşkili Nizamnamesi ve Meclis-i Muhtelit-i Daimi Azasının Vezaifine İlişkin Nizamname'nin ve Patrik ve piskoposların maaşlarını düzenleyen nizamnamenin yürürlükte bulunmadığı belirtilerek bu üç nizamname elenebilir. Diğer nizamnameler ve hükümleri bakımından da laik Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasa ve kanunlarına uymayan her hükmün, ayrı bir hukuki tasarrufa gerek kalmadan yürürlükten kalktığı belirtilmelidir. Dolayısıyla karma meclis ya da umumi meclis oluşturulması ile ilgili hükümler hukuken geçerli değildir. Ancak patrik seçimi ile ilgili, piskopos olacakların nitelikleri ile ilgili hükümler, bu konuda ayrı, özel bir düzenleme olmadığı için geçerliliğini sürdürmektedir. Bu nedenle 1862 Rum Patrikliği Nizamı'nın patriğin adaylığı ve onu seçecek olanların niteliği ile ilgili hükümleri hukuken geçerlidir. Patrik Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak zorundadır ve onu seçecek olanla-

rın da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması zorunludur. Piskoposların da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması ve Türkçe bilmeleri gerekmektedir.

Cumhuriyet sonrasında, hakkında kanun niteliğinde herhangi bir hukuki düzenleme yapılmamış bir kurum olan Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin, statüsünü, işlevini, yönetim mekanizmasını, iç hiyerarşisini, görevlilerin makamlarına nasıl atanıp nasıl azledilebileceklerini gösteren bir teşkilat yasasına tâbi olması gerekir. Bu konuları düzenleyen hukuk normları, Rum Patrikliği Nizamı'nın zımnen ilga edilmiş ya da kendiliğinden hükümsüz kalmamış kısımlarıdır. Örneğin, Patrikhane teşkilatının temel birimlerinden biri olan ruhani meclisin yapısını bu nizamname öngörmektedir ve nizamnamede öngörüldüğü gibi, bugün de Fener Patrikhanesi'nin ruhani meclisinde on iki üye bulunmaktadır. Patrik seçim usulü ve patrik seçilecek kişinin hangi niteliklere sahip olması gerektiği de nizamnamede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak bugün toplanması mümkün olmayan karma meclise, o günün şartlarında patrik seçiminde yer verilmiştir, öyleyse karma meclise dair cümleler hükümsüz kabul edilerek, hükmün geri kalanının yürürlüğünün kabulü gerekir. Zira Patrikhane de, patrik seçimine ilişkin 1923 tarihli kararında<sup>38</sup> bu yaklaşımda olmuş, Rum Patrikliği Nizamı'nın patrik seçiminde ruhban olmayanlara verdiği rolü yok hükmünde sayarak, sadece ruhbanın patriğin seçiminde görevli olduğunu açıklamıştır. Bu itibarla Rum Patrikliği Nizamı'nın kamu düzenine ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın temel ilkelerine aykırı olmayan hükümlerinin yürürlükte olduğu ifade edilmelidir. Zira bir iç hukuk düzenleme-

38 1923 tarihli Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin patrik seçimi için aldığı kararın içeriği şu şekildedir: "Patriklik yüksek makamının boş kaldığı 4 Teşrinievvel (Ekim) tarih (1923) ve 4810 no.lu Sen Sinod'un ta'mîmi ile iş'âr kılınmıştır. Bu kerre Patrikhâne, sırf rûhânî ve kilise merkezi olmak sıfatındaki yeni durumu üzerine, yeni patrik'in âtidedeki tarzda seçilmesinin kararlaştırıldığı tebliğ olunur:

sinin hükümleri, “anayasanın üstünlüğü” ilkesi gereği, anayasaya aykırı olamaz.

## V. Sonuç

Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin, 1453'ten sonra Osmanlı Devleti süresince varlığının devamı, bir anlamda İslâm hukuk teorisiyle açıklanabilir ve kuruma, dolayısıyla kurumun başındaki patriğe ve diğer ruhanilere tanınan yetkilerin (imtiyazların) İslâm dini kaynaklı olduğu ifade edilebilir. Ancak patrik, Osmanlı Devleti'nde sadece dini lider değildir, aynı zamanda, bir dinle (mezheple) nitelenen Rum cemaatinin başıdır (*millet başı*). Ruhani otoritesi altındaki cemaatinin, devlet mekanizmasında temsilcisidir. Cemaati (*milleti*) üzerinde otoritesi, imtiyaza varan yetkileri bulunduğu gibi, cemaatinin bütün halinde ve cemaat üyelerinin teker teker hal ve hareketlerinden sorumludur. Cemaatini bir arada tutmak, Osmanlı siyasi iktidarına sadakate hâlel gelmemesini sağlamak, Osmanlı iktidarının sorgulanmasına sebebiyet verecek fiilleri (gerektiğinde bilgi toplayarak) iktidara haber vermek zorundadır. Osmanlı Devleti tarafından statüsünün genel çerçevesi bu şekilde belirlenen Patrikhane ve patrik, literatürdeki tartışmalara, çoğunlukla imtiyazları bakımından konu olmaktadır. Çünkü söz konusu imtiyazlar, kurumun statüsünün

içeriğini ortaya koymaktadır ki özellikle varlığını “din farklılığı”nda bulan Patrikhane ve patriğin yetkilerinin, dünyevi niteliğinin olup olmadığının tespiti bu noktada önemlidir. Doğum, ölüm, miras, evlilik, boşanma, nafaka, drahoma, çeyiz gibi kişi ve aile hukukuna ilişkin konularda, Patrikhane'nin, uyuşmazlık çıktığında da cemaat mahkemelerinin yetkilendirilmesi, Osmanlı Devleti'nin klasik dönemi kapsamında, dini (ruhani) imtiyazlar şeklinde değerlendirilebilir.

Patrikhane'nin vergi toplayabilme yetki ve görevi ise Osmanlı Devleti'nin idari, mali sisteminden kaynaklanmaktadır. Devlet, sadece patrik ve bu konuda görevlendirilmiş ruhbana değil, bir takım hizmetlerle yükümlü kıldığı diğer görevlilerine de modern devlette olduğu gibi maaş vermekte, tasarrufu devlete ait olan bir takım arazi ve gelirler tahsis etmektedir. Örneğin tımar verdiği sipahiye, maaş vermemekte; sipahi, hem kendisine verilmiş olan (asker yetiştirmek gibi) görevin gereklerini yerine getirmek, hem de kendi giderlerini karşılamak için, tımarın vergilerini toplamaktadır. Vergi toplayan diğer devlet görevlileri gibi, Patrikhane'nin bu konuda görevlendirilmiş mensupları da vergi toplamaktadır ki bu durum devletin, patrik ve diğer Rum-Ortodoks ruhbani, bir nevi “devlet memuru” olarak gördüğünü açıklar.

1) Patrikhâne seçimine, doğrudan doğruya Patrikhâne'ye mensub olanlarla, bilfiil hizmette bulunan metropolitler ve başpiskoposlar katılacaklardır.

2) Bunların hepsi istisnasız ta' mîmîn tarih gününden i' tibâren 40 gün zarfında kendilerince uygun görülen adayın adını bir pusulaya yazıp, o pusulayı mühürlü bir zarf içine koyup ve üzerine 'oy pusulası ihtivâ ediyor' ibâresi yazıldıktan sonra Sen Sinod Reîsi olan Erdek Metropolitî Kalinikos'a hitâben bir kapalı mektupla göndereceklerdir.

3) Patrik adayı olarak, yedi yıl hizmette bulunan metropolit ve başpiskoposlar gösterilecektir.

4) Oy pusulası, bu ta' mîmîn tarihinden ... i' tibâren 41. günde İstanbul'da bulunan Metropolitlerin katılmasıyla Sen Sinod Meclisi'nde tasnîf olunarak ve tasnîf sonunda gerekli vasıflara sahip üç kişilik bir cedvel düzenlenecektir.

5) Bu üç adaydan biri, İstanbul'da bulunan metropolitlerle, Sen Sinod Meclisi tarafından Patrikhâne kilisesinde yapılacak rûhânî âyînden sonra kanûnî oylarla patrik seçilecektir.

6) Binâen'aleyh yukarıdaki mukarrerât gözönüne alınarak, belirtilen zaman zarfında her bir metropolitin, seçimlerin yapılması için oy pusulasını göndermesi beyân olunur” (Şahin, Fener Patrikhanesi ve Türkiye, s. 271-272. Vurgu bana ait.)

Yine Patrikhane adına “cezalandırma” yetkisini kullanan yüksek ruhban, Osmanlı Devleti’nin denetimi ve kontrolü altındadır. Ruhbanın cezalandırma yetkisini kullanılmasında sorun çıktığı takdirde, “kadının adaleti” hazır beklemektedir. Zira gayri Müslim reyanın ceza hukuku alanında, şeriye mahkemesinin yargısına tâbi olmasının, Osmanlı Devleti’nin suç ve ceza sisteminde temel ilke olduğu belirtilmelidir. Patrikhane’nin (ölüm cezası asla veremeyeceği) “cezalandırma” yetkisinin, istisnai bir alanda, kendisine verilen “kamusal” görevlerin sonucu olduğu ifade edilebilir. Zira ruhban da birbirleriyle davalılaşabiliyor, bu davalar görev başındaki patriğe kadar uzanabiliyordu. Örneğin görevden alınan metropolitler, patrik hakkında padişaha şikayette bulunabiliyorlardı. Kısaca belirtmek gerekirse, kurumun iç hiyerarşisindeki uyuşmazlıklar, kurumun kendi bünyesinde halledilmek zorunda değildi; son karar mercii her zaman padişah divanı (Divan-ı Hümayun) idi.

Patrikhane’nin hukuki statüsünün, Osmanlı Devleti’nin klasik dönemindeki yorumundan, Tanzimat dönemindeki yorumuna geçiş, farklı şekillerde sorulabilecek bir soru ile yapılabilir: Osmanlı Devleti’nin klasik döneminde otonom olmayan Rum-Ortodoks cemaatinin bir anlamda temsilcisi konumundaki, devletin idare mekanizmasının içinde yer alan ve kendisi de otonom bir teşkilata sahip bulunmayan Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi, devletin modernleşme döneminde, otonom / özerk bir yapıya kavuşmuş mudur? Ya da tam aksine klasik dönemde sahip olduğu yetkilerinde (imtiyazlarında) bir aşınma olmuş mudur? Cevap, modernleşme döneminde Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi’nin hukuki bağlamda imtiyazlarında aşınma, erime yaşadığıdır. Hatta bu dönem açısından çoğu konuda imtiyaz kelimesinden ziyade, *yetki* kelimesinin kullanılması daha uygundur.

Devletin klasik döneminde yaşadığı çözümler ve sonrasında gelen çöküş sürecinde, Patrikhane, hukuki olmayan (*kadimden sahip olmadığı*) bir takım imtiyaz iddialarında bulunmuştur; söz konusu kurumun alışkanlık haline alan bu tür eğilimleri ile ve birçok problemle, devlet, yeni bir döneme girmiştir. “Batılı” (modern) olacak ve hayatta kalacaktır. Ancak küçük bir cümlede kolayca yazılabildiği gibi, bu amaç, Müslüman olan ya da olmayan tüm Osmanlı devlet adamlarına, aydınlarına, tebaasına atfedilecek bir amaç değildir; kısa sürede yaşanabilecek bir süreç de değildir. Osmanlıcılık, İslamcılık, Batıcılık, Türkçülük gibi fikir akımlarının eşliğinde, Tanzimat, Islahat fermanlarının, anayasaların ilanı ile yaşanan süreçte, Patrikhane “patriğin sıradan bir papaz haline getirildiği” bir kurum haline getirilemeye de sadece dini yetkiler kullanan bir kurum haline getirilmek istenmiştir. Bu öngörü, ancak aşama aşama ulaşılacak bir gelişimin sonucu olabilirdi. Yüz yılların beraberinde getirdiği kabullerle mücadele edilerek, dönemin şartlarının da elverdiği oranda, bu maksat, II. Meşrutiyet’in ilanı sonrası, özellikle I. Dünya Savaşı sırasında, bir miktar hayata geçirilebilmiştir. Sorun, devletin konuya ilişkin çıkarttığı yasalardan değil, uygulamadan, söz konusu yasaların hükümlerinin hayata geçirilememesinden kaynaklanmaktaydı.

Bu genel değerlendirmeden sonra, Osmanlı Devleti’nin Tanzimat döneminde düzenlenmiş olan Rum Partikliği Nizamı’nın, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi’nin statüsünü, klasik dönemden gelen hukuki tasarruf ve zihniyetin de etkisi altında düzenlediği ifade edilmelidir; bu etkiye örnek gösterilebilecek alanlardan biri, ruhbanın mirası hakkındaki hükümlerdir. Söz konusu mirasa ilişkin hükümleri ve diğer hükümleri bağlamında Rum Partikliği Nizamı, Osmanlı Devleti’nin klasik dönemindeki (beratların içeriklerindeki

bazı kabuller de dahil olmak üzere) hukuki tasarrufların bir kısmını, tespit ederek, bu konudaki belirsizlikleri ortadan kaldırdığı için, Osmanlılık (“modern Osmanlı ulus devleti”) bağlamında, klasik döneme göre ileri bir aşama olarak yorumlanabilir. Düzenlendiği dönemin şartlarından ve “Batılı” devletlerden kaynaklanan hükümler de içermiştir. Zira Osmanlı Devleti’nin modernleşme çabasında düvel-i muazzamanın etkisi ve müdahalesi, daima devletin gayri Müslim tebaası üzerinden olmuştur. Bu etki ve ruhban sınıfın, Ortodoks-Rum reaya üzerindeki asırlarca süren baskısı<sup>39</sup>, Patrikhane’nin karar mekanizmasına, ruhban olmayan üyelerin de alınmasına neden olmuştur. Çelişki, bir yandan tebaanın Müslüman ve Müslüman olmayan ayırımına tâbi kılınmayarak, hukuk önünde eşit vatandaşlar haline getirilmesi ve dolayısıyla gayri Müslim vatandaşların da siyasi iktidarına tâbi oldukları devletle dolaysız ilişki kurabilmeleri amacıyla, Patrikhane’nin sadece dini yetkileri ile tanınması iken, diğer yandan ruhban olmayanların da bu “dini” kuruma katılımının sağlanmasıydı. Ancak bu düzenlemenin, devletin kabul ettiği diğer yasalar da dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Zira üyeleri arasında ruhban olmayanların da bulunduğu karma meclisin görevleri sınırlı sayıdadır ve bu meclis, devletin idari mekanizmasının bir birimi olan Patrikhane’nin işlerinin yürütmesinde yardımcı olacaktır. Bir anlamda, seçilerek taşra meclislerine katılan gayri Müslim tebaanın durumu ile benzeştirilebilir. Ruhban olmayan kişinin seçimle karma meclis üyesi olabilmesi, üyesi bulunduğu meclisin ait olduğu kurumu, otonom statüye taşımaz. Önemli olan kullanılan yetkilerin niteliğidir ki Rum Patrikliği Nizamı, Rum Patrikhanesi’ne klasik dönemden fazla bir yetki vermemiş, bilakis çoğu imtiyazını

yok saymıştır. Bu itibarla klasik dönem de dahi otonom bir idareye sahip olmayan Patrikhane ve Rum cemaatinin, devletin (1839 Tanzimat Fermanı sonrası) modernleşme döneminde, otonom ya da “devlet içinde devlet” olduğunu söylemek hukuki açıdan mümkün değildir. Ancak, hukuki yetkiyi ve statüyü aşabilme durumunda, yani uygulamada (fiiliyatta) bu kurumun “devlet içinde devlet” görünümü verip vermediği sorgulanabilir. Örneğin okul meselesinde, devlet, Osmanlılık ilkesinin gereğini yerine getirip, yasal düzenlemeleri yapmıştır. Patrikhanenin de uyruk olduğu hukuk normları gereği, Rum-Ortodoks cemaatinin okulları, ülkedeki diğer okullar gibi, devletin ilgili kurumunun denetime tabidir. Ancak devletin zafiyetinden yararlanan Patrikhane, bu denetime engel olmuştur. Öyleyse Osmanlı Devleti’nin Rum okullarını denetleme acizliği, Osmanlı hukuk mevzuatından değil, ekonomik bakımdan yarı sömürge durumundaki devletin, muktedir olamamasından ve yasal düzenlemenin gereğinin yerine getirilmesine engel olan Patrikhane’nin uygulamasından kaynaklanmaktaydı. Patrikhaneye göre ise okullara ilişkin imtiyazı, kadimden gelen imtiyazıydı. Bu itibarla Patrikhane’nin fiiliyattaki durumu, o dönemin Osmanlı Devleti’nin içinde bulunduğu, siyasi, sosyal, ekonomik, askeri şartlarla beraber değerlendirilip, devletin bu alanlarda ne kadar yeterli ve muktedir olup olmadığı sorgulanarak, üzerine bitmek bilmeyen savaşılar eklenmelidir. Yine eşit statüdeki Osmanlı vatandaşı ilkesine rağmen, istisnai dönem ve durumlar hariç (II. Meşrutiyet’in ilanı sonrasına kadar), bu savaşlarda askerlik yükümlülüğünün, sadece Müslüman Osmanlı vatandaşları tarafından yerine getirildiği, Osmanlı Devleti vatandaşı Rumların, askerlik yükümlülüklerini yerine

39 Ortaylı, *Fener Patrikhanesi’nin Bulgarlar ve Makedonyalılar için “dayanılmaz bir kabus” olduğunu söylemektedir. (İlber Ortaylı, Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880), Ankara, s.77.)*

getirmesine Patrikhane'nin pek de sıcak bakmadığı belirtilmelidir.

Kurum bir anlamda içinde bulunduğu çağın özelliklerini algılayamayan ya da algılamasına rağmen, muhafazakar her kurum gibi itiraz eden bir duruma gelmiştir; devletin modernleşmesi kapsamında Müslüman ulema üzerinde II. Mahmut'tan itibaren süre gelen yetki kısıtlamasını, Patrikhane çoğu zaman yaşamamıştır; zira devletle her uyumsuzluğunda "imdat" dediği bir yabancı devlet bulabilmekte ve devlete geri adım atılabilmekteydi<sup>40</sup>. Gerçi klasik dönemde, sadece ruhban üzerinde var olan alıkoyma yetkisini Patrikhane, ayrı bir kilise kurma çabasındaki ruhbanlar üzerinde, Tanzimat döneminde de uygulamaya kalktığına, Babıali tarafından böyle bir yetkisi olmadığına dair uyarılmıştır<sup>41</sup>. Bu durum, Patrikhane'nin hukuki statüsünün klasik dönemden farkını, imtiyazlar bakımından bu statüdeki geri gidişi ortaya koyan örneklerdir. Bir diğer örnek ise patriğin, Rum-Ortodoks tebaadan gelen şikayet mektuplarını imzalama fonksiyonunun elinden alınmış olmasıdır<sup>42</sup>.

Modernleşmeye çabalayan devlet, modern devletin ulus devlet olduğu algısıyla, günümüzde kavram kendi içinde çelişki barındırır gibi görülse de bir yandan da uluslaşmaya "Osmanlı ulus devleti" ne ulaşmaya çalışmaktaydı. Kavrama çelişki uyarısı, "ulus"un genelde etnik kökenle

tanımlanması kabulünden gelmektedir. Ancak Ziya Gökalp, kendi *ulus (millet)* tanımından farklı olarak, "ulus" un altı çeşit unsurla (ırk, kavim, coğrafya -ülke-, siyasi teşkilat -devlet-, ümmet, herhangi bir cemiyet) tanımlandığını belirtmektedir<sup>43</sup>. *Osmanlı ulusunu* tanımlayan unsur ise "siyasi teşkilat" yani *devlettir*. Tanzimat ve Islahat fermanlarını takiben, devletin ilk anayasası ile hukukiliğini kazanmış olan Osmanlıcılık akımının, hayata geçirilebileceğini düşünenler, Müslüman ve Müslüman olmayan Osmanlı Devleti vatandaşlarının, hukuki yönden eşitlenmeleriyle, Osmanlı Devleti'ni "sadakat odağı" kabul edip, gönülden bir vatandaşlık bağı (revâbit-i kalbiyye-i vatanşahi) ile birbirlerine bağlanacaklarını düşünmekteydiler. Bu itibarla, sonradan Türkçülük akımının taraftarı olacak çoğu "Osmanlı milliyetçisi" nin ve Jön Türklerin söylemlerindeki ilkelerden biri *ittihad-ı nasır* ilkesidir ve söz konusu ilke, II. Meşrutiyet'in ilanının da dinamiklerindedir. Ancak bu ilke istisnai kişilikler hariç, hukuki metinlere geçmiş olmakla kalacaktır. Ziya Gökalp gibi, önceki tarihli eserlerinde "Osmanlı milleti" nden bahseden çoğu Osmanlı aydını, "Türk milleti" nden söz etmeye başlayacaklardır. Bir tepki milliyetçiliği şeklinde ortaya çıkan Türk milliyetçiliğinin çok öncesinde, Osmanlı Devleti'nin tebaası olan gayri Müslim cemaatler arasında milliyetçilik ideali

40 *Macar'ın eserinin - Amerika Birleşik Devletleri'nin kastedildiği- "Türkiye'ye Patrikhane Baskısı" başlıklı kısmı ve devamı, Patrikhane'nin statüsüne yabancı devletlerin ilgisinin (Osmanlı Devleti'nin çöküş dönemini hatırlatır şekilde) bugün de sürdüğünü göstermektedir. (Macar, a.g.e., s. 241 vd.)*

41 *Patrikhane tarafından, Ulahların Rum-Ortodoks Kilisesi'nden ayrılma taleplerini içerir mahzar sunmak üzere, İstanbul'a gelen iki papazla ahalden dört kişinin evlerinin etrafına iki yasakçı konularak, bunlar cebren götürülmek istenmiştir. Patrikhane'nin Ulah papazları yakalamalarının engellenmesi için gerekli uyarılar yapılmış, zorla adam yakalama yetkisinin sadece hükümete ait olduğu vurgulanarak, Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin hükümete başvurmaksızın hademe ve yasakçı aracılığıyla yakalama yapmasının caiz olmadığı bildirilmiştir. [BOA, Y.MTV., Dosya No:65, Gömlek No: 137, (29 Muharrem 1310); BOA, DH.MKT., Dosya No:1995, Gömlek No: 22, (8 Safer 1310).]*

42 *Bozkurt, Alman - İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839 - 1914), s. 172.*

43 *Cihan Osmanağaoğlu, "Ziya Gökalp ve Atatürk'ün Millet Anlayışlarına Bir Bakış," Cumhuriyet' in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1999, s. 543.*



yayılmış durumdaydı. Bu cephede, kendi ulus devletlerini kurmak arzusunda olan, Rum olmayan Ortodokslar, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi ile de mücadele halindeydiler. Ulusçuluk akımının Patrikhane üzerindeki etkisine bakıldığında, zamanla Patrikhane'nin de "Rumculuk" idealini benimsemiş olduğu görülür. Hatta bu idealin arkasından gittikçe, varlığı tartışma konusu olan "ruhani ekümenikliği" de zedelenmektedir. "Rumculuk" yaptıkça Ortodoks cemaatinin Rum olmayan tebaasını kaybetmiştir. Gerçi bu olgu, tek taraflı değildir. Dönem, kişilerin artık kendilerini dini kimlikleri ile değil, "ulus" kimlikleri ile tanımladıkları dönemdir. Bu bağlamda Bulgarların Patrikhane'ye karşı verdikleri mücadele ilginç bir örnektir. Bazıları için Katolik mezhebine geçmek bile, Rum Patrikhanesi'ne mensubiyete yeğlenir olmuştur. Amaç, bağımsız Bulgar Devleti'nin kurulmasıydı; Patrikhane buna engel oluyordu; öyleyse bir şekilde ondan kurtulmalıydılar; gerekirse mezhep değiştirerek. Patrikhane ise imtiyazları dahilinde gördüğü çoğu konuda, Osmanlı Devleti'nin kendi üzerindeki iktidarını ortadan kaldırmak çabasındaydı. Oysa dört asır önce, bazı Rum-Ortodoks ruhban, Katolik şapkasındansa Türk sarığını tercih etmişti. Türk sarığı tercihinin, Rum-Ortodoks Kilisesi için doğru bir seçim olduğu, asırlar içinde görülmüştür. Patrikhane, kendisine ruhani bakımdan mensup olan Ortodoksların sayısı arttıkça, en güçlü Ortodoks Kilisesi olarak Hıristiyanlık dinindeki yerini sağlamlaştırmıştır.

Patrikhane'nin (diğer Ortodoks kiliseleri ile ilişkileri bağlamında) günümüzde de tartışılan ekümenikliği meselesine de değinmek gerekirse, söz konusu kavram, teritoryal unsurları içinde barındırmayan, ruhani bir unvan olarak kabul edilip, (Patrikhane'nin, Osmanlı Devleti'nin çöküş döneminde, Osmanlı Devleti'nin Ortodoks-Rum tebaası üzerindeki siyasi egemenliğine ortak olma, hatta devletin siyasi egemenliğini Rum tebaası üzerinden kaldırma gayretleri tarihi bir olgu olarak tespit

edilerek) Türk ulus devletinin, ülkesindeki siyasi egemenliğine zarar vermedikçe, Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin ekümenikliği meselesinin Hıristiyanlık dini ve dünyasının sorunu olduğu ifade edilebilir. Sorun, Hıristiyanlık dinine ilişkin ilahiyat çalışmalarının konusudur. Zira bu çalışma, Patrikhane'nin Hıristiyanlık dini bağlamında "ekümenik" olup olmadığına dair, ek bir inceleme yapmayı amaçlamamıştır. Konu, Osmanlı Devleti'nin belirli bir dönem hukuki metinleri kapsamında incelenmiştir. Ancak bu bağlamda, "ekümeniklik" terimi, Hıristiyan ilahiyatının teknik bir terimi olarak görülüp bir kenara bırakılırsa, çalışmanın incelediği dönem açısından Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi'nin evrenselliğinin söz konusu olmadığı, yetkilerinin sınırının, Osmanlı ülkesinin sınırlarını aşmadığı ifade edilebilir. Ayrıca Bulgar Eksarhlığı'nın kuruluşu dikkate alınırsa, bu sınırlar içinde dahi söz konusu kurumun yetki ve otorite alanının genişlemediği, bilakis daraldığı görülür. Kurumun o gün için temel statüsünün tespit eden Rum Patrikliği Nizamati da, Patrikhane'ye evrensel özellikler atfetmemekte, aksine bu nizamnameler bütünü ile modernleşen devlette, Patrikhane'nin devletin klasik döneminde sahip olduğu çoğu imtiyazı ortadan kaldırılmaktadır.

Netice olarak, Lozan Antlaşması ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ilanı sonrasında Patrikhane'nin hukuki teşkilatını, Rum-Patrikliği Nizamati'nin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın temel ilkelerine ve Türk hukuk mevzuatına aykırı olmamaları sebebiyle yürürlükte bulunan hükümlerinin düzenlediği belirtilmelidir. Nizamnamelerin aykırı hükümleri ise, herhangi bir hukuki tasarrufla açıkça ilga edilmelerine gerek olmaksızın yürürlükten kalkmıştır. Yürürlükte olan hükümlerin, diğer iç hukuk düzenlemeleri gibi, yasama organı tarafından gerekli görüldüğünde yürürlükten kaldırılmasına ve yine yasama organı (TBMM) tarafından konuya ilişkin yeni düzenlemeler yapılmasına bir engel yoktur.

## BİBLİYOGRAFYA

- Ahmet Ziya, Tanzimattan Cumhuriyete Yasalarımız Dizini 1839-1923, transkripsiyonu yapan: Nuri Onat, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990.
- Anagnostopulu, Athanasia “Tanzimat ve Rum Milletinin Kurumsal Çerçevesi Patrikhane, Cemaat Kurumları, Eğitim,” 19. Yüzyıl İstanbul’unda Gayrimüslimler, ed. Pinalopi Stathis, çev. Foti ve Stefo Benlisoy, İstanbul, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1999, s. 1-35.
- Atalay, Bülent, Fener Rum Ortodoks Patrikhanesi’nin Siyasi Faaliyetleri (1908-1923), İstanbul, Tarih ve Tabiat Vakfı Tatar Yayınları, 2001.
- Aydın, M. Âkif, Türk Hukuk Tarihi, 6. bs., İstanbul, Hars Yayıncılık, 2007.
- Baş, Mustafa, Türk Ortodoks Patrikhanesi, 1. bs., Ankara, Aziz Anıç Yayınları, 2005.
- Benlisoy Yorgo, Macar Elçin, Fener Patrikhanesi, 1. bs., Ankara, Ayrac Yayınevi, 1996.
- Berk, Bekir, Patrikhane ve Kıbrıs, İstanbul, Sıralar Matbaası, 1962.
- Bozkurt, Gülnihâl, Alman - İngiliz Belgelerinin ve Siyasî Gelişmelerin Işığı Altında Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu (1839 - 1914), 2. bs., Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1996.
- Eroğlu, Ahmet Hikmet, Ökumenizm ve Fener Patrikhanesi, 1. bs., Ankara, Aziz Anıç Yayınları, 2005.
- Eryılmaz, Bilâl, Osmanlı Devleti’nde Millet Sistemi, İstanbul, Ağaç Yayıncılık, 1992.
- Eryılmaz, Bilâl, Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Tebaanın Yönetimi, 2. bs., İstanbul, Risale Basın-Yayın, 1996.
- Güler, Ali, XX. Yüzyıl Başlarının Askerî ve Stratejik Dengeleri İçinde Türkiye’deki Gayri Müslimler (Sosyo-Ekonomik Durum Analizi), Ankara, Genelkurmay Başkanlığı, 1996.
- M. Ali Ayni, Ulusçuluk (Milliyetçilik), der: Nezih Neyzi, İstanbul, Peva Yayınları, 1997.
- Macar, Elçin, Cumhuriyet Döneminde İstanbul Rum Patrikhanesi, 1. bs., İstanbul, İletişim Yayınları, 2003.
- Ortaylı, İlber, Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahallî İdareleri (1840-1880), Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2000.
- Ortaylı, İlber, Osmanlı’da Milletler ve Diplomasi, 2. bs., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009.
- Osmanağaoğlu Cihan 1862 Rum Patrikliği Nizamı Çerçevesinde Fener Rum-Ortodoks Patrikhanesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Osmanağaoğlu, Cihan, “Ziya Gökalp ve Atatürk’ün Millet Anlayışlarına Bir Bakış,” Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, 1999, s. 542-562.
- Özel, Sibel, Fener-Rum Patrikhanesi ve Ruhban Okulu, 1. bs., İstanbul, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, 2008.
- J. Shaw Stanford, Shaw Ezel Kural, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, C. II, İstanbul, E Yayınları, 1983.
- Sofuoğlu, Adnan, Fener Rum Patrikhanesi ve Siyasi Faaliyetleri, İstanbul, Turan Yayıncılık, 1996.
- Şahin, M. Süreyya, Fener Patrikhanesi ve Türkiye, İstanbul, Ötüken Neşriyat, 1999.
- Yalçın, Emruhan, Atatürk Türkiye’sinde Ekümenik Ortodoks Patrikhanesi ve Bizans Projesi, Ankara, Siyasal Yayınevi, 2008.

# Hukuk - Etik İlişkisi

Yusuf KARAKOÇ\*

## GİRİŞ

Hukukun ne olduğu ve hangi esaslara dayandığı ve neyi amaçladığı konularında zamana ve yere göre farklı yaklaşımların varlığı ve benimsendiği bilinmektedir. Hukukun, sosyal düzeni sağlama aracı ve sosyal düzenin sağlanmasında en etkili araç olduğu kabule edilmektedir. Çünkü, diğer sosyal düzen kuralları olan din ve ahlâk kurallarının dünyevî ve devlet tarafından uygulanan somut bir yaptırımlarının olmadığı bilinmektedir. Kaldı ki, böyle bir yaptırıma bağlanması halinde o kuralın din ve/ya da ahlâk kuralı olmaktan çıkıp hukuk kuralı haline dönüştüğü ifade edilmektedir. Hukuk başta olmak üzere, din ve ahlâk konusunda herkesin benimsediği, eskimeyen bir ifade ile *efradını câmi, ağyarını mâni* tanımlar bulunmamaktadır. Bu tebliğde, var olan tanımlara yenilerini eklemek niyetinde değilim. Ancak, ahlâk – etik ve hukuk-etik ilişkisine işaret etmektir muradım.

Ahlâk ile etik çoğu zaman birbirinin yerine kullanılan kavramlardır. Oysa, etik için ahlâk felsefesi veya meta etik nitelemesi yapılmaktadır. Hatta, ahlâk etiğinden söz edildiğine de rastlanmaktadır. Bu durum, ahlâk-etik ilişkisinde henüz çoğunluğun benimsediği bir ayırmadan ve kavramlaştırılmadan söz edilemediğini göstermektedir.

Hukuk-ahlâk ilişkisi ise, ahlâk-etik ilişkisine göre daha anlaşılır durumdadır. Ancak, hukuk-etik ilişkisi belirsizlikler içermektedir. Çünkü, hukuk-etik ilişkisi gündeme geldiğinde hemen hukuk-ahlâk ilişkisinden söz edilmektedir. Şayet, ahlâk, etik anlamına geliyorsa, ayrıca etiki ifade

etmek için *mega etik* ya da *ahlâk felsefesinden* söz etmenin anlamı nedir? Eğer, etik, ahlâktan farklı ise, yani mega etik ya da ahlâk felsefesi anlamına geliyorsa, neden etik ahlâk ile eş anlamlı kullanılarak, hukuk-etik ilişkisi denilince hukuk-ahlâk ilişkisinden söz edilmektedir? Ayrıca, bugün genel olarak etik, daha çok meslek etiği anlamında kullanılmaktadır. Etik, gerçekten sadece ve yalnızca meslek etiği ile sınırlandırılacak bir inceleme konusu mudur? Kaldı ki, bu kullanım çerçevesinde de acaba, hukuk etiği, tıp etiğinden mi, yoksa hukukçu etiği ve hekim/tabip etiğinden mi söz etmek gerekir? Bunu öğrenmeye gayret etmekteyim. Henüz öğrenebildiğimi de maalesef söyleyemiyorum. Birlikte düşünmeye; kavram kargaşasına işaret etmeye; farklı kavramları yerli yerinde kullanmaya bir çağrı yapmak istiyorum. Felsefe, ana uğraş alanı olmadığı için, konuları bir felsefe diliyle ifade etmekte zaafiyet gösterdiğimin farkındayım. Benim gibi amatör olarak bu alana ilgi duyanların da anlayacağı bir dille konuyu ortaya koymaya çalışmaktayım.

## ETİK

Etik, davranışları yönlendiren davranış standartlarını (veya sosyal normları) belirlemektedir. Başka bir deyişle, etik, çoğu zaman bir meslek alanında benimsenen düzgün ve uygun davranma standardı anlamına gelmektedir. Davranış standartları, kişilerin gerçek davranışlarını ifade etmektedir. Çünkü, insanlar geniş ölçüde kabul gören standartları çoğu zaman ihlâl

\* DEÜ. Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

etme eğilimindedir. Bu bağlamda, insanlar sürekli yalan söylese bile, çocuklarına dürüst olmayı öğreterek, yalan söylemenin kötü-yanlış olduğunu belirterek, toplum içinde dürüstlüğü savunmak suretiyle dürüstlüğü bir davranış standardı olarak benimsenmesine gayret edebilmektedir.

Etikçiler (veya ahlâk felsefecileri) davranış standartlarını incelemektedir. Bir inceleme alanı olarak etik, temel işlevi tanımlayıcı veya açıklayıcı olmayan, daha çok sıkı kurallara ve değerlendirmeye dayalı normatif bir disiplindir. Sosyal bilimlerle uğraşan bilim adamları davranış standartlarını tanımlayıcı ve açıklayıcı bir bakış açısından ele almaktadır; etikçiler ise, bu standartları eleştirmekte ve değerlendirmektedir. Örneğin, sosyologlar intihar sıklığını anlamaya çalışırken, etikçiler intiharın rasyonel olarak meşrû olup olmadığını belirlemeye çalışmaktadır. İktisatçı, kumarın toplumdaki ekonomik etkisini araştırırken, etikçi kumarın ahlâkîliğini değerlendirmektedir. Davranış standartlarının değerlendirilmesinde betimleme veya kurallar koyma arasındaki farkı açığa kavuşturmak için, kural koyucu standartlar yerine *davranış standartları veya sosyal normlar* deyimlerini, betimleyici standartlar yerine ise, *toplumsal töreler, gelenekler veya uzlaşımlar* terimlerini kullanmanın uygun olacağı düşünülmektedir<sup>1</sup>.

Davranış standartları hakkında düşünürken, *etik ve ahlâk arasında bir ayırım yapmak yararlı olacaktır. Ahlâk, bir toplumun en genel standartlarını içerir. Bu standartlar; bireylerin meslekî veya kurumsal rollerinden bağımsız olarak, toplumun tümü için geçerlidir. Ahlâk standartları doğru ve yanlış, iyi ve kötü, erdemlilik ve erdemsizlik, âdil ve âdil olmayan arasında*

*ayırım yapar. Pek çok yazar, ahlâkî görevlerin ve yükümlülüklerin diğer yükümlülüklerden daha üstün geldiğine inanmaktadır: Eğer yalan söylememek gibi ahlâkî bir görevim varsa, o halde işim yalan söylememi gerektirse bile yalan söylememeliyim. Ahlâk standartları, çoğu kişinin çocukluğunda öğrendiği kuralları içerir; örneğin, “yalan söyleme, aldatma, çalma, başkalarına zarar verme” gibi. Etik, genel davranış standartları değil, toplumdaki belirli bir mesleğin, işin, kurumun veya grubun standartlarıdır. “Etik” sözcüğü, bu anlamda kullanıldığı zaman, meslek etiği, tıp etiği, spor etiği, askerlik etiği, İslâm etiği gibi başka kelimeleri nitelemeye yaramaktadır<sup>2</sup>.*

*Meslek etiği, meslekleri veya görevleri olan insanlara uygulanan davranış standartlarıdır. Bir mesleğe giren kişi, etik yükümlülükleri üzerine alır, ancak bu kişinin tavırları belirli bir standarda uyduğunda gerçekleştirilecek değerli iş ve hizmetler için toplum ona güvenir. Etik yükümlülüklerini yerine getiremeyen profesyoneller, bu güveni kötüye kullanmış olmaktadır. Örneğin, doktorların/avukatların, özel hayata saygı gösterme gibi bir ahlâkî görevin çok ötesine giden, meslekî sırları koruma görevleri vardır. Gizliliği ihlâl eden bir doktor/avukat, değerli bir hizmeti tehlikeye atmış olup, toplumun (ve hastanın/müvekkilin) güvenini kötüye kullanmaktadır. Etikçilerin incelediği meslekî standartlar, tıp etiği, hukuk etiği, kitle iletişim etiği ve mühendislik etiği gibi etik türlerini içermektedir<sup>3</sup>.*

### HUKUK - ETİK İLİŞKİSİ

Etik ilkeler/kurallar asgari standartları; bunların değer hükmü haline dönüşmesi, ahlâk kurallarını oluşturmaktadır. Çoğu

1 Resnik, s. 31.

2 Resnik, s. 31-32.

3 Resnik, s. 32.

zaman ahlâk kurallarının devlet yaptırımına bağlanması hali ise, hukuk kurallarına hayatiyet vermekte; kaynaklık etmektedir. Hukuk için, *asgari ahlâk* denilmesinin sebebi de budur. Hepsini hak esasına dayanır. Başkalarının haklarına saygılı olma, haddi aşmamanın zeminini ve garantisini oluşturmaktadır. Şüphesiz, bütün insanların hadlerini bilmesi ve buna uygun davranması düşünülemez. Haddin aşılması ya da haddin ne olduğu konusunda anlaşmazlığa düşülmesi halinde neye göre hareket edilmesi gerektiğini belirleyen, sosyal düzen kurallarıdır. Bunlara da aykırılık sözkonusu olursa, haddin bildirilmesini sağlayan ise, hukuk olmaktadır. Hukuk kuralları, bilinirliği sağlamaktadır. Kurallar hukuku oluşturmamaktadır; hukuk, bunlar aracılığıyla ulaşılan sonuçtur.

Hukuk, kanunlar/kurallar çerçevesinde ne yapılabileceğinin; etik ise, ne yapılması gerektiğinin ortaya konulmasıdır. Nitekim, etik gibi, hukuk bilimi de insan eylemlerini konu almakta, ancak incelemelerini ahlâkîlik açısından değil, kanunlara/kurallara uygunluk açısından yapmaktadır. Bu itibarla, hukuk normları, kanunlar/kurallar biçiminde, toplumun her üyesinin hakkı olanı güvence altına almakta ve tüm sosyal eylemleri bağlayıcı kılın düzeni temsil etmektedir<sup>4</sup>.

Hukuk normları, ahlâkî normlar değildir; ancak bağlayıcı olmayı ahlâkî normlarla sağlamaya çalışır. Çünkü, demokratik bir hukuk düzeni, ahlâkî öncüller üzerine kuruludur ve özgürlük, adalet ve eşitliğin mutlak değerler olarak herkes için kabul edilmesi gerekir<sup>5</sup>.

Bütün davranış standartlarını *etik* olarak adlandırmak mümkün değildir. Bu bakımdan, etik ve hukuk, siyaset, din gibi

diğer toplumsal normlar arasında bir ayırım yapmak son derece önemlidir.

*Etik* ile *hukuk* arasında bazı farklılıklar ve benzerlikler bulunmaktadır.

- Hukuk kuralları, insanların fiil ve davranışlarını düzenlemekte ve bunlara bazı sınırlamalar getirmektedir. Hukuk kurallarına aykırı davranılması halinde yaptırım uygulanmaktadır. Etik kuralları da insan fiil ve davranışlarına bir sınırlama getirmekle birlikte, bu kurallara aykırı davranılması halinde, hukukî anlamda bir yaptırım uygulanması sözkonusu değildir. Fakat, günümüzde hem kamu görevlileri için hem de akademisyenler için etik dışı davranışlara yaptırım uygulanması mümkündür. Ancak, bu aşamanın etik alanın dışında kaldığının ve hukuk alanına dahil olduğunun belirtilmesinde yarar vardır.

- Hukuk kuralları çoğunlukla yazılıdır. Etik ilkeler, yazılı olmayan normlardır. Ancak, günümüzde çeşitli alanlarda etik ilkelerin yazılı kural haline getirildiği bilinmektedir.

- Hukuk kuralları, kişilerin başka kişilerle ilişkilerini düzenlemekte ve kişinin fiil ve davranışı sonucunda başka kişilerin zarar görmemesini; etik ilkeler ise, kişilerin kendi kendilerini kontrol etmeleri yoluyla iyi ve doğru davranmalarını sağlamayı amaçlamaktadır.

- Hukuk kurallarının kaynağı tartışılmakla birlikte, bunların Devlet tarafından yazılı hale getirildiği kabul edilmekte ve bilinmektedir. Etik ilkeler, kamu vicdanında oluşur ve insan aklı tarafından şekillendirilir. Etik kurallar ise, devlet tarafından yazılı hale getirilebileceği gibi, çeşitli meslek kuruluşları tarafından da belirlenebilmektedir.

4 Pieper, s. 114.

5 Pieper, s. 114.

- Son olarak, kanunların uygulanmasında devletin zorlayıcı gücüne başvurulmaktadır. Bu bağlamda, belirli kanunları/kuralları ihlâl eden insanlara idam, hapis ya da para cezası verilmektedir. Etiğe veya ahlâka aykırı davranışlarda bulunan kişiler, davranışları aynı zamanda kanunlara da aykırı olmadıkça böyle cezalarla karşılaşmamaktadır. Etik veya ahlâk standartlarını ihlâl eden kişiler, genellikle davranışları ayıplanarak ya da böyle bir tavrın doğru-iyi olmadığı belirtilerek cezalandırılmaktadır.

### *Son Söz Yerine*

Ahlâk, genel iyi-kötü değerini ifade etmektedir. Hukuk, yaptırıma bağlanmış sosyal düzen kuralları aracılığıyla ulaşılan hak ve adalet anlayışıdır. Adalet, hukukun amacı; hukuk ise, adaletin aracıdır.

Ahlâk, *olan*; etik ise, *olması gereken*dir. O halde, etik kurallar ifadesi doğru değildir. Etik ilkelerden, ideallerden söz edilmektedir. Bunların kural haline gelmesi, ahlâkı-hukuku ilgilendirir. Buna dikkat etmek gerekir. İlkenin kural haline getirilmesi onun sıradanlaştırılması sonucunu doğurur. Kabul edilen-oluşan ilkenin bir anda ortadan kaldırılması, izlerinin-etkilerinin silinmesi mümkün değildir. Oysa, konulan kural konulduğu gibi kaldırılabilir. Bir kural-kanun değişikliği, o kuralı/kanunu *okkalık kağıt* haline dönüştürür.

Etik, meslek standardı olarak ifade edildiğinde, bu standartlara aykırılığın tesbiti ve bu aykırılığın giderilmesi ya da önlenmesi ise, etik alanından çıkıp hukuk alanına girmektedir. Bu anlamda etik, davranış kalıplarının-standartlarının neler olduğu ya da olması gerektiğinin belirlenmesi aşamasını; hukuk ise, toplumun huzur ve güven içinde yaşamasının teminatını oluşturmaktadır. Aslında, hukuk ile etik birbirini tamamlamaktadır. Ancak, her etik dışılık hukuku ilgilendirmemektedir; hukuk kurallarının hepsi de ahlâk-etik bağlantılı olmak zorunda değildir. Fakat, etik-ahlâk

dışılığın hukuk kuralı haline dönüştürülmesi ise, mümkün değildir.

Anlaşılan odur ki, ahlâk var olan, yaşanılan. Etik ise, ahlâkın felsefesidir. Ahlâk somut; felsefe ise, soyuttur. Biri teorik düzeyde var olan, diğeri ise, yaşanılan. Etik-Ahlâk-Hukuk ilişkisinin düzgün kurulması gerekir. Teorik düzeyde *iyi etik-le belirlenmekte*; ahlâk ile uygulanmakta; hukuk ile korunmaktadır.

### KAYNAKÇA

- **AKAL**, Cemal Bâli; “Etik Hukukun Neresinde?”, (güncel hukuk, Eylül 2001/9-81, s.42-45).
- **AKSOY**, Taner; Etik, (Yetkin Yayınları), Ankara 2006.
- **BAYAR BRAVO**, Işıl; “Ahlâk mı Hukuku Önceler, Hukuk mü Ahlâkı? Hegel’in Yanıtı”, (HFSA, 19, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, s. 169-172).
- **BADIOU**, Alain (Çev. Tuncay BİRKAN); Etik Kötülük Kavrayışı Üzerine Bir Deneme, (Metis Yayınları), İstanbul 2004.
- **BERKOWITZ**, Peter; Nietzsche Bir Ahlâk Karşıtının Etiği, (Ayrıntı Yayınları), İstanbul 2003.
- **DAVRAN**, Zeynep; “Hukuk Kurallarının Etik Temelleri”, (Etik ve Meslek Etikleri, Yayına Hazırlayan Harun TEPE, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2000, s. 139-152).
- **DEMİR**, Vedat; Medya Etiği, (Beta Yayınları), İstanbul 2006.
- **FRANKENA**, William (Çev. Azmi AYDIN), Etik, (İmge Kitabevi), Ankara 2007.
- **GÜRBÜZ**, Ahmet; “Hukukun Etik Değer Boyutunun Kavranmasının Hukuk Eğitim ve Öğreniminin Verimliliği Açısından Önemi”, (HFSA, 18, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 104-115).
- **HUME**, David (Türkçesi Nil ŞİMŞEK); Ahlâk, (dergâh yayınları), İstanbul 2010.

- **İŞIKTAÇ, Yasemin;** “Hukuk, Etik İlişkisinde Yeni Gelişmeler”, (Yasemin İŞIKTAÇ, Hukuk Yazıları, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 313-321).
- **KUÇURADI, İoanna;** *Etik, (Türkiye Felsefe Kurumu), Ankara 1999.*
- **KUÇURADI, İoanna;** “Felsefî Etik ve ‘Meslek Etikleri””, (Etik ve Meslek Etikleri, Yayına Hazırlayan Harun TEPE, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2000, s.17-32).
- **KÜBLER, Friedrich;** “Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği”, (Etik ve Meslek Etikleri, Yayına Hazırlayan Harun TEPE, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2000, s. 153-166).
- **ÖKÇESİZ, Hayrettin;** “Hukuk Devleti ve Yargıcı”, (Etik ve Meslek Etikleri, Yayına Hazırlayan Harun TEPE, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2000, s. 167-182).
- **ÖZBEK, Veli Özer;** “Hukuk-Etik İlişkisi Çerçevesinde Tıp Alanındaki Eylemlerin Cezalandırılabilirliği”, (HFSA, 21, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, s. 84-91).
- **ÖZDEMİR, Şennur;** “Hukukta ‘Minimum Etik’ Üzerine Bir Deneme”, (HFSA, 21, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, s. 138-151).
- **ÖZLEM, Doğan;** *Etik Ahlâk Felsefesi, 2. Baskı, (Say Yayınları), İstanbul 2010.*
- **ÖZLEM, Doğan;** “Ahlak, Hukuku Önce-ler”, (Doğan ÖZLEM, Etik Ahlâk Felsefesi, 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 2010, s. 203-227).
- **ÖZLEM, Doğan;** “Etik-Ahlak Ayrımı Üstüne”, (Doğan ÖZLEM, Etik Ahlâk Felsefesi, 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul 2010, s. 229-238).
- **PIEPER, Annemarie** (Çev. Veysel Atayman-Gönül Sezer); *Etiğe giriş, (Ayrıntı Yayınları), İstanbul 1999.*
- **RESNIK, David B.** (Çev. Vicdan MUTLU), *Bilim Etiği, (Ayrıntı Yayınları), İstanbul 2004.*
- **SCHOPENHAUER, Arthur** (Çev. Ahmet AYDOĞAN); *Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine, (Say Yayınları), İstanbul 2009.*
- **TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi;** “Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu”, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/2, s. 29-36).
- **UYGUR, Gülriz;** “Katılanın Perspektifi Bakımından Hukuk ve Etik İlişkisi”, (HFSA, 22, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2010, s. 6-10).
- **YÜKSEL, Cüneyt;** *Devlette Etik, (Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi), İstanbul 2010.*

# Günümüzdeki Hukukun Denge Arayışı Karşısında Birey ve Toplum

Jale KARAKAŞ

## Giriş

İçinde yaşadığımız dönem, hergün yeniden anlamlandırılmaya ihtiyaç duyuyor. “Anlamlandırma” en temel insan özelliklerinden biri olarak, yaşadığımız dönemin karmaşıklığının çözümlenmesi ya da yorumlanmasında da çağımızın en önemli biçimi olarak öne çıkıyor.

Modernizm ve modernleşme<sup>1</sup> ile tartışmalarımızı, hesaplaşmalarımızı henüz sonuçlandıramadan postmodernizm ve postmodernleşme tartışmalarına ve hesaplaşmalarına giriştik. Ama artık yaygın olarak kabul gören görüş, postmodern bir dünya ve dönemde yaşadığımızdır.

Postmodernizmin, bir takım süreklilikleri içinde barındırorsa da, modernizmden bir ayrılma halini, bir sonraki aşamayı temsil ettiği kabul edilmektedir. Böyle bir kabulün bir adım ötesi de, bu yeni dönemin tüm kurumlarımızı, kurallarımızı, değerlerimizi ve beklentilerimizi de topyekûn değiştirdiği ve değiştirmekte olduğudur.

Felsefi açıdan hukukun en temeldeki toplumsal kurallar bütünü olduğu söylenebilir. Bu genellikte bir tanım elbette hukukçuları çok tatmin etmez. Ancak bu bildirinin hareket noktası, bu genellikte birkaç kabulü çizilecek. Hukuk, toplumsal hayatı düzenleyen kurallar bütünüdür. Ulus-devlet ise herhangi bir siyasal örgütlenme biçimidir. İnsan toplumları da, bir kurallar bütünlüğü ve siyasal bir örgütlenme biçimine sahip olmadan devamlılık sağlayamazlar.

Bu kabullerden hareketle, hukukun “yerel” olduğu söylenebilir. Ancak günümüzde hukuka ilişkin yapılan en önemli tespitlerden biri, hukukun küreselleşme eğilimidir. Bu bildirinin problematiği de, küreselleşme eğiliminde olan hukuk ile “hukukun yerel” olmasının yol açtığı çelişkiler ve çatışmaların en azından başlıklar halinde belirlenmesidir.

Modernizmle yapılan hesaplaşmalarda kurumsallaşmış yapılar olarak “kapitalizm” ve “ulus-devlet”in öne çıktığı görülmektedir. Ancak son dönemde “toplum” ve “birey” kavramları da yeni gelişmeler karşısında, yeniden tartışılmakta ve tanımlanmaktadır.

Ulrich Beck’in “risk toplumu”ndan (U. Beck 2005) tutun da, Alain Touraine’in “toplumun sonunu” (A. Touraine 2008) ilan edişine kadar, toplum ve birey konusu son derece zengin bir şekilde incelenmektedir. M. Hardt ve A. Negri ortak eserleri olan *Dionysos’un Emeği* (2003), *İmparatorluk* (2001) ve *Çokluk* (2004) isimli kitaplarında, kapitalizm, ulus-devlet ve hukuk tarafından sınırları belirlenen toplum ve bireyi inceleyerek, postmodern dünyada artık bu yapıların yeni kavramlaştırılmaları ihtiyaç duyduğunu belirtirler. İçinde yaşadığımız dünyayı ve toplumu bir anlamlandırma çerçevesi olarak, işçi sınıfı- burjuvazi şeklindeki “sınıf” tanımlarının yetersizliğini ortaya koyup, yaşamı yeniden üreten tüm kesimleri “çokluk” olarak kavramlaş-

1 Modernleşme: “... geleneksel veya modern öncesi toplum tipinden modern toplum tipine doğru gelişen ve bu tipi şekillendiren süreci ifade etmek için kullanılır ...” ( Mehmet YÜKSEL 2004:5).  
Modernizm: Modernleşme “... döneminde şekillenen düşünce ve bilgi sistemini, kültürel ve sanatsal oluşumu anlatmaktadır.” (2004:5,6).



tırırlar. Çokluk'un da bir sınıf tanımı, eski sınıf tanımlarını çok aşan, daha evrensel bir sınıf tanımı olduğunun altını çizerek. Onlara göre birey kavramı; kapitalizm ve ulus-devletin gelişme aşamasında aslında içeriği çok olumlu çizilmiş olsa da bu içeriğe ulaşamamış, dolayısıyla yirminci yüzyılda anlam içeriği tamamen olumsuzlanmış olan bir kavramdır. M. Hardt ve A. Negri birey kavramı yerine "tekillik" kavramını önerir ve kullanırlar. "Tekillik" ise, "... farklılığı bir özdeşliğe indirgenemeyecek, farklılığı bâki kalan bir toplumsal özne..."dir (Hardt-Negri 2004:113).

Tüm bu örneklemeler modernizmin zihinlerimize kazıdığı, "bireyin toplumu oluşturan atomlar" olduğu yönündeki öğretim ve öğrenme kalıbının ne kadar tartışmalı bir kalıp olduğunu göstermektedir. Ancak C. Geertz'in de ifade ettiği gibi bu düşünce biçimi, insan düşüncesinin mantıklı bir biçimidir, yine de sorgulanmaya açıktır: "... insan 'düşüncesi'nin halen belirsizlik içinde olan -kafadaki düşünce ve dünyadaki düşünce- iki mantıklı ve farklı yaklaşımını ayırt ettim: Biri, onu kişilere bağlı ve hukuk egemenliğinde psikolojik bir süreç olarak kavrayan birörnek yaklaşım, biri de onu kültürel olarak kodlanan ve tarihsel olarak inşa edilen kolektif bir süreç olarak kavrayan çoğulcu yaklaşım." (2007: 24).

Tektipleşmiş bir toplum ancak tektip bireyler tarafından oluşturulabilirdi. Modernleşmenin en önemli ürünü diyebileceğimiz ulus-devletin rüyası böyle bir toplumdur. Nitekim bu toplum, pek çok farklı faktör ve failin bir arada işletilmesi ile, ki bu konudaki en önemli fail ulusal pozitif hukuklardı, neredeyse sağlanmıştı. Ancak kapitalizmin daha tutkulu bir rüyası vardı, "dünya pazarı"! Kapitalizmin dünya pazarını yaratma çabaları, ki en genel anlamda "küreselleşme"den kastedilen bu çabaların sonuçlarıdır, ulus-devletlerin tektip milli

toplumlarının ve tektip "atom" bireylerinin gerçek olmadıklarını ve olamayacaklarını yüzümüze vurdu.

David Harvey *Umut Mekanları* adlı kitabının başında küreselleşme söylemi ile ilgili olarak şunları söylemektedir: "Küreselleşme' mevcut söylemler arasında en makro düzeyde olanıdır; buna karşılık 'beden' toplumun işleyişini anlamamız açısından kuşkusuz en mikro düzeydedir (eğer toplumu DNA kodlarının ve genetik evrimin bir ifadesine indirgemeyeceksek tabii). Bu iki söylemsel rejim - küreselleşme ve beden- siyasal ve toplumsal hayatı anlamak için kullanabileceğimiz ölçüt spektrumu üzerinde iki zıt uçta yer alır" (2008:30). Ona göre "düşünme ve fikir yürütme biçimlerimizde tikel ve evrensel arasında bir seçim" yapamayız. D. Harvey'in "ilişkisel diyalektik" dediği düşünme biçiminde de tikel ve evrenselden "biri ötekini muhakkak içselleştirir ve kendine dahil eder". Dolayısıyla en makro düzeyde yer alan küreselleşme söylemi ile en mikro düzeyde yer alan beden söylemi birbirini dışlayan söylemler değildir. Tam tersine D. Harvey'e göre "... bedeni kuramsal ya da ampirik olarak küreselleşmenin dışında tutarak anlamak mümkün değildir. Ama bunun tersi de doğrudur: En basit belirleyenlerine indirgendiğinde küreselleşme, milyarlarca birey arasındaki toplumsal ve mekansal ilişkilerden ibarettir." (2008: 31).

Hukukun yerelliği savı, hukukun toplumsal kurallar bütünlüğü olduğu savını dışlamaz, tam tersine bu genel savı içerecek yerel kalmaya devam eder. Tikel ile evrensel arasındaki bu ilişki biçimi, tikel ile evrensel arasındaki birbirini içererek bütünlüme bugün sosyal bilimlerin bilgi alanlarının yeniden şekillenmesine de neden olmaktadır. Tam da bu nedenle disiplinlerarası çalışmalar büyük önem kazanmaya başlamıştır. Ekonomi bilgi alanı olmadan bir psikoloji, psikoloji olmadan bir siya-

set bilimi, felsefe ve antropoloji olmadan da bir hukuk bilgi alanı olamaz. C. Geertz *Yerel Bilgi* isimli kitabında yöntemine ilişkin olarak şunları söyler: “Her türden kültür açıklayıcısının bizim için yapabildiklerine kavramsal olarak ‘çeviri’ dedim. ... ‘Çeviri’, burada, basitçe, ötekinin ifade biçimlerini kendi biçimlerimizle ifade etmek değil (kayıplara neden olan bir yoldur bu); onların mantık biçimlerinin bizim mantık tarzımızla sergilenmesidir; ... Özel anlayışlara özel ilgi göstererek bakmakla onlara egemen olan yaklaşımı küresel olarak tanımlamak arasındaki salınım böylece ... çözümlemenin ilerlemesine yön verir.” (2007: 19-21).

Hukukun “küreselleşme” eğilimi karşısında toplumların dolayısıyla bireylerin doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kaldıkları etkiler ve bu etkilere gösterdikleri tepkiler de tıpkı D. Harvey’in sözünü ettiği gibi, birbirlerini içselleştirmekte ve kendilerine dahil etmektedirler. Bu nedenle hukukun küreselleşme eğilimini, toplum ve bireyi göz önüne almaksızın anlamlandırmak pek mümkün görünmemektedir. Ayrıca yaşadığımız dünyanın başat siyasal örgütlenme biçimi olan ulus-devletlerin ulusal pozitif hukuklarının, her ne kadar dünyanın gelişmiş kesimlerinde belli değerler çerçevesinde oluşturulmaya çalışılan standartlara karşın, temelde “yerel” olma özellikleri de göz önünde tutulmak zorundadır.

### Hukukun “Yerel”liği

Hukukun toplumsal bir olgu olması, hukuk sosyolojisinin hareket noktası olarak aslında “yerel”liğe yapılan bir vurgudan oluşmaktadır. Hukukun en temel kaynaklarından biri olarak kabul edilen gelenek ve görenek ile örf ve adet, toplumsallığın yapı taşlarıdır. Yeniçağda yükselişe geçen “doğal hukuk akımı” ve “toplum sözleşmesi” kuramları da bu genel tespitler çerçevesinde şekillenmişlerdir. Yeniçağa girerken doğal hukuk, göreneğin içinde zaten mevcut

hakların savulmasının bir adımıydı. Yeniçağ düşünürleri kutsallık atfedilen mevcuttaki doğal hukuku, kutsallığından sıyrıp geliştirmekte olan ulus-devletin çerçevesine göre giydirdiler. Ancak, “Genel hak uygulaması ve de bu haklara ilişkin sözel gelenek, coğrafi özellikler kadar özgül ve yereldir.” (E. P. Thompson 2006: 180). Doğal hukuk kuramcıları, toplumla devleti ayırıp, topluma bir kurgusallık atfederek, gerçek anlamda “yapılmış” bir kurum olan ulus-devletin kutsal sayılmasına neden oldular. “Modern doğal haklar teorisi, gerek deneysel gerekse de idealist kökene dayansın, bir aşkınlık ve içkinlik düzleminin aynı içerisinde eritilmesi teorisi.” (A. Negri 2010: 15). Ancak kapitalizm bile, coğrafi ve özgül koşullar nedeniyle, ulus-devletin oluşumunda bir eşzamanlılık sağlayamamıştır. Yine de bir genelleme yaparsak, ticari kapitalizm, sanayi kapitalizmine doğru gelişirken ulus-devletle birlikte, ulusal pozitif hukukları da kendi ihtiyaçları çerçevesinde şekillendirdi. Ve tam da bu dönemde pek çok yazarın işaret ettiği gibi doğal hukuk akımı “devrimci” bir rol üstlendi (E.B.Pasukanis 2002: 65, S. Keyman 1981: 187).

Edgar Palmer Thompson’un ifadesiyle o zamanlarda “görenek” sözcüğü olumlu anlamlıydı. “Önceki yüzyıllarda ‘görenek’ terimi bugün ‘kültür’ sözcüğünün taşıdığı anlamın pek çoğunu içeriyordu. Görenek insanın ‘ikinci doğası’yı. Görenek, 18. yüzyılda kuşkusuz ‘iyi’ bir sözcüktü. İngiltere uzun bir süreden beri İyi ve Eski olmakla övünüyordu. Üstelik işlevsel bir sözcüktü. Eğer bir kulvarda, ‘görenek’, bizim bugün ‘kültür’e yüklediğimiz anlamı taşıyorsa, bir başka kulvarda göreneğin genel hukukla yakın bağları vardı. Bu hukuk ülkenin göreneklerinden, ya da teamüllerinden türetilmişti. Kurala ve temüle indirgenebilecek uygulamalar kimi koşullarda kodifiye edilmiş ve hukukta bağlayıcılık kazanmıştı.” (E. P. Thompson 2006:15, 16).

E.P. Thompson'un da belirttiği gibi, "göreneğin kendisi arayüzdür; çünkü hem praksis, hem de hukuk olarak görünebilir. Göreneğin kaynağı praksiste yatar." (2006: 123). Çünkü görenek, geleneğin aksine sürekli değişim içindedir (2006: 19). E.P. Thompson'a göre 18. yüzyıl İngilteresinde görenek "hemen hemen her teamül, uygulama ya da talep edilen hakkın haklılaştırılmasının retoriği idi." (2006: 18). Dolayısıyla E. P. Thompson'a göre görenek, toplumsal çatışmaların çözümü için, içinde hareket edilen bir çeşit "kültürel arena" işlevini yerine getirmekteydi. "... bir kültür aynı zamanda, içinde sözelle okur-yazar, üstlerle astlar, köyle metropol arasında trafiğin var olduğu çok çeşitli kaynakları içeren bir havuzdur; bir 'sistem' olarak şekillenmesi için -örneğin ulusçuluk ya da etkili dinsel ortodoksuluk ya da sınıf bilinci gibi- güçlü etkileri gerekli kılan çatışan unsurların yer aldığı bir arenadır. Ve gerçekten de 'kültür' teriminin kendisi, konsensusu çağırıştıran sıcaklığıyla, dikkatleri toplumsal ve kültürel çelişkilerden, bütün içindeki kırılma ve zıtlıklardan uzaklaştırabilir" (2006: 19). Thompson'un 18. yüzyıl İngilteresindeki göreneğin işleyişi ile ilgili söyledikleri, aynı zamanda hukukun normlar biçiminde şekillenmesini de resmeder. Görenek, talep edilen hakların haklılaştırılması ve bunun toplumsal yapının meşru gördüğü biçimlere büründürülmesiydi.

"Hem pratikler hem de normlar, göreneğin kuşaklar boyunca ağır ağır farklılaşan ambiyansı içinde yeniden üretilir. Gelenekler, anekdot ve anlatımsal örneklerin yardımıyla büyük ölçüde sözel iletimle sürekli hale getirilir; sözel geleneğin yerini okuma-yazmanın aldığı durumlarda, küçük masal kitapları, almanaklar, destanlar, 'son ölüm konuşmaları' ve suç öyküleri gibi en fazla yaygınlık kazanan basılı ürünler, sözel kültüre alternatiflerle meydan okumak yerine onun beklentilerine adeta boyun eğdirilmiş görünmektedir." (2006:21).

Günümüzde de küresel bir hukukun şekillenmeye başlaması ile toplumsal çatışma ve kutuplaşmaların yeni ifade biçimlerinin yaratılmaya başlandığı görülmektedir. Ve ilginçtir ki bu ifade biçimleri belki de ilk kez "evrensel" sözcüğünün hakkını verecek kadar genelleşme eğilimindedir. Çünkü hukukun özellikle "ekonomik" anlamda küreselleşmesi, bu hukuk biçiminden etkilenenleri sınırlayan (ulus, ülke, dil, cinsiyet vb.) sınırları tamamen aşmış durumdadır. Bu sonuç kaçınılmaz olarak kültürün de "küresel" bir eğilim taşımasına neden olmuştur. Günümüzde artık küresel bir ahlak talebinden rahatlıkla sözdebilmekteyiz.

D: Harvey'e göre, "Günümüzde küreselleşme radikal bir dönüşümün gayet özel ve eşsiz koşullarını yaratmaktadır. Öncelikle, göze çarpan istikrarsızlık (...) ve artan ekonomik eşitsizlik karşısında sitemin reformu yönünde geniş çaplı bir talep oluştu. İkinci olarak, çevresel sorunlar her yerde görünür hale geldi. Bunların çoğu da, küresel ölçek dahil her ölçekte düzenleyici eylem ve müdahaleleri gerekli kılıyor. ... Üçüncü olarak, kendini gerçekleştirme ve kişisel tatmin konusunda 1948 Beyannamesi'nde de ifade bulan Batılı düşünme tarzlarının yayılması, ekonomik, toplumsal ve kültürel düş kırıklıklarından beslenen bir dizi güçlü tepki doğurdu. Esefle karşılaşılsa dahi, daha evrensel bir popüler kültüre doğru gidişat bir yandan yabancılaşma ve düş kırıklığı yaratırken diğer yandan kişisel tatmin taleplerini artırıyor. Burjuva demokratik hak ve özgürlüklerini küresel olarak empoze etme seferberliği anti-otoriter, bireyci, riayet duygularını aşındıran ve biraz sakat da olsa eşitlikçi (...) bir küresel kültür devrimi zemini kurmuştur." (D. Harvey 2007: 118).

### Küresel Hukuk

Küreselleşme esas olarak ekonomik boyutuyla ele alınan bir olgu. Küreselleşmenin ekonomik boyutunda ise çok net

gözlemlenen ve ifade edilen gerçek, artık “dünya pazarı”nın gerçekleştiğidir. Ancak dünya pazarının gerçekleşmesi, piyasaların büyümlü gücüyle değil, gelişmiş ülkelerin uluslararası boyutta oluşturdukları mekanizmalar sayesinde olmuştur: Dünya Ticaret Örgütü bu mekanizmaların en önemli örneklerinden biridir.

M. Hardt ve A. Negri'nin belirttikleri gibi, kapitalizm her zaman düzenleyici mekanizmalara ihtiyaç duymaktadır. Ulus-devlet tarihi boyunca bu işlevi yerine getirmiştir. Ancak küreselleşme, ulus-devlet sınırlarının dışına çıkmayı ifade ettiği için, ulus-devleti bir yandan yıpratırken, diğer yandan da güçlendirmektedir. Küreselleşme ulus-devleti yıpratmaktadır; çünkü piyasaları düzenleme yetkileri yavaş yavaş ulus-devletlerin elinden çıkmaktadır. Bu yetkilerin sınırlanması veya tamamen ortadan kalkmasının etkileri, diğer toplumsal alanlarda da zincirleme sonuçlara neden olmaktadır. Küreselleşme ulus-devleti güçlendirmektedir; çünkü yeni “güvenlik” anlayışı, dünya pazarı ile birleşince ulus-devletin askeri anlamda toplumlar üzerindeki rolü tartışılmaz bir hale gelmektedir. “Bu çerçevede, yeni bir global yönetim sisteminin; kendine özgü politikalarıyla, hukuki kural ve mekanizmalarıyla ve idari organlarıyla filizlenmekte olduğu söylenebilir.” (M. Yüksel 2004: 171).

Küreselleşmenin yol açtığı en vahim sonucun yoksulluk olduğu en ateşli küreselleşme savunucuları tarafından bile artık kabul edilmektedir. Konuyla ilgili rakamsal veriler gerçekten de çarpıcıdır. Örneğin Uruguay Turu ticaret müzakerelerinde imzalanan ticaret anlaşmasının sonucunda, Sahra-altı Afrika’da gelir yüzde iki gerilemiştir (J. Stiglitz 2006: 83). Kısaca yoksulluk da küresel bir boyut kazanmıştır. Sadece fakir olan ülkeler daha da fakirleşmekle kalmamış, zengin ülkelerin yoksulları da artık görmezden gelinemeyecek derecede artmıştır.

Küresel ekonomi çok açık bir biçimde kazanmaya odaklanmış ve kaybedenleri göz önüne almadan işlemektedir. Ancak varılan noktada sadece kaybedenler değil, kazananlar da kuralların değişmesi gerektiğini söylemektedirler. Örneğin dünyaca tanınmış olan G. Soros’un şu sözleri gibi: “... tüm kanıtlar, kazananların kaybedenlerin kayıplarını telafi edebileceklerine ve sonunda yine kazançlı çıkacaklarına işaret ediyor. Asıl sorun, kazananların kaybedenlerin kayıplarını telafi etmemeleridir.” (2003: 6). Bu kadar net ifade edilebilen “adaletsizlik” hali, küresel düzeyde “adalet” taleplerini hiç olmadığı kadar yükseltmektedir. Dünya Bankası başekonomistliği de yapmış olan, Nobel ekonomi ödülü sahibi J. Stiglitz’e göre, “Küreselleşme bugüne kadar yapıldığı şekliyle sunulduğunda yurttaşlık haklarının insanların elinden alınmasını temsil eder. Bu yüzden, özellikle yurttaşlık hakları ellerinden alınanlar tarafından karşı çıkılmasına şaşmamak lazım.” (2006: 274, 275). Ekonomi ve hukukun küreselleşme sürecindeki işleyiş biçimleri, dünyanın yoksullarında (hem hakim hem bağımlı bölgelerdeki yoksullarında) hukukun adalet için değil, para kazanmak için olduğu kanısını güçlendirmekte ve kendi meşruiyetlerini, dolayısıyla adaleti sağladıklarını düşündükleri siyasal biçimlere dönüşmektedir.

Dünyanın bu yoksulluk tablosunu tamamlayan olgu, günümüzdeki göç dalgalarıdır. Bilinebildiği kadarıyla yaşanan en yoğun göç dalgaları, içinde yaşadığımız bu dönemde gerçekleşmektedir. M. Hardt ve A. Negri'nin de belirttiği gibi, göç bir yanıyla “kaçış”tır, ama diğer bir yanıyla “umut”tur (2003a: 226, 227).

Bu yoksulluk ve göç tablosunu, neredeyse tüm gelişmiş ülkelerin pozitif hukuklarında yapılan değişiklikler tamamlamaktadır. Vatandaşlık yasalarından, göç ve göçmenlere ilişkin yasalara kadar yeni-

lenen yasalar, genel olarak güvenliği öne çıkaran bir anlayışla gerçekleştirildiği için, ulus-devlet sınırları belki de hiç olmadığı kadar geçilmez hale getirilmeye çalışılmaktadır. Ancak sürekli bir yerden bir yere umuda kaçan insanlar, bu protestolarıyla yeni bir toplum ve bireyin de temellerini atmaktadırlar.

Bu noktada “insan hakları”nın yeni toplum ve bireyin “görenek”i haline gelmeye başladığını söyleyebiliriz. Küresel kültür, küresel bir ahlak talebinin temelini bulduğu yer olmakta ve günümüzdeki hak taleplerinin kalkış noktası çoğu zaman “insan onuru” olmaktadır. E. P. Thompson’un da söylediği gibi “... kimi ‘görenekler’ yakının zamanda icad edilmiştir ve aslında yeni ‘hak’ talepleridir.” (2006: 13).

Ulus-devletlerin egemenlik alanından çıkıp küreselleşmeye başlayan hukuk, bir “denge” arayışındadır. Çünkü küresel hukuk iki uç, güç ve etik arasında salınan bir sarkaç gibidir. Hukukun küresel ekonomik ve siyasal güçlerce kullanımı, insan haklarını muhalefetin meşru sözü, ifade biçimi haline getirmesine karşın, insan hakları ve adalet taleplerini karşılayacak uluslararası kurumların olmayışı, olanların da etkisizliği bir handikap yaratmaktadır.

“Kültürün bir yandan uluslararasılaşırken diğer yandan da çoğulcu bir nitelik kazanması, hukuksal gelişmeleri de etkileyip şekillendirmektedir. Çağdaş anayasalarda oldukça bireysel düzeyde kurulmuş olan bir haklar kuramı, ortak kimliklerin ve kültürel farklılıkların ifadesine yönelik talepleri karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Bu oluşumlar, başta anayasalar olmak üzere, vatandaşlık hukuku, yabancılar hukuku ve azınlıklar hukuku gibi ulusal hukuk dallarını etkilemekte ve yeniden yapılanmalarına yol açmaktadır. Kısacası postmodernleşme sürecinde hukuk, çok önemli değişimlere maruz kalmaktadır.” (M. Yüksel 2004: 178).

Uluslaştırma süreci ile başlamış olan kimliklendirme biçimleri günümüzde her anlamda tartışılmakta ve iş görmekte de zorlanmaktadır, en başta da yurttaş kavramı. Günümüzün toplumları, bir zamanlar ulus-devletin sağlamaya çalıştığı homojen toplumlara hiç benzememektedir. “... kimlik, sadece kim olduğumuz duygusu –bir tanımlama- değildir; dünyaya bakmak için kullandığımız bir mercektir.” (L. M. Friedman 2002: 13). Günümüzün özellikle gelişmiş ülke toplumları hem ulusal kimlikler hem de alt kimlikler konusunda oldukça renkli bir tablo çizmektedirler.

Günümüzün toplumu evrenselcilik ve tikellik, homojenlik ve çoğulculuk arasında gidip gelmektedir. Bunun en önemli nedenlerinden biri de önlenemez göç hareketleridir. Evrenselcilik, siyasal alanda tikel grupların elini güçlendirirken; homojenliğe ya da ulusal kimliğe atfedilen önemi her geçen gün zayıflatmaktadır. Bunun ilk sonucunun görüldüğü yer ise, vatandaşlık ve yabancılar hukuku alanlarıdır. “Göç hareketlerini kontrol altına almaya yönelik bütün siyasi, hukuki ve fiili önlemlere rağmen, göç akımı devam etmekte ve modernite koşullarında oluşan klasik vatandaşlık modeli zayıflarken, yeni bir vatandaşlık ya da üyelik anlayışı şekillenmektedir.” (M. Yüksel 2004: 174).

Vatandaşlık artık sınırları şekilsizleşmeye başlamış olan bir tanımlamadır. Bir toplumun içinde yaşayan göçmenler, siyasi mülteciler, çifte uyruklular, azınlıklar hukuken ayrı statülerde değerlendirilseler de, artık tüm bu gruplarca talep edilen eşit üyelik haklarıdır. G. Agamben’in belirttiği gibi, “Mülteciler, insan ile vatandaş, doğum ile milliyet arasındaki sürekliliği koparmak suretiyle, modern egemenliğin orijinal kurgusunu krize sok[maktadır]” (G. Agamben 2001: 172). Bireyciliğe ve eşitliğe inanan günümüz toplumunda, insan haklarının çok doğal bir biçimde “sınırsız

ve sınırlamasız, ‘sınır ötesi’ haklar” olarak istisnası olamayacağına inanılmaktadır. “Yeni gelişen bu hak bilinci gerçekten de modern hukuk kültürünün can alıcı bir yüzüdür. Tikel hukuk kodlarını aşarlar.” (L. M. Friedman 2002: 209).

Günümüzde yaşanan “büyük dönüşüm”, toplumsal yapılarımızda yarattığı değişikliklerle, özgür ve bağımsız olmaya dair talepleri de yoğunlaştırmış görünmektedir. Karl Polanyi’nin altmış yıl önce sözettiği, “bireyin siyasal ve dini görüşlerinden, rengi ve ırkından bağımsız olarak, kabul edilebilir koşullar altında çalışabileceği bir iş sahibi olma hakkı” (2006: 340), bugün “küresel yurttaşlık” ve “toplumsal ücret” (ya da geçimlik ücret) olarak yeniden formüle edilmektedir. Dile getirilen bu taleplerde en dikkat çekici unsur, insan haklarının ahlaki bir temel olarak kabulüdür. Adalet, özgürlük ve insan onuru kavramlarıyla temellendirilen tüm bu talepler diğer yandan da dayanışmacı, paylaşımcı yeni bir toplum ve insan resmi çizmektedir. Ancak göç olgusunun bir olumlu, bir olumsuz yönü olmasındaki gibi, “yeni toplum” ve “yeni birey” de pek çok çatışma ve çelişkinin sonucunda şekillenecektir!

### Sonuç

Hukukun “yerel” olduğuna ilişkin temel bilgi edinilmeden “hukuk devleti” ya da “hukukun üstünlüğü” gibi kavramların kullanımı basit bir inançtan ötesini temsil etmez, edemez. Yirmibirinci yüzyılın eşliğinde “inanç” konusu hala dinsel inançlarla sınırlandırılmaya çalışılsa da, asıl “inanç konuları” modernizmin yarattığı ve devamında fayda gördüğü “rasyonel inançlar”dır. “Tarihsel kapitalizmin ... bilimsel kültürüne ilişkin bugünkü temel kolektif imgemiz, bu kültürün ‘geleneksel’ ve bilim dışı kültür güçlerinden gelen zorlu direnişe karşı soylu şövalyeler tarafından ortaya konulmuştur. ... Her seferinde, ‘boş inançlar’a karşı ‘akılcılık’ ve ‘zihinsel zul-

me’ karşı ‘özgürlük’ dendi. Bunların siyasal ekonomi alanında burjuva girişimcinin aristokrat toprak sahibine karşı isyanıyla paralel (hatta özdeş) olduğu varsayıldı.” (I. Wallerstein 2006: 63). Onyedinci yüzyılda insanlığın düşünce dünyasında yaşanan büyük dönüşümün sonucu olarak ortaya atılan ve önemli bir süre boyunca son derece işlevsel olarak kullanılan bazı ideal ya da ütopyik düşünceler ve kavramlar bugünün gerçekliğinde yeniden değerlendirmeye ihtiyaç duymaktadır. Bunun en önemli nedenlerinden biri, hatta başlıcası, küreselleşme döneminde mevcut bilgi birikimimizin sorunları çözmemizde yeterli olmadığıdır. Tikel ve evrensel arasındaki ilişkiyi diyalektik ya da ötekinin mantık biçimlerinin bizim mantık biçimlerimiz açısından sergilenmesi de, bu farkındalık sonucu oluşan bir “anlamlandırma” denemesidir.

Küreselleşmenin erken dönemlerinde yükselişe geçen kültürel çalışmalar, mevcut bilgi birikimimizle çözümler bulup, yanıtlar üretmediğimiz alanlarda önemli bir boşluğu doldurdu. Ancak tikelin evrensel ile olan ilişkisine yeterince eğilmediği için de fazlasıyla eleştiri aldı. “Sanat ve bilimleri oluşturan çeşitli disiplinler ve yarı-disiplinler, onlara tutulanlar için, teknik görevler ve sözlü zorunluluklar olmanın ötesindedir; onlar tutumların biçimlendirildiği ve yaşamların ona göre sürdürüldüğü kültürel çerçevelerdir. Fizik ve bağırırsak falı, heykel ve deriyi çizmek en azından şu açıdan benzerdir: Onları gerçekleştirirenler için onlar yaşama özel bağlantı kiplerine yaşam verirler ve geri kalan bizler için de bu kipleri biçimlendirirler.” (C. Geertz 2007: 25). Yerel olana ilişkin bilgi günümüzde daha da büyük bir önem kazandı. Çünkü söz konusu bilgi kendimize dair, düşünme biçimimize dair yanılgıları da ortaya çıkarmaya başladı. Modernizmin “rasyonel inançları”na “bilgi” muamelesi yaptığımızı fark ettik. Her şeyden önce,

ulus-devlet biçiminin yegâne siyasal örgütlenme biçimi olduğunu düşündük. Hukukun tarihini unutup, sadece yazılı yasalara hapsedtik. Tüm bu süreçte pozitif hukuklar, ulus-devlet ve kapitalizmin daha işlevsel hale gelmesinde en önemli failler oldu. Postmodernleşmenin belki de en önemli yararı, bilgi birikimimiz içindeki önyargı kirliliğini açığa çıkarmış olmasıdır.

“Kendimizi bir başkası olarak görmek gözümüzü açabilir. Başkalarının bizimle aynı doğayı paylaştığını görmek en basit terbiyedir. Fakat kendimizi başkalarının arasında, insan yaşamının yerel olarak aldığı biçimlerin yerel bir örneği, olgular arasında bir olgu, dünyalar arasında bir dünya olarak görmenin verdiği kazanım en zordur; o olmadıkça nesnelliğin mesnetsiz bir gurur ve hoşgörünün bir kalkan olduğu geniş fikirlilik buradan gelir. Eğer yorumsal antropolojinin dünyaya genel bir görevi varsa, bu, akılda tutulması güç gerçeği yeniden öğretmeyi sürdürmesidir.” (C. Geertz 2007: 27).

## KAYNAKÇA

- AGAMBEN, Giorgio. Kutsal İnsan, Çev. İ. Türkmen, İstanbul: Ayrıntı Yay., 2001.
- BECK, Ulrich. Siyasalığın İcadı, Çev. N. Ünler, İstanbul: İletişim Yay., 2005.
- FREIDMAN, Lawrence M. *Yatay Toplum*, Çev. A. Fethi, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 2002.
- GEERTZ, Clifford. *Yerel Bilgi*, Çev. K. Emiroğlu, Ankara: Dost Kitabevi Yay., 2007.
- HARDT, Michael-NEGRI, Antonio. Dionysos’un Emeği, Çev. E. Başer, İstanbul: İletişim Yay., 2003. *İmparatorluk*, Çev. A. Yılmaz, İstanbul: Ayrıntı Yay., 2003a. *Çokluk*, Çev. B. Yıldırım, İstanbul: Ayrıntı Yay., 2004.
- HARVEY, David. *Umut Mekanları*, Çev. Z. Gambetti, İstanbul: Metis Yay., 2008.
- KEYMAN, Selahattin. *Hukuka Giriş*, Ankara: Yetkin Yay., 2002.
- NEGRI, Antonio. “Çokluk Eleştirilerinin Eleştirisi”, Çev. S. Akbaş, İstanbul: Dipnot, Sayı:3/2010:15-24.
- PASUKANIS, Evgeny B. *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev. O. Karahanoğulları, İstanbul: Birikim Yay., 2002.
- POLANYI, Karl. *Büyük Dönüşüm*, Çev. A. Buğra, İstanbul: İletişim Yay., 2006.
- SOROS, George. *Küreselleşme Üzerine*, Çev. M. Keçik, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2003.
- STIGLITZ, Joseph. *Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı*, Çev. A. Taşcıoğlu-D. Vural, İstanbul: Plan B Yay., 2006.
- THOMPSON, Edward P. *Avam ve Görenek*, Çev. U. Kocabaşoğlu, İstanbul: Birikim Yay., 2006.
- TOURAINÉ, Alain. *Başka Türü Düşünmek*, Çev. M. Morali, İstanbul: Kırmızı Yay., 2008.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Tarihsel Kapitalizm*, Çev. N. Alpay, İstanbul: Metis Yay., 2006.
- YÜKSEL, Mehmet. *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2004.

# Türk - İsviçre Borçlar Hukuku'nun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Düzenlemesi Üzerinde Tabii Hukuk Akımının Etkisi

Sevgi KAYAK\*

## I. Genel Olarak

Bilindiği üzere günümüz modern kurumlarında yer alan pek çok düzenlemenin, kurum ve kavramların temelleri tarihsel köklerine dayanır. Sıkça olmamakla birlikte kurumlar ya aynen korunarak ya da az çok değişime uğrayarak günümüze kadar gelebilmişlerdir. Bu sebeple şu bir gerçektir ki günümüzdeki pek çok hukuksal kavramın anlaşılabilmesi tarihsel geçmişin araştırılması ile mümkün olmaktadır. Bu kurumlar arasında üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi de yer alır. Hatta üçüncü kişinin fiilini taahhüt, tarihsel bağları halen devam eden bir kurum olmakla bu kurumlar arasında öncelikli yer tutar. Bu bakımdan üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin tarihsel bağlantılarının sıradan olduğunu savunmak çok güçtür. Zira bugün Borçlar Hukukunun en tartışmalı konularından biri olan, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki kimliği ile ilgili tartışmaların arkasında yatan neden de konu ile ilgili çalışmaların tarihsel materyale yeteri kadar atıf vermemeleridir. Bu itibarla biz çalışmamızda hukuki nitelik ile ilgili sıcak tartışmalara kurumun tarihsel geçmişinin nasıl yön verdiğini ve bugün itibariyle üçüncü kişinin fiilini taahhüdü garanti sözleşmesi olarak kabul eden baskın görüşe nasıl ulaşıldığını açıklamaya çalışacağız. Özellikle üçüncü kişinin fiilini taahhüt gibi basit bir terimsel ifadeden garanti sözleşmesi gibi hukuksal bir kavrama nasıl ulaşıldığını ispata uğraşacağız.

## II. Kavram

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt Türk Borçlar Kanunu'nun 110. maddesinde, İsviçre Borçlar Kanununun ise 111. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununun 110. maddesindeki düzenleme şöyledir:

Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.

Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir.

Maddenin Mehaz Kanundaki karşılığı olan art. 111 CO'da "porte-fort" kenar başlığı altında kaleme alınmış Fransızca metin şöyledir:

Bir üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü kişi tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zararı gidermekle yükümlüdür.

Her iki kanun düzenlemesi de üçüncü kişinin fiilini taahhüdü aynı ifadelerle açıklamıştır. Ancak aralarında küçük bir fark vardır: Türk Borçlar Kanunu'nun 110. maddesi iki fıkralık bir madde iken İsviçre Borçlar Kanunu 111. madde tek fıkralıktır. Türk Borçlar Kanunu'na, 8 Temmuz 1981 gün ve 2486 Sayılı Kanun<sup>1</sup> ile banka teminat mektupları hakkındaki süre sorununu

\* Dr. , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> RG 10.7.1981 t., Sayı No: 17396.



gidermek için eklenen bu ikinci fıkra, İsviçre Borçlar Kanunu'nda mevcut değildir. Ancak bu fark, düzenlemenin özüne etki eden bir fark değildir, her iki kanunda da üçüncü kişinin fiilini taahhüt aynı hukuki yapıda kaleme alınmıştır<sup>2</sup>.

Maddelerde yer alan açıklama ve ifadeler Türk İsviçre doktrininde büyük tartışmalarla karşılanmış ve maddenin, kurumun ana hatlarını ifade etmek bakımından çok başarısız olduğu vurgulanmıştır. Hukuk dünyasında maddenin şu anki haliyle bize söyleyebildikleri hakkında temelde iki görüş ortaya çıkmıştır: Genel hüküm görüşü ve garanti sözleşmesi görüşü.

Birinci görüş, söz konusu düzenlemeyi üçüncü kişilerin edimlerinin konu edildiği sözleşmelerin geçerliliğini ifade etmek için getirilen bir madde olarak görür<sup>3</sup>. Sözleşme yapmak için karşılıklı olarak bir araya gelen taraflar normal olarak sözleşmelere kendi edimlerini konu ederler. Fakat zaman zaman kendi edimleri yerine üçüncü kişilerin edimlerini de konu etmek isteyey-

bilirler. BK m. 110 (İsv. BK m. 111) üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak sözleşme konusu edilebileceğini göstermek için getirilen bir maddedir. Bu görüş, bu açıklamayı yaparken çok bellidir ki kurumun tarihsel bağlantısını katı biçimde göz önünde bulundurmamıştır. Zira hemen hemen tüm hukuki kurumların olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de çatısı Roma hukukunda kurulmuştur. Ancak bugünkünden farklı olarak Roma'da üçüncü kişinin fiilini taahhüt geçersiz kabul edilmiştir<sup>4</sup>. Çünkü Romalılar nazarında sözleşme yapmak için bir araya gelen taraflar, ancak kendi edimlerini sözleşme konusu yapabilirler. Edimi vaat edilen üçüncü kişinin, edimi vaat edildiği zaman, rızası olmadan borçlandırılması mümkün değildir. Böyle bir sözleşmeden ötürü taahhüt eden de borçlanmış değildir; zira vaat ettiği edim kendi edimi değildir. Çünkü edim kendisinden sadır olmayacak, kendi ellerinden çıkmayacaktır. O halde bu tür bir işlem Romalılarca "inutiles (faydasız, hükümsüz)" kabul edilir<sup>5</sup>. Genel hüküm görüşü bu noktada devreye girer ve BK m.

- 2 Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C: II, *Tümü Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. bs.*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987, s. 889 vd.
- 3 Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, C: II, s. 849 (naklen: Samuel Reusser, *Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht*, Dissertation, Bern. (y.y.); Aynı yönde Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, C: II, s. 850-851; Kenan Tunçoğlu, *Türk Borçlar Hukuku*, C: I, *Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Genişletilmiş 6. bs.*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 978-979; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979, s. 384.
- 4 Eugène Petit, *Traité Élémentaire de Droit Romain*, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, 320; Edouard Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, 2. éd., revue et complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale, 1928, s. 372; Raymond Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Tome II, *Les Obligations*, 4. éd., 1948, s. 96; M. Ortolan, *Explication Historique des Instituts de L'Empereur Justinien*, Tome III, *Livres III et IV, Des Instituts*, 8. éd., Paris, Henri Plon, 1870, N. 1341; C. Accarias, *Précis de Droit Romain: Contenant avec l'Exposé de Principes Généreux, Le Texte, La Traduction et L'Explication des Institutes de Justinien*, Tome II, 4. éd., corrigée et notablement augmentée, Paris, Librairie Cotillon, 1891, N. 518; Paul Frédéric Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 8. éd., revue et mise a jour par Félix Senn, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, s. 482 vd; P. Collinet, A. Giffard, *Précis de Droit Romain*, Tome II, *Obligations*, 2. éd., (revu et augmentée), Paris, Librairie Dalloz, 1929, s. 107; Georges Bry, *Joseph Bry, Principes de Droit Romain*, Tome II, 6. éd., Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1930, s. 37; Paul Huvelin, *Cours Élémentaire de Droit Romain*, Tome II, *Les Obligations*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, s. 155; A. E. Giffard, Robert Villers, *Droit Romain et Ancien Droit Français, Les Obligations*, 3. éd., Dalloz, *Précis Dalloz*, 1970, s. 192; René Foignet, *Le Droit Romain, Des Obligations*, 2. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929, s. 95; Pascal Pichonnaz, *Les Fondements Romains du Droit Privée*, Zurich, LGDJ Schulthess §, 2008, § 26 N. 1771.
- 5 Petit, s. 320; Girard, s. 482 vd.; Monier, s. 96.

110'u, Roma'nın katı şekilciliğini bertaraf etmek için getirilen bir madde olarak yorumlar. Roma'nın katı şekilciliğini günümüzde devam ettirmek olanaksız olduğuna göre, üçüncü kişilerin edimlerinin konu edildiği sözleşmelerin geçerli olduğunu söylemek gereklidir ve bunu söyleyen madde ise BK m. 110'dur. Bu durumda tarihsel veriler göz önünde bulundurulduğunda madde, Roma hukukunun üçüncü kişilerin fiilini taahhütlerin geçersizliğini kabul eden katı düşüncesine karşı oluşan tepkinin bir ürünüdür<sup>6</sup>.

Genel hüküm görüşünün karşısında yer alan, gerek Türk gerek İsviçre doktrininde hakim olan görüş ise, garanti sözleşmesi görüşüdür. BK m. 110 hükmünde, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ifadesinin taşıdığı basit bir sözlük anlamının ötesinde bir düzenlemenin bulunduğu inananak genel hüküm görüşüne karşı çıkar. Üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak taahhüt edilebileceğini söylemek, bugün sözleşme özgürlüğünü kabul etmiş hukuk düzenlerinde son derece anlamsızdır. Maddede, sözleşme özgürlüğüne atf yapan yersiz bir tekrardan fazlası vardır, zira madde, teminat hukukunun yapı taşlarından biri olan özel bir sözleşme tipini, garanti sözleşmesini düzenlemek istemiştir. Bu görüşe göre başkasının edimini söz veren kimse aslında bu edimi değil, bu edimin yerine getirileceğine dair bir güveni söz vermiş-

tir, güven yaratarak karşı tarafı üçüncü kişi ile sözleşme yapmaya sevk etmiştir. Fakat üçüncü kişi edimi yerine getirmek istemediği zaman bu güven ihlal edilmiş olur ve bu ihlalin de telafi edilmesi gerekir; telafiyi sağlayacak olan kişi ise elbette bu sözü veren kişi olacaktır<sup>7</sup>.

Hemen belirtelim ki bu görüşler arasında baskın olan ikinci görüşe biz de katılıyoruz. Ancak herhangi bir görüşe sapanıp kalmadan önce bir araştırma yapmak, maddenin niçin bu şekilde kaleme alınmış olduğunu da sorgulamak şarttır. Zira ister istemez şu soru akla gelmektedir: Madde, bir garanti sözleşmesini düzenlemek istediye eğer, o halde niçin “garanti sözleşmesi” ibaresine hiç yer vermedi? Ya da hiç değilse neden maddede bir “garanti borcu” demek zahmetine bile girilmedi?

Sorunun cevabını ciddi anlamda yapılabilecek tarihsel değerlendirmelerde aramak gerekir. Maddenin bu haliyle kaleme alınmasının temel nedeni, tabii hukukçuların çalışmalarının bu konu üzerindeki doğrudan etkileridir. Bilindiği gibi Türk Borçlar Kanunu m. 110 İsviçre Borçlar Kanunu m. 111'den aynen alınmıştır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 111 ise Fransız Medeni Kanunu'nun 1119 ve 1120. maddelerinden esinlenerek kaleme alınmıştır<sup>8</sup> ve kurumun tabii hukuk ile bağlantısı da esas olarak bu noktada ortaya çıkmaktadır.

6 Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, C: II, s. 849.

7 André Wavre, *Le Porte-fort en Droit Fédéral CO art. 127, Dissertation*, Neuchatel, Imprimerie Paul Attinger, 1898, s. 37; H. Oser, W. Schönenberger, *İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, Madde 110-183 (TBK:109-181)*, Çev. Ferid Ayiter, (şerhin ikinci basılışının tercümesi), Ankara, Adalet Bakanlığı Neşriyatı, 1950, art. 111 N. 3 ve 4; Rolf H. Weber, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen*, 6. Teilband, art. 110-113, Berne, Stämpfli, 2002, art. 111 OR N. 9; Edouard Béguelin “Porte-fort”, *FJS*, No. 769, s. 1; Fikret Arık, “Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C: 10, Sayı No: 2, 1955, s. 45 vd.; ; Mustafa Aşulla, “Başkasının Fiilini Taahhüt (Porte-fort)”, *Ankara Barosu Dergisi*, C: 15, Sayı No: 3, 1958, s. 139; Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku*, C: I- II, 3. bs., Ankara, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1950, s. 930-931; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 412; Andreas B. Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çev. Bülent Davran, C: I, İstanbul, Kardeşler Basımevi, 1948, s. 404.

8 Seza Reisoğlu, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963, s. 29.

9 Cuiç, s. 71 vd.; Bülent Tahiroğlu, *Belgin Erdoğmuş, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2005, s. 88 vd.

### III. Ortak Hukuk Döneminde Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Gelişimi

#### A- İlk Gelişmeler

XII. yüzyıldan XIX. yüzyıla kadar devam eden ortak hukuk döneminin bu isimle anılmasının nedeni, biri örf ve adet hukuku diğeri Roma hukuku olmak üzere iki ayrı hukuk düzeninin döneme hakim olmasıdır. Roma hukukunun ortak hukuk halini almasındaki en büyük pay hiç şüphesiz *glossator* ve *postglossator*'lara aittir. *Glossator*'ların Roma hukuku üzerindeki çalışmaları ve hemen arkasından *postglossator*'ların, uygulamanın ihtiyaçları ile paralel giden çalışmaları neticesi yerel hukuklarla uyumlu kavram ve kurumlara ulaşmış olmaları, Roma hukukunun ortak hukuk halini almasındaki en önemli adımı oluşturur<sup>9</sup>.

Bu dönemde pek çok kurumun olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de ilk temellerinin *glossator*'ların çalışmaları sayesinde atılmış olduğu öne sürülmektedir<sup>10</sup>. Özellikle üçüncü kişinin fiilini taahhüt açısından önem taşıyan Fransız Medeni Kanunu'nun (Fr. MK) 1119. maddesinde yer alan, bir kimsenin ancak kendi adına ve kendi edimini taahhüt edebileceği şeklinde ifade edilen hükümsüzlük esası, *glossator*'ların Roma hukuku üzerine yaptıkları çalışmaların bir sonucudur<sup>11</sup>.

#### B- Roma Hukukunun İktibas

*Glossator* ve *postglossator*'ların yaptıkları ciddi çalışmalar sonucu Roma hu-

kuku, XII. yy.'ın ikinci yarısından itibaren, sadece bu çalışmaların yoğun olarak görüldüğü İtalya'da değil, Fransa'da ve sonraları Almanya'da da bilinir duruma gelmişti. XIII. yy. boyunca sözleşmeler hukuku başta olmak üzere pek çok alanda Roma hukuku ilkeleri dikkate alınmaya başladı. Ancak buna rağmen bu bölgelerde, örf ve adetlerin hissedilir baskısı uzun zaman boyunca geleneğe öncelik verilmesine neden olmuştur. Henüz bu dönemde Roma hukuku belli belirsiz iktibas edilmiş olup yazılı hukuk (*droit écrit*) adı altında örf ve adet hukuku ile yarışmalı bir biçimde uygulanmıştır<sup>12</sup>.

Bununla birlikte, Roma hukuku, bu dönemde birçok konuda yerel ve bölgesel hukuklara göre ileri düzeydedir. Örf ve adet hukukunun çözüm bulamadığı pek çok sorun Roma hukukunda yanıt bulmuştur, ayrıca Bologna Hukuk Okulu da, Roma hukuk otoritesinin yeni nesil üzerinde etkin olmasını sağlamıştır. Batı Avrupa'nın pek çok ülkesinden hukuk eğitimi için gelen ve Bologna başta olmak üzere, İtalya'nın diğer okullarında<sup>13</sup> öğrenim gören öğrenciler ülkelerine döndükleri zaman Roma hukuku bilgilerini de beraberlerinde götürmüşler ve karşılıklarına çıkan hukuki sorunların çözümünde Roma hukuk kavramlarını kullanmışlar ve bu sayede Roma hukukunun yeryüzüne yayılmasında önemli bir görev ifa etmişlerdir<sup>14</sup>. Tüm bu nedenlerin etkisiyle Roma hukukunun etkinliği artar ve XII. yüzyılda başlayan çalışmalar, izleyen yüzyılda Roma hukukunu önce güneye sonra kuzeye taşır ve böylece, Roma hukuku birçok Avrupa ülkesine yayılır. Ancak

10 Paul Ourliac, *J. De Malafosse, Histoire du Droit Privé, I, Les Obligations, Paris, Presses Universitaires de France, ty., s. 155.*

11 Ourliac, *De Malafosse, s. 1555.*

12 Jean Imbert, *Histoire du Droit Privé, Paris, Presses Universitaires de France, 1950, s. 22.*

13 Bu hukuk okulları hakkında bkz. Paul Vinogradoff, *Ortaçağ Avrupa'sında Roma Hukuku, yay. haz. Mehmet Teyfik Özcan, Çev. Ferhat Düzgören, Sevtap Metin, Ahmet Ulvi Türkbağ, Erol Öz, Taner Ayanoğlu, y.y., Göçebe Yayınları, t.y., s. 54 vd.*

14 Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar- Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Dokuzuncu Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 32.*

belirtmek gerekir ki henüz bu dönemde Roma hukuk kuralları, bu ülkelerde örf ve adet hukukuna uygun düştüğü ölçüde ikincil hukuk olarak uygulanmıştır<sup>15</sup>.

Roma hukukunun ortak hukuk olarak benimsenmesi en geç, fakat en geniş şekilde Almanya'da gerçekleşmiştir. Kendilerini Roma imparatorlarının devamı sayan Alman kralların taç giyme törenlerinde halef sıfatını kullanmalarının payı da bunda büyüktür. Krallığın güçlenmesinden hoşnut olmayan Papalık, bu durumu kendi varlığı için tehdit olarak görmeye başlamıştır. Cermen kralların Roma imparatoru sıfatıyla taç giymeleri ve kendilerini Roma hukukunun mirasçısı saymaları, zaten var olan güç mücadelesini bir kat daha arttırmıştır. Zira, Cermen kralların Roma hukukundan meşruiyet almaları demek Papalığın Cermen iktidarını tanımları demek olacaktı. Durumun farkında olan Cermen krallarının, ortamı daha fazla kendi lehlerine çevirmek için Roma hukukuna artan düşkünlükleri Roma hukuk kurallarının Alman mahkemeleri tarafından uygulanması yolunu açmıştır. 1495 Alman İmparatorluk Mahkemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi bu çabalardan biridir ve en etkili olanıdır, zira bu kanun, imparatorluğun hukukunu Roma hukuku olarak ilan etmiş ve mahkemelerde Roma hukuku ilkelerine göre karar verileceğini hükme bağlamıştır. Bu kanun aynı zamanda Roma hukukuna Alman İmparatorluğu sınırları içindeki tüm ülkelerde Pandekt Hukuku ismini vermiştir<sup>16</sup>.

Alman İmparatorluğu sınırları içinde Pandekt Hukuku, Avrupa ülkelerinde ise *ius commune* olarak bilinen Roma hukukunun ortak hukuk olmasının anlamı, Roma Hukukunu benimsemiş ülkelerde tamam-

layıcı hukuk olarak kullanılması demektir. Buna göre bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda önce o bölgenin yerel hukuku uygulanacak, ancak yerel hukukta hüküm bulunmayan hallerde Roma hukukuna başvurulacaktır<sup>17</sup>.

XIII. yy'da başlayan *ius commune* hareketi XIX. yy sonu kanunlaştırma hareketlerine kadar devam etmiştir. Bu dönemde hemen hemen her Avrupa devleti kendi örf ve adet hukuklarına dayanan hukuk kurallarını birincil, Roma Hukuku'nu ise ikincil olarak uygulamıştır. Bugün, Avrupa milli kanunlarının temelini Roma hukuku oluşturur. Fakat ortak hukukun esasını oluşturan Roma hukukunun klasik Roma Hukukundan farklılaşmış olduğunun altını çizmek gerekir. Zira ortak hukuk karakteri taşıyan Roma Hukuku bir yandan Kanonik Hukukun diğer yandan yerel hukukların ve özellikle de Cermen Hukuku'nun etkisi altında kalmış ve böylece klasik köklerinden uzaklaşarak kendi öznü kaybetmiştir<sup>18</sup>.

### C- Tabii Hukukta Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Gelişimi

Fransız Medeni Kanunu Code Napoléon adı altında 1804 yılında kanunlaşmıştır. Bu Kanun'un en önemli özelliği tabii hukuk akımının milli kanunlara yansıdığı ilk kanunlardan biri olmasıdır<sup>19</sup>. Tabii hukukun belirgin etkilerinin görüldüğü maddelerden biri de üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesinin yer aldığı Fransız Medeni Kanunu'nun 1119 ve 1120. maddeleridir. Aslında bu maddeler hazırlanırken Fransız kanunkoyucusu tamamen Pothier'nin çalışmalarını kanuna taşımış, Pothier'i kopya etme kolaylığına kaçmıştır<sup>20</sup>.

15 Imbert, s. 23.

16 Ayrıntı için bkz. Tahiroğlu, Erdoğmuş, s. 95 vd.

17 Çelebicin, s. 94.

18 Ziya Umur, Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 288-289.

19 Tahiroğlu, Erdoğmuş, s. 99. Fransız Medeni Kanunun kanunlaştırılması çalışmaları hakkında bkz. Imbert, s. 65 vd.

Pothier, 1700'lü yıllarda yaşamış ve hümanist akımın etkisinde yetişmiş, dönemin Fransa'sının ünlü bir hukukçusudur<sup>21</sup>. Hukuk kurumlarının kimlikleri ile meşgul olurken çok derin çalışmalar yapmış olan ve bu çalışmalarında da büyük ölçüde Roma hukukundan yararlanmış olan Pothier, "*Pandectae Iustinianae In Novum Ordinem Digestae*" adlı Latince olarak kaleme aldığı metodolojik eserinde Roma hukuku ilkelerinden yararlanarak bazı kurumların ve bu arada üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de hukuksal çatısını oluşturmuştur<sup>22</sup>. Pothier'nin bu işlemi iki aşamada gerçekleştirdiği görülmektedir: Önce, üçüncü kişinin fiilini taahhütler alanındaki genel kuralı inşa eder ve hiç kimsenin bir başkasının edimini geçerli olarak taahhüt edemeyeceğini belirterek taahhüdü hükümsüz kılar; hemen arkasından taahhüdün geçerli olabileceği istisna hallerini sayar<sup>23</sup>. Bu çalışma daha sonra Fransız kanunkoyucusu tarafından Fransız Medeni Kanununun 1120. maddesine taşınmış ve madde şu şekilde kaleme alınmıştır<sup>24</sup>:

Bununla birlikte üçüncü kişinin fiili vaat edilerek onun lehine yükümlülük altına girilebilir; eğer üçüncü kişi yükümlülüğü üstlenmeyi reddederse, icazeti vaat eden veya tekeffülde bulunan kişi tazmin ile yükümlü olur.

Maddenin İsviçre kanunkoyucusu tarafından İsviçre Borçlar Kanununa taşınması sırasında "icazeti vaat eden" ifadesi görmezden gelinmiş ve madde metni şu şekilde dönüşmüş, hemen hemen tüm İsviçre Borçlar Kanunu tasarılarında da aynı şekilde yer almıştır<sup>25</sup>:

Bir üçüncü kişinin fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü kişi tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zararı gidermekle yükümlüdür.

Asıl mesele, bu madde oluşturulurken tabii hukuk düzeninde bir garanti sözleşmesi fikrinin öngörülmemiş olmasıdır. Başka deyişle maddenin salt bu sözcüklerle ve bu ifadelerle kaleme alınması tabii hukukçuların eseridir. Fakat bu maddeden yola çıkarak bir garanti sözleşmesi fikrine nasıl ulaşılmaktadır? Bu soruya cevap ararken şu gerçekle karşılaşmaktadır: Tabii hukuk akımı bu maddeyi kurarken aslında bir garanti sözleşmesi tipi yaratmak maksadıyla hareket etmemiştir. Onların amacı gerçekten de üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak taahhüt edilebileceğini belirtmektir. Bu bakımdan genel hüküm görüşünün tespitleri aslında çok da yanlış değildir. Tarihsel veriler biraz daha karıştırıldığında bu maddede çok farklı bir gelişim seyrinin yaşandığı ve maddeye bir garanti sözleşmesi işlevinin yüklendiği görülür; maddeye garanti borcu işlevini

20 Wavre, s. 22 dn. 6.

21 Imbert, a.g.e., s. 77.

22 R.J. Pothier, *Pandectes de Justinien Mises dans un Nouvel Ordre*, Çev. M. De Bréard-Neuville, *Reuves et Corrigées pour le Texte et la Traduction par M. Moreau de Montalin, Tome 18, Paris, yy., De l'Imprimerie de Dandey-Dupré, 1823, Lib. 45, Pandectarum Tit. I.*

23 Pothier, *Lib. 45 Pandectarum Tit. I N. 20.*

24 Wavre, s. 17 vd.

25 Wavre, s. 17 vd. Burada ilginç bir yöntemle de karşılaşılr. Çünkü üçüncü kişinin fiilini taahhüt düzenlemesi Roma hukukunu reddeden tabii hukukçuların, yine Roma hukukuna başvurdukları çelişkili tekniklerinin iyi bir örneğini teşkil eder. Bilindiği gibi tabii hukukçular, hukukun, eşyanın tabiatından ve insanın aklından çıktığını savunurlar; Roma hukukunu kaynak olarak reddederler. Ancak tabii hukukçular kendi felsefelerine uygun bir hukuk düzeni oluştururken reddettikleri Roma hukuku malzemesini kullanırlar. Tabii hukukçuların çalışma yöntemleri hakkında bkz. Tahiroğlu, Erdoğan, s. 99. Ancak fikrimize göre tüm hukuk kuralları gibi Roma hukuk kuralları da nihayetinde insan aklının bir ürünüdür.

yükleyen ise Pandektlerdir<sup>26</sup>. Pandektler<sup>27</sup>, bunu yaparken şu yöntemle hareket etmişlerdir<sup>28</sup>: Üçüncü kişinin edimini konu edinen sözleşmede aslında taahhüt eden şu iki olasılıktan birini taahhüt edebilir: Ya üçüncü kişinin edimini yerine getirmesi için çaba göstermeyi taahhüt ediyordur ki burada, sıradan bir yapma borcu vardır; ya da üçüncü kişinin edimini yerine getirmesini beklemeyi vaat ediyordur ki burada da, bir garanti borcu vardır. Sonuncu durumda taahhüt eden belli bir risk üstlenmiştir; bu da, üçüncü kişinin edimini yerine getirmesi riskidir. Pandektlerin çalışmaları daha

sonra “garanti sözleşmesi” kavramının kurucusu sayılan Stammeler’in çalışmalarına konu olmuştur. Ancak Alman Kanunlarında BK m. 110 (İsv. BK m. 111) gibi bir madde mevcut değildir. Maddenin garanti sözleşmesini düzenlediği fikri İsviçre doktrininde sonraki çalışmalarla gündeme gelmiştir ve madde, garanti sözleşmesine eşdeğer sayılmıştır<sup>29</sup>. Bu bilgiler ışığında fikrimize göre, bu madde üzerindeki çalışmalar birbirinden kopuk olarak, biri Tabii hukuk üzerinden diğeri Pandekt hukuku üzerinden olmak üzere iki ayrı koldan gelişme göstermiştir. Tabii hukukçular, mad-

26 *Pandekt hukuku ile ilgili çalışmalar, asıl olarak XVI.yy.'da usus modernus pandectarum (pandektlerin modern usulle kullanılması) ile başlamıştır. Fakat bu dönemde yapılan çalışmalar teoriden çok uygulamaya hitap etmektedir. Usus Modernus Pandectarum, tamamlayıcı hukuk konumundaki Roma hukukunu mümkün olduğunca pratik hayatın ihtiyaçlarına uyarlamıştır. Roma hukukunu Cermen hukuk görüşleri ve Alman mahkemelerinin içtihatları ile uyumlaştırma çabası, neticede Cermenleşmiş bir Roma hukukunun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, s. 166 vd. Usus modernus pandectarum'un Roma hukuku üzerine başlatmış olduğu bilimsel çalışmalar, sonraları, tabii hukuk ve tarihçi hukuk olmak üzere birbirine muhalif hukuk okullarının karşılıklı fikir çatışmaları altında devam etmiştir. XVII. ve XVIII. yy.'larda Almanya'yı saran tabii hukuk dalgası, esas olarak Roma hukukunun ortak hukuk olarak uygulanmasına karşı çıkmıştır. Hukuk kurallarının insan aklından ve eşyanın tabiatından çıktığını düşünen tabii hukuk anlayışına göre hukukun geçmiş geleneklerle bir ilgisi yoktur ve hukuk, ancak aklın ilkeleri ile keşfedilebilir. Roma hukukundan bağımsız ve hatta ona karşı bir öğreti olmasına rağmen tabii hukuk akımı pek çok hukuk kuralının ortaya konmasında yine Roma hukukundan yararlanmak zorunda kalmıştır. Diğer taraftan Pandekt hukukunun bir bilim olarak ortaya çıkmasında gerçek katkıyı XVIII. yy. sonlarında usus modernus pandectarum ve tabii hukuk akımına tepki olarak doğan tarihçi hukuk okulu yapmıştır. Hukuku tarihsel gelişimin bir sonucu olarak algılayan okul, hukuk kurallarının oluşumunda; halklarının yaşantılarının, örf ve adetlerinin etkilerinin inkar edilemez olduğunu kabul eder. Bu sebeple tarihçi hukuk okulunun çalışmaları daha ziyade Roma hukukuna dönük olmuştur. Roma hukukunun tarihsel gelişimine ve kaynaklarına yönelik incelemelerin yanı sıra, usus modernus etkisinden kurtarmaya çalışan tarihçi hukuk okulunun bu çalışmaları sayesinde bir Pandekt hukuk bilimi oluşturdukları kabul edilmektedir. Çelebican, s. 93 vd. ile s. 97-98; Tahiroğlu, Erdoğan, s. 100 vd.; Umur, s. 290-291. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, s. 166 vd.*

27 *Pandektler çalışmalarını Roma hukuk ilkeleri üzerine temellendirmişlerdir. Ancak Pandekt hukuku tam anlamıyla Roma hukuku demek değildir. Herşeyden önce, Avrupa'da ortak hukuk olarak uygulandığını kabul ettiğimiz Roma hukuku, klasik Roma hukuku değil, gerek Cermen halki ilise hukuku unsurları ile karışmış bir Roma hukukudur. Roma hukukunun Almanya'da ortak hukuk halini almasından sonra ise, usus modernus pandectarum'un etkisi ile Cermen gelenekleri ve Alman mahkeme içtihatlarından etkilendiği görülür. Tarihçi hukuk okulu Roma hukukunu bu etkiler olmaksızın ele almaya çalıştıysa da, klasik Roma hukukuna ulaşamamıştır. Zira bu okul, saf Roma hukuku amacına sahip olmalarına rağmen interpolatio araştırmasına girişmemiştir. Bu sebeple Tarihçi okul, Roma hukukunu ancak usus modernus içeriğinden arındırarak Justinianus kaynaklarına yaklaştırmayı başaramamıştır. Oysa Justinianus'un Digesta'sı da klasik Roma hukukunu tam olarak yansıtmamaktadır. Klasik Roma hukuku, Digesta başlığı altında toplanırken pek çok değişiklik yapılmıştır ki bu değişiklikler Tarihçi hukuk okulundan çok sonra, çağımız modern Romanist bilimi tarafından dikkate alınmaya başlanmıştır. Tahiroğlu, Erdoğan, s. 100 vd. ile s. 102; Çelebican, s. 98-99. Ayrıca modern Romanist bilimin teknikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz, s. 181 vd.*

28 *P. Van Wetter, Pandectes Contenant l'Histoire du Droit Romain et la Législation de Justinien, Tome III, Les Obligations, Partie I, 2. éd., Des Obligations en Droit Romain, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1910, s. 507 vd.*

29 *Örnek olarak bkz. . Oser, Schönnenberger, art. 111 CO.*

deyi üçüncü kişilerin edimlerinin geçerli olarak taahhüt edilmesine olanak sağlayan bir madde olarak düzenlerken, Pandektler, maddeye bir garanti borcu işlevi yüklemiştir. Maddenin garanti sözleşmesi ile yolunun kesişmesi ise bu maddeye bir garanti sözleşmesi sıfatının verilmesini kolaylaştırmıştır. Başka deyişle, maddenin ifadesinden teşebbüs, riziko, bağımsızlık gibi garanti sözleşmesinin unsurlarının yorum yoluyla çıkarılıyor olması nedeniyle maddeye garanti sözleşmesi işlevini yüklemek çok zor olmamıştır.

### Sonuç

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, hukuk dünyasında var olduğu ilk günden itibaren garanti borcu doğuran bir sözleşme olarak algılanmamıştır. Nitekim Roma hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt, ne taahhüt eden ne de üçüncü kişi üzerinde borç doğurduğu için, geçerli bir hukuk kurumu gibi ele alınmamıştır. Roma'da üçüncü kişinin fiilini taahhüt ihtiyacı, bu işleve sahip olan başka kurumlarla giderilmiştir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü bir garanti borcu olarak yorumlayan düşüncenin ilk izlerini Fransız hukukçularının çalışmalarında görüyoruz. Fransız hukukçu Pothier, Romalıların üçüncü kişilerin fiillerini taahhüt ile ilgili açıklamalarını yeniden yorumlayarak üçüncü kişinin fiilini taahhütten kural olarak borç doğmayacağını, ancak taahhüt edenin borçlanma iradesine sahip olması durumunda vaziyetin değişeceği sonucuna varmıştır. Pothier'e göre başkasının fiilinin taahhüt eden kimse, bu taahhüdü ancak kendi edimini de beraber taahhüt ederse etkili kılabilir ve bu taahhütten bir borç doğmasını sağlayabilir. Taahhüt edenin edimi ise, aslında, üçüncü kişinin, söz konusu edimi ifa edeceğine dair bir tekeffülde bulunmaktan ibarettir. Ancak Pothier'nin belli belirsiz garanti borcu fikri Fransız Medeni Kanununu kaleme alanlarca icazet taahhüdü olarak yorumlanıp yapma borcu

haline dönüştürülmüştür. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt Fransız Medeni Kanunu üzerinden gelişirken, garanti sözleşmesi başka bir koldan, Pandektler üzerinden ilerleme kaydetmiştir. Bu şekilde iki ayrı cepheden gelişen üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin yollarının kesişmesi ise üçüncü kişinin fiilini taahhütten aslında bir garanti borcu doğduğunun fark edilmesi ile başlar. Öncesinde, özellikle kanunlaştırmalar döneminde, üçüncü kişinin fiilini taahhütten bir garanti borcu doğduğu fikrinin kabulünün kaleme alındığını söylemek yanlış olur. Bu bakımdan aslında genel hüküm taraftarlarının, üçüncü kişinin fiilini taahhüdü konu alan anlaşmaları geçerli saymak ya da geçerliğini vurgulamak için getirilen bir hüküm olduğu yolundaki savunmaları çok da haksız değildir. Ancak, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün doğası gereği garanti borcu doğuran bir kurum olması, zorunlu olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüdün, garanti sözleşmesi ile birlikte ve bu başlık altında ele alınması sonucunu doğurmuştur. Gerçekten her ne kadar bu ifadeyle anılsa da, üçüncü kişinin fiilini taahhütten aslında başka bir anlam çıkmaz. Başkasının davranışını karşı tarafa söz veren kimsenin, gerek bu davranışın ifası için üçüncü kişiye baskı yapamayacak olması gerek ifaya yanaşmayan bir üçüncü kişi olasılığında böylesi bir taahhütte bulunan kişinin bu davranışı bizzat ifa ederek borcundan kurtulamayacak olması, tamamen başkasının iradesine tabi bir davranışı söz verdiğinin göstergesidir. Bu davranışın üçüncü kişi tarafından ifa edilmek istenmemesi, davranışı taahhüt eden kişi için bir rizikodur ve taahhüt eden, esas olarak, bu rizikoyu güven altına almıştır.

# Adalet - Muhabbet Diyalektiği: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Tarihi Düşünürlerinden Kınalızâde'nin Adalet Kuramı

Muharrem KILIÇ\*

## I. Giriş

Adalet kavramı, antik felsefi geleneğin siyasal, hukuksal ve etik olanın inşası bağlamında problematize edilen temel kavramlardan birisi olarak ortaya çıkmıştır. Adalet, nomos alanının tanziminde fizisin temel kurucu idelerinden birisini oluşturmuştur. Bu yönüyle kavram, felsefenin küllî-sistemantik spekülasyon alanına girmekle kalmamış, bunun yanı sıra siyaset, ahlak ve hukuk gibi pratik felsefe (ameli hikmet) alanında farklı perspektifler çerçevesinde formüle edilen tasarımlara konu olmuştur. Felsefi düşünce geleneğinde teorik felsefe (nazari hikmet) ile pratik felsefe (ameli hikmet) arasındaki sarkaçta oldukça derin bir kuramsal düzey ve yetkinlikte adalet kavramı merkezi bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmıştır. Metafizikten ahlaka, siyasete ve hukuka doğru kuramsal bir yön bularak evrilen bu tartışma, bu üç alana temas eden bir praksis felsefesine dönüşmüştür.

Böylece adalet kavramını eksen alan tartışmaların disiplinler çerçevesi genişleyerek çeşitlenmiştir. Bu meyanda siyaset, ahlak ve hukuk düşüncesi tarihi açısından kavramın farklı temellendirme ve argümantasyon çerçevesine dayalı formülasyonlarına tanık olmaktadır. Hukuk düşüncesi tarihi açısından bakıldığında kavramın merkezi bir ide ya da değer olarak kurgulandığı görülmektedir.

Nitekim adaleti, metafizik bir değer olması yönüyle, tanımlanması ve bilimsel

düzlemde incelenmesi mümkün olmayan bir kavram olarak gören pozitivist hukuk kuramını ayırık tutarsak, hukuk düşüncesi tarihinde adalet idesi/kavramı hukukun özsel temelini teşkil etmiştir. Her ne kadar tarihsel süreçte adalet kavramına ilişkin tanımsal çerçeve değişkenlik arz etse de doğal hukuksal kuramlar, herhangi bir normun hukuk kuralı niteliğine sahip olabilmesinin temel koşulunu adalet idesi ile uyumluluğuna bağlamıştır.

Yine pratik felsefe (ameli hikmet) geleneğinin sunmuş olduğu paradigmatic çerçeveye dahil olan ahlak düşüncesinde adalet kavramının tezahür edişi özgün bir örneklik teşkil etmektedir. Ahlak düşüncesi çerçevesinde bu kavramsal tartışma, Kınalızâde'nin antikiteden ortaçağ düşüncesi tarihine kadar tevarüs ettiği felsefi geleneğin ana temalarından birisini oluşturmuştur. Antik felsefi gelenekten ortaçağa yorumsal bir zenginlik ve çeşitlilik ile devredilen bu mirası Kınalızâde, ilk kez Türkçe olarak kaleme alınan ahlak yapıtı olan *Ahlâk-ı Alâî*'si ile yeniden ihya etmiştir. Genel anlamda felsefi geleneğin ve özelden ise ahlak düşüncesinin yeni bir yorumlanması olarak karşımıza çıkan bu eserin, dönemin düşünce geleneğinin referans çerçevesi itibarıyla eklektik yapısını yansıttığını ifade edebiliriz. Öyle ki Kınalızâde bu eserinde bir yandan antik felsefe dünyasının iki üstadı Platon ve Aristoteles, diğer yandan Müslüman filozof ve ahlak düşünürleri olan İbn Miskeveyh, Nasirüddin et-Tusî ve

\* Prof. Dr. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.



Celâleddin Devvânî gibi isimleri referans olarak almıştır.

Bu sunumumuzda bir Osmanlı ilim adamı ve yargıcı/kadı olan Kınalızâde'nin ahlak düşüncesini formüle ettiği eseri çerçevesinde adalet kavramı ile muhabbet/sevgi kavramı arasında kurmuş olduğu özgün diyalektiğe dikkat çekmek istiyoruz. Bu çalışmamızda öncelikle Kınalızâde'nin kısa bir biyografisini sunduktan sonra, bilimler sınıflaması çerçevesinde teorik felsefe (nazari hikmet) ve pratik felsefe (ameli hikmet) ayırımına ve özellikle pratik felsefe geleneğine değineceğiz. Son olarak Kınalızâde'nin ahlak ilmi çerçevesinde konu edindiği adalet-muhabbet/sevgi diyalektiğini ele alacağız.

## II. Biyografi: Bir Osmanlı Entellektüel Kınalızâde

Kınalızâde, Alauddin Ali Çelebi b. Emrullah, el-Hâmîdî (918-979/1511-1572)<sup>1</sup> Osmanlı İmparatorluğu'nun Hamîd ilinin merkezi olan Isparta'da kadılık görevlerinde bulunan Emrullah Efendi'nin oğlu olarak dünyaya gelmiştir. Dedesi Abdülkadir Efendi'nin sultan hocası olarak Fâtih Sultan Mehmed'e hocalık yaptığına ve Kanunî Sultan Süleyman devrinde kadılık ve kazaskerlik yaptığına dair farklı rivayetler söz konusudur.<sup>2</sup> Kınalızâde, ilk öğrenimini memleketi Isparta'da tamamladıktan sonra İstanbul'da ilim tahsilini sürdürmüştür. İstanbul'da o dönemin orta ve yüksek öğretimini gerçekleştirdiği medreselerde eği-

timini sürdürmüştür.<sup>3</sup> Eğitiminin ardından hocası olan, dönemin ünlü ilim adamlarından Çivizade'nin yardımcısı (*muîd*) olmuştur (945/1538). Daha sonra Kınalızâde'nin müderris olarak atanması, hocası Çivizâde ile Ebussuûd Efendi arasındaki çekişme nedeniyle gecikmiştir.

Edirne Hüsâmiye Medresesi'ne (950/1543)'te müderris olarak atanan Kınalızâde daha sonra Bursa'da Hamza Bey ve Veliyyüddinoğlu Ahmed Paşa, Kütahya'da Rüstem Paşa, İstanbul'da Rüstem Paşa, Haseki, üç yıl sonra Sahn-ı Semân, Süleymaniye Medresesi'nde görevler yapmıştır. Ayrıca Şam, Kahire, Bursa, Edirne ve İstanbul kadılıklarında da bulunmuştur. Kariyerinin sonunda Kınalızâde, Abdülkadir Şeyhî Efendi'nin yerine Anadolu kazaskerliği görevine getirilmiştir (979/1571). Bu görevi icra ettiği dönemde 1572 yılında vefat etmiştir.<sup>4</sup> Kâtib Çelebi onun hakkında "Gerçekleri araştırıp bulan ulu Türk âlimi, dünyaya bir gelenlerden" olarak nitelendirmektedir.<sup>5</sup> Türkçe dışında Arapça ve Farsçaya olan vukufiyeti ile üç dilde şiir kaleme alan edip ve şairlerden olan Kınalızâde'nin bu dillerde kaleme aldığı birden çok eseri bulunmaktadır.

## III. Pratik Felsefe (Ameli Hikmet) Geleneği

Aristotelyen felsefeyi kendilerine referans çerçevesi olarak alan ortaçağ İslam felsefe geleneğinde muallim-i evvel olarak kabul edilen Aritoteles'in bilimleri sınıfla-

1 İbnü'l-İmâd, *Şezerâtü'z-Zehab*, Beyrut tsz., VIII, 388. Kâtib Çelebi, *Keşfü'z-zunûn*, I, 21. Atâf, *Hadikatü'l-hakaik fî tekmileti's-Şekaik*, İstanbul 1268, 164-169. Bursalı Mehmet Tahir, *Osmanlı Müellifleri*, İstanbul 1333, I, 400. Adıvar, *Adnan Abdulhak*, "Kınalızâde", *İA*, VI, 709-711. Sezgin, *Fuat, GAS*, I, 436. Oktay, *Ayşe Sıdka, Kınalızâde Ali Efendi ve Ahlâk-ı Alâî*, İstanbul, 2005, s. 37-61.

2 *Ahlâk-ı Alâî, neşredenin girişi*, I, 8.

3 Mahmud Paşa, *Dâvud Paşa, Ali Paşa Medreselerinin yanı sıra Fâtih Medresesinde Kara Salih Efendi ve dönemin ünlü bilim adamlarından Çivizâde Muhyiddin Mehmed Efendiden eğitim almıştır*. Bkz., *Aksoy, Hasan*, "Kınalızâde", *md.*, *DİA*.

4 *Ölüm tarihi ile ilgili olarak Uzunçarşılı, farklı tarih ve yerler kaydetmektedir*. Bkz., *Uzunçarşılı, İ. Hakkı, Osmanlı Tarihi*, II, 675. *Uzunçarşılı, İ. Hakkı, Osmanlı Devletinin İlmiye Teşkilatı*, Ankara 1984, s. 234.

5 *Mizânü'l-hak*, s. 19.

ma geleneği, Meşşâi ekolün öncü isimleri Kindî, *muallim-i sâni* olan Farâbî, İbn Sina ve İbn Rüşd gibi filozoflarca sürdürülmüştür. İlimleri, teorik, pratik ve poetik olarak üç kısma ayıran Aristoteles'in yaklaşımına benzer biçimde İslam felsefe muhitinde bilimliler tasnif çabaları söz konusu olmuştur.

Bu çerçevede felsefeyi –hikmeti- tüm bilimlerin esası kabul eden Kınalızâde de felsefeyi, teorik felsefe (nazari hikmet) ve pratik felsefe (ameli hikmet) olarak ikili bir sınıflamaya tabi tutmuştur.<sup>6</sup> Bunlardan teorik felsefe (nazari hikmet), Metafizik, Matematik ve Fizikten oluşmaktadır. Pratik felsefenin (ameli hikmet) ise ahlak ilmi, siyaset ilmi ve aile ahlakı/ev yönetimi olarak üç ana bölüme ayrıldığı görülmektedir. Meşşâi geleneği sürdüren Kınalızâde de pratik felsefenin (ameli hikmet) üç alanı olan ahlak ilmi (bireysel ahlak), aile ahlakı (*ilm-u tedbîrî'l-menzil*)<sup>7</sup> ve devlet ahlakı (*ilm-u tedbîrî'l-medine*)<sup>8</sup> çerçevesinde eserini formüle etmiştir.

Antik felsefi gelenekten beslenen ahlak düşüncesinin felsefi bir temelde erken dönemden itibaren ortaçağ İslam dünyasında oluştuğunu görmekteyiz.<sup>9</sup> Bu meyanda Kınalızâde'nin eserine de ilham kaynağı olan öncü isim, bu konuda kaleme aldığı *Tehzîbü'l-Ahlâk ve tathîru'l-a'râk adlı eseri ile İbn Miskeveyh'tir* (ö. 1030).<sup>10</sup> Bu geleneğin ikinci önemli temsilcisi, Ahlâk-ı Nâsirî adlı eseri kaleme alan Nâsirüddin et-Tusî (ö. 1274) olmuştur.<sup>11</sup> Tusî, İbn Miskeveyh'in kaleme aldığı eseri hem sistematik ve hem de içerik olarak zenginleştiren yapıtı telif etmiştir.<sup>11</sup> Geleneğin üçüncü önemli temsilcisi ise, Ahlâk-ı Celâfî adlı ünlü eseri kaleme alan Celâleddin ed-Devvânî (ö. 1502) olmuştur.<sup>12</sup> Bu yapıtlar ve önemli temsilciler dışında da alana ilişkin bir çok eser ve müellife rastlamaktayız.<sup>13</sup> Kınalızâde, eserini kaleme alırken Ahlâk-ı Nâsirî, *Ahlâk-ı Celâfî, Hüseyin Vâ'izi Kâşifî'nin, Ahlâk-ı Muhsinî ve Gazâlî'nin İhyâ-i Ulûmiddin* adlı eserlerini kendisine kaynak olarak almıştır.<sup>14</sup>

6 Kınalızâde, Ali Çelebi, *Ahlâk-ı Alai*, (haz. Mustafa Koç) İstanbul: Klasik, 2007, s. 48.

7 Kınalızâde'nin aile ahlakına ilişkin monografik bir çalışma için bkz., Öztürk, Hüseyin, *Kınalızâde Ali Çelebi'de Aile Ahlakı*, Ankara: Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, 1990. Ayrıca bkz., Ayni, Mehmet Ali, *Türk Ahlakçıları, Marifet Basimevi*, İstanbul 1939, s. 77-104. Akyüz, Hüseyin, *Türk Eğitimcileri*, MEB, İstanbul 2000, s. 222-270.

8 Tezcan, Baki, *The Definition of Sultanlic Legitimacy in the Sixteenth Century Ottoman Empire: the Ahlak-ı Ala'î of Kınalızâde Ali Çelebi (1510-1572)*, (Yüksek lisans tezi), Princeton University 1996.

9 Bkz., Donaldson, Dwight M., *Studies in Muslim Ethics*, London 1953. Çağırıcı, Mustafa, *İslâm Düşüncesinde Ahlak*, İstanbul 1989.

10 İbn Miskeveyh'in ahlak düşüncesi konusunda bkz., İbn Miskeveyh, *Ahlakî Olgunlaştırma*, (çev. A. Şener; C. Tuğç; İ. Kayaoğlu), Ankara 1983. Sunar, Cavit, *İbn Miskeveyh ve Yunan'da ve İslam'da Ahlak Görüşleri*, Ankara 1980. İzmirli İsmail Hakkı, "Ebû Ali Miskeveyh İbn Miskeveyh el-Hâzin", *Dariü'l-fünûn İlahiyat Fakültesi Mecmuası*, yıl 3, sy. 10, 1928.

11 Tusî'nin ahlak düşüncesi konusunda bkz., Tusî, Nasîrüddin, *Ahlâk-ı Nâsirî, Litera yayınları*, İstanbul 2007. Rızayev, Ağababa, *Nasîrüddin Tusî, Hayatı, İlmi, Dünya Görüşü*, Bakü 1996. Devvânî'nin ahlak düşüncesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Ülken, Hilmi Ziya, *İslam Düşüncesi, Türk Düşüncesi Tarihi Araştırmalarına Giriş*, İstanbul 1995. Anay, Harun, *Celâleddin Devvânî Hayatı, Eserleri, Ahlak ve Siyaset Düşüncesi*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi SBE, 1994.

12 Devvânî'nin ahlak düşüncesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Ülken, Hilmi Ziya, *İslam Düşüncesi, Türk Düşüncesi Tarihi Araştırmalarına Giriş*, İstanbul 1995. Anay, Harun, *Celâleddin Devvânî Hayatı, Eserleri, Ahlak ve Siyaset Düşüncesi*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi SBE, 1994.

13 Bunlardan bazıları şunlardır; Burhaneddin Zernucî (ö. 1247), *Talîmü'l-Müteallim*; Ahmet Ataullah (ö. 1317), *el-Hikmetü'l-Ataiyye*; Aşıkpaşa (ö. 1333), *Garipnâme*; Zenbilli Ali Efendi (ö. 1525), *İlm-i Ahlak, Hüseyin Vâ'izi, Ahlâk-ı Muhsinî*, vd.

14 Kınalızâde, Ali Çelebi, *Ahlâk-ı Alâî*, (haz. Mustafa Koç), *Klasik yayınları*, İstanbul 2007, s. 8-9.

#### IV. Adalet - Muhabbet/Sevgi Diyalektiği

Hukuk düşüncesinde adalet, doğrudan hukuku tanımlayan bir değer olarak hukukun meşruiyetini ya da geçerliliğini kuran ideyi oluşturmaktadır. Nitekim Aziz Augustinus (ö. 430)<sup>15</sup> hukuk ile adalet arasındaki bu varoluşsal diyalektiği şöylece formüle etmiştir. “*Non esse lex quae justa non Ferit*” (*âdil olmayan kanun/hukuk, kanun değildir*). Ancak bunun da öncesinde bu idenin ilk kez felsefi düzlemde Platon’un *Devlet adlı yapıtında formüle edildiğini görmekteyiz*. Siyasetin ve hukukun/yasanın temel amacı olarak adaleti tanımlayan Platon’a göre bu kavram en üstün erdemi oluşturmaktadır. Adaleti, salt siyaset felsefesine ya da hukuka özgülünen bir kavram olarak değil, temelde ahlaki zemininde bir davranış biçimi ya da kalıbı biçiminde kurgulamış ve kavramsallaştırmıştır. Platoncu felsefi söylemde adalet, toplumsal yaşamda ‘herkesin üzerine düşeni yapması’ olarak tanımlanmak suretiyle, küllî ya da tümel bir siyasi, ahlaki ve hukuki hak ve sorumluluk alanına işaret etmektedir. Onun felsefi düşüncesinde adalet, bilgelik, cesaret ve ölçülülük gibi erdemleri kuşatan bir üst erdem olarak tasarlanmıştır.

Platon öncülüğünde formüle edilen bu adalet kuramının farklı tarihsel kesitlerde ve farklı düşünce havzalarında zenginleşerek yorumlandığını görmekteyiz. Ada-

let kavramı merkezinde üretilen bu teorik birikimin siyaset, ahlak ve hukuk teorileri çerçevesinde çeşitlenerek tevarüs edilmiştir. Hukukun *apriorik-etik değer temelinde kuramsallaşan*<sup>16</sup> doğal hukukun belli tarihsel dönemlerde farklı yorumlanmış biçimlerinin olduğunu görmekteyiz. Tarihsel bir evrilmeye ile bu kuramlar her bir tarihsel dönemde kendine özgü farklı eğilimleri içinde barındırmıştır.<sup>17</sup> Bu farklılaşan eğilimler çerçevesinde adalet kavramı kuramsal ilginin merkezine oturmuştur.

Söz konusu tarihsel kesitlerden birisini oluşturan Roma’da hukuk, adalet kavramı ile ilişkilendirilmiştir. Öyle ki, Romalı hukukçu Domitius Ulpianus’a göre, “Hukukla meşgul olacak kimse önce hukuk adının nereden geldiğini bilmek zorundadır. Nitekim hukuk adaletten (*iustitia*) çıkmıştır.” Yine ona göre hukuk “iyi ve adil olanın sanatıdır.” (D. 1,1,1 pr.).<sup>18</sup> Ulpianus, “Adalet herkese kendi hakkını tanımak konusundaki istikrarlı ve devamlı iradedir” (D. 1,1,10 pr.)<sup>19</sup> şeklindeki tanımlama ile de kavramın Platonik tanımsal çerçevesine atıfta bulunmuştur. Buna bağlı olarak Ulpianus hukuka uygun davranmanın üç şartını şöylece sıralamıştır: “Adalet, onurlu yaşamak (*honeste vivere*), başkasına zarar vermemek (*neminem laedere*) ve herkese kendine ait olanı/hakkı olanı vermek (*suum cuique tribuere*).<sup>20</sup>

15 Augustinus, *Tanrısal Devlet (De Civitate Dei) adlı başyapıtında hukuk anlayışını ortaya koymuştur. Bu konuda bilgi için bkz., Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, s. 180-182.*

16 Bkz., Çağıl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1966, s. 401. Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitapevi, Ankara 1992, s. 149.*

17 Örneğin ilk çağda tabiat felsefesine dayanan bir doğal hukuk anlayışının olduğunu görmekteyiz. Bilinçli, amaçlı, değişmeyen ve yanılmayan bir doğa düzeni anlayışı, bütün düşünce alanları üzerinde egemen olmuştur. Hukuksal düzen evrene ya da doğaya egemen olan düzenin bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Hukuksal düzene ilişkin olarak doğanın koymuş olduğu bu kuralların kesin ve değişmez nitelikli yasalardan ibaret olduğu kabul edilmiştir. Bkz., Hırş, Ernest E., *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İkinci baskı, Ankara 1996, s. 74-78. Ayrıca bkz., Öktem, Niyazi; Türkbağ, A. Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 101 vd.*

18 Erdoğan, Belgin, *Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar), Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 91.*

19 Erdoğan, Belgin, *Roma Hukuku, s. 91.*

20 Erdoğan, Belgin, *Roma Hukuku, s. 91. (Digesta 10 Ulpianus-Kurallar Kitabı 1).*

Söz konusu antik geleneği ve bunun ait olduğu düşünce havzasında varlık bulan yorumsal ve literatürel birikimi tevarüs eden Kınalızâde geleneğe uyarak adaleti, fazilet/erdem-rezilet dikotomisi üzerinden tanımlamakta ve tasnif etmektedir. Platoncu geleneğin Kindî, Farabî ve Gazâlî gibi filozof ve düşünürlerin bu sınıflamasına uygun olarak Kınalızâde, ahlak ilminin tanımsal çerçevesinin<sup>21</sup> amaçsal unsurlarını oluşturan erdemleri/faziletleri ve kötülükleri/reziletleri belirleme yoluna gitmiştir.

Kınalızâde bu bağlamda formüle edilen iki ayrı tasnife yer vermektedir. Bunlardan ilkinde göre, dört temel asli erdem bulunmaktadır. Bunlar hikmet (bilgelik), adalet, iffet ve cesarettir (şecaat). Belirlemiş olduğu bu dört erdemden bireysel ahlak açısından insan tekinin iki temel gücüne bağlı olarak ortaya çıktığını veya geliştiğini ifade eder. Bu iki nefsanî güç; idrak gücü (*kuvve-i müdrike*) ve hareket ettirici güçten (*kuvve-i muharrike*) oluşmaktadır. İnsanın idrak gücü ise, teorik/nazari ve pratik/ameli güç olarak tezahür eder. Nazari güce dayalı olarak insanın itidali esas alan davranışları hikmet erdemini doğururken, ameli güce dayalı mutedil davranışları ise adalet erdemini üretir. Öte yandan insanın hareket ettirici gücünün itidal ölçüsünde tezahür etmesi durumunda iffet ve şecaat erdemlerinin davranış kalıpları olarak ortaya çıkması söz konusu olur.<sup>22</sup>

Böylece bu dört temel erdemi belirleyici ölçüt ya da altın kural itidaldır. Belirlenen bu ölçüt ya da altın orta ilkesinin (itidal) iki ucu (ifrat ve tefrit) kötülüklerle/reziletlerle işaret etmektedir. Örneğin nazari gücün itidal noktası olan 'hikmet/bilgelik' erdeminin ifratı kurnazlık (*cerbeze*) iken, tefrit noktası ise ahmaklıktır (*belâdet*).

*Ancak, adalet erdemini diğerlerinden ayırarak tutarak, bunun rezilet olarak tezahür eden iki boyutunun (ifrat-tefrit) söz konusu olmayıp, yalnızca zıddının bulunduğu ve bunun da zulüm (cevr) olduğu öne sürülmektedir.*

Bu konuda ikinci sınıflamayı benimseyen Kınalızâde'ye göre üç temel erdem söz konusudur. Bunlar, hikmet (bilgelik), cesaret (şecaat) ve iffetten oluşmaktadır. Adalet, bu üç temel erdemden birleşmesinden meydana gelmektedir. Her ne kadar Kınalızâde adaleti, üç temel erdem üzerinde ve onların bir hasılası olarak değerlendirirse de bu yapıtında adaleti, 'en şerefli erdem' olarak nitelendirmektedir. Bu yönüyle adaleti tüm erdemlerin üzerinde diğer tüm alt değer alanlarının ya da erdemlerin türetildiği bir değer alanı ve idea olarak tasarlamakla birlikte, aynı zamanda o, adaleti asli erdemlerden birisi olarak da değerlendirmektedir.

Kınalızâde, devlet ahlakı çerçevesinde konu edindiği muhabbet/sevgi kavramını ise, 'ülke yönetimi, memleketlerin zabtı, yönetim ilkeleri ve ilahi kanunlar' başlığı altında ele almıştır. Müellif bu konuyu eserinin aile ahlakına (ilm-u tedbîrî'l-menziel) dair ikinci bölümünün son üç alt başlıklarından birinde ele almaktadır. Aile ahlakına dair bölümün son üç alt başlığı ise siyaset ahlakına ilişkindir.

'ülke yönetimi, memleketlerin zabtı, yönetim ilkeleri ve ilahi kanunlar' başlığı altında öncelikle Kınalızâde, insanın birlikte yaşamaya olan gereksinimi (insanın medenileşmeye/temeddüne olan ihtiyacı) konusunu ele almaktadır. Daha sonra müellif, muhabbet/sevgi konusunu adalet kavramı ile olan ilişkisi çerçevesinde incelemektedir.

21 Kınalızâde ahlak ilmini, "nefsi insanının huylarından ve fillerinden bahseden bir amel" olarak tanımladığını görmekteyiz.

22 Bkz., Kınalızâde, *Ahlâk-ı Alâî*, s. 100-104. Oktay, Ayşe Sıdıka, Kınalızâde Ali Efendi ve Ahlak-ı Alai, s. 170-172.

İnsanların durumlarını (ahval) ya da hal ve gidışlerini düzeltmesi ve mutluluk/saadet ve yetkinliği (kemâl) elde edebilmesi için kaynaşmaya (*teellüf*) ihtiyaç duyduklarını öne sürer. Ancak toplumsal yaşama ya da insanların bir arada yaşaması bir takım sorunların (*mazarrât*) ortaya çıkmasına yol açar. Kınalızâde bu türden toplumsal sorunların ya da zararların ortadan kaldırılabilmemesinin iki temel yolu olduğunu ifade etmektedir. Bunlardan ilki, adalet ilkelerini (*kavânin-i adalet*) ve devlet yönetiminin gerekli kıldığı hükümleri uygulamaktır. Bu yolu Kınalızâde, genel olarak insanlığın toplumsal düzenin inşası ve idamesinde yöneldiği bir yöntem olarak nitelendirmektedir.<sup>23</sup> Burada düşünür, hukukun adalet idesi ekseninde tanzimine ve bunun uygulanmasını ifade eden yargısal adaletin tesisine işaretle etmektedir. Tanrısal iradenin ya da insani rasyonalitenin ürettiği bu adalet düzeni belirli bir kuramsal ve kurumsal düzene içinde varlık bulmaktadır. Kurulanan bu düzen içinde toplumsal sorunların çözömlenme yöntemi, insanlık tarihinin en yaygın biçimde paylaştığı adalet yoludur.

Toplumsal sorunların çözömlenmesine odaklanarak Kınalızâde'nin öngördüğü ikinci yol ise muhabbet/sevgi yoludur. Birinci yol ya da yöntem rasyonaliteye ya da insan aklına hitap ederken ikincisi insanın duygu dünyasına ve iç alemine hitap etmektedir. Burada düşünür, irfânî paradigmanın ya da mistik geleneğin argümantasyon ve söylem düzeneğine uygun bir çıkarımla, bu yolun seçkin insanlara (*havassu efrâd*) ve toplumda önde gelen şahsiyetlere (*ayân-u âhâd*) özgü olduğunu ifade etmektedir. Zira insanların çoğunun birbirlerine

muhabbet duymaları ya da birbirlerini sevmeleri imkansızdır.<sup>24</sup> Muhabbetin/sevginin olduğu yerde adalete gereksinim söz konusu değildir.<sup>25</sup>

Kınalızâde, filozofların (*hükemâ*) muhabbeti/sevgiyi, adaletten daha erdemli/faziletli kabul ettiklerini aktarmaktadır. Zira onlara göre muhabbet/sevgi, doğal bir birliğe (*vahdet-i tabîye*) benzemektedir. Öte yandan adalet ise yapma ya da yapay bir birliğe (*vahdet-i sinaîye*) benzemektedir. Muhabbet/sevgi özünde birliği (*ittihâd*) gerekli kılarak ikiliği (*isneyniyyet*) ortadan kaldırmaktadır (*muhabbet, muktezî-i ittihâd ve râfi-i isneyniyyettir*). Normatif anlamda adalet ya da yargısal adalet, ikiliğin ortaya çıkmasından sonra tahakkuk edecektir (adalet, isneyniyyet tahakkukundan sonra olur, zira adalet insaftır).

Kınalızâde bu bağlamda adaletin türetmiş olduğu ikiliği, kavramın semantik analizi ile ortaya koymaktadır. Buna göre adalet kavramı, '*insaf*' sözcüğü ile tanımlanmaktadır. '*İnsaf*' sözcüğü ise sözlükte yarım anlamına gelen Arapça *nısf* kelimesinden türemiştir. Semantik anlamda *nısf*, bir nesnenin yarısını kişinin kendisinin alıp, diğer yarısını ise diğer ortağının almasını ifade etmektedir.

Nitekim yarım (*nısf*) ancak iki şeyin varlığında söz konusu olur (*Nısf hod isneyn olanda olur*). Muhabbet/sevgi ile birliğe vasıl olma ya da ulaşma imkanı söz konusu iken, ikilikten türeyen yargısal adalete (hükümler) gereksinim olmaz. İkilik yaratan bu hükümlerden (normatif adalet) toplumsal ve bireysel bir faydanın ortaya çıkması da söz konusu değildir (muhabbet sebebi ile ittihad vâsil oluna, isneyniyyet

23 *İcrâ-yı kavânin-i adalet ve ihkâm-ı saltanat-u iyâlettir: Bu, tarik-i cumhûr-i enâm ve âmme-i havâssu avâmıdır ve sevâd-ı azam ve ekser-i ehli âlem içindir.*

24 (*...tarik-i muhabbettir. Ve bu tarik havâssu efrâd ve a'yânü âhâda mahsustur, zira cumhuru halk birbiriyile muhabbet etmek adeten muhaldir*).

25 *Kınalızâde, Ahlâk-ı Alâî, s. 418-419.*

furû'undan olan ahkâma ne ihtiyac olur ve andan ne faide hasıldır). Kınalızâde muhabbeti ya da sevgiyi varoluşsal bir temelde tanımlayarak tümüyle değerler alanının esası olarak kurgulamıştır.<sup>26</sup> Bu yönüyle düşünürün, İbn Arabî'nin mistik söyleminde 'varoluşun özü olarak tanımlanan muhabbet/sevgi' tasavvuruna sahip olduğu ifade edilebilir.

Şair ve edip kimliğinin kendisinde yattığı poetik duygunun bir etkisi olarak Kınalızâde eserinde sıklıkla Türkçe, Arapça ve Farsça beyitlere yer vermiştir. Yine bu çerçevede Kınalızâde eserinde şu beyitleri aktarmaktadır.

Aşklar aşkın hükümlerini kabul etmişlerdir,

Sen de ey yiğit adalete itiraz etme.<sup>27</sup>

Kınalızâde, varoluşsal anlamda sevgiyi yalnızca insani doğanın özü olarak değil, bunun yanı sıra tümüyle varlık düzeninin kurucu zemini olarak tasarlamaktadır. Bu düşüncesini filozofların fikri olarak kayda geçiren Kınalızâde, tüm varlığın düzen ve bekâsının muhabbet/sevgi ile gerçekleşeceğini ifade etmektedir (*cümle mevcudâtın kıvâm u bekası muhabbetledir*).<sup>28</sup>

Düşünür sevgiyi, fizik ve fizikötesi evrenin ya da özsel anlamda varlığın her zerresine sirayet eden bir töz olarak nitelendirmektedir. Bu meyanda Kınalızâde şu beyitleri aktarmaktadır:

Ezeli sevgi sırrı bütün eşyada sârifdir,

Öyle olmasaydı gönlünü kaptırılmış olan bülbül gül için feryat etmezdi.

(Sirr-i hubb-i ezeli der-heme eşyâ sârist

Verni ber-gul nezedî bulbul-i bî-dil feryâd).<sup>29</sup>

Sevgi ile hak ve adalet kavramları arasında belirleyici bir ilişki söz konusudur.<sup>30</sup> Bu ilişki, salt kavramsal düzeyde bir ilişki değildir. Bunun ötesinde, Kınalızâde'nin referans alanı çerçevesinde bu ilişki, deruni anlam boyutları ile ifade edilebilecek karşılıklı bir belirleyiciliğe sahiptir. Nitekim bu çerçevede adaletin onsuz olmaz ya da ondan ayrılmaz unsurunu (lâzım-ı gayri mufâriki) *oluşturan sevgi/muhabbet, Tanrının en güzel isimlerinden (esmâ-i hüsnâ) ikisi olan el-Adl (adalet/adil olan) ve el-Vedûd'un (sevgi/seven) tecellisi olarak* al-Adl olarak kabul edilmiştir.

26 Kınalızâde, *Ahlâk-ı Alâî*, s. 419-420.

27 *Li'l-âşikine bi-ahkâmi'l-garâmi ridan; Fe-lâ tekun yâ fetâ bi'l-adli mu' teridan. bkz., Kınalızâde, Ahlâk-ı Alâî*, s. 420.

28 Kınalızâde, *Ahlâk-ı Alâî*, s. 420.

29 Kınalızâde, *Ahlâk-ı Alâî*, s. 420.

30 Gürbüz, Ahmet, "İnsan Haklarının Filozofik Temelleri", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, sy. 20, s. 75-76.

# Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi

Umut KOLOŞ\*

*“Hukuk doğadan, ilk çobanların vardıkları pınarların çevresinden çıkmaz; hukuk, korkunç tarihleri ve kahramanları belli olan gerçek muharebelerden, zaferlerden, katliamlardan doğar; hukuk kundaklanmış kentlerden talan edilmiş topraklardan doğar; gündoğumunda can çekişen şu ünlü masumlarla doğar”<sup>1</sup>*

## GİRİŞ

Fetişizm ve hukuk kavramları bir arada düşünüldüğünde, ilk izlenim itibariyle pek bir bağlantı görünmese de, bilimsel bir fetişizm tanımlamasının ya da yeni-kurgusunun hukuk alanı da dahil olacak biçimde farklı alanlara uygulanmasının, pratik ve bazen pratik/politik anlamlar taşıması mümkün olabilecektir. Ancak burada iki kavramın ilişkisini salt pratik/politik bağlamda ele almayacağımızı belirtmekte yarar vardır. Makalenin amacı başka ve yeni bir açıdan hukukun irdelenmesinin yapılabileceğini göstermeye çalışmaktır.

Makalede öncelikle fetişizm kavramının, farklı boyutlarının da hesaba katıldığı bir tahliline yer verilmiştir. Ardından fetişizmin asıl bağlantılı görüldüğü alanların dışında da uygulanabileceğine ilişkin örnekler sergilenmiştir. Çalışmanın devamında, peşinde olduğumuz “başka”lığa araştırdığımız umduğumuz hukuk fetişizmi tahliline yer verilmiştir. Bu yapılırken, örnekler oluşturması bakımından mevcut

hukuk fetişizmi algılayışları da gözden geçirilmiştir.

Makalede ulaşılmaya amaçlanan bir diğer hususun fetişizm algısını tekleştirip, tekleştirilen bu algının daha sonra dağılım alanlarına nasıl bir biçimde uygulanabileceğini göstermek olduğunu da ifade edebiliriz.

## I. KAVRAMSAL BOYUT

### A. Fetişizmin Klasik İki Boyutluluğu

Fetişizmin boyutlarından bahsetmeye başlamadan önce konuya ontolojik bir giriş yapmak uygun olacaktır. Yani fetişizmin ne’liği ile ilgili bilgi verilmesi gerekmektedir.

Fetişizm kavramı ile anlatılmak istenen bir nesneyi aslında onda olmayan özellikler ile donatmaktır. İleride bu tanımlı Cohen’i referans alarak formüle etmeye çalışacağız.

Fetiş kelimesinin etimolojik özelliklerine bu kısımda yer vermek daha doğru görünmektedir. Bu, gerek tarihsel olarak fetiş kelimesinin ortaya çıkışı, gerek buna dogmatik olarak yüklenen anlamlar sebebiyle, böyledir. Fetiş kelimesi Portekizce feitiço kelimesinde türemiştir. Kelimenin kökeni Latincedeki facticius-facec kelimesidir<sup>2</sup>. Kelime ilk olarak 15. yy’da Portekizli tüccarlar tarafından kullanılmıştır. *Feitiço kelimesinin anlamı ise “imal edilen, “uydurulan”dır<sup>3</sup>*. Portekizli deniz tüccarları Gine ve Angola bölgelerinde pagan

\* Arş. Gör. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilimdalı Öğretim Elemanı.

1 Michel Foucault, *Society Must Be Defended Lectures at the Collège De France 1975-76*, Çev. David Macey, New York, Picador, 2003, s.50.

2 Alfred C. Haddon, *Magic and Fetishism*, London, Archibald Constable, 1906, s.66.

3 Tatsuo Murakami, *Fetishism as the Origin of Religion: The Question of the Origin of Religion and the Problem of Materiality in the History of Religions*, California, UMI, 2001, s.1.

yerlilerin boyunlarına taktıkları veya çadır-  
larının kirişlerine astıkları şeylere fetiş de-  
mişlerdi. Ardından bu kelimenin türevleri  
olan fetişçi, fetişist, fetişizm gibi kelimeler  
oluşturdu<sup>4</sup>.

Ünlü Fransız psikolog Alfred Binet'ye  
göre fetişizm kavramı cansız nesnelere  
duyulan cinsel tutkuyu ifade etmektedir<sup>5</sup>.  
Fetişizmin de içinde sayıldığı cinsel sap-  
kınlığı ise sosyal yapıya bağlı, geçici ve  
coğrafi farklılıkların da belirleyiciliğinin  
söz konusu olduğu bir zeminde ele almak  
gerekmektedir<sup>6</sup>.

Fetişizmden bahsedildiğinde, doğaldır  
ki, onun temel anlamları olarak düşünüle-  
bilecek klasik iki boyutu aklı gelmektedir.

Bunlardan birincisi özellikle Batı Af-  
rika yerlilerinde rastlanan dinsel fetişizm  
(religious fetishism) olarak karşımıza çık-  
makta iken, bir diğeri cinsel sapma (sexu-  
al perversion) niteliğindeki fetişizm olup  
psikanalitik bir süreçle ilgilidir. Şimdi bu  
boyutları ayrı ayrı ele alalım.

### 1. Dinsel Fetişizm

Fetişizmin temel anlamlarından biri te-  
olojik (hatta antropolojik) düzlemde yer al-  
maktadır. Buradaki fetişizm kavramsallaş-  
tırmasında anahtar kelimeler obje, yaratım  
ve gizem olarak sıralanabilecektir.

Fetişizmin dinsel boyutuyla ilgili  
önemli açıklamaları Murakami'de bulmak  
mümkündür.

Murakami'ye göre, fetişizm öncelikle,  
insanların fiziksel çevreleriyle nasıl ileti-  
şim kurup onu nasıl algıladıklarıyla ilgili

tahminlerini ifade etmekteydi. Üstelik bu  
tahminler modern din çalışmalarını da kap-  
sar biçimde insan bilimleri yöntemlerinde  
ve kurumlarında yansımaları bulmaktadır<sup>7</sup>.  
Modern din çalışmalarında dinin kaynağı  
bahsinde iki temel öncül ortaya çıkmıştır.  
İlkinde göre din tekil bir kökenden gelen in-  
sancımlı bir sistem iken ikincisine göre din,  
insani kökenli bir yönelim olarak anlaşıl-  
malı ve tartışılmalıdır<sup>8</sup>.

Fetişler ve din ilişkisinde bu belirleme-  
leri yapan Murakami'ye göre;

- *Fetişler materyal nesnelerdir*
- *Fetişleri insanlar yapar*
- *Fetişleri insanlar yok eder<sup>9</sup>*

Tarihsel bağlamda fetiş kelimesi za-  
manla sihirsel potansiyele sahip tüm nes-  
neleri içerir bir anlamda kullanılmaya baş-  
lanmıştır. Teolojik açıklama ile yaklaşıldı-  
ğında ise fetişizm cansız nesnelere yapılan  
bir ibadet olarak karşımıza çıkar<sup>10</sup>.

Görüldüğü gibi fetiş olarak seçilen  
nesne herhangi bir nesne olabilir; ancak o  
nesnenin fetişleştirilmesinde her zaman bir  
sebeptir<sup>11</sup>. Bu sebep nesneyi fetişleş-  
tiren toplumun özgül koşullarıyla birlikte  
değerlendirilmelidir.

Öte yandan bir fetiş, ideal bir nosyonu  
ya da oluşu belirten bir işaret ya da göster-  
geden ibaret de olabilir<sup>12</sup>. Buradan fetişleş-  
tirmede aynı zamanda bir idealleştirmenin  
de mevcut olduğu sonucuna varmak gerek-  
tiği kanısındayız.

4 Briault Maulaurice, *Polytheism and Fetishism*, London, Sand&B. Herder Book, 1931, s.146.

5 Julie Peakman, "Sexual Perversion in History: An Introduction", *Sexual Perversions 1670-1890*, Ed. Julie Peakman, London, Palgrave Macmillan, 2009, s.1.

6 A.e.

7 Murakami, A.g.e., s.39.

8 A.e., s.12.

9 A.e., s.37.

10 Haddon, A.g.e., s.67.

11 A.e., s.72.

12 A.e., s.76.



Tüm bunların yanı sıra fetiş, varoluŐuy-  
la, kalıcı ya da geçici bir gizemi de barın-  
dırmaktadır<sup>13</sup>. Yani fetişin ortaya çık(arıl)  
ıŐında, nesnenin fetiş karakterini sürdür-  
mesinde ve insanları etkilemesinde örtülü  
ve muhataplarınca ayırđına varılması güç  
bir sonuç söz konusudur.

Fetişlerin kökeni ile ilgili olarak fetiş-  
leŐtirilen nesnenin fetişleştirilmesinin her  
zaman bir sebebi olduğu anlaşılmaktadır;  
ancak bu sebep bazen rastlantısal olarak da  
bulunabilir. Bazen de fetiş, arzulanen bir  
nesneye yüzeysel olarak benzeyen bir nes-  
nedir ve bu nesnenin bir büyüŐü olduğuna  
inanılır<sup>14</sup>.

Ek bir bilgi olarak, Durkheim'a göre  
fetiŐsizmin büyü ve dinin iç içe geçtiği, ya-  
rattığımız ya da amaçlarımıza uygun gör-  
düğümüz nesnelere bizi etkileyen güçler  
haline geldiği ve yeni yaratılmış bir sosyal  
bağın cisimleştiği kesit olarak ele alındığını  
söylemekte yarar var<sup>15</sup>. Özellikle  
amaçlarımıza uygun görüp tercih ettiğimiz  
nesnelere daha sonra bizi etkileyen güçler  
haline gelmeleri konusunun, aşağıda hu-  
kuk fetişizminin ötesine geçmeye çalıŐtı-  
đımızda, hatırlanmasının önemli olduğunu  
düşünüyoruz.

## 2. Psikanalitik Anlamda Fetişizm

Psikanalitik anlamda fetişizmden bah-  
sedildiği yerde zorunlu durak Freud ola-  
caktır. Freud'a göre fetişizm, oğlan çocu-  
đunun kadında varsayığı penisin aslında  
olmadığını fark ettiğinde gerçekleşen ruhsal  
bir sürecin ta kendisidir. Bu süreci kısaca  
özetlemek gerekirse, oğlan çocuğu ka-  
dınlardan penisleri olmadığını fark ettiğinde

onların iđdiŐ edildiğini ve iđdiŐ edilme  
sırasının kendisinde olabileceğini düşünüp  
paniklemeye başlamaktadır<sup>16</sup>. Bu paniğin  
giderilmesi ancak kadının olmayan penisi-  
nin başka bir şey ile ikamesi sayesinde söz  
konusu olabilir. İkame edilen şey, kadının  
olmayan penisinin yerini alacak ve oğlan  
çocuğun iđdiŐ edilme tehlikesine karşı kul-  
landığı bir kalkan olacaktır<sup>17</sup>.

Burada görülmesi gerektiği gibi iđdiŐ  
olgusunun oğlan çocuk tarafından aynı  
zamanda hem bir inkarı hem de bir kabu-  
lü söz konusudur<sup>18</sup>. Fetişleştirilen nesne,  
örneğin bir kadın ayakkabısı, kadında ol-  
mayan ve fakat oğlan çocukta iđdiŐ edilme  
korkusu yüzünden yerine bir şeylerin kon-  
masını gerektiren penisin yerine konarak  
hem bu iđdiŐ ile başa çıkılmıŐ ve kabul-  
lenilmiŐ hem de bu iđdiŐin etkileyciliğini  
penis ikamesi ile reddedilmiŐ yani inkar  
edilmiş olmaktadır.

Psikanalitik anlamda fetiŐsizmin, ođ-  
lan çocuğun yukarıda bahsedilen paniğe  
kapılıŐının ortadan kaldırılması dışındaki  
bir diğer etkisini ise açığa çıkan tatmin  
bakımından ele alabiliriz. Gerçekten de  
fetişin sağladığı tatmin, ki bu tatmin Fre-  
udyen çözümlemeye göre iđdiŐ korkusun-  
dan kurtulma nedeniyle doğar, farklılıklar  
taşımaktadır.

Freud'un iđdiŐ korkusu yaşayan oğlan  
çocuğu mastürbasyon yapmayı öğrenip pe-  
nisinin öneminin ayırđına varan, vajinayı  
gördüğünde iđdiŐ korkusu depreŐen ve bu  
korkuyu bir daha yaşanamak için penisi  
simgeleyecek ve asla iđdiŐ edilemeyecek  
bir fanteziye yönelip fetiş imal eden bir ço-

13 A.e., s.77.

14 Andrew Lang, *Modern Mythology*, London, Longmans Green, 1897, s.117.

15 David Graeber, "Fetishism as Social Creativity: Or Fetishes Are Gods in the Process of Construction", *Anthropological Theory*, Vol. 5, 2005, s.427.

16 Sigmund Freud, *Cinsellik Üzerine Üç Deneme*, Çev. Selçuk Budak, 3. bs, İstanbul, Öteki Yayınevi, 2006, s.341.

17 A.e. s.342.

18 A.e. s. 345.

cuktur<sup>19</sup>. Bu korkunun defedilmesinin, yani fetiş imalinin, kişinin kendini kontrolü ile gerçekleşen bir özneliği mümkün kıldığını düşünen bir yaklaşım da mevcuttur; öyle ki, fetişizmde fetiş olarak tercih edilen nesne, yokluğunun farkına varılan penisin yerine ikame edilebilecekler arasında daha az tehlikeli olan bir nesne olup bunu tercih eden oğlan çocuk da bu tercihte bulunmanın sağladığı kendini otonom görme imkânına kavuşan çocuktur<sup>20</sup>.

Bu bağlamda tatmin boyutuna geri döndüğünde hem cinsel tatmin hem de içdiş korkusunun yenilmesi, çocuğa, cinsel bir anomali semptomunu da akla getiren, insanlararası cinsel ilişkiye girmeyi engelleyen ve doğal olan birleşmelerden ya da tatminlerden daha fazla hoşnut eden ve tatminkar olan bir tecrübeyi sağlamış olmaktadır<sup>21</sup>.

Şunu da eklemek gerekir, içdiş edilme korkusunu yaşayan fetişist çocuk erişkin olup da cinsel ilişkiye girdiğinde sadist davranışlar içinde de bulunabilecektir. Çünkü çocuğun bu fetişist fantezileri, gerçek hayatta kadınlarla kurulan ilişkilerde izin verilmeyecek agresyonları da içerebilmektedir<sup>22</sup>. Bu agresyonun hukuk fetişizmindeki karşılığı olarak hukukun zor kullanma niteliğine aşağıda değineceğiz.

### B. Fetişizmin

#### Kavramsallaştırılmasında Boyutları Teke İndirme

Görüldüğü gibi, fetişizm kavramsallaştırmalarında ister dinsel yaklaşım ister psikanalitik yaklaşım referans alınsın, ortak özellikler vardır. Bu ortak özelliklerden hareketle yeknesak bir fetişizm algısına ulaşıp ulaşılamayacağı hakkında bir açıl-

ım yapılabilir. Bu noktada şimdiye kadar dinsel ve psikanalitik yaklaşımlardan yola çıkarak saptayabildiğimiz ortak özellikleri sıralamakta fayda var;

- *Fetiş, bir nesnedir*

Angola'lı yerlilerin pratiğinde ya da penis ikamesinde görüldüğü üzere fetiş adı verilen şey herhangi bir nesnedir.

- *Fetiş, bir fiksiyondur*

Fetiştirilen şey değil, onun fetişleştirilme süreci ve ona atfedilen nitelikler duygusal ve psikik bir sürecin sonucu olma özellikleriyle birlikte bir yapıttır.

- *Fetişin altında bir yoksunluk yatar*

Yoksunluk ya da yoksun olma korkusu fetişleştirmede önemli rol oynar. Freud'un oğlan çocuğu içdiş edilme korkusundan yani penisinin yok olması korkusundan fetişleştirmeye giderken, dinsel fetişizmde de gizemli ve gizli güçleri varsayılan bir nesne güç yoksunluğunun yerini alması bakımından tapınılan şey haline getirilmekte ve bu da dinin kökenlerinden sayılabilmekteydi. Anlaşılan odur ki, olmayan erk, o erkin yokluğu ve yokluğun yarattığı boşluk, insanlarca doldurulmak yönünde niyet ve çaba sarfedilen bir konumda yer almaktadır.

- *Fetişleştirmede bir idealleştirme vardır*

Gerçekten de gerek dinsel boyutta gerek psikanalitik boyutta gerçekleşen fetişizm değerlendirmelerinde bir idealleştirme söz konusudur. Psikanalitik boyutta olmayan penisin yerine ikame edilen nesneye, ki bu nesnenin bir organ olmasına engel yoktur, dinsel boyutta doğüstü ve mistik güçleri olduğu varsayılan nesneye

19 Anthony Storr, "The Psychopathology of Fetishism and Transvestitism", *Journal of Analytical Psychology*, 1, 1957, s.154.

20 E.L. McCallum, *Object Lessons: How To do Things With Fetishism*, New York, State University of New York Press, 1999, s.30.

21 Jerrold Levinson, "Sexual Perversity", *Monist*, Vol.86, Issue 1, 2003, s.37.

22 Storr; A.g.e., s.155.

salt düşünsel sürecin ürünü olan anlamlar yüklenmiştir. Yani maddi temelleriyle alakasız ya da bu temellere çok uzak anlamlar maddeye atfedilmiş, düşünce maddeyi belirlemiştir. Bir anlamda olması düşünülen, olan'a ikame edilmiştir.

Bu ortak nokta belirlemelerinin ardından Cohen'in açıklamasına yer verebiliriz; zira G.A. Cohen'in çalışmaları iki boyutu birleştiren bir fetişizm anlayışı için yardımcı olabilir. Cohen'in çok yalın ve bir o kadar açık fetişizm kavramsallaştırması ilerleyen bölümlerde hukuk fetişizmini betimlerken de işimize çok yarayacaktır. Cohen'e göre,

“Bir şeyi fetiş haline getirmek ya da fetişleştirmek, o şeye kendi başına sahip olmadığı güçleri vermektir.”<sup>23</sup>

## II. FETİŞİZMDEN FETİŞİZMLERE

Uğraş paradoksal görünebilir –ve belki de öyledir. Ancak farklı fetişizm boyutlarını tekleştirmenin, ardından gerçekleştirilecek fetişizmler dağılımına uygun bir temel olabileceği görüşündeyiz.

Peki, “fetişizmden fetişizmlere” ne demektir?

Ya da bunun bir olasılığı, hatta olasılığın somutlaştırıldığı bir örnek var mıdır?

Bu aslında, tekleştirilen fetişizmin (ya da fetişizm algısının) bir dağılım aracı olarak, farklı fetişizm tahlillerine ve kavrayışlarına kaynaklık etmesini sağlamaya çabalamaktan başka bir şey değildir. Yapılmaya çalışılan tekleştirilen fetişizmin yeniden parçalanması değil, fetişizm kavramının anlamını geliştirerek yeni bağlamları kavramada araç olarak kullanılmasıdır. Bu noktada endüksiyonda pürüz olmadık-

ça endüktif bir yöntemin sonucunun, dedüksiyonda da pürüz olmamak kaydıyla dedüktif bir amaca alet edilmesinde metodolojik bir kaygılanmaya yer olmayacağı görüşündeyiz.

Buna verilecek örnek konusunda ise, evet, böyle bir örnek vardır: Marx'ın ünlü meta fetişizmi.

Detaylıca olmasa da, meta fetişizmin den ve onun tekleştirilmiş fetişizm algısı ile olan ilişkisinden bahsetmekte fayda var.

Marx meta fetişizmini açıklanabilir bir sır olarak görür. Metayı incelemekle onda mevcut metafizik ve teolojik görüntülerin ortaya çıkacağı görüşündedir<sup>24</sup>. Meta denen şey ise insanın dışında bulunan ve sahip olduğu özellikler ile insanların ihtiyaçlarını gideren şeydir<sup>25</sup>. Meta fetişizmi metanın mistik özelliklerini ifade etmede kullanılan bir kavram öbeğidir. Bu mistik özellikler dinsel fetişlerde söz konusu olana benzer biçimde hayat bulur. Öyle ki, Marx'a göre meta, mübadele sürecinde görüldüğü anlar itibariyle “toplumsal şey” haline gelir.

Din aleminde insan beyninin ürünleri nasıl bağımsız canlılar gibi görünüyorsa metalarda da böyle bir fetişleşme vardır<sup>26</sup>.

Metanın mübadele sürecinde, ki bu sürece emek ürününün meta olarak ürettiği anı da katmak gerekir, fabrikadaki basit varlık olma statüsünden çıktığını ve toplumsallaştığını söylemek mümkündür. Öyle ki, bu toplumsallaşma, Marx'ın meta fetişizmini, meta olarak üretimi bir an için görmezden gelirsek, anlamlandırdığı andır. Bu an, emeğin toplumsal biçim aldığı an olarak kabul edilebilir<sup>27</sup>.

Marx'ın meta fetişizmi kurgusunda anahtar işlevi şeyleşme/yabancılaşma oy-

23 Gerald A. Cohen, *Karl Marx'ın Tarih Teorisi Bir Savunma*, Çev. Ahmet Fethi, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998, s.141.

24 Karl Marx, *Kapital*, C.1, 7. bs, Çev. Alaattin Bilgi, Ankara, Sol Yayınları, 2004, s.81.

25 A.e., s.47.

26 A.e., s.83.

27 A.e., s.82.

namaktadır. Marx metanın fetişleşme sebe-bini emek ürününün şeyleşmesiyle açıklar; mistisizm buradadır. Ona göre “üreticilerin kendi aralarında bir ilişki olarak değil de, emek ürünleri arasında kurulan toplumsal bir ilişki olarak görünme[k]”<sup>28</sup> şeyleşme/ yabancılaşmanın kısa özetidir.

O halde meta fetişizmi ile ilgili iki önermeyi şöyle sıralayabiliriz;

- Meta fetişizmi emek ürününün, me-tanın toplumsallaşma süreciyle yakından ilgilidir. Buna sosyo-ekonomik önerme di-yebiliriz.

- Meta fetişizmde meta mübadelesi sürecinde aslanan emek ürünü sahiplerinin ilişkisi iken, fetişizm emek ürünleri arasın-daki ilişkiyi, insan unsurunu dışlayarak asıl ilişki olarak sunmaktadır. Buna da sosyo-psikolojik önerme diyebiliriz.

Önermeleri birleştirdiğimizde meta fe-tişizminin bir şeyleşme, insan eli ve bey-niyle yaratılmış olan ürünlerin bir şeyleş-mesi olduğunu ifade edebiliriz<sup>29</sup>.

Diğer bir konu ise meta fetişizminin metaların kullanım değeriyle değil, müba-dele sürecinde önemli rol oynayan değişim değeriyle ilgili olmasıdır. Bu, fetişleşmenin toplumsal niteliği ile ilgili ipuçlarını sun-manın ötesinde, metaya harcanan emeğin değişim değerine dönüşmesini, bu değerın metada asli bir unsur olmamasına rağmen aslileşmesini ve sanki onda hep varmış gibi görünmesini de ifade etmektedir<sup>30</sup>. O halde meta fetişizmde iki evre vardır; değişim değeri onu oluşturan maddi yapıdan ayrılır ve metaların özünde varmış, onlarda içkin-miş gibi varsayılır<sup>31</sup>.

Yine paradoksal bir belirlemeye yer vereceğiz. Şimdiye dek fetişleştirilen şeyin

bir nesne olduğuna ilişkin tutarlılık sergi-lenmekteydi. Oysa fetişleştirilenin, şeyleş-tirilen bir fenomen olması meta fetişizmi tahlilinden elde edilen bir sonuçtur. Her ne kadar meta fetişizmde de fetişleştirilen bir nesne ise de, tahlil bizi nesne dışı fenomenlerin de fetişleştirilmeye uygun olabileceğini kabul etmeye götürmektedir. Önemli olan, fenomenin insanüstüleşmesi, doğüstü niteliklerin fenomene atfedilmesi ve bu doğüstülüğün fenomende içkinleş-mesidir. Doğüstülük dendiğinde dinsel fetişizmde olduğu gibi tanrısal yani ilahi kudretlerin fenomene atfedilmesi anlaşılabilir gibi, sadece bunun anlaşılması yeterli değildir.

Meta fetişizmi tahlili şunu ortaya ko-yar; fetişizm insan ürünü olan fenomenle-rin şeyleşmesi/yabancılaşmasıdır. Bu belir-leme önemlidir; çünkü böylece hukuk fe-tişizmi, hukuk fenomeninin bu şekilde bir kavranışına dayanabilecektir. Bu kavrayışı uygulamayı birebir kopyalamak biçiminde almamak gerekir.

Tek boyutlu hale getirilen fetişizm kavramsallaştırmasında pratik yarar sağ-layacak yukarıdaki gibi girişimler, hukuk benzeri farklı çalışma alanlarına fetişizmin dağıtılması anlamında da işlevsel bir mü-dahaleye aracılık edebilecektir. Örneğin, fetiş nesnelere bağımlılıktan kurtarıp fe-nomenlere havale etmek, hukuk fetişizmi gibi bir konuda çalışma yönünde sağlanacak pratik yarar aracı olabilir.

### III. HUKUK FETİŞİZMİ

Tekleştirilen fetişizm algısının dağılım alanlarına uygulanma biçimlerinden birisi olarak hukuk fetişizmi irdelendiğinde dile getirilenler, politik yorumlar ve yorum öte-si bağlamlar ele alınabilir.

28 A.e.

29 Karl Marx, *Marx/Engels Devlet ve Hukuk Üzerine, Der. ve Çev. Rona Serozan, İstanbul, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, 2010, s.2.*

30 Cohen, A.g.e., s.143.

31 A.e., s.144.

Buna başlamadan önce ise hukuk fetişizmi kavramı ile hukuksal fetişizm kavramı arasındaki ayrıma dikkat etmek gerekir. Hukuk fetişizmi dendiğinde, ayrıntıları aşağıda açıklanacağı üzere, hukukun kendisinin fetişleştirilmesi anlaşılmalıdır. Yani burada hukukun herhangi bir fetişleştirilmede oynadığı araçsal rol değil, bizzat hukukun fetişleştirilmesi söz konusudur. Hukukun hatasız, eksiksiz, yoktan var eden, zorunlu ve onsuz olmanın düşünülmemeyecek bir yapı olduğu yaklaşımı buna bir örnek olabilir. Hukuksal fetişizm ise hukuk aracılığıyla kimi kurumlara fetiş karakteri yüklemektir. Burada hukukun, örneğin bir iktidar oluşumuna ilişkin söylemleri ile onu fetişleştirmede oynadığı araçsal rol ön plandadır. Hukuksal fetişizm dendiğinde anlaşılabilir diğer husus herhangi bir hukuki düzenlemeye fetişizmin ya da fetişlerin konu olması bakımından ele alınabilir. Örneğin Angola'lı yerlilerin inanç ve ibadetlerini korumaya yönelecek bir hukuki düzenlemede fetişlerden bahsedilebilir.

#### A. Söylenenler

Iolanthe operasında The Lord Chancellor karakterinin söylediği şarkının sözleri şöyledir;

*Hukuk, mükemmel olan her şeyin*

*Hakiki vücut buluşudur.*

*O hiçbir hatayı ya da çatlak içermez,*

*Ve ben, efendilerim, hukuka vücut verir<sup>32</sup>*

Burada bir abartmanın olduğunu düşünebilir miyiz ya da hukuk mükemmel olanı

gösteren, hiçbir kusuru barındırmayan bir özellikte midir; hukuk bir hükümlerliliğin vücut bulması mıdır? Hukuk fetişizmi kavramı üzerine söylenenlerin aktarılmasından sonra bu soruların cevabını okura bırakacağız.

Hukuk fetişizmi kavramının ilk kullanımına, hukukta formalist yaklaşımın bir eleştirisini sergileyen François Géný'de rastlanmaktadır<sup>33</sup>. Géný'ye göre formalist cephede hukuk kelamına öyle bir bağlılık vardır ki, burada adalet ve mantığın çok fazla konuşturduğu söylenemez<sup>34</sup>. Bu anti-formalist söylemin kullandığı hukuk fetişizmi kavramı, anti - formalizmin ötesinde, Marksist bir kullanıma da konu olmuştur. Anti-formalizmin ötesine geçen bu Marksist kullanımda hukuk fetişizmi, insanların istemleri ve kararlarının dışında, yani iradi eylemden uzak, kendine özgü normatif değerlere sahip olduğu düşünülen bir hukuk anlayışını ifade etmektedir<sup>35</sup>.

Marksist eğilimli hukuk fetişizmi açıklamalarının dikkat çeken bir yelpazesi meta fetişizmi ile kurulan bağlantıda oluşmaktadır. Örneğin Balbus, meta mübadelesiyle yurttaş mübadelesini bir koşutluk içinde sunduğu makalesinde<sup>36</sup> hukuk fetişizmini meta fetişizmine bağlamaktadır. Argümanını ise ürünlerin bireysel meta formunu aldığı kapitalist üretim tarzında insanların da bireysel yurttaş formunu alması şeklinde ortaya koyar ve Marx için hukuki form ile meta formunun bir ve aynı şey olduğunu iddia eder<sup>37</sup>.

32 William McBride, "Fetishism of Illegality and the Mystifications of Authority and Legitimacy", *Georgia Law Review*, 18. s.863.

33 Hukuki formalizmin ileride hukukun otonomluğu olarak betimlenebilecek hukukun özerk yapısını ifade ettiğini bildirmekte yarar var. Hukukun mantıksal bir iç kurgusunun ve tutarlılığının olması, karakteristik konu, metod ve ilkelere sahip olması, bu sayede diğer disiplinlerden ayrıksı ve bağımsız bir oluşumu göstermesi bu bağlamda ele alınabilir (Sercan Gürler, "Ernest Weinrib'te Özel Hukuk Felsefesi ve Hukuki Formalizm", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, sayı 1-2, Haziran 2009, s.117-118).

34 Julieta Lemaitre, "Legal Fetishism at Home and Abroad", *Unbound*, 2007 Issue, s.7.

35 A.e., s.8 Buradaki kendine has normatif değerlere sahip olma durumu Lemaitre'in kullanımına bakılırsa, insani ve toplumsal etmenin dışlanması ağırlıklı bir yönelim şeklinde gerçekleşiyor. Ancak burada da hukuki formalizme dair kokular gelmiyor değil.

36 Isaac D. Balbus, "Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law", *Law & Society*, Winter 1977, s.575.

Marx'ın meta fetişizmi örneğinde sergilenen "eşitlik" Balbus'un hukuk fetişizmi değerlendirmesi bakımından belirleyici olmuştur. Metalardaki insan emeği eşitliği vurgusu Balbus'ta hukukun eşitlik vurgusuna bağlanır. Çünkü ona göre bireysel yurttaşlar birbirlerine eşit değildirlere, faaliyetleri ve girilen sosyal ilişkiler bağlamında uygun düşün kelime "eşitsizlik"tir. Bu yurttaşlar ihtiyaçları olan varlıklar olma özelliğinin yanı sıra mübadele nesnesidirlere. Bu nesne'lik onları, aslen taşımadıkları bir eşit olma niteliğine kavuşturur ve kapitalizmin liberal öğretisinin ihtiyaç duyduğu evrensel eşitlik argümanı hukuk sayesinde gerçekleşir<sup>38</sup>. Böylece hukuki form denen olgu bireyler ile hukuk arasında, içinde bireylerin hukuka nesnellik atfettikleri ve kendilerini onun bir nesnesi ya da yaratımı olarak telakki ettikleri fetişleştirilmiş bir ilişki yaratmaktadır<sup>39</sup>. Burası önemlidir. Bireylerin kendilerini hukukun bir yaratımı olarak görmeleri, bizce, hukuk fetişizminin de ötesinde bir kavramsallaştırma ile birlikte tartışılmalıdır. Buna ileride değineceğiz. Ancak Balbus açıklamalarının sonunda hukuki normun doğruluğunun sorgulanmayışı ve meşruiyetinin ortadan kaldırılmasının dahi düşünülmemesinden bahsettiğinde<sup>40</sup> yine hukuk fetişizmi tartışmasının sınırları içindedir.

Balbus'a göre hukuk fetişizminin en büyük örneği Lemaitre'de bahsi geçen for-

malist hukuk teorisi iken, en bayağı hukuk fetişizmi örneği hukuka sahip olmasaydık herkes birbirini öldürürdü şeklinde ifade edilebilecek olan Hobbesçu "Homo Homini Lupus" anlayışında yatmaktadır<sup>41</sup>.

Balbus'un hukuk fetişizmi yorumunda açıklıkla görülüyor ki, ilk ayağı bireylerin varlıklarını hukuka borçlu olduğu yönündeki zihinsel süreç oluştururken diğer ayağı hukukun otonom bir yapıya sahip olduğu yönündeki formalist algı oluşturmaktadır.

Hukuk fetişizmine etraflıca değinen bir diğer isim ise Collins'dir. Collins'i ve ona atf ile hukuk fetişizminden bahseden Belliotti'yi paralel bir incelemeye tabi tutacağız.

Collins hukuk fetişizmi ile anlatılmak istenenin, basit bir ifadeyle, hukuk sistemlerinin sosyal düzenin ve medeniyetin asli bileşeni olduğu yönündeki inanç olduğunu belirtmektedir<sup>42</sup>. Collins'e göre hukuk fetişizmi üç boyut ile ele alınabilir;

· İlk sosyal düzenin sağlanmasında hukuk düzeninin varlığının zorunlu olduğu ve bir hukuk düzeni ile onun sağladığı kurallara uyma sonucu meydana gelmedikçe medeniyetin de imkansız olduğu yönündeki boyuttan bahsetmektedir<sup>43</sup>. Bu boyutun açılımını ise Belliotti'de bulabiliriz. Belliotti hukukun zorunluluğu (the necessity of law) dediği bu boyutta hukukun insanları en kötünden koruyan ve insanlar için en

37 *A.e. Marx'ın, farklı türden emeklerin ve emek ürünlerinin eşitlenmesinin mübadele süreci içinde nasıl gerçekleştiğini betimlediğini söyleyebiliriz. Farklı ürünler için söz konusu olan emeklerin insan emeği ortak paydasında eşitlenmesi hukuki eşitlik anlayışı bakımından ufuk açıcı olabilir. Emeklerinin eşitliğini varsaymak ve mübadeleyi sağlamak için insanların da eşit olduklarını kabule ihtiyaç vardır. Burada liberal hukuk devreye girer; liberal hukuk ile sonlu ya da sonsuz bir eşitlik paradigması imkanı hale gelir. Sonlu eşitliği eşitler arasında eşitlik, sonsuz eşitliği ise böyle bir ayrım olmaksızın tasarlanan eşitlik anlayışı olarak görebiliriz.*

38 *A.e., s.575-576. Burada bireysel yurttaş kavramı, liberal felsefenin birey anlayışının siyasi bir kavram olan yurttaşlığa tamlanan olduğu bir tamlama olarak alınabilir.*

39 *A.e., s.582-583.*

40 *A.e., s.583.*

41 *A.e.*

42 *Hugh Collins, Marxism and Law, New York, Oxford University Press, 2001, s.10.*

iyiyi esirgeyen kurallar ve ilkeler bütünü olarak görülmesinden bahseder. Bunun ise liberal kapitalist sistemlerde görülen bir retorik olduğunu ifade eder<sup>44</sup>.

· Hukuk fetişizminde ikinci boyutu ise Collins'e göre hukukun nev'i şahsına münhasır ve emsalsiz bir fenomen oluşu yönündeki anlayış oluşturur. Bu anlayış hukuk düzenlerinin, iktidar düzenlerinin daha geniş bir türü olmayıp kendine has karakteristiğinin olduğu varsayımına dayanır<sup>45,46</sup>. Belliotti bu hususu hukukun otonomluğu (the autonomy of law) diyerek kategorize eder<sup>46</sup>. Hukuk otonomisi ise üç alt özellik ile değerlendirilir. Yargı ile yasama arasındaki ayırmda görülene benzer kurumsal düzenleme örnekleri hukuk ile birlikte mümkün olmuştur. Ayrıca hukukçuların birbirleri ile kurdukları iletişim ayrık bir söylemi ifade eder. Son olarak hukuk sistemleri sosyolojik grupların birbirleri üzerinde uyguladıkları basit güç kullanımının ötesini ifade eder<sup>47</sup>.

· Hukuk fetişizminin son boyutunu ise hukuk devleti doktrini oluşturur<sup>48</sup>. Belliotti bunu hukuk devletinin arzu edilirliliği (the desirability of the rule of law) olarak nitelendirmiştir. Belliotti'nin hukuk devleti algısı, davaların benzeri biçimde sonuçlanması, geriye yürümeme, yasaların genel ve kişi ötesi oluşu gibi ilkeler ile biçimlenmektedir<sup>49</sup>.

Hukukun zorunluluğu ile ilgili olarak, Collins'e göre, bu zorunluluk hukukun hayatı bir öneme sahip olduğu inancıyla pekişir; insanlar sosyal olguları, onları tanımlayan,

düzenleyen hukuki kategorilere göre yorumlarlar<sup>50</sup>. Hukukun otonom varlığına, onun biricikliğine ve ayrıkılığına olan inanç da ikinci boyut ile yakından ilgilidir.

Hukukun kapsayıcılığı ile ilgili bir belirlemeyi de Collins hukuk fetişizmi değerlendirmesine dahil etmiştir. Toplumsal kuralların tümünün, örf ve adet kurallarının, sosyal düzeni oluşturan diğer normların hukuk olarak anlaşılmasını da hukuk fetişizminin bir varyantı olarak değerlendirmek mümkündür<sup>51</sup>.

Collins'e göre hukuk fetişizminin son kullanımı meta fetişizmi kavramıyla bağlantılıdır. Collins'in Balbus'a yaklaştığı momentlerdir bunlar. Ancak başka bir yönden yaklaşma söz konusudur. Özellikle burjuva hukuk sistemlerinde soyut ve genel kurallar bütünü olarak algılanan hukukta meta fetişizminin etkisinden bahsetmektedir. Bu etki ise tüm sosyal ilişkilerin genel kurallar tarafından idare edildiği bir zemin olarak hukuk alanına, hukuk formu ve içeriğine meta fetişizminin dahil olduğu iddiasını dile getirmektedir.

Pasukanis de hukuk fetişizmini meta fetişizmi bağlamında ele alır. Meta fetişizminin de emek ürününe, onda asli olmayan bir gücün ya da değer atfedildiğini Cohen'de görmüştük. Pasukanis'e göre de emek ürününe nasıl değer atfediliyorsa, bireye de öznel hak biçimi altında tasarımılanan bir egemenlik alanı atfedilmektedir. Pasukanis'in özet cümlesine göre "meta fetişizmi hukuk fetişizmi ile tamamlanmaktadır"<sup>52</sup>.

43 A.e., s.11.

44 Raymond A. Belliotti, "Marxist Jurisprudence: Historical Necessity and Radical Contingency", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. IV, No:1, 1991, s.153.

45 Collins, A.g.e.

46 Belliotti, A.g.e.

47 Collins, A.g.e.

48 A.e., s.12.

49 Belliotti, A.g.e., s.154.

50 Collins, A.g.e., s.97.

51 A.e., s.99.

Marksist söylemin hukuk fetişizmi temellendirmelerinin aydınlatılmasında idealizm karşıtlığı dikkat çekmektedir. Bu idealizm karşıtlığını Marx'ta da bulmak mümkündür. Öyle ki, Marx'ın hukuk metafiziği dediği bir belirlemeden burada kısaca bahsedilmelidir. Marx'a göre hukuk metafiziği Kantçı idealizme ve Johann Fichte tarafından gerçekleştirilen doğal hukukun sözde bilimsel sistemlerine benzemektedir<sup>53</sup>. Hukuk metafiziği güncel hukuktan ve hukukun güncel tüm formlarından ayrılan temel ilkeler ve tefekkürler ile sosyal gerçekliği bozmaktadır<sup>54</sup>.

Marksist temelli hukuk fetişizmi tanımlamalarının dışında hukuk fetişizmi kullanımları da mevcuttur. Hukuk fetişizmine postmodern bağlamda yaklaşımı Santos'ta görebilmekteyiz. Santos'a göre postmodern dönüşüm süreci hukuk alanında da yansımaları bulmaktadır. Öyle ki, sosyal kolektivizm çözüldükçe yerine daha birey odaklı bir yaklaşım geçmektedir. Büyük öykülerdeki (metanarratives) geniş ve kapsayıcı anlamlandırma biçimlerinin tekeline karşı girişilen postmodern savaşında hukuk alanının kontrollü çözümlümü hukuku hem değersizleştirmekte hem de yüceliğinin ortadan kaldırılmasına yol açmaktadır<sup>55</sup>. Santos'a göre hukuk fetişizminin bitimi yeni bir hukuk minimalizmine ve mikro devrimci pratiklere sebep olacaktır<sup>56</sup>. Buradaki hukuk fetişizminden, devlete ve hukuka, onlar her kerede sosyal gerçekliğe karşılık geliyorlarmışçasına, boyun

eğme yönündeki ideolojik eğilimin çıkarılabildiği şekilde yorum getirilebilse de<sup>57</sup> bize göre Santos'un asıl vurguladığı şey postmodern hukuk yapma süreçleridir. Yani bir boyutuyla ulusalüstüleşen ve diğer boyutuyla yerleşen (glocalization) bir hukuk imaline atıfta bulunulmakta ve hukukun çözümlmesine vurgu yapılmaktadır.

### B. Politik Yorumlar

Hukuk fetişizminin politik açılımlara da imkan hazırladığını söyleyebiliriz. Bir görüşe göre, hukuk fetişizmiyle yapılan yoksunluğun ve sosyal hareketlerin oluşturduğu gerçekliğin reddidir<sup>58</sup>.

Diğer politik argüman hukuk fetişizmi kavramının kullanımındaki politik teleolojiye göndermede bulunur. Bunu Collins'te görebiliriz. Hukuk fetişizmini ifade ederken kullanılan üç boyutun klasik liberal politikalara saldırı argümanı olduğu belirtilmiştir. Collins bu saldırının klasik alt yapı – üstyapı metaforlarının bir yeniden yorumlanması olarak kalmasını eleştirip saldırıyı olumsuz diye nitelendirir. Ona göre bu saldırı, hukukun ortadan kalkacağı ya da gereksizleşeceği beklentisini yaratmayan ve sadece hukukun önemine yönelen genel inancın altını oymaya girişen bir saldırı olmakla malüldür<sup>59</sup>.

Hukuk fetişizminin politik bir kullanımın diğer sahibi anarşist söylemdir. Anarşist yaklaşımda da hukuk fetişlerinin kapitalist iktidarı ve sömürü ilişkilerini, daha büyük eşitsizliklere sebep olacak biçimde,

52 Evgeny B. Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev. Onur Karahanoğulları, İstanbul, Birikim Yayınları, 2002, s.118.

53 Donald R. Kelley, "The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx", *American Historical Review*, Vol. 83, Issue 2, 78, s.354.

54 A.e.

55 Boaventura de Sousa Santos, "The Postmodern Transition: Law and Politics", *The Fate of Law*, Ed. Austin Sarrat and Thomas R. Kearns, USA, The University of Michigan Press, 1993, s.105.

56 A.e.

57 Chris Kocela, "The End of Legal Fetishism: Oedipa Maas as Postmodern Cartographer", *Oklahoma University Law Review*, Vol. 24, Number 3, 1999, s.629.

58 Lemaitre, A.g.e., s.17.

59 Collins, A.g.e., s.100.



genişletme işlevi vardır. Bu da hukukun işlevinden doğar. Proudhon'un ünlü "mülkiyet hırsızlıktır" sözünde özetlediği gibi anarşist kabulde de hukukun işlevi özel mülkiyeti tanımlama ve mevcudiyetini mümkün kılmanın ötesinde hükümetlerin iktidar ve meşruiyet kaynağı olmada saklıdır<sup>60</sup>. Anarşist söylemin bu meşruiyet kaynağı olma belirlemesi önemlidir. Zira biz de hukuk fetişizminin esasında bir meşruiyet sağlama aracı olarak işlev gördüğü düşüncesindeyiz.

### C. Hukuk Fetişizminin Yorumu ve Ötesi

Başlarda söylediklerimizi hatırlayalım. Fetiş bir nesne olarak niteledikten sonra meta fetişizmi tahliliyle kapsamı genişletip fetiş fenomenlere özgü kılmıştık. Fetişin fiksiyonel yapısına da değinip altında ciddi bir yoksunluğun yattığını hem psikanalitik hem de dinsel fetişizm boyutlarıyla göstermiş ve bu yoksunluğun ünlü meta fetişizmi örneğinde de varolduğunu vurgulamıştık.

Bu verilere hukuk fetişizmi ile ilgili söylenenleri de ekleyebiliriz. Amaç basit bir ekleme değildir; bilakis amaç fetişizmi, kavramın içini tutarlı materyaller ile doldurmaktır. O halde hukuk fetişizmi ile ilgili şunları söylemek mümkün olur.

### 1. Hukuk Fetişizminin Yorumu ve Yeni Bir Tanımı

Hukukun fonksiyonlarının kavranması bakımından hukukun geçerli, etkin ve adalete uygun olup olmadığı sorularının önemi vurgulanmaktadır<sup>61</sup>. Buradaki adalete uygunluk kriterini, onun daha çok hukuk felsefesi alanını ilgilendirdiğini düşündüğümüz için, göz ardı edeceğiz.

Hukukun geçerliliği, onun formel yanına yani temel yasalar bağlamında bir geçerlilik arayışına bağlanarak açıklanmaktadır<sup>62</sup>. Hukukun etkin olup olmadığı sorusuna verilecek yanıt ise geçerli hukuki süreçlerden sonra oluşan, örneğin bir yasanın, gerçekte uygulanıp uygulanmadığına ilişkin bir incelemenin ardından verilebilecektir<sup>63</sup>.

Hukuk fetişizmi ile bu soruların bağlantılandırılması kuşkusuz fayda sağlayacaktır. Öyle ki, yukarıdaki geçerlilik ve etkinlik kriterlerini, hukuk fetişizmi bağlamında operasyonel olarak kullanmak mümkündür. Ancak operasyonun işlevli olabilmesi için gerek etkinliği gerek yürürlüğü (ancak özellikle etkinliği) hukuk fetişizmini yorumlama çabasına uyarlamak gerekiyor.

Hukuk normunun iş görüp görmemesi onun etkinliği olarak açıklanabilirken, bu iş görmenin nasıl sağlanacağı yani etkinliğinin gerçekleşmesinin nasıl mümkün olacağı hukuk fetişizmi ile açıklanabilir. Burada uyarlama işlemini gerçekleştirmemiz gerekiyor. Kişilerin, hukuk normunun üzerlerindeki etkisine nasıl "boyun eğdiği" meselesi uyarlamanın konusunu oluşturacaktır. Fetişleştirilen hukuk ya da hukukun bir fetiş haline gelmesi bu boyun eğmeyi sağlayan etmenlerden biri olarak düşünülebilir. Öyle ki, hukuka ilişkin fetişleşmiş algı onun uygulanabilirliğini sağlamada gayet işlevseldir. Kişilerin norma uymasını, normun önerdiği davranışın doğruluğuna olan inanç ve rasyonel süreçler ile alışkanlıklara dayanan bir sürece ve buna ek olarak kişinin bu normu ihlal edecek kudreti kendisinde görmemesine dayandıran görüşü de buraya dahil edebiliriz<sup>64</sup>. Böylece elimizde iki veri oluyor. Birincisi hukukun etkinliği-

60 *An Enquiry into Anarchist Jurisprudence*, <http://www.scribd.com/doc/7823572/An-Enquiry-into-Anarchist-Jurisprudence> (Çevrimiçi)20.05.2010 17:17.

61 *Yasemin Işıktaç, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s.166-167.*

62 *A.e., s.167.*

63 *A.e.*

ne duyulan ihtiyaç, ikincisi kişilerin hukuk normuna uyma sebepleri.

O halde hukukun fetişleştirilmesinin, insanların onunla alakalı rasyonel değerlendirmelerini yönlendirmeye, onları hukuk düzeninin yapısı karşısında güçsüzlük hissiyatıyla donatmaya ve hukukun genişletilmiş anlamıyla etkinliğini sağlama işlevine hizmet ettiğini söyleyebiliriz. Böylece, bu işlevden hareketle bir hukuk fetişizmi tanımlama çabasına girişebiliriz:

*Hukuk fetişizmi: insanların hukuka ilişkin rasyonel değerlendirmelerini yönlendirerek ve onları hukuk düzeninin yapısı karşısında güçsüzlük hissiyatıyla donatarak, hukukun meşruiyet anlamında etkinliğini sağlamaya yarayan mistik bir araçtır.*

Söylenenler’de bahsettiğimiz tüm argümanlar’de tanımın içine sığdırılabilir. Hukukun nevi şahsına münhasır karakteristiği ve otonomluğu, hukukun zorunluluğuna olan inanç, hukuk devleti arzusu, hukukun formalist yapısının yüceltilmesi gibi duygusal süreçleri bu tanım içinde yerli yerine oturtmak mümkündür. Hatta fetişizmin dinsel ve psikanalitik boyutlarıyla ilgili betimlemeler de burada kendilerine yer bulabilir.

Öncelikle hukuk fetişizmi ile bir fenomen olarak hukuk, amaçlanan, olması gerektiğine inanılan ve yokluğu fark edilen toplumsal yaşama düzeninin soyut bir ikamesidir. Bilindiği gibi hukuk, olan ile değil olması gereken ile ilgilenir ve bu alana yönelir. Yani olması gereken’e yönelen bir idealleştirme vardır burada. Hatta biraz daha ileri gidelim, hukukun ideal olarak olduğunu da iddia etmek mümkündür<sup>64</sup>. İdeal olarak olan, maddi dünyada karşılığı olmayandır. Olanı gereken öyle bir idealleştirilir ki, buyruklarla, müeyyidelerle ve gerektiğinde zorla olan’ın etrafını sarar.

Bu “ideal olan”a olan tutku ise gözlemlenmesi zor olmayan bir vaziyettir. Onun gerçekleşmesi, gerçekleşmeye zorlanması gerekir. Olan, olması gereken’e uydurulduğu nispette olması gereken taraftarları tatmin olacaklardır, tıpkı fetişist çocuğun tatmininde olduğu gibi. Olan’ın istenmezliği, olması gereken’in olan’a karşı giriştiği savaşında agresifleşmesine sebep olur. Tutkulu bir agresyon... Bu agresyon hukukun zor kullanmasında görülebilir. Ayrıca olması gereken’i yasama süreçleriyle belirlemek, onu belirleyene, kendini kontrol etme ve düzenleme anlamlarında otonomluğa sahip olma hissiyatını da getirebilecektir.

Söylenenler’de meta fetişizmi ile hukuk fetişizmi arasında Balbus’un ve Collins’in kurdukları bağları belirtmiş ve özellikle yukarıdaki yorumumuzla bir açıklım getirmeye çalışmıştık. Burada meta fetişizminin hukuk fetişizmi ile kurulan bağlarının bir tekrarını yapmayı düşünmüyoruz. Ancak bizce meta fetişizmini fetişizmin somut bir kullanım örneği olarak almak demek, diğer fetişizmleri ile de ona bağlamak anlamına gelmiyor. Yani biz hukuk fetişizminden bahsettiğimizde ille de meta fetişizminin hukuka uygulanması biçiminde gerçekleşen bir kopyalama işlemini gerçekleştirmek zorunda değiliz. Şu da söylenmeli ki, fetişizm boyutlarını teke indirdikten sonra bu tekli algıyı farklı alanlara uygulamada benzerliklerin olması da kaçınılmazdır. Benzerlikler, bilinçli bir kopyalama niyetinin değil, eşyanın tabiatı icabıdır.

Yeni bir tanımlamasını yaptığımız hukuk fetişizminden doğan hukuk algısının hukuku, toplumsal formasyonun asli unsuru sayacağını da belirtebiliriz. Öyle ki hukuk bir sonuç değil, bir neden haline gelir ve onsuz bir medeniyet mümkün değildir.

64 Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, İstanbul, Özne Yayınları, Ekim 1998, s.71.

65 Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s.134 v.d.

O, herkesin cansiperane savunması gereken fenomendir ve devlet de ona uyacaktır. Devleti belirleyen ve onu idare edecek olanları sarıp sarmalayan bir bilincin adıdır hukuk.

Bu algıya ilişkin açıklanmasında fayda görülen şey ise, niteliği ya da anayasa hukukundaki yeri ne olursa olsun tüm devletlerin fetişleşmiş bir hukuk algısına ihtiyaç duymaları gerçeğidir. İki ayrı coğrafyada (hatta aynı coğrafyada), iki ayrı ideolojik temele dayanan iki devlet, farklı özellikleri haiz hukuk düzenlerini idealleştirip dünyanın kurtuluşu için kendi hukuk düzenlerinin yayılmasına ve etkinliğini arttırmasına çalışabilir. Bunda gariptenecek hiçbir şey yoktur. Aksine buradan hukuk fetişizmine ilişkin çıkarım yapılmalıdır. Tanımda hukuk fetişizminde bir yönlendirme olduğundan bahsettik. Bu paragrafta verilen örnek yönlendirmeye güzel bir karşılık oluşturmaktadır. Her devlet kendi hukukunun meşru görülmesine ihtiyaç duyar. İnsanların rasyonel tercihleri ve hukuka ilişkin algıları, hukukun meşruiyeti anlamındaki etkinliğine nüfuz eder. Bu anlamda kişilerin algısının bir kalıba dökülmesi gerekir. Bu kalıbın adıdır hukuk fetişizmi.

## 2. Hukuk Fetişizminin Ötesinde Bir Kavram: Hukuk Totemizmi

Burada Balbus'un hukuk fetişizmi yorumunu incelerken ileride değineceğimizi söylediğimiz yeni ve çok önemli olduğunu düşündüğümüz bir boyuta geçiyoruz. Hatırlayalım, Balbus hukuki form denen olgunun bireyler ile hukuk arasında, içinde bireylerin hukuka nesnellik atfettikleri ve kendilerini onun bir nesnesi ya da yaratımı olarak düşündükleri fetişleştirilmiş bir ilişkinin yattığından bahsetmekteydi<sup>66</sup>. Balbus'un, bireylerin kendilerini hukukun bir nesnesi ya da yaratımı olarak telakki

ettikleri hukuk fetişizmi değerlendirmesi, bize göre, fetişizmin ötesine, totemizme ilişkindir.

Bu yorumu yapmak yetmiyor, totemizmi kısaca da olsa açıklamalıyız.

Totemin kelime anlamına bakacak olursak, "ilkel toplumlarda topluluğun ondan türediği sanılan ve kutsal sayılan hayvan, ağaç, rüzgar v.b. herhangi bir doğal nesne"ye totem dendiğini görürüz<sup>67</sup>. Buradaki kilit etmeni "topluluğun ondan türediği sanılan" vurgusu oluşturmaktadır. Balbus da bireylerin kendilerini ondan yaratılmış olarak telakki ettikleri bir hukuktan bahsetmekteydi. Bu bağlamda yapılacak bir değerlendirmeye göre hukuk totemizmi nasıl açıklanabilir?

Totem tanımlamasının bir adım ilerisinde totemin özellikleri yer alır. Bu özellikler hukuk totemizmini anlamak bakımından faydalı olabilir.

Totemin ilkel topluluklardaki işlevi bir klandaşlık duygusunun yaratılmasıdır. Özellikle Avustralya ve Kuzey Amerika'daki yerlilerin bir hayvan, bitki ya da sair bir nesneden dolayı birbirlerini klandaş saymaları sonucunu doğuran kültürel ve sosyal durumu totemizm olarak adlandırabiliriz<sup>68</sup>. Ayrıca totemin, yerlilerin mensubu oldukları kabileyi gösteren bir işaret olarak da kullanıldığını söyleyebiliriz<sup>69</sup>.

Totemizm ile ilgili önemli bilgi ve belirlenmeleri Freud'da bulabiliriz. "Totem ve Tabu"nun burada değineceğimiz kısmında özetle, kabileden uzaklaştırılan erkek kardeşlerin kendilerini baskı altında tutan babalarını öldürmeleri, öldürmekle kalmayıp onu yemeleri ve yedikten sonra onun güçleriyle özdeşleşmeleri anlatılmaktadır.

Bu anlatımın önemi şuradan gelir; erkek kardeşler babalarını yedikten sonra

66 Balbus A.g.e., s.582-583.

67 <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=TOTEM&ayn=tam> (Çevrimiçi)11.08.2010 12:36.

68 Lang, A.g.e., s.71.

sembolik olan ve gerçekle yer değiştiren bir güce sahip olmaktadır<sup>70</sup>. Gerçek ve gerçekle yer değiştiren sembolik gücü, hukuk felsefesindeki olan - olması gereken ilişkisine benzetebiliriz. “Totem ve Tabu”da ortaya çıkan sembolik güç aslında varolmayan ve insanın, onun aracılığıyla kendisini inşa ettiği<sup>71</sup> bir güçtür. Ayrıca bu sembol insanın kendisinin yerini alan, kendisi ile olan ilişkisini dış dünya ile yapılanırdan bir yabancılaşmayı da akla getirir<sup>72</sup>.

Hukuk totemizminde de benzeri bir sembolleştirilmenin varlığı ileri sürülebilir: Hukuk Devleti. Balbus'ta insanların, kendilerini onun tarafından yaratıldıklarını varsaydıkları hukuk, özneleştirme ile bunu yapar. Hak sahibi ve eşit insan modern hukukun vazgeçilmez öznesidir. İnsanları hak sahibi ve eşit bir özne olarak yaratan hukuk totemleştirilir ve yaratan mertebesine çıkarılır. Öyle ya, hukuk olmasaydı böyle bir eşitlik, felsefi hayallerimizde tutulu kalmaya mecbur kalırdı. Hukuk bu sembolik eşitliği, eşitliğin doğurduğu gücü yaratandır.

Hukuk devletinin sembolü olduğu hukuk totemizminde hukuk devleti sadece siyasi iktidarın politik içerikli takdir hakkı yerine hukuki meşruluğa göre idare etmesi<sup>73</sup> olarak anlaşılacaktır. Totemizmin teknik analizinde insanların ondan türediğine inanılan totem ve bu türeme işi hukuk totemizminde hukuk öznesi olarak yaratıma işaret edecektir. Buna örnek olarak modernizm koşullarında bireylerin kendi toplumsal konumlarını hukuk aracılığıyla algılamalarının gösterilmesi zorlama ol-

mayacaktır<sup>74</sup>. Bu bağlamda hukuk ideolojisi hukuk totemizmine benzemektedir.

Totemizmle fetişizm arasındaki ilişkiye geldiğimizde ise şunlar söylenebilir. Totem, topluluğun ondan türediğine inanılan “şey” iken fetiş, doğüstü olduğu varsayılan “şey”dir. Böylece totemler fetişleri kapsar. Hukuk fetişizminin, hukukun insan ürünü olmadığı, bilakis, insanların hukuk sayesinde var olduğu yaklaşımı hukukun totemleştirilmesine, yani fetişizmin ötesini ifade eden hukuk totemizmine atılan bir adımı ifade etmede örnek olabilir. Durkheim'da fetişizmin, yarattığımız ya da amaçlarımıza uygun gördüğümüz nesnelere bizi etkileyen güçler haline geldiği ve yeni yaratılmış bir sosyal bağın cisimleştiği uğrak olduğunu yukarıda söylemiştik. Aslında bu belirleme fetişizmden ötesine, totemizme doğru atılan adımın bir diğer örneğidir. Bizi etkileyen güç olarak fetişlerin varlığından bahsetmek yeterli gelmediğinde, bizi belirleyen totemlerin varlığı gündeme gelecektir.

Ayrıca hukuk toplumsal bir düzenlemeyi nasıl hedefliyorsa, Freud'a göre totem de topluma duyulması gereken saygıyı hedeflemektedir<sup>75</sup>. Hukuk bunu olması gereken'i gösteren hukuk normu ile gerçekleştirirken, totemde, aslında olmayan ve fakat sonradan ortaya çıkan sembolik güce boyun eğiş ifade etmektedir.

#### IV. SONUÇ

Makalede fetişizmin farklı kavranış boyutlarını ele alıp onlar aracılığıyla tekleştirilmiş bir fetişizm kavrayışına ulaşmaya

69 A.e., s.72-73.

70 Erdoğan Özmen, “Freud ve Lacan ‘Totem ve Tabu’ ”, *Akl Defteri*, Sayı 2, Yaz 2010, s.35.

71 A.e., s.36.

72 A.e.

73 Mehmet Tevfik Özcan, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Temmuz 2008, s.198-199.

74 Mehmet Tevfik Özcan, “Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LXIV, Sayı 2, 2006, s.122.

çalıştık. Dinsel ve psikanalitik boyutlardan elde ettiğimiz tekleştirilmiş fetişizm algısı, farklı uygulama alanlarına dağıtmak üzere araç haline getirildi. Bu farklı uygulama alanlarından birisi de hukuktur. Hukuk fetişizmine giden yolda fetişizmdeki farklı anlam boyutlarını ortak paydalar halinde ortaya koyarak inşa etme yöntemi benimsenmiştir.

Makalede hukuk fetişizmine dair şimdiye kadar söylenenlere yer verip kendi hukuk fetişizmi tanımlamamızı yapmaya da çalıştık. Bu yeni tanımlamayı yapmamızın sebebi hukuk fetişizminin şimdiye kadarki anti-formalist eksende, Marksist eksende ve postmodern eksende gerçekleştirilen tanımlamalarının ve ele alınışlarının daha kapsayıcı ve açık bir niteliğe kavuşturulması gerektiğini hissetmemizden. Öyle ki biz bu tanımlamaları ya da ele alışları topyekün reddetmeden ve fakat onları aşan bir yeni tanımlamaya ulaşmaya çabaladık. Anti-formalist eksende hukukun nev'i şahsına münhasır ve otonom bir yapı oluşu eleştirilmekteydi. Bize göre hukuk fetişizmi dendiğinde sadece bu otonom yapının ele alınması yeterli değildir. Ulaştığımız tanımlama yolunda Marksist yaklaşımların önemli etkisi vardır. Ancak burada da Marx'ın meta fetişizmi pratiğinin hukuk üzerine birebir kopya edilmesi uğraşından da kaçınmaya çalıştık. Son olarak hukuk fetişizminin postmodern eksendeki ele alınışında hukukun çözülmesi ve minimalize hale gelişi tanım girişiminin uzağında kaldığı için onu dışarıda bıraktık.

Dikkat edilecek bir nokta ise hukuk fetişizmi ile hukuksal fetişizm arasındaki ayrımı koymaktır. Ortak nokta olarak her ikisinde de bir fetişleştirmenin olduğunu söyleyebileceğimiz bu iki kavram arasındaki temel fark hukuk fetişizminde fetişleştirilenin hukuk olmasına karşın hu-

kusalsal fetişizmde hukuk aracılığıyla farklı kurumların fetişleştirilmesidir.

Kendi tanımlamamızı yaptıktan sonra gördük ki, hukuk fetişizmi tanımlamalarının bir adım ötesine geçmek gerekiyor. Bu öte adımda ise karşımıza hukuk totemizmi çıkmıştır. Hukuk totemizmi ile hukuk fetişizmi arasında kurduğumuz bağın önemine çalışmada işaret etmiştik. Hukuk totemizmi hukuk fetişizmini kapsayan ve onu aşan bir yerde durmakta, hukuku algılayışta daha büyük bir rol oynamaktadır. Öyle ki, hukuk fetişizminde insanlar hukuka aslında sahip olmadığı güçleri atfedip onu idealleştirmekte ve bu sayede ona ilişkin rasyonel değerlendirmeleri yönlendirilip hukuk karşısında kendilerini güçsüz hissetmekte iken, hukuk totemizminde hukuk fetişizmini de aşan bir şekilde, insanların kendilerini hukukun bir yaratımı olarak görmeleri söz konusudur. Bu yaratım elbette fiziksel bir yaratım değildir. Söylemsel, ideolojik ve "hukuki" bir yaratımdır söz konusu olan.

Hukuk fetişizmi ile hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi ilişkilerine de değinmek gerekiyor. Bilindiği üzere hukukun ne'liğini, kavramsal boyuttaki tartışmayı hukuk ontolojisi ve dolayısıyla hukuk felsefesi ortaya koyar. Hukuk felsefesi hukukun ne olduğunu araştırır, belli bir yer ve zamana bağlı olmaksızın hukuk fikrinin doğasını ortaya koymaya çalışır<sup>76</sup>.

Hukuk felsefesinin önemini tartışmaya, bu bilgiler ışığında, gerek yoktur.

Ancak felsefi bilginin yaşamını sürdürebilmesi için bilimsel bilgi alanındaki gelişmelerin önemini de kesinlikle yadsıyamayız. Bu anlamda, hukuk felsefesine en çok yardımcı olacak bilim alanları hukuk sosyolojisi ile hukuk tarihidir. Hukuk sosyolojisinin "hukuku sosyal gerçeklik içinde ve toplumsal yaşamın bir parça-

75 Sigmund Freud, *Totem ve Tabu*, Çev. Niyazi Berkez, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1993, s.164.

sı olarak ele alarak diğer sosyal olaylarla olan ilişkisini ince[ye]n<sup>77</sup> bir bilim dalı olarak tanımlanmasının önemini anlamak gerekiyor. Buradaki sosyal gerçeklik ile hukukun ilişkisini ise hukuk düzeninin sosyal gerçekliği ne ölçüde yansıttığı sorusuyla birlikte düşünmek gerekir. Olan'ı değil, olması gereken'i vurgulayan hukuk düzeninin sosyal gerçeklikle olan pürüzlü ilişkisini görmek kolay olsa gerektir.

Diğer bir nokta da hukuk tarihi ile hukuk felsefesi ilişkisinde söz konusu olmaktadır. Hukukun tarihsel süreçte oynadığı roller ve yöneldiği değerleri kavramada hukuk felsefesi ile hukuk tarihi mutlak bir yakınlık içindedir<sup>78</sup>.

Bu noktadan hareketle önerimiz hukuk felsefesini, sıhhat bakımından, hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihiyle besleyerek onu sosyal gerçekliğe yaklaştırma olacaktır<sup>79</sup>. Bu yaklaştırma, hukuk felsefesini hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi olmaksızın düşünmemekten geçer. Felsefenin ayrı bir uzayda yer aldığını kabul ediyoruz elbette. Ancak hukuk felsefesi ile hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisinin bağlarını ve etkileşimini kuvvetlendirmekten bahsediyoruz. Bunu yapmaktır hukuk felsefesinin yeniden üretiminde faydalı olacak; kısaca bununla hukuk felsefesi de hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi de kazanacaktır. Böylece hukukun anlaşılmasında çok boyutlu bir yaklaşımın önemini altını çizmiş oluyoruz. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk tarihi verilerinin bir arada değerlendirilmesi bu çok boyutlu yaklaşıma örnek olması bakımından çok önemlidir.

Sosyal gerçeklik ile kurulacak bu yakınlaşma ise hukuk ontolojisini oluştur-

mada pratik yarar sağlayacaktır. Böylece sosyal gerçeklikten uzak ve yönlendirmeye meyilli hukuk fetişizmine yahut hukuk totemizmine karşı kuvvetli bir duvar örülebilir. Hukuk felsefesi ile hukuk fetişizmi arasında kurulacak bağ bu vadede yer alır. Hukuk fetişizminin yönlendirici etkisi hukukun ontolojik boyutunda yer alacak sosyal gerçeklik ile aşılabilir. Kişilerin hukuka ilişkin değerlendirmelerini belirleyen etmenlerden biri olarak hukukun tanımlanmasında sosyal gerçeklikle kurulacak bağ, kişilerin hukuka dair düşüncelerini oluşturmalarında son derece önem taşımaktadır ve bu sosyal gerçeklik, belki de, hukuk fetişizminin yönlendirimine engel olma anlamında işlevseldir.

Hukuk fetişizminin ne olduğuna, hangi işlevleri gördüğüne dair verilen bu bilgilerden sonra hukuk fetişizmini reddedip reddetmediğimizi, onu nerede gördüğümüzü de ekleyerek makaleyi bitireceğiz.

Bir olgu olarak hukuk fetişizminin varlığını ve önemli bir alanı kapladığını kabul etmek gerekir. Hukuk fetişizmi gibi bir olgunun varlığını tespit etmek bir yerde bizi onun zorunluluğuna götürmektedir. Tüm hukuk düzenleri, birbirlerine tamamen zıt içerikte olsalar da meşruiyetlerini sağlamak zorundadırlar. Bu noktada hukuk fetişizmi tabiidir ki devreye girmektedir. Hukuk fetişizmi hukuk düzeninin varolmasının zorunlu ve normal sonucudur. Onu bu anlamda reddetmiyoruz.

Ancak onun normal bir sonuç olduğunu kabul etmek gördüğü işlevleri onaylamak anlamına gelmiyor. Bizce, insanların hukuka ilişkin değerlendirmeleri onu olması gerektiği gibi değil, olduğu gibi ele

76 Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, 3. tıpkı bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010, s.30.

77 Işıktaç, *Hukuk Sosyolojisi*, s.17.

78 Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, s.39.

79 *Bu öneriye yönelecek itiraz felsefi bilgi ile bilimsel bilgi arasında epistemolojik engellerin mevcut olduğu yönünde getirilebilir. Oysa öneri, farklı epistemolojik düzlemler arasında bilgi ikamesini değil, farklı düzlemlerin birbirlerinin bilgilerinden yararlanmasını barındırdığı ölçüde bu itiraza karşı bağımsızdır.*

olarak gerçekleşmelidir. Hukuk fetişizmi ve ötesinde yer alan hukuk totemizmi hukuka ilişkin değerlendirmeleri çarpıttığı ölçüde reddedilmelidir. Yapılması gereken hukuku ne eksik ne fazla, olduğu gibi analiz etmekten geçmektedir. Bunun önünde bir engel olarak gördüğümüz hukuk fetişizmini bu anlamda, reddediyoruz.

### KAYNAKÇA

- Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001.
- Balbus, Isaac D., "Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law", Law & Society, Winter 1977, s.215-232.
- Belliotti, Raymond A., "Marxist Jurisprudence: Historical Necessity and Radical Contingency", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. IV, No:1, 1991, s.145-164.
- Cohen, Gerald A., Karl Marx'ın Tarih Teorisi Bir Savunma, Çev. Ahmet Fethi, İstanbul, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998.
- Collins, Hugh, Marxism and Law, New York, Oxford University Press, 2001.
- Foucault, Michel, Society Must Be Defended Lectures at the Collège De France 1975-76, Çev. David Macey, New York, Picador, 2003.
- Freud, Sigmund, Cinsellik Üzerine Üç Deneme, Çev. Selçuk Budak, 3. bs, İstanbul, Öteki Yayınevi, 2006.
- Freud, Sigmund, Totem ve Tabu, Çev. Niyazi Berkez, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1993.
- Graeber, David, "Fetishism as Social Creativity: Or Fetishes Are Gods in the Process of Construction", Anthropological Theory, Vol. 5, 2005, s.407-438.
- Gürler, Sercan, "Ernest Weinrib'te Özel Hukuk Felsefesi ve Hukuki Formalizm", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, Sayı 1-2, Haziran 2009, s.117-164.
- Haddon, Alfred C., Magic and Fetishism, London, Archibald Constable, 1906.
- Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Felsefesi, 3. tıpkı bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2010.
- Işıқтаç, Yasemin, Hukuk Sosyolojisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.
- Kelley, Donald R., "The Metaphysics of Law: An Essay on the Very Young Marx", American Historical Review, Vol. 83, Issue 2, April 78, s.350-367.
- Kocela, Chris, "The End of Legal Fetishism: Oedipa Maas as Postmodern Cartographer", Oklahoma University Law Review, Vol. 24, Number 3, 1999, s.625-641.
- Lang, Andrew, Modern Mythology, London, Longmans Green, 1897.
- Lemaitre, Julieta, "Legal Fetishism at Home and Abroad", Unbound, 2007 Issue, s.6-18.
- Levinson, Jerrold, "Sexual Perversity", Monist, Vol.86, Issue 1, 2003, s.30-54.
- Marx, Karl, Kapital, C.1, 7. bs., Çev. Alaattin Bilgi, Ankara, Sol Yayınları, 2004.
- Marx, Karl, Marx/Engels Devlet ve Hukuk Üzerine, Der. ve Çev. Rona Serozan, İstanbul, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, 2010.
- Maulaurice, Briault, Polytheism and Fetishism, London, Sand&B. Herder Book, 1931.
- McBride, William, "Fetishism of Illegality and the Mystifications of Authority and Legitimacy", Georgia Law Review, Vol. 18., s.863-890.
- McCallum, E.L., Object Lessons: How To do Things With Fetishism, New York, State University of New York Press, 1999.
- Murakami, Tatsuo, Fetishism as the Origin of Religion: The Question of the Origin of Religion and the Problem of Materiality in the History of Religions, California, UMI, 2001.
- Özcan, Mehmet Tefvik, "Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXIV, Sayı 2, 2006, s.119-144.

- Özcan, Mehmet Tevfik, İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol, İstanbul, Özne Yayınları, Ekim 1998.
- Özcan, Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, İstanbul, On İki Levha Yayınları, Temmuz 2008.
- Özmen, Erdoğan, “Freud ve Lacan ‘Totem ve Tabu’ ”, Akıl Defteri, Sayı 2, Yaz 2010, s.33-42.
- Pasukanis, Evgeny B., Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Çev. Onur Karahanoğulları, İstanbul, Birikim Yayınları, 2002.
- Peakman, Julie, “Sexual Perversion in History: An Introduction”, Sexual Perversions 1670-1890, Ed. Peakman Julie, London, Palgrave Macmillan, 2009.
- Santos, Boaventura de Sousa, “The Post-modern Transition: Law and Politics”, The Fate of Law, Ed. by Austin Sarrat and Thomas R. Kearns, USA, The University of Michigan Press, 1993, s.79-119.
- Storr, Anthony, “The Psychopathology of Fetishism and Transvestitism”, Journal of Analytical Psychology, 1, 1957, s.153-166.
- An Enquiry into Anarchist Jurisprudence, <http://www.scribd.com/doc/7823572/An-Enquiry-into-Anarchist-Jurisprudence> (Çevrimiçi) 20.05.2010 17:17
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=TOTEM&ayn=tam> (Çevrimiçi) 11.08.2010 12:36



# Evrensel Hukukun Aporia'sı Olarak Kan Davası Problemi

Erhan KUÇLU\*

“Ölüm belirişin altüst olmasıdır. (...)

Ölüm sonun fenomenidir, aynı zamanda da fenomenin sonudur.”

Emmanuel Levinas, *Tanrı, Ölüm ve Zaman*

Genellemeler yalnızca ayrıntıyı gözden kaçırmakla kalmaz, aynı zamanda ayırt etme yetimizi de köreltebilir. İnsan, insanlığıyla ölüm karşısında acizdir; her insan'ın ölümüyle birlikte bu acz durumu bir kez daha tekerrür eder. Bu acz içerisindeki insanın ölüm karşısındaki refleksif tavrı “ölüm”e sebep olan şeyi yok etmektir. “*Ölüm karşısında insan isyandan yanadır.*” Bir başka ifadeyle, insan ölüm karşısında aslında bir “isyankardır,” ötesine eli ermemektedir, ölüm karşısında devrim “ham bir hayal”dir. İnsan, ölümü var ettiği için kimi zaman Tanrı'yı da reddetme peşindedir. Tanrı'nın katından bakıldığında, bir bakıma *Adem'in ölümünü, Adem'in hatası belirlemiştir.* Tanrı, Adem'i hatasını telafi etmesi için dünyaya göndermiştir, sonra onu kendi sonsuzluğuna döndürecek. Tanrı ile insan arasında *ölüm* sonsuzluğa dönüş vaadidir. Fakat insanın insanı öldürmesi söz konusu olunca; Tanrı insana: “Bunu ben istemedim” der gibidir. Tanrı kutsal kitabından Ademoğluna seslenir: Öldürmeyeceksin (Lo tir'tsach)!<sup>1</sup> Ancak geçmiş zamanlara bakıldığında, insan'ın insanı öldürmesi insanlığın “kadim” sorunlarından biridir. Habil ve Kabil'den bu yana insan ötekinin kanına girmiştir. İnsanlık ötekinin ölümü karşısında Tanrı'yla hemfikirdir. Bu gün bu hemfikir olma durumu evrensel hukuk sisteminin mottosu haline gelmiştir: Öldürmeyeceksin!

Bu mottonun insanlığın olmazsa olmaz şartı olduğu tartışma götürmez. Ancak söz konusu mottonun çiğnendiği, hiçe sayıldığı, göz önüne alınmadığı vb. durumlarda, yani bir insan öldürüldüğünde, evrensel hukukun öngördüğü ceza “kısas” değildir. Çünkü “kısas”ın uygulanması bir başka insanın ölümüyle sonuçlanacaktır. Bu da evrensel hukukun mottosu açısından bir tutarsızlık göstergesi olacaktır. Fakat evrensel hukukun tutarlı davranması, yani “katil”in hayatına son vermemesi, başka birçok açıdan sorunlara neden yol açar. Bu bildiri varsayılan sorunlardan birini, başlığında da belirtildiği üzere evrensel hukukun aporia'sı konumundaki “kan davası” sorununu ele alma gayretindedir. “Kan davası neden bir aporia'dır” sorusunu analiz etmeden önce literatürdeki “kan davası” tanımlarından hareketle bu metnin “kan davası”na bakışını ve bu bakışın ortaya koyduğu tanımı ele alalım. Tezcan'a göre kan davası:

“*Kökeninde “öç almak” arzusu bulunan kan gütmeye olayları, eskiden uygulanan “kısas” geleneğinin günümüze değin intikal etmiş bir biçimidir.*”<sup>2</sup>

Bu tanıma yapılacak itiraz, kan davasının “öç almak” gibi çok genel bir ifadeyle özetlenmiş olmasıdır. Ayrıca “öç alma arzusu” kan davasının vuku bulmasındaki

\* *Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü Araştırma Görevlisi.*

1 *Kitab-ı Mukaddes - Mısır'dan Çıkış, 20:13.*

2 *Mahmut Tezcan, Kan Davaları; Sosyal Antropolojik Yaklaşım, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları No: 99, İkinci Baskı, Ankara, 1981, s.1.*

etkenlerden biri olarak ele alınabilir; ancak onu temel unsur addetmek, tanımlamadaki zorluklardan kaçınmak için başvuru olan "indirgemeci" bir üslup olarak da değerlendirilebilir. Şimşek'e göre ise:

*"Kan davası kolektif şeref mücadelesinin en keskin aracı, yani bir bakıma bu mücadelenin en somut ve en gerçek olan yanıdır."*<sup>3</sup>

Bu tanımda kan davasına "şeref mücadelesi" gibi bir zemin tayin edilmiştir, oysa ki, bu "şeref" vurgusu kan davasının yaratmış olduğu 'toplumsal baskı'nın, yine toplumsal düzeyde karşılığı olan "şeref" gibi bir "meta-değer" üzerinden ifadesi olarak da görülebilir. Bu tanımın bir başka açıdan eleştiriye açık yanı da, kan davasını her zaman şeref mücadelesi'nin bir sonucu olarak cereyan eden bir vakaymışçasına yansıtır oluşudur. Tersine bazen bir aileden ölen bir kişi karşılığında tüm ailenin öldürülmesi gibi durumlar söz konusudur. Bu durumlar kan davasının farklı şekillerde ortaya çıkışıdır ve bunlar insanlık için son derece önem arz eden "şeref mücadelesi" gibi kavramlarla değil daha çok insanın ihtiraslarını, hırslarını vurgulayan "güç gösterisi" gibi ifadelerle açıklanabilir. Bunun içindir ki, şeref mücadelesi ile kan davası arasında her zaman örtüşen bir ilişki söz konusu değildir.

Kan davasının bir başka tanımı ise şudur:

*"Kan davası, ilkel hukukun ve hatta bazen de görece gelişkin bir hukuk sisteminin en yaygın konularından biridir. Hiç kuşkusuz bu olgu çok değişik kavramsal kategorilere de sokulabilir. Ancak, yine de en iyi şekilde, ait olduğu çerçeve içerisinde, yani etnolojik hukuk çerçevesi içerisinde ve onun temel bir ilkesi olarak tanımlanabilir. Bu ilkeye göre, tüm bir aile (bazen bir*

*klan ya da kavim), bir üyesinin bir başka aileden (klandan ya da kavimden) birisini öldürdüğünde (bazen bir kadına tecavüz ettiğinde ya da onu kaçırdığında) o ailenin karşı saldırılarını ve misillemelerini hak etmiş olur."*<sup>4</sup>

Bu tanım ise kan davasını biçimsel açıdan ele alıp tanımlamaktadır. Olup bitenleri sanki uzaktan takip eden bir araştırmacının/antropologun/gözlemcinin raporundan aktarıyor gibidir; olay resmedilmiştir, ama olayı yaşayanlar ya da olay esnasında yaşanan duygulara düşüncelere dair açıklamalar noksanıdır. Bir başka ifadeyle, bu tanım zahiren yapılmış bir tanımdır ve bu nedenle de bütüne vakıf olamamanın eksikliğini kendi içinde taşır. Bu eksiklikle bu tanım kısmî bir tespit olmaktan öteye geçemez.

Bu bildiriye göre kan davası yukarıda yapılan tanımları içerir. Fakat bu tanımlar kan davasının sınırlarını belirleyecek kudretten yoksundur. Aksine terim, kendisini tanımlamaya girişecek bu ve benzeri tanımları içeren bir yapıya sahiptir. Metnin kurgusu açısından ele alacak olursak kan davasının tanımı aslında onu ortaya çıkaran, var eden dinamikleri göz önünde bulundurmakla mümkündür. Bir aileden biri/birileri öldürüldüğünde maktulün ailesini bu ölüme karşılık vermeye iten sosyal yapı bir takım araştırma yöntemleri ile analiz edilebilir. Nihayetinde literatür buna dair araştırmalarla doludur. Bu araştırmaların kan davası problemi üzerindeki etkileri başka bir çalışmanın konusu olabilecek denli farklı ve uzun soluklu bir araştırmayı beraberinde getireceği için, bildiri bu noktada bu probleme başka bir açıdan bakacaktır. Bu da başta bahsettiğimiz evrensel hukuk ile kan davası arasındaki ilişki açısından bakmayı öngörür. Şimdi yukarıda sorduğumuz soruya geri dönebiliriz.

3 Sefa Şimşek, *Törelere Aynasında Doğu ile Batı*, Asa Yayınları, İstanbul, 1998, s.55

4 Aktaran, Sefa Şimşek, a.g.e. s.56

Kan davası evrensel hukuk için neden bir aporia'dır? Önce aporia'yı açıklığa kavuşturalım: çıkmaz yol, olmayan yol (non-road), muamma (puzzle), karmaşıklık durumu<sup>5</sup> anlamlarına gelen *aporia* aynı zamanda, *projelendirilebilen ve bu yüzden çözüme kavuşturulması ümit edilen bir probleme indirgenemez*<sup>6</sup> olandır. 'Son zamanlarda "aporia" düşüncenin çelişkili hatlarını ihtiva eden bir metne veya bir yaklaşıma atıfta bulunmak için kullanılmaktadır.'<sup>7</sup> J. Derida için, bu eski Grekçe kelime rasyonel analizler veya diyalektik düşünce sayesinde çözüme kavuşturulamayacak kesinlikle aşılamaz/geçilemez bir duruma işaret eder.<sup>8</sup> Kan davası ile evrensel hukuk arasındaki ilişki göz önüne alındığında *evrensel hukukun mevcut yapısı nedeniyle* kan davası bir *aporia* konumundadır. Aporia veya bir diğer ifadeyle, zihin bulanıklığı durumu, şaşkınlık durumu evrensel hukukun kan davası karşısındaki konumunu tasvir etmek bakımından son derece uygun bir ifade olarak öne çıkmaktadır.

Peki evrensel hukuk bu çıkmaz yola nasıl girmiştir? Evrensel hukuk insanın ölümünün karşısında yer alırken, katil ile maktulün yakınları arasındaki ilişkide, bir insan olarak katilin yaşama hakkına sahip çıkmış, maktul yakınlarından bu karara "rıza" göstermelerini talep etmiştir. Rıza gösterilmediği katilin de öldürüldüğü durumlarda – kan davasının artık bizimle aynı dünyaya doğduğu anda – evrensel hukuk "rıza"yı talep etmekten vazgeçip onu dayatma yolunu seçmiştir. Kan gütmenin, normal şartlarda bir insanı öldürmekten daha ağır şekilde cezalandırıldığı bir düzeye gelinmiştir!

Evrensel hukukun, maktul yakınlarından talep ettiği "rıza", artık onlara dayatılan bir "şey" halini almıştır, fakat bugün kan davasının her şeye rağmen devam edişine bakacak olursak dayatılan "şey" in dayatılan kimseler tarafından görmezden gelindiği veya sonuçlarının daha baştan göze alındığı sonucunun kendiliğinden ortaya çıktığı görülecektir. Evrensel hukukun bir insanı (katil-insanı) yaşatmak için ortaya koyduğu kural ya da kurallar, daha sonra vuku bulan ölümlerin seyrine ve sayısına bakıldığında son derece gayrı insani bir yapı arz etmektedir. Evrensel hukuk katil-insanı bir takım kurallar manzumesi ile koruduğunda, diğer taraftan da maktul yakınlarını "çaresizlikle cezalandırdığını görmemeyi tercih etmektedir." Bu çaresizlikle cezalandırılma dolaylı olarak maktul yakınlarının katil-insan'a karşı nefretini körüklemektedir. M. Scheler'den ödünç alarak söylersek bu çaresizlik insan da "Ressentiment" a yol açmaktadır. Peki "Ressentiment" terimi ne anlama gelir?

*"Ressentiment kelimesi Fransızca orjinli bir kelimedir ve XVI. yüzyıla kadar sadece 'hissetmek, etkilemek, müteessir olmak' anlamına gelen ressentir fiiline dayanır. Zamanla müteessir olmak (etkilenecek) sözünün de geçirdiği dönüşüme benzer biçimde, üzölmek, gücenmek, gocunmak, kızmak ve huñ duymak gibi anlamlar da yüklenmiştir. Ancak bu kavramı Scheler'den önce kullanan Nietzsche'dir; ve Nietzsche, bu terimi, özellikle Ahlakın Soykütüğü'nde, bir köle ahlakı olarak tanımladığı "Hıristiyan ahlakını" betimlemek için kullanır: Ressentiment iktidarsız aciz nefrettir"<sup>9</sup>.*

5 Robert Audi, *Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge University Press, New York, 1999, ikinci baskı, s.67

6 Simon Morgan Wortham, *The Derrida Dictionary*, Continuumbooks, London, 2010, s.15

7 Nicholas Bunnin ve Jiyuan Yu, *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*, Blackwell publishing, Oxford, 2004, s.46

8 Simon Morgan Wortham, a.g.e, s.15

9 Rene Girard, *Romantik Yalan ve Romansal Hakikat*, çev. Orhan Koçak, Metis yayınları, İstanbul, Eylül 2007, s.15

*Scheler ise kullanma gerekçesini ve terimden ne anladığını şöyle ifade eder; "Ressentiment sözcüğünü Fransız diline özel bir eğilimden ötürü değil, Almancaya çevirmeyi başaramadığımız için kullanıyoruz. Üstelik Nietzsche onu teknik bir terim haline getirmiştir. Fransızca kelimenin doğal anlamında iki öge seçebiliyorum ben. İlk olarak Ressentiment, bir başkasına karşı gösterilen belirli bir duygusal tepkinin tekrar tekrar yaşanması ve deneyimlenmesidir, duygunun sürekli yeniden yaşanması kişiliğin merkezinde gittikçe daha derine gömülmesine yol açar, ama aynı zamanda onu kişinin ifade ve eylem alanının dışına çıkarır. Duygunun ve "verdiği tepki" durumunun sadece zihinsel bir anımsanışı değildir burada söz konusu olan; duygunun kendisinin yeniden yaşanması, başlangıçtaki duygunun yeniden deneyimlenmesidir. İkinci olarak sözcük, bu duygunun niteliğinin olumsuz olduğunu, yani bir düşmanlık hareketi içerdiğini ima eder. Terimin özsel anlamına belki de en yakın düşen Almanca sözcük groll' dür [garez, gizli kin, hınç]. "Garez da tam böyle bastırılmış bir gazaptır; egonun faaliyetinden bağımsız olarak zihninde belli belirsiz bir biçimde gezinip durur."<sup>10</sup>*

Aslında yakınıni kaybetmiş olan her insan evrensel hukukun "dayatması" karşısında "iktidarsız aciz bir nefret"i duyumsayacaktır. Bu duyumsanan şey bir müddet sonra "hınç"a, kan davası özelinde de "hınç"tan kaynaklanan bir intikam duygusuna neden olacaktır. Şimdi kan davasının tanımını yapmak gerekirse; **"kan davası, evrensel hukukun dayatmasının insan zihninde/ruhunda meydana getirdiği "hınç" (dönüştüğünde intikam) duygusunun bir başka insan hayatına mal olmasıdır."** Özetle, maktul yakınları,

insanlık adına katil-insanın hayatını koruyan yasalar karşısında "iktidarsız aciz bir nefreti tekrar tekrar deneyimler" ve bu deneyim kan davası kontekstinde hınçtan intikama dönüşür. İntikam kan davasını sınırlayan kanunların boşlukları en ince ayrıntısına kadar hesaplanarak alınır (akıl sağlığı yerinde olmayan birisinin, veya 18 yaşından küçük çocukların intikam aracı olarak kullanılması gibi).

Bu durumda bildirinin talep ettiği şey evrensel hukuk kurallarının tartışılmaya açılması, evrensel hukukun "yasa koyucularının," kabul görmeyen kuralları gözden geçirmeleridir. Bir adım daha öteleysek, bir insanı kasten planlayarak, isteyerek öldüren insanın alacağı ceza yeniden düzenlenmelidir. Fakat bu düzenlemeyi "halk adına ahkam kesen elit/uzman/yasa koyucular tek başlarına yapmamalıdır." Kan davasının tarafları olan insanların bu davadan hangi şartlarda vazgeçecekleri onlarla müzakere etmelidir. Bu, insan hayatına kast etmiş birini korumak için değil, *insan hayatına kast etmenin önüne geçmenin yollarını aramak için yapılmalıdır.* Bu yol, modası geçmiş "buyurgan bir entelektüel" edayla profesyonel hukukçuların diktesinde değil, kuralları koyanlarla kurallara tabi olanların konsensüsünde aranmalıdır.

<sup>10</sup> Rene Girard, a.g.e. ss.15-16.

# Hukuksal Romantizm

Mustafa Talat KUTLU\*

## GİRİŞ

Tüm ideolojik tezler “adalet” üzerinden temellendirilir. Adalet istenci bütün dünyevi ve ruhani önermelerin içinde açıkça görünür kılınır. İnsanın her koşulda ileri sürdüğü, sürebildiği biricik savunma tezidir adalet.

Bu kadar adalet istemek aslında adaletin yokluğuna işaret eder. Bu nedenle hukuksal tezlerin neredeyse tamamı gerçekten veya göstermelik olarak “adaletin yokluğundan” üretilir. İnsanın adalete yüklediği değer onun gerçekte olmamasına veya nadiren olmasına karşılık gelir. Zira çok olan bir şey bu kadar arzulanamaz, değerli kılınamaz.

Hukukun üstünlüğü, hukuk devleti, anayasacılık, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, eşitlik, özgürlük, güvenlik, vicdan ve diğer üstün hukuk kural ve kavramları hemen hemen hepimizde olumlu ve saygın duygular uyandırır. Hukuksal kural ve kavramlara yüklenen olumlu anlamlandırmanın arkasında genellikle hukukla bağdaştırılan adalete duyulan saygı, sevgi, özlem ve inanç vardır. Adalete yüklediğimiz üstün anlam ve saygınlık hukuka duyulan umudu ve güveni inanılır kılarak hukuk kuralına iyilikle özdeş bir nitelik, daha ileriye giderek meşruiyet zemini hazırlar.

Adaletsizlik karşısında duyulan adalet istenci, hayatın ve toplumsalın sınır tanımaz karmaşıklığı içinde, ne olduğunu tam olarak bilemediğimiz, sezgilerimizle ulaşmaya çalıştığımız güçlü bir isteğe yol açar. Bu istek, insan varlığıyla özdeşleştiği gibi çoğu zaman hakkaniyet, eşitlik ve özgür-

lük, bazen de güvenlikle anlamlandırılarak somutlaştırılır. Adalet isteği, ülküselliğiyle yaşatılırken ötekileştirilenin veya ezilenin iradesi, mağdur zihniyeti görünümünde kendini adaletsizlik üzerinden somutlaştırarak görünür kılar. Adalet, adaletsizliğin içinden görünürken romantizm değil, acı, öfke, ceza, intikam, çıkarlar veya vicdanın keyfiliğine atfedilen şefkat ve merhamet hissedilir. Bu somutlaşma dünyanın gidişatının gösterdiği gibi sürekli yaşanır, bu sürekliliğe katlanmak için perdeleme ve duyarsızlaştırma mekanizmaları oluşturulur.

Hukuk mekaniğinin insani olana yatkınlığı kadar, insani olanı perdeleme işlevi gördüğünü biliyoruz. Hukuk işlevsel olarak haklar düzeni kurarak önceden belirlenmiş bir siyasal ve toplumsal dengeler sistemi oluşturur. Bu dengeler sistemi içinde hukuk, determinize edilmiş, çıkarsal deneyimle kurgulanıp sınanmış mantığına uygun işler. Ancak hukuk mekaniği, hukuku varedenin çıkarı veya yararına özgülenip, hukukun işlevselliği ve anlamlılığı, baskın bir çıkarın güdülediği formlere indirgenerek, sınıfsal, oligarşik, militarist, monarşik veya demokratik istemler, hukuk kuralını koyanın, hukuku içeriklendirmesi ile sonlandırılır. Burada kuramsal olanla kılğısal olan arasında ayrışma yaratılarak, büyük sözlerin ve anlamlandırmaların arkasında yerel kılığı kendini baskın egemen zihniyetin güdümünde var eder.

Bu yapılanma tüm romantik çıkarımları olanaksız kılarken, aynı zamanda bu dengesizlikten, acı halden çıkış noktası

\* Yargıç, Sincan, Ankara.

olarak hukuksal romantizme geri dönüşü zorunlu kılar. Buradaki çelişkiyi ve geri dönüşü anlayabilmek için hukuk ile onun gerçekliği, birey ile toplum, siyasal olan ile insani olan, çoğunluk ile azınlık, üst yapının alt yapıyı belirlemesi, kaba güç ile medeni güç, devlet ile sivil toplum, çıkar ile yarar ve kamu, haklar ile yasa, özgürlük ile eşitlik ve yasak arasındaki gerilimi görmeliyiz. Bu noktada, hukuk ile onun gerçekliği arasındaki hülyalı çelişkiyi hem anlamlandıran hem de yadsıyan hukuksal romantizmin yapısı üzerinde durmak kaçınılmaz hale gelir.

### ROMANTİZM KAVRAMI

Romantizm, alışıldık biçimiyle edebi ve sanatsal bir görünüme sahip olsa da, aslında başlı başına felsefi, teolojik, ekonomik, sosyolojik, tarihsel, hukuksal, siyasal ve daha birçok ideolojik duruşu ve anlamlandırmayı içinde barındıran önemli bir akımdır.<sup>2</sup> Romantizmin içeriksel çeşitliliği yanında, farklı öznel yönelim ve ayrışmaları mümkün kılan ilginç bir yapısı vardır. Romantizm, geniş bir yaşamsal alanda karışık gibi görünen birçok fikir ve uygulamayı içinde barındırıp bütünleştirdiği gibi birbiriyle çelişik, ancak içerik olarak birbirini kapsayan farklı tarz ve uygulamaları kendi düzlemine alan bir yapıdadır.

Romantizm akımının klasik akıma tepki olarak ortaya çıktığı bilinir. Klasizm, 16. yüzyıl ile 18. yüzyıl sonları arasında etkisini gösteren, daha çok soylular tarafından anlamlandırılan, monarşik ve aristokratik mantık içinde hareket eden, geleneksel akıl üzerinden biçimlenen, kalıplaşarak dinamizmini kaybetmiş bir akım olarak tanımlanır. Klasizmin dayandığı monarşik ve aristokratik seçkin toplumsal değerler ile

bu yapılanmadan kaynaklanan egemen fikrin sınıfsal ve kemikleşmiş yapısının ortaya çıkardığı abartı, bıkkınlık ve status quo, toplumsal değişimlerin etkisiyle ortaya çıkan burjuva sınıfının ideolojik çıkar ve arzularında kendini gösterir. Aydınlanma ve 1789 Fransız Devrimi'nin etkisiyle ortaya çıkan ve gittikçe etkinliğini artıran burjuva sınıfı, bireysel özgürlükler ile burjuva özgürlüklerinin yaygınlaşmasına yol açarak klasik akımın aristokratik ve seçkinliğini sona erdirir.<sup>3</sup>

Burjuva özgürlükleri ve bireyleşme sonucunda klasik tarzın kalıplarından ve statüsünden kurtulan düşünür ve sanatçılar öznelliklerini ve duygularını ortaya koyan çalışmalar içine girerek farklı alanlarda çeşitlilik gösteren düşünsel ve sanatsal yapıtlar verirler. Klasizmin aristokratik, seçkin, abartılı ve katı akılcılığının yerine, öznel, özerk duygu ve düşünceler geçerek, coşkunluk, tutku, düş, hayal, rüya gibi romantik temalı kişisel imgelemler ortaya çıkar. Bu yapılanma bireysel özgürlük kanallarının sonuna kadar kullanılmasına varan özgürlükçü, ütöpik, lirik sanatsal ve düşünsel üretim ile dışavuruma yol açar.

Genel olarak 18. yüzyılın ortalarından başlayarak 19. yüzyılın başlarına kadar etkisini sürdüren, Avrupa'da yaygınlaşan, belirli bir duyarlılığı ifade eden, önce İngiltere ve Almanya'da, ardından Fransa, İtalya ve İspanya'da gelişme gösteren duygunun akıl, hayal gücünün de eleştirel çözümlene karşısında üstünlüğünü savunan düşünce hareketlerinin tümü romantizm olarak adlandırılır<sup>4</sup>. Romantizmden üretilen romantik karakter ise, kendini duygu ve düşgücünün egemenliğine kaptırmış, çok şeyler vaat eden, ancak ütöpik ve coşkulu

1 Michael Löwy, Robert Sayre; *İsyan ve Melankoli Moderniteye Karşı Romantizm, Versus*, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2007, s.19.

2 Erdoğan Alkan; *Romantizm, Varlık*, İstanbul 2005, s.32.

3 Büyük Larousse, *Sözlük ve Ansiklopedisi*; Milliyet, 19. Cilt, İstanbul 1992, s. 9900.

4 Büyük Larousse, s. 9900.

olan girişimlere özel bir ilgi duyan kimse- nin davranış biçimi olarak adlandırılır.<sup>5</sup>

Romantik sıfatı, zamanla düşsel ve olağanüstüyü betimleyen, giderek melan- kolik, hüznünlü duygular ve özlemler ola- rak kullanılmaya başlanır<sup>6</sup>. Bu yapısallık içinde romantizm, son yüzyılda etkinliği- ni yitirse de, geçmişten geleceğe varlığını koruyan, günümüzde de etkisini sürdüren bir içeriğe sahiptir. Dahası romantizme özgü düşünce, tarz ve dışavurumun süre- li olarak toplumsal ve bireysel ilgi ve iste- melerde her türüyle görünür hale geldiği ileri sürülebilir. Romantik bakış açısı veya romanesk tarz olarak ifade edilen biçimin, yakın dönemlerdeki siyasal-ekonomik ve sosyo-kültürel hareketlerle günümüzde de sergilendikleri söylenebilir.<sup>7</sup>

Romantizmin gerçekle olan bağına ilişkin eleştirel yaklaşımların kısmi doğ- ruluğuna karşılık, romantizmin gerçek- dışılığı, cari toplumsal gerçeğin eleştirisi olarak ileri sürdüğü dünya görüşünün ta- şıdığı önemi azaltmaz.<sup>8</sup> Romantizmin ileri sürdüğü hayali, simgesel, fantastik, ideal, ütöpik ve olağanüstü evreni, körleşerek sıradanlaşmış, insanlıkdışı hale gelerek kabalaşmış, araç değerlerin egemenliğine terk edilmiş klasik veya modern dünyanın yapay ve mekanik gerçekleri ile cari kılın-

mış gerçekliğin durağan ve sıkıcı doğası- na duyulan karşıtlık oluşturur. Bu nedenle romantizmin ortaya koyduğu eleştirel ger- çekdışılık, gerçeklikten kaçış ve olumsuz itiraz yükünün, özgürleştirici bakış açısı ile son derece gerçekçi bir bilince yol açtığı ileri sürülebilir.<sup>9</sup>

Romantizmi herhangi bir okul veya öğretiyile, belirli bir siyasal görüşle öz- deşleştirmek olanaksız<sup>10</sup> olsa da ro- mantiklerin ilerici ve gerici düşünce ve uygulamalara sahip oldukları görülür.<sup>11</sup> Farklı biçimleri olmasına karşın, romantik- lerin ortak özelliğini kapitalizme duyduk- ları antipati oluşturur.<sup>12</sup> Romantizm, kapiti- alist/ modern gerçekliğe karşıtlıktan doğ- ar. Kapitalist/modern gerçekliği oluşturan hesap ruhu, dünyanın büyüünün bozulma- sı, araçsal akılcılık ve bürokratik egemen- lik kapitalizmin ruhunu temsil eder.<sup>13</sup>

Burjuva değerleri ve aydınlanma sonu- cunda ortaya çıkan romantizm, klasiizmin kalıplaşarak insanlıkdışı hale gelmiş ve ak- lileştirilmiş egemen sınıfsal gerçekliğine karşıtlık oluştururken, klasiizm sonrasında gelişen aydınlanma ve modern kapitaliz- min mekanik ve insanlıkdışı gerçekliğine de karşı çıkar. Buna uygun olarak Marx, romantizmin kapitalist uygarlığın “meşru antitezi olarak mutlu sona kadar” ona eş-

5 Alkan, s.58.

6 Löwy, Sayre, s.23.

7 Eleştirel gerçek dışılık, gerçeklikten kaçış, negatif itiraz yükü ve özgürlükçü bakış açısı değerlendirmeleri hakkında bkz.; Löwy, Sayre, s.15.

8 Isaiah Berlin; Romantikliğin Kökleri, Yapı Kredi Yayınları, Çev. Mete Tunçay, 2. Baskı, İstanbul 2010, s.27. Löwy, Sayre, s.16.

9 Berlin, Romantikliğin sonucunu liberalizm, hoşgörü, dürüstlük ve yaşamın yetkinsizliğinin takdir edilmesi olarak belirler, s.173.; Romantizm ve liberalizm karşıtı olarak romantizm ile liberalizm arasındaki bağa ilişkin açıklamalar için, bkz. Carl Schmitt, aktaran Bünyamin Bezci; Carl Schmitt'in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafası, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2006, s.122-123.

10 Ricarda Huch; Alman Romantizmi, Doğu Batı, Çev. Gürsel Aytaç, Ankara 2004, s.467; Berlin, s.151.; Bü- yük Larousse, s.9900; Romantizmin gerici yerel uygulamasına örnek için bkz., İdris Küçükömer; Romantik Akım ve İrkçi Politika, Cuntacılıktan Sivil Toplumla İçinde, Profil, Aralık 2009, s.41 vd.

11 Löwy, Sayre, s.16.

12 Löwy, Sayre, s.24-25.

13 Max Blechman; Devrimci Romantizm Üzerine Düşünceler, Devrimci Romantizm içinde, Versus, Haz. Max Blechman, Çev. Bilal Çölgeçen, İstanbul 2007, s.334.

lik edeceğini ileri sürer. Marx, romantizmi, burjuva yaşamının “bütünüyle boş olmasına” karşı tarihsel olarak kaçınılmaz bir karşı saldırı -“başlangıçtaki tamlığa” yönelik nostaljik bir özlem- olarak tasvir eder.<sup>14</sup>

### ROMANTİZM İLE HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Romantizmin hukukla ilişkisinin anlamlandırılmasında, yaşama bakarak oluşturulmalarına karşın, yaşamdan koparılarak aşkınlştırılıp yüceltilerek üstün değerler haline getirilmiş hukuksal ilkelere, romantik anlayışa ve imgeye yol açtığı söylenebilir. Hukuk alanının somutluğu ve gerçekliği karşısında romantizmin ileri sürdüğü aşkın ve yüceltilmiş hukuksal ideanın gerçekliği her zaman tartışmalıdır. Ancak bu aşkın ve üstün ideaya gönderme yapmadan birey ve kitleler açısından hukukun varlığını veya yokluğunu anlamlandırmak ve idealize etmek de olanaksızdır.

Hukukun üstünlüğü savını aşkın bir ilkelere bütünü olarak ileri sürerken aslında ilkenin içinde kendini gösteren romantik bir çıkarımı da açık etmiş oluruz. Burada hukukun üstünlüğüne yüklenen anlam, her zaman “hangi hukukun üstünlüğü” sorusunu ve sorununu beraberinde getirir. Bu sorunun yanıtının tarihsel bağlamında ele alındığında hiçbir zaman romantik olmadığı görülür. Ancak bu soruyu ve sorunu görünmez kılmak için hayali, ideal, romantik bir yapı, yani maske oluşturulur.

Romantizm ile hukuk arasındaki bağlantıyı ve kapalı ilişkiyi somutlaştıran en önemli metin 1789 Fransız Devrimi sonucunda meydana getirilen ve burjuva ideolojisini ortaya koyan İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesidir. Bu tarihi belge-

nin içeriği, anlam dağarcığı ve dili incelendiğinde romantik bir dışavurumun Beyannamede dile getirilen haklar sistemine nasıl yansıdığı ve onu oluşturduğu açıkça görülür. Burada ileri sürülen kamusal argümanlar “kahramanca yanılısamalar” üzerine kurulur.<sup>15</sup> Beyannamede, yurttaş romantik bir kamusal söylem olarak ortaya çıkar; özgürlük, eşitlik ve kardeşlik ideaları soyutlaştırılarak kurulan haklar düzeninin temeline yerleştirilen anlayış herkesin yararlanıymış gibi görünür.<sup>16</sup> Aslında burada burjuvanın “manda” konumunda olduğu, kapitalist toplumun zafere ulaşmasına yol açan inanç üzerinde temellenen, ahlaki olarak sahici bir yanlış bilinç ortaya çıkar.<sup>17</sup>

“... Tarihin gündemi olmuş bir şeyin kendini başka türlü ortaya koyması, yani burjuva sınıfının zaferi, feodaliteye karşı işverenlerin zaferi, kapalı pazara karşı, loncaya karşı, meslek birliğine ve ilişkiler ağına karşı, serbest pazar ekonomisinin inşaaı olarak göstermesi imkansızdı. Yoksa başkaları, palazlanan burjuva olmayan, böyle olmak da istemeyen başkaları böyle bir dava için mücadele etmemiş olurlardı. Hatta eğer yurttaş yerine hemen burjuva ortaya çıkmış olsaydı, egemen burjuvazi, XVI. ve XVII. yüzyılların ekonomisine ideolojik olarak zaten kısmen egemen olan burjuvazi, henüz tam anlamıyla sahip olmadığı politik iktidarı ele geçiremezdi...”<sup>18</sup>

Diğer yandan romantizm yoluyla, uygulanan hukukun yarattığı status quo'nun ortaya çıkardığı insanlıkdışılığı ve boğucu gerçekliği ortaya koymak için coşkunu, negatif ve eleştirel bir romantik saldırıyı izleyecek yıkıcı bir tartışma ve saldırının yapılması da kaçınılmazdır. Bu nedenle

<sup>14</sup> Marx'tan aktaran, Bloch, s.235.

<sup>15</sup> Bloch, s.234.

<sup>16</sup> Bloch, s.235.

<sup>17</sup> Bloch, s.235.

<sup>18</sup> Mustafa Kutlu; Hukukun Arkeolojisi, Suç ve Ceza Dergisi, Sayı: 2009/1, s.147 vd.



romantizmin ortaya koyduğu eleştirel gerçekçilik, gerçeklikten kaçış ve egemen olana yönelik olumsuz itiraz yükünün ortaya koyduğu muhalefet, olanın egemen ve boğucu durağanlığından kopuşun sağlayacağı farklılaşmış ve özgürleştirici bakış açısı ile somut olanın yapay ve sanal gerçekliğini tersyüz edecek gerçekçi bir bilince yol açabilir.

Bu anlamıyla romantizm ile hukuk arasındaki ilişkinin içerdiği toplumsal ve bireysel karşılaşma hukuk alanında da ilerici ve gerici yansımaları yol açarak hukuksal eylemin özüne yerleşir. Saf hukuk yerine hayattan ve insandan beslenen, insana içkin değerleri, özneliği ve coşkun ideayı yansıtan romantik içeriğin hukuksal etkilediği, uygulanan hukuka yandaşlık ürettiği kadar, karşıtlık da ürettiği görülecektir.

### HUKUKSAL ROMANTİZM

Hukuk, haklar ve adaletle olan bağı nedeniyle kendi başına saygınlık uyandıran bir kavramdır. Hukukun mevzuattan ayrıştırılarak adalet ve haklarla tanımlanması ona yüklenen ideayı belirli bir inanca dönüştürür. Özellikle konulmuş hukukun adaletle özgülendiğinin ve adalet arayışının aracı olduğunun ileri sürülmesi ile hukuk romantik bir tema haline gelir. *Ancak hukukun varoluşu üzerinden yapılan tarihsel-süreçsel bir okumayla hukuka yüklenen anlamın genel olarak mitle karışık bir fetişleşmeye daha ileri giderek ütopyaya karşılık geldiği görülür.*<sup>19</sup> Hukuk denen nesnel yapının toplumsal güçlere atfedilen etki-tepki, çıkar-yarar gibi etkenlere bağlı olarak varlık kazanarak tarihsel-siyasal-hukuksal gerçekliğe dönüştüğü ileri sürülebilir.

*Hukuksal romantizm, soyut haklar ve adalet imgesiyle tanımlanan, ütopyik hale*

*getirilmiş soyut hukukun sahip olduğu aşkın ve üstün soyut hukuksal değerler söyleminin öne çıkarılması ile hukukun nesnelliğinden ya da gerçekliğinden koparılması olarak tanımlanabilir.*<sup>20</sup> *Hukuk ile romantik söylemin birleştiği nokta özgürlük, eşitlik, vicdan, güvenlik, demokratik meşruiyet, ortak iyi, tarafsızlık ve bağımsızlık, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü gibi soyut insani ve hukuksal değerlerin hukuksal-siyasal-söylemsel coşkunluk taşıyan öznellikleri ile somut siyasal-toplumsal gerçeklikler arasındaki gerilimdir.*<sup>21</sup>

Hukuksal kurum ve kavramların yüceltilmesine ve dokunulmaz kılınmasına, kısacası sosyal ve siyasal körleşmeye bu soyut romantik söylem yol açar. Burada romantizmin “gerici” bir yapıyı ortaya çıkardığından söz edilebilir.

Hukuksal romantizme yüklenebilecek bir diğer özellik, romantizmin içinde bulunan muhalefet ruhuna ilişkindir. Romantik söylemin bünyesinde bulunan negatif itiraz yükü eleştirel bir yaklaşıma ortaya koyarak somut egemen yapının ve söylemin gerçekliğine karşı özgürlükçü bir bakış açısı geliştirir. Böylece sınıfsal, oligarşik, sömürgeci, dokunulmaz ve baskıcı hale gelen egemen gerçekliğin insanlıkdışılığı ve boğucu iklimi romantik eleştirel yaklaşım ile sorgulanır hale gelir. Egemen gerçekliğe karşı geliştirilen özgürlükçü ve coşkunluk taşıyan isyankar ve melankolik hal romantizmin muhalefet gücünün dışavurumu olarak sanatsal, siyasal ve ekonomik alanlarda kendini göstererek hukuksal yapı üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olur.

Egemen yapının öz çıkarına uygun olarak ortaya koyduğu ve uyguladığı hukuksal yapılanmaya karşı geliştirilen romantik

19 Doğan Özlem; *Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek*, *Doğu Batı Dergisi*, Sayı: 13, 2000-01, s.15.

20 Doğu Blokuna ilişkin farklı bir perdeleme işlevi için bkz.; Klaus Adomeit; *Hukuk ve Devlet Felsefesi, Antik Yunan Düşünürlerinin Devlet Hakkındaki Görüşleri*, Filiz Kitabevi, Çev. Halil Akkanat, İstanbul 2004, s.46.

21 Bezci, s.162.

itiraz genellikle cari ve egemen hukuksal yapının dayattığı köleleştirici ilişkiler ağına ve körleştirici yanılısamaya yöneliktir. Egemen hukuksal yapılanmaya muhalefet cari hukuksal gerçeklikten kaçış olarak romantik bir gerçekdışılığa veya romantik bir gerçeklik anlayışına dolayısıyla hayali ve ütopyik bir bakış açısına doğru evrilir. Bu kopuş halinde yıkıcı bir eleştirel yan vardır. Bu halde romantizm devrimci bir niteliğe bürünerek egemen hukuksal yapıyı dönüştürmeye zorlar.

Romantizmin yarattığı eleştirel süreç, durağan, bunaltıcı, zorba ve insanlıkdışı hale gelen egemen yapıya karşıtlığı romantik bir “antiteze” dönüştürerek romantik söylemin özgürleştirici ve devrimci argümanlarını hukuksal olarak geçerli kılmaya değer uzanabilir. Burada da romantizmin “ilerici” bir yapıyı ortaya çıkardığından söz edilebilir.

### HUKUKSAL ROMANTİZMİN İKİLEMLERİ

İktidara sahip olan herkes, kendi zihniyetini siyasal, ekonomik ve toplumsal alana taşır ve zihniyetini yerleştirmek için bütün siyasal ve sosyal araçları sahiplenerek zihniyetini kamusal bir statüye ve eyleme dönüştürür. Bu nedenle devletlere egemen zihniyetler, kamusal-siyasal unsura eklenmek isteyen her türlü farklı dünya görüşüne karşı direnç geliştirirler. Devlete veya siyasal iktidara egemen zihniyetin oluşturduğu sosyal ve siyasal yapı kendine uygun

görmediği grup, ideoloji ve inançları sahiplendiği siyasal-kamusal alanın dışında tutma, yani kıskançlık eğilimindedir.<sup>22</sup>

Bu yapısal anlamlandırma genellikle ideoloji veya devlet örgütünün somut baskı gücü aracılığıyla gerçekleştirilen mülkleştirme yoluyla en eski hukuk formuna “ilkel hukuka” geri dönüş olarak içeriklenir. Burada siyasal olarak içeriklenen ve yapılan ana unsur kaba güçtür.<sup>23</sup> İktidarın yarattığı güç, kendi siyasal-hukuksal düzenini oluştururken kaba gücü esas alır ve “ihkak-ı hakk”ın tipik oluşumunu sağlar.<sup>24</sup> Bunun için insanın ve halkın kafeslenmesi, resmi alanın zorunlu propagandası altında toplumsallaştırılması, rejimin bürokratik kafesinde veya hiyerarşik hale getirilmiş bir toplumun içinde biçimlendirilmesi, astını ve üstünü tanıması ile köleleştirici statüsünü bilmesi yanında, bu kafeslenmenin içsel olarak bağitlanmış bir içgüdüsel kadeere dönüştürülmesi gerekir. Zaten insanın hemen her yerde bir kafese doğduğunu, bu kafesin içinde biçimlendirildiğini, yazgısının da bu olduğunu biliyoruz.<sup>25</sup>

İktidarı ele geçiren gücün somut baskı araçlarını kullanması yanında kaba gücünü meşrulaştırmak için ideolojiye de gereksinimi vardır. Egemen ideoloji resmi veya kamusal tapınaklar ve tapınma araç ve kavramları oluşturarak kaba gücün ete kemiğe bürünüp siyasal-hukuksal-kültürel şekle girmesini, meşrulaşmasını sağlar. Bu biçim verme, toplumsal olarak baskı ve ikna süreçleri ile propaganda altında işlerlik

22 *Mithat Sancar; Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01, s.28 vd..*

23 *J. J. Rousseau'nun devletin kurulması ve yasaların yapılması hakkındaki görüşleri için bkz.; Yıldız Silier; Özgürlük Yanılısaması, Rousseau ve Marx, Yordam Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2007, s.71.*

24 *İnsanlık dışılık ve saçmalık bağlamında Kafkaesk durum için bkz. Michael Löwy; Franz Kafka, Boyun Eğmeyen Hayalperest, Versus, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2008, s.121 vd..*

25 *“... İdeolojiyi tüm sınıflı toplumlarda egemen güçlerin kendi sömürü ve baskılarını örtme yolları olarak tanımlarsak, kapitalizmde bunun daha çok rafine şekillerde, bilimsellik kisvesi altında, rakamlarla oynayıp, yaldızlı kavramları kullanarak yapıldığını görüyoruz. İşte bu yüzden, ideolojinin örtüsünü kaldırıp toplumsal gerçekliği anlamamızı sağlayacak kavramsal araçları geliştirmek, çağımız sosyal ve politik felsefesinin en temel görevlerinden biri”; Silier, s.33.*

kazanarak kendi toplumsal tabanını oluşturup bireyi itaate, halkı memur, işçi, köylü ve neferlerden oluşan ve onun için eyleme geçmeye hazır tek tip hale getirilmiş tebaaya, yani tipik bir cemaate dönüştürür. Zira siyasal iktidarın ihkak-ı hakkının maskelemesi zorunludur.

Kimsenin itiraz edemeyeceği güzelleme dönüşen hukuksal kavramlaştırma altında söylem ile eylem arasındaki farklılaşma kimseye hissettirmeden kusursuzca inşa edilir. Yaratılan haklar düzeni, hakları herkes için adil olarak biçimlendirecek gözlerden ve ellerden ustalıkla uzaklaştırılır. Egemen ideolojinin etkisiyle kendi sınıfına dahi yabancılaşan hukuk uygulayıcıları siyasal-hukuksal alanın yaratılmasına rejim tarafından ideolojik olarak öncelenmiş içerikleriyle katılırlar. Bu katılma egemenin dikte ettiği ile yoğurulmuş olduğundan herkesin hukukunun ileri sürüldüğü bağımsız ve tarafsız olduğu belirtilen hukuksallık mülkleştirilerek resmi alanın şaşmaz ve durağan doğrularına dayandırılır. Bu kendine özgü iman, romantik bir söylemin yarattığı ideoloji-hukuk tapınması, ütopya olarak toplumsal yaşamı doldurarak, gerçeği perdeleme işlevi görür.<sup>26</sup>

Bu perdeleme hukuka yüklenen anlamı kendi bağlamından çıkartarak ideoloji ile efsunlanmış şekilde kitlelere sunulmasını sağlar. Daha ileri giderek egemen bürokratik bir gücün sahiplendiği kafeste yaşamaya zorlanan bireyin ve toplumun kamu-sallaşırken içinde bulunduğu köleşme ve körleşme sonucunda hukuksal olan biçim değiştirmeye zorlanır. Bu durumda hukuk, devletten halka dağıtılan bir “ulufe” olarak düşünülür. Anayasalar, yasalar, hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, yargı yapılanması

hep bu anlayışla içeriklendirilir. Bu akıldışı anlayışı gerçekleştirmek için bireyleri veya halkı daha baştan, doğumundan başlayarak, hatta ceninken kafeslemeniz gerekir.

## HUKUKUN ROMANTİK SÖMÜRÜSÜ

Devletin tanıyarak ürettiği hukukun ileri sürdüğü adalete, özgürlüğe veya eşitliğe yüklenen coşkulu, ağır ve aşkın anlamların altında romantizmin izleri vardır. Bunun ironik yanı, romantik hak söyleminin yandaş ya da karşıt hemen herkese davasını destekleyecek tutkulu söz ve imajlar sunmasıdır. *Hukuksal romantizmin dışavurumu kitlelerin duygularına, adalete duydukları özleme, inanca ve saygıya yönelik hukuksal argümanların öne çıkarılması ile meydana gelir. Bu kurnazca kullanım göstermelik inanmışlığa ve iyinin örülü yollarına, üstü kapalı veya açık bir çıkara, bu çıkarı mümkün kılmak için romantik duyguların açıkça sömürülmesine dayanır.* Bu özellikle bir sınıfın yükselmesi veya iktidarın el değiştirmesi sırasında daha açık olarak görülür. Dönüşen bütün iktidar odakları ve karşıtları benzer romantik imajları tam tersi içerikle anlamlandırıp kullanarak romantizmin perdeleme işlevinden kusursuzca yararlanırlar. Bunun diğer adı hukuka komplo kurmaktır.<sup>27</sup>

Böylece hukuk, siyasal formülasyonların, kitlesel eğilim ve tutumların, toplumsal tabakaların veya grupların iktidar anlayışlarına, kısaca keyfiliğin ve ideolojinin bekcılığıne indirgenerek, cari siyasal ve toplumsal sistemin garantörü olarak biçimlendirilir. Hukuk düzeninin arkasında kümelenen ve her türlü sosyal güçle onandığına inanılan kitlenin garantörlüğünde

26 Jacques Vergés; *Savunma Saldırıyor, Metis, 2. Baskı, Çev. Vivet Kanetti, İstanbul 2009, s.14.*; “Nazi Propaganda Bakanı Joseph Goebbels’in ünlü sözü: Eğer yeterince büyük bir yalan uydurur ve sürekli tekrarlar-san, sonunda insanlar buna inanacaktır.”; aktaran Silier, s.24.

27 Özlem, s.15.

hukukun içeriklendirilmesi, her zaman egemenin çıkarına tapınmaya itilmiş toplumsal yatkınlığın eşiğinde gerçekleştirilir.

Bu içeriklenmenin amacı egemen sınıfların ve sosyal güçle kendini vareden kitlenin oligarşik çıkarlarını koruyup kollamaktır.<sup>28</sup> Bu çelişkili varoluşu güvenilir kılmak için inançlara ve değerlerden gizlenmiş ancak üstün değerlerin tezlerini sahiplenmiş gibi görünen kurgusal yapılanmalar oluşturulur. Bu durumda sınıfsal veya kitlesel egemenlik ilişkilerinin görünmez kılınması için hukuksal perdelemenin sonuna kadar kullanılması kaçınılmazdır.

Bu yalın bireysel ve hukuksal kuşatılmışlık altında, alışıldık tavır ve tutumların yol açtığı davranış kalıpları ile hukuksal olanın akıl dışılığı ve toplumsal taleplerle bağdaşmazlığına karşı yapay bir hukuksal-kurumsal taban oluşturularak, siyasal sistemin ve egemen çıkarın önermeleri ile bireysel ve toplumsal arasındaki uyumsuzluğun giderimi üstün hukuksal değerlerin yargısal tekrarına dayandırılır. Burada kullanılan üstün hukuksal değerlerin metafizik kurallara indirgenmesine seyirci kalınması ile geleneksel ve dogmatik inanış hukukun içine nüfuz eder.

İdealize edilmiş mitoslardan beslenen hukuksal temanın söylemden eyleme geçerken büründüğü içerik ve anlam romantik kamusal istençleri hukuksal mücadele biçimine getirirken yalın olarak savunduğu çıkarı, ihkak-ı hakkı hukuksallaştırmaya çalışır. Yeryüzünde tüm hukuksal aktör-

lerin resmileştiği ve bir otoritenin yanbaşıda örgütlenerek konum aldığı kamusal oluşumlarda adalet bu otoriteye sahip olanın kanısına göre biçimlenir. Bu kanının varoluşunu belirleyen ana ilke de iktidarın maddi ve manevi iradesine içkin yalın çıkarlardır.<sup>29</sup> Bu çıkarlar insandan, bireyden ve yurttaştan çok iktidara aittir; hukukun bu gerçeği karşısında romantizm son bulur.

### HUKUKSAL ROMANTİZMİN YADSINMASI

Hukuksal mücadelenin gerçekte romantik bir tarafı yoktur. Ancak hukuk mücadelesi romantik öncüller yoluyla “kahramanca yanılsamalar” üzerine kurulabilir. Hukukun romantik söylemi ütopyik soyutlamalarla varlık kazanırken aslında somut hakları görünmez kılar. Hak mücadelesi kanlı, can yakan acı bir deneyimi ve süreci deyimler ve gösterir. İnsanın hukuk-haklar mücadelesi tarihi kanla yazılıdır. Bu gerçeklik aynı zamanda yandaşlarla karşıtların, dostlarla düşmanların sonsuz çatışma, çarpışma ve zorunlu uzlaşmasını da dile getirir. Egemenden-güçlüden koparılan tavizlerin adıdır hukuk-haklar.

***Hukuk, aynı zamanda egemenin-vasinin-sahibin-güçlünün koyduğu kurallardan oluşan, egemenin resmi olarak dikte ettiği belirlenmiş amaçlar güden zihniyet algulamaları ve bunu yaşama aktaran resmi-kamusal kurumlaşmanın da adıdır.***<sup>30</sup> Bunu sağlamak için adliye örgütlenmesi devletin ideolojik aygıtı olarak yapılandırılır.

28 Mustafa Erdoğan; “Hikmet-i Hükümet”ten Hukuk Devletine Yol Var mı? Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01, s.45 vd..; “... Çevrebilimsel bunalım ile toplumsal bunalımın aynı felâketin iki yüzü olduğunu anlamak zorundayız. Bu felâket sadece yönetici sınıfların ayrıcalıklarının sürmesini amaç edinmiş olan iktidar sistemi tarafından uygulamaya koyulmuştur.”; Hervé Kempf; Zenginler Dünyamızı Nasıl Mahvediyor, Epos, Çev. İsmail Kılınç, Ankara 2010, s.33.

29 Kendiyle çelişik romantik karşıt öncül olarak, “Ordu, polis ve adaleti içeren Devlet çarkı, bir sınıfın bir başka sınıfı ezme için kullandığı araçtır” Mao Zedung’dan aktaran, Vergés, s.9.; Maoçu çelişkinin vurgusu için Ian Buruma, Avishai Margalit; Garbiyatçılık, Düşmanlarının Gözünde Batı, YKY, Çev. Güven Turan, İstanbul 2009, s.38.

30 Louis Althusser; İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, İthaki, Çev. Alp Tümertekin, İstanbul 2003, s.67.

lır. Adliye aygıtı, tepesinde özellikle oluşturulan bürokratik mekanizmanın güdü-münde işletilir. Bürokratik mekanizmanın amacı, açık veya kapalı otoriter ve resmi hiyerarşiler ağı kurarak hakkın dağıtımını, hukuksal yorumu denetimi altında tutarak makro iktidardan üretilen mikro iktidarı bütün toplumsal kesimlere dayatmaktır. Bu yolla nihayetinde resmi olarak geçerli kılınan ve uygulanan hukuk yoluyla bütün insani ilişkiler meta haline getirilir.<sup>31</sup>

İktidarlaşmanın amacı da metalaşan beşeri ilişkilerden üretilen her türlü metaya sahip olmak veya metayı denetim altında tutmaktır. Bunun anlamı araç değerlere sahip olmak için öncelikle insanın araç değer haline getirilmesi ile ona için bütün yaşam alanlarının hukuksallaştırılması yoluyla mekanik ve ruhsuz ya da organik ve araçsal bir hayatın, “büyük gözaltının” insana, açık ya da kapalı olarak kabul ettirilmesi-dir. Bu işlevsellik açıkça yerine getirilmek yerine daha ince işlemler yoluyla daima hukukun soyut ve ütöpik savlarının ikna ediciliğine dayandırılır.

Bu nedenle hukukun üstünlüğü savının karşılaşıcağı ilk ve son soru hangi hukukun üstünlüğü sorusudur. Bütün hukuksal çıkarımların bu karşıt sav üzerinden gerçeklikleri sınanır. Gerçekten bir hukuk üstün olacaktır, ezilenlerin hukuku mu, varsılların hukuku mu, yoksa politbüro-nun hukuku mu? **Daha iyimser bir yorumla doğal ve insani çıkar ve yararlar arasında insancıl ve medeni dengeler ve savunma hatları kuracak bir hukukun üstünlüğü mü?**

Hukuksal üstünlük çatışması, oligarşik eğilimin eşitliğe evrilmeye zorlanması veya başka bir rakip oligarşik tarzın yeni bir iktidar savıyla egemenlik ilişkisini kendine dönüştürmeye kalkışması sırasında ortaya çıkar. Burada hukuk tarafsızlığından, bağımsızlığından, kamusalılığından uzaklaştırılarak baskın oligarşik söylemin

kafesine girmeye zorlanır. Hukuka egemen olmak yeni bir rejim inşa etmeye yol açmak, yeni bir sınıfın hak elde etmesinin aracı olma anlamına gelir ve bu hukuk rejimi yeni bir oligarşinin yarasını oluşturur. Bu her zaman şiddet tekeli ele geçirmek, devletin kanıksanmış ve bağımlılığa yol açan sanal meşruiyeti üzerinden inşa edilir. Siyasal iktidar veya devletin sağladığı iktidar olanakları ve bu iktidara tapınma olmaksızın oligarşik bir hukuk rejimi yaratılamaz.

İktidar sahiplenmesinin ortaya çıkardığı etkenlerden biri, herşeye ve herkese tepeden bakma ile tahakkümün yarattığı hiyerarşi yoluyla muktedirin kibrini kurumsallaştırıp kamusallaştırmasıdır. Bu kibrin gerçek bir eşitlikten kaçışı ve kopuşu kaçınılmazdır, resmi söylem dışındaki başka özgürlükler ve başkalarının özgürlükleri, onun mutlak özgürlüğünün rakibi veya düşmanıdır. Çünkü o egemenliğini dokunulmaz, sınırlanamaz, bölünmez ve devredilmez gibi teolojik saçmalıklarla ve Tanrı'ya öykünerek kurmuştur. Bu teolojik icat diplomasinin yalan dünyasında sürekli yerle bir edilirken, gücü gücüne yetenlerin gerçek ihkak-ı hak düzeni sürekli işlerliğini sürdürür.

Egemenin mutlak özgürlüğü, iktidarının baskın gücü ile onun nesnelere haline getirilen bireyler arasında kaçınılmaz bir aykırılık ve çatışma oluşturur. Bu kibir toplumsal rızayı sürekli kılmak için hukuku kullanarak kendi güvenliğini, özgürlüğünü, fırsatçılığını ve huzurunu hukuksal romantizm ve popülist bir demagoji ile sağlamaya yönelir. Burada hukukun temel kavramları ve saygınlığı yardıma çağrılır.

Oligarşi, ürettiği kuralın şekli meşruiyetini sağlayarak, süzgecinden geçirdiği yandaşlarını veya devşirme usulleri ile elde ettiği temsili mekanizmalarla siyasal sisteminin elementlerini dostları arasından seçer. Dahası oligarşinin yarattığı otoriter eğitim

ve öğretim propagandadan ibaret olduğundan özgürlüğün dayanakları cemaatçi bir dayanışma ve tek biçimli zihniyet aktarımı ile sorunsuz ama bir o kadar sıkıcı, dayanılmaz ve kısır hale getirilir.

Bu toplum tasarımı sorunsuzluk ve aykırılıkları dizginleme konusunda kusursuzdur. Ancak bu yapılanma hayat karşısında oldukça kırılabilir, güvensiz ve içi boştur. Çünkü bu yapılanmadan özgürlük, güvenlik, esenlik, olgunluk ve kişilik beklemek olanaksızdır. Kişilik kazanma yollarının kapatılması sürünün sürü olarak kalması için zorunludur. Kişilik kazanmanın düzen için riski, bireysel özerklik istemi ile katlanılmaz hale gelir, zira bu istemin çoğalmasının hukukun bizzat kendisini, sahiciliğini zorunlu kılacaktır.

Ancak bu istemlerin kamusallaştırılması sırasında siyasal iktidar elinde tuttuğu hukuku belirleme gücünü yetkili kıldığı organları eliyle çoğu zaman garantiye alır. Bu belirlenim tipik bir verili düzene yol açıp status quo oluşumlarını hukuksallaştırarak içtihat tekeli elinde tutmanın verdiği kolaylıkla başka hukuksal olanak ve isteklerin risklerini gidermiş olur.

### SONUÇ

Hukuk gerçekte çok yalın ve vahşi yaşanırdır. Hak verilmez alınır derken bunu kastederiz. Hukuk sürekli olarak kurumsal ve her zaman dinamik bir güçle, kaba güç eşliğiyle tanımlanır ve var edilir. Bu nedenle hukuk alanında romantizme asla yer yoktur. Dolayısıyla bu vahşiliğe karşı romantik bir idea biçmek kaçınılmaz gibi görünür.

Hukuka yüklediğimiz romantik anlamın sürekli yanbaşımızda olacağını biliyoruz. Ezenler ve ezilenler romantik sav ve karşı savlarını aynı güzellemeler içinde topluma sunmaya devam edecekler. Adalet, hukuk, özgürlük, eşitlik, güvenlik ve uygarlık isteği her ağıza hep çok yakışacak... Adalet için büyümlü sözler bizleri hep ikna edecek...yandaş veya karşıt olarak...

Görünen o ki, hukuk, hep ikili bir romantizmle yaşayacak; birincisi onun yarattığı üstün değerleri sonuna kadar kullanan fırsatçılar; ikincisi ise, bu üstün ilkelerin gerçekliğini sürekli öne sürecek ve çıkaracak olan isyancılar. Ancak ikisinin birleşeceği nokta yine isteyen çıkarına için bir yapıyı daim kılmak olacaktır.

Bu kaçınılmaz romantik perdeleme veya romantik isyan yerine daha somut gerekçeler ve hak alanları üretmek gerekiyor. Bunu ulufe dağıtarak değil, herkesi içine alacak uzlaşma zemini yaratarak yapmak zorundayız. Bu nedenle hukuksal tartışmanın devlete için, özünde bürokratik bir etkinlik olmaktan çıkarılması kaçınılmaz görünüyor. Hukuksal tartışmanın şeffaflaştırılarak toplumsallaşması ve çoğullatılarak kamusallaştırılması ile gerçekçi bir hukuksal zemin ve adil olana özgü bir dinamizm yaratılabilir...

Bunun için “uluslararası ve ulusal adalet endeksi” ile hukukun ve adaletin, ulusal ve küresel anlamda somutlaşması, nesnelleşmesi sağlanabilir, böylece hukukun ve adaletin kendinden menkul hale gelmesi önenebilir...

### KAYNAKÇA

- ADOMEİT, Klaus; Hukuk ve Devlet Fel-sefesi, Antik Yunan Düşünürlerinin Devlet Hakkındaki Görüşleri, Filiz Kitabevi, Çev. Halil Akkanat, İstanbul 2004.
- ALKAN, Erdoğan; Romantizm, Varlık, İstanbul 2005.
- ALTHUSSER, Louis; İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, İthaki, Çev. Alp Tümer-tek, İstanbul 2003.
- BERLİN, Isaiah; Romantikliğin Kökleri, Yapı Kredi Yayınları, Çev. Mete Tunçay, 2. Baskı, İstanbul 2010.

- BEZCİ, Bünyamin; Carl Schmitt'in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafaası, Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2006.
- BLECHMAN, Max; Devrimci Romantizm Üzerine Düşünceler, Devrimci Romantizm içinde, Versus, Haz. Max Blechman, Çev. Bilal Çölgeçen, İstanbul 2007.
- BURUMA Ian, MARGALİT Avishai; Garbiyatçılık, Düşmanlarının Gözünde Batı, YKY, Çev. Güven Turan, İstanbul 2009.
- Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedisi; Milliyet, 19. Cilt, İstanbul 1992.
- ERDOĞAN, Mustafa; "Hikmet-i Hükümet"ten Hukuk Devletine Yol Var mı? Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01.
- HUCH, Ricarda; Alman Romantizmi, Doğu Batı, Çev. Gürsel Aytaç, Ankara 2004.
- KEMPF, Hervé; Zenginler Dünyamızı Nasıl Mahvediyor, Epos, Çev. İsmail Kılınç, Ankara 2010.
- KUTLU, Mustafa; Hukukun Arkeolojisi, Suç ve Ceza Dergisi, Sayı: 2009/1.
- KÜÇÜKÖMER, İdris; Romantik Akım ve Irkçı Politika, Cuntacılıktan Sivil Topluma içinde, Profil, Aralık 2009.
- LÖWY, Michael; SAYRE, Robert; İsyân ve Melankoli Moderniteye Karşı Romantizm, Versus, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2007.
- LÖWY, Michael; Franz Kafka, Boyun Eğmeyen Hayalperest, Versus, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2008.
- ÖZLEM, Doğan; Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek, Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01.
- SANCAR, Mithat; Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti, Doğu Batı Dergisi, Sayı: 13, 2000-01.
- SİLİER, Yıldız; Özgürlük Yanılsaması, Rousseau ve Marx, Yordam Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2007.
- VERGÉS, Jacques; Savunma Saldırıyor, Metis, 2. Baskı, Çev. Vivet Kanetti, İstanbul 2009.

# Hukuk Sistemi ve Beyaz Yakalı Suçlar İlişkisi

M. Kayhan MUTLU\*

Beyaz yakalı suçlar ve hukuk sistemi ilişkisi, sonuçta herhangi bir toplumun ne ölçüde demokrasi, insan hakları gibi çağdaş ilkelere bağlı olarak yönetildiği hususunda bizlere önemli rakamsal bilgiler verebilir. Bu varsayımın en önemli nedeni: sosyolojide ele alındığı şekliyle, toplumları “gelir ve eğitim seviyesi yüksek Beyaz Yakalı” vatandaşların yönetmesidir. Diğer bir ifade ile, halkın söylemi ile, “toplumları okumuşlar yönetir”.

Bu makalede, “yönetenler” kendi içinde kötü yöneticiler ve iyi yöneticiler olarak 2 kategoride ele alınmaktadır. Bunların birbirinden ayrılması hususu, vatandaşların sosyo ekonomik sorunlarına bağlı olarak tanımlanmaktadır. Mesala, söz konusu sosyo ekonomik sorunların azlığı, o ülkede yönetimin yukarıda sözü edilen anlamda başarılı olduğu, iyi bir yönetim olduğu sonucunu ortaya koymaktadır. Bunun tersi ise, kötü yönetimin operasyonel tanımı olmaktadır. İyi ve kötü yönetim tanımlarının bu şekilde ele alınmasının en önemli nedeni ise, demokrasinin sosyolojik anlamda tanımının kendisinden kaynaklanmaktadır.

Bilindiği üzere, siyasi anlamda/boyutta “demokrasi” hemen hemen her önüne gelenin kendine göre kullandığı bir kavramdır. Günümüz medyasında, her çeşit siyasimizin söze “demokrasi” kavramı ile başladığını, vurguladığını sık, görmekteyiz. Ancak, sosyolojik anlamda bu kavramın neyi ifade ettiği gözardı edilmektedir.

Sosyolojik anlamda, demokrasi, “sade vatandaşların, günlük yaşamındaki eğitim-sağlık-ulaşım-barınma-beslenme gibi

sorunlarının asgariye indirilmesi amacının kendisidir”. Bu tanımın operasyonel tanımını özellikle Batı toplumlarında görmekteyiz. Mesala, Portekiz’de olduğu üzere, hiç can kaybı olmamasına rağmen, hiç yaralanan insan olmamasına rağmen, bir köprüünün yıkılması, konu ile ilgili sorumlu Bakanın istifasına neden olmaktadır. Diğer bir örnek, “deli dana” olayı İngiltere’de ortaya çıktığında hiç bir vatandaş zarar görmediği halde, sadece ve sadece ilgili bakanlar neden daha çabuk bu olayı Alman vatandaşlarına iletmedi gerekçesi ile Almanya’da 2 Bakan istifa etti. Benzer şekilde, Japonya’da, işgal ettiği makamın sorumluluğunu yerine getirmeme nedeni ile bakanların, üst düzey yöneticilerin intiharları basına zaman zaman, yansımaktadır. Kısacası, bu ve benzer sayıda örnek saymak mümkün. Özetle, demokrasi ve insan hakları kavramlarının operasyonel tanımı, o kavramların, vatandaşlara sosyo ekonomik anlamda hizmet etmeye endekslediğini açık ve net olarak bizlere göstermektedir. Bu nedenle, vatandaşa hizmette kusur veya ihmal, kötü yönetim olmakta ve yetki – sorumluluk ilişkisine bağlı olarak o sorumlunun veya sorumluların istifasına, görevden alınmasına ve kanunlar karşısında hesap vermeye kadar giden sonuçları ortaya koymaktadır.

Demokrasi ve insan hakları kavramlarının operasyonel tanımlarını sanayileşmiş Batı toplumlarında olduğu şekilde, ülkemizde görmek çok zor. Bu anlamda sayısız örnekler var. Mesala, asfaltlamalar yapılırken yola mıcır dökülür ancak hiç bir uyarı işareti olmadığı için ölümcül kazalar olur,

\* Prof. Dr. Turgut Özal Üniversitesi Öğretim Üyesi.



ama sorumlu ortada yoktur. Bankalar batır, kaybolan yaklaşık 50-55 milyar ABD dolarının yükü, bu ülkenin vatandaşlarına yüklenir, ancak ortalarda ciddi anlamda bu zararları ortaya koyan sorumluları tatmin edici düzeyde görmek pek mümkün değildir. Bilindiği üzere, bu ve benzer örnekleri çok sayıda ortaya koymak mümkündür.

Bu aşamada, akla gelebilecek sorulardan biri, “neden sosyoloji, demokrasi kavramını yukarıda belirttiği şekilde ele almaktadır?” sorusu olabilir. Bunun en önemli nedeni, “insan sonuçta önemli ölçüde organik bir yaratıktır” varsayımının kendisi olmaktadır. Öte yandan, bu varsayım tartışmaya açık olsa bile, bu noktada unutulmaması gereken husus, bu varsayımı red etme, aynı zamanda, tıp ve eczacılık gibi akademik birimleri de tamamen red etme olmaktadır.

Bu yukarıda sözü edilen varsayımlar, gerçek anlamda demokrasi ve insan hakları ilkelerine bağlı olarak toplumları yöneten, “iyi yönetimlerin”, vatandaşlara çağın olanakları çerçevesinde sosyo ekonomik hizmetler vermekle sorumlu olduklarını açık ve net olarak ortaya koymaktadır. Bu nedenle, mesala, Batı toplumları daha demokratik, Orta Doğu toplumları çok daha az demokratik gibi uluslararası sıralamalar yapılabilmektedir. Benzer şekilde, örnek, refah toplumları olarak sosyolojide tanımlanan Batı toplumları birinci dünya, Doğu Avrupa ülkeleri ikinci dünya ve geri kalanlar üçüncü dünya ülkeleri olarak tanımlayan sosyolojik tartışmalar ilgili literatürde görülmektedir.

Özetle, bu yukarıda sözü edilen sosyolojik varsayımlar, kuvvetler ayırımı ilkesi içinde kalarak konu ele alındığında, o ülkenin hukuk sisteminin, o ülkeyi yönetenleri, vatandaşların sosyo ekonomik anlamda ortaya çıkan sorunları ve mağduriyetleri çerçevesinde sorgulama durumunda olduğunu dikkatlerimize sunmaktadır. Bu sorgula-

ma, eğitim – sağlık- ulaşım – beslenme- barınma gibi sade vatandaşların günlük hayatında yer alan her alanı kapsamalıdır. Bu nedenle, demokrasi ve insan hakları gibi çağın değerleri, sadece ve sadece siyasi anlamda kullanılmamalıdır. Mesala, 20 siyasi parti ile seçimlere girme veya gelecek seçimde 24 parti ile seçimlere girme ülkemizde gelişen demokrasi ölçütleri olamaz.

Kısacası, sadece ve sadece, “halklara özgürlük”, “etnik kimlik” açılımları, “kimlik” sorunları gibi sınırlamalar yaparak demokrasi ve insan hakları tanımlamaları yapma, sosyolojik anlamda konunun esasını önemli ölçüde gözardı etmek olabilmektedir. Bilindiği üzere, bu yukarıdaki sınırlar içinde kalarak demokrasi tanımları yapma, sade vatandaşların sosyo ekonomik sorunlarının ve mağduriyetlerinin çözümüne yardım etmemektedir.

Evrensel anlamda hukuk sisteminin temel amacının “mağdurları korumak” olması olduğu hususu gözetildiğinde, ülkemiz hukuk sisteminin de demokrasi kavramının Batı toplumlarında görülen operasyonel tanımına endeksli olarak ülkemiz yönetimlerini sorgulaması kuvvetler ayırımı ilkesinin kaçınılmaz sonuçlarından biri olmaktadır.

Bilindiği üzere, “kötü yönetimler”, bilimsel ve ekonomik rasyonalite ile değil, kendileri ve kendi grup çıkarlarını gözeterek aldıkları kararlarla toplumu yönetenler olmaktadır. İşte, bu noktada, “yargı”, “yasamanın ve yürütmenin” üstünde olma durumundadır. Aksi halde, “hukukun üstünlüğü” anlamsızlaşır ve sağlıklı toplum olma özelliği kaybolmaya başlar.

Bu makalede sözü edilen, sağlıklı toplumun operasyonel tanımı, şiddet içerikli suçların az olmasının kendisi olmaktadır. Bu varsayımın temel nedeni ise, bir vatandaşın toplumuna karşı saldırganlaşmanın en önemli o insanın mağdur olduğuna olan inancıdır. Bu mağduriyet duygusu, kendisini hukuk sistemi içinde savunamaz oldu-

ğunda, bu şekilde ortaya çıkan çaresizlikler sonuçta “hate crimes”, nefret odaklı saldırı-ganlıklar ortaya çıkarabilmektedir.

Bu yukarıda sözü edilen çaresiz-mağduriyet zihniyeti, sosyoloji literatüründe anomi, anxiety, frustration ve ümitsizlik duygu ve düşüncelerinin sonuçları olmaktadır. Bilindiği üzere, insan toplumsal bir yaratıktır ve duygular, düşünceler önemli ölçüde toplumsal yapının sonuçları olmaktadır. Bu makalede sözü edilen anlamda, “kötü yönetim”, kötü toplumsal yapılar ve bunlarda söz konusu öfkeli – taşkın – şiddet eğilimli popülasyonları yaratabilmektedir.

Sağlıklı yönetilen toplumsal yapılarda, vatandaş ve toplum ilişkisi kurumlar vasıtası ile olmaktadır. Bu ilişki ağları demokrasi ve insan hakları ilkelerine bağlı olarak yerine getirilir olma durumundadır. Bu nedenle, mesela, ülkemizde görüldüğü üzere, kaliteli eğitim alma hakkı, sade vatandaşların ekonomik gücünü çok aşacak şekilde paraya endeksli olmamalıdır. Eğitim sistemi, evrensel hukuk ilkelerine göre, çocuklarımızın akademik anlamda çalışkanlığına ve akademik yeteneklerine endeksli olmalıdır. Benzer şekilde, sosyoloji literatüründe “training for labor” olarak ifade edilen veya sosyal sermaye olarak ifade edilen özelliklere endeksli, dededen babaya ve babadan çocuklara miras bırakma şeklinde meslek sahibi yapan bir eğitim sistemi olmamalıdır. Benzer şekilde, kaliteli sağlık hizmeti alma, sade vatandaşların ekonomik gücünün çok üzerinde olmamalıdır. Aynı şekilde, siyasi yapılanmalar, bazı güç odaklarının, sadece kendi yarattıkları sosyal kimlikleri dağıtan ve farklılaşmalar yaratan, kutuplaşma yaratmanın ötesine gidemeyen yapılarda olmamalıdır. Siyasi yapılanmalar, sade vatandaşların günlük yaşam sıkıntılarını azaltma amacına endekslenmelidir.

Yukarıda, kısaca özetlenen şekilde ele alındığında, aile ve din kurumları hariç, ülkemiz sade vatandaşlarımızın kurumsal

yapılarımızla olan ilişkilerinin önemli ölçüde mağdurlar popülasyonu yaratabildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, sosyolojik anlamda demokrasi ve insan hakları çerçevesinde “sade vatandaşların hizmet alma” yoksunluğunun nedenlerini sorgulama, kuvvetler ayırımı ilkesine göre, yargının alanı olmaktadır.

Siyasi kurumsal yapının düşünce özgürlüğü adı altında ortaya atabileceği ideolojik tartışmalar, hizmet alma yoksunluğu mağdurlarını taraf olma durumunda bırakabilir. Bu nedenle, düşünce özgürlüğü adı altında toplumsal sıkıntıları ele alan Marksist analizler, radikal islam analizleri, yerel kimlikler sorunları analizleri toplumsal yapıda şiddet içerikli çatışmalar ortaya çıkmasının nedeni olabilmektedir.

Yukarıda ifade edilenleri basit bir örnekle ele alabiliriz. Bilindiği üzere, okula gitme şansı olmayan veya averaj kalitede eğitim alma şansı olmayan yüzbinlerce gencimiz var. Ayrıca, iş bulma şansı yok denecek durumda olan yüzbinlerce gencimiz var. Bilindiği üzere, düzgün eğitim seviyesi olmayan ve vasıflı bir iş becerisi olmayan bir insanın düzgün, düzenli bir iş bulma şansı yok gibi. Öte yandan, bu gençlerin ülkenin siyasi kurumları ile ilişkisi, ağalık sistemi, aşiret sistemi gibi nedenlerle ortaya çıkan, bir çeşit mahalle baskısı anlamında, bazı güç odaklarının elinde olabilmektedir. Tüm bu ve benzer nedenlerle, bu insanlarımız ülkemizin eğitim, sağlık, ekonomi ve siyaset kurumsal yapıları ile iletişimlerinde çok ciddi mağduriyetlere maruz kalabilmektedirler. Diğer bir ifade ile, kurumsal düzeyde toplumla iletişim kurması çok yoksun bir durumda olan, bu yoksul ve yoksun kitleler, kendi kişisel varlıklarının bir “hiç” olması duygusu ve düşüncesini yaşamayan mahkumları olmaktadır. Toplum içindeki kimlikleri anlamsız kılınmaktadır. Eğitim yok, iş yok, nasıl kimlik sahibi olabilirler ki?

Bu kimliksizlik ve bunun sonuçları olan anomie, anxiety, frustration ve ümitsizlik kendi içindeki popülasyonun bir bölümünü, içinde yaşadığı toplumun Marksist analizlerinin, radikal islam analizlerinin, etnik ayrımcılık analizlerinin şiddet içerikli açıklamaları mensupları olmasına neden olabilmektedir. O kimliksizler bu analizlerden birinin üyesi olarak, ancak, kimlik elde etme şansının mahkumları olabilmekteler. Vatandaşı olduğu topluma karşı şiddet onların yaşam tarzı olmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün yoksunluğu sonuçta, yasama ve yürütmenin kendi başına bağımsızlığını ve bu bağımsızlıkta sonuç-

ta yetki – sorumluluk dengesinin evrensel hukuk dışında kalması sonucunu yaratmaktadır. Bu durum, bu makalede ele alınan “kötü yönetimin kendisi olmaktadır”. Şiddet içerikli adli suçların ortaya çıkmasına neden olan “kötü yönetimler” evrensel hukuk içinde kalarak yargının üstünlüğüne terk edilmelidir. Mesela, terör ve terörist varlığı ile kötü yönetim ilişkileri bilimsellik içinde bağımlı bağımsız değişkenler modelleri ile çalışılmalıdır. Bu çalışmaların anlamlı sonuçlar ortaya koyabilmesi ise, o ülkedeki kuvvetler ayırımına göre evrensel hukuk içinde kalan hukuk sisteminin yasama ve yürütmeyi denetlemesine bağlıdır.

# Adli Yargı Hâkimlerinin Görevde Yükselme Şartlarının (Terfi Sisteminin) Yargı Bağımsızlığına Etkisi

Cengiz OTACI\*

## I - Yargı Bağımsızlığı

Kıta Avrupasında modern devletin kanun yapma tekelini ele geçirmesinin ardından yaşanan pozitivist hukuk anlayışı, lineer tarih anlayışıyla yeşeren sosyoloji ile modern insanı kuşatan mit haline gelmişti. Bu dönemde kanun, yüceltilen, doğruluğu tartışılmayan, modernleşmenin bekçisi, destekleyicisi, belli amaçlara ulaşmanın resmi aracı olmuştu. Kanun koyucu statüsü, kanun yapma fikrini icat eden insanlığın, bu faaliyeti kurumsallaştırması, resmi bir hüviyet vermesidir. Kanun yapmanın kurumsallaşması, modern insanın zihninde, insan davranışına yön veren bütün kuralların kanun koyucunun faaliyetinin mahsulü olabileceği imajını yerleştirmeye başlamıştı. Modernleşme öncesine kadar -birkaç istisna hariç- yazılı kanun yapma pratiğinden uzak duran yönetim aygıtı, modernleşme ile birlikte kendisini “mevzuat” adı verilen metinlerle ifade etme yolunu benimsemiştir. Şüphesiz ki yönetim aygıtının bu tavrı, “kanun koyucu” statüsü ile toplumsal sistemi tasarlanmış bir bütün haline getirme hedefin sonucudur<sup>1</sup>.

Yönetim aygıtının tekelci tavrı ve baskın karakteri, sahip olunan/kullanılacak gücün kişiler/kurumlar arasında paylaşılmasını, bu şekilde bir denge oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Parlamenter sistemde erkler ayrılığı olarak ifade edilen oluşum, yasama, yürütme ve yargının ayrılması ile sonuçlanmıştır.

Yasama erki yasayı yaparken yürütme erki ise yapılan yasanın yürütülmesini sağlar. Yargı, yorum tekelini elinde tutarak, bilimsel yöntemlerle kanunun nesnel iradesinin ne olduğunu gösterir, kanunun evrensel ilkeler açısından geçerliliğini denetler. Kanunu yorumlama tekelinin yargı erkine verilmiş olması, yasamanın ve yürütmenin bencil dürtülerini, politik çıkarlarını, tek taraflı davranışını kontrol etme adına vatandaşlar için önemli bir güvencedir. Yargısal faaliyetin denetim ve yorum yetkisi, çok önemli bir güç olduğundan bu erkin bağımsızlığı da son derece önemlidir. Yargı bağımsızlığı, önemi nedeniyle ulusal ve uluslar arası hukuki metinlerde doğrudan ya da dolaylı olarak sıkça yer almaktadır.

Yargı bağımsızlığını, temelde hâkim bağımsızlığı olarak da ifade etmek mümkündür. Eichenberger tarafından “Hâkimin yansızlığı, hâkimin devlet karşısında bağımsızlığı, hâkimin düşünsel bağımsızlığı, hâkimin toplum karşısında özgürlüğü ve kendine karşı bağımsızlığı<sup>2</sup>” şeklinde ifade edilen yargı bağımsızlığının beş görünüşüne, “hâkimlerin birbirine karşı bağımsızlığı”nı da eklemek gerekir.

Yargı bağımsızlığının sağlanması için hâkimlerin birbirlerine karşı bağımsız olmasının gerekliliği, diğer ülkelerde bizdekine benzer bir görevde yükselme sistemi olmaması nedeniyle klasik yargı bağımsız-

\* *Hakim, Yargıtay*

1 *Otacı Cengiz, Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunları'nın Yorumu, TBB Dergisi, 2010 sy 89 s. 439*

2 *Selçuk Sami, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007, s. 26*

liğı çalışmalarında kendine yeterince yer bulamamıştır. Çünkü bir hâkimin bir başka hâkim üzerinde kararlarına yön verici aksi halde cezalandırıcı şekilde tasarrufta bulunabilme yetkisinin var olabilme ihtimalinin imkânsız görülmesi, gelişmiş ülkelerde bu konunun ele alınmasını mümkün kılmamıştır. Bir hâkimin mesleğinde yükselmek için verdiği kararların yürütme tarafından beğenilip beğenilmemesinin ölçü yapılması ne kadar yargı bağımsızlığına aykırı ise aynı durum bir başka hâkimin beğenisinin ölçü kabul edilmesi için de geçerlidir. Hâkimlerin birbirine karşı bağımsızlığı konusu, ne yazık ki ülkemizdeki yargı bağımsızlığı çalışmalarında üzerinde durulmayan ya da geçiştirilen bir ara başlık olmuştur. Bu nedenle mevzuatımızdaki “hâkimlerin görevde yükselme şartları (terfi sistemi)”na dair düzenlemeler, yargı bağımsızlığı açısından ele alınmalı ve tartişılmalıdır.

Hâkimlerin birbirine karşı bağımsızlığı, aslında hâkimlerden oluşan ancak yargılama dışı idari işleve sahip HSYK, Adalet Bakanlığı, teftiş kurumu gibi kurumlara karşı bağımsızlık ve yargılama görevi yapan Yargıtay, Danıştay gibi temyiz mahkemeleri ile itiraz üzerine karar veren diğer mahkemelere karşı bağımsızlık olarak şekli açıdan iki başlık altında toplanabilir. Bir hâkimin kararını ister temyiz isterse itiraz üzerine inceleyip kesin sonuca bağlayan diğer bir hâkimin kararı, değerlendirmesi, görüşü, kararı incelenen hâkimin mesleğinde yükselmesi gibi en temel özlük hakkının değerlendirilmesine esas alınıyorsa, yargı bağımsızlığı açısından önemli bir sorunla karşı karşıya olduğumuz ileri sürülebilir.

Bu çalışmada kısaca, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda yer alan, hâkimlerin birinci sınıfa ayrılma ve birinci sınıf olma için görevde yükselmesine (terfi

sistemi) ilişkin düzenlemelerin, hâkim bağımsızlığına etkilerine işaret edilecektir.

### **I- Hâkimlerin Görevde Yükselmesine (Terfisine) Dair Yasal Düzenlemeler ve Terfi Sisteminin Kısa Açılımı**

Hâkimler, 2802 sayılı Kanun’a göre diğer kamu görevlilerinden farklı yükselme şartlarına tabi tutulmuştur. Hâkimler, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 20. maddesine göre, her yıl kademe ilerlemesi ve 21. maddesine göre 2 yılda bir derece yükselmesi yapar. Kademe ilerlemesi yapmak için anılan kanunun 19. ve 20. maddelerine göre;

a) Buldukları kademede en az bir yıl çalışmış olmaları,

b) Olumlu sicil almış bulunmaları yerterlidir. Bu nedenle kademe ilerlemesi yapmak neredeyse otomatik hale gelmiştir ve konumuz açısından çok da önemli değerdir. Önemli olan ve yargı bağımsızlığını zedelediğini düşündüğümüz düzenleme derece yükselmesi için kabul edilen kurallardır.

Derece yükselmesi yapabilmenin şartları 2802 Sayılı Kanun’nun 21. maddesine göre;

a) Derecesi içinde iki yıl bulunmuş ve bu derecenin ikinci kademe aylığını fiilen bir yıl almış olmaları,

b) Yükselmeye engel mahkeme hükmü veya disiplin cezalarının bulunmaması,

c) Ahlâki gidişleri, mesleki bilgi ve anlayişları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerde birikime sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hal kâğıtları ve sicil fişleri, Yargıtay ve Danıştayca verilen notları, örnek karar ve mütalaaları, mesleki eser ve yazıları göz önünde tutularak Hâkimler ve

3 HSYK’nun ilke kararları için Bkz <http://www.hsyk.gov.tr/ilkekararlari.htm> (Erişim 20.08.2010)

Savcılar Yüksek Kurulunca ilan edilen derece yükselme ilkelerinde aranan koşulları taşımaları gerekir.

Hâkimin çalıştığı mahkemeye ya da yaptığı işe göre iki yıllık terfi süresi içinde elindeki davaların yüzde kaçını sonuçlandırması gerektiği ve çalıştığı bölgeye göre Yargıtay'dan kaç dosyasının geçmesi, geçen dosyalardan aldığı notların oranının ne olması gerektiği, 2802 sayılı Kanun'un 21/c bendinin son cümlesine göre HSYK tarafından belirlenecektir.

HSYK, çeşitli ilke kararlarında<sup>3</sup>, ayrıntılı şekilde hangi bölgede<sup>4</sup> çalışan ve hangi mahkemeye bakan<sup>5</sup> hâkimin, temyiz mahkemesinden en az kaç adet dosya geçirmesi gerektiğini ve terfinin çeşidine<sup>6</sup> göre not oranının<sup>7</sup> ne olması gerektiğini belirler.

Örneğin 07.04.1983 tarih ve 2 sayılı "Adli Yargı Hâkim ve C. Savcılar İle İdari Yargı Hâkim ve Savcılar Hakkında 2802 sayılı Hâkimler Ve Savcılar Kanununun 21 ve 118. maddeleri Uyarınca Tesbit Edilen Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararı"nın 5. maddesine göre tercihli yükselmek için "Bir yükselme dönemi içinde Yargıtay'dan ve Bölge Adliye Mahkemesi'nden, birinci ve ikinci bölgelerde en az 30, üçüncü, dördüncü ve beşinci bölgelerde en az 10 iş geçirmiş ve bu işlerden aldığı çok iyi ve iyi not oranı birinci, ikinci ve üçüncü bölgelerde % 70'e, dördüncü, beşinci ve olağanüstü

hal ilan edilmiş yerlerdeki üçüncü bölgelerde % 60'a ulaşmış" olması, aynı ilke kararının 6. maddesine göre; mümtazen yükselmek için ise "Bir yükselme dönemi içinde Yargıtay'dan ve Bölge Adliye Mahkemesi'nden, birinci ve ikinci bölgelerde en az 40, üçüncü bölgelerde en az 35, dördüncü ve beşinci bölgelerde en az 30 iş geçirmiş ve bu işlerden aldığı çok iyi ve iyi not oranı (zayıf not bulunmama koşuluyla) % 85'e ulaşmış" olması gerekir.

Terfilerin Adiyen (A terfi), tercihli (B terfi) ya da mümtazen (C terfi) olması, 2802 sayılı Kanun'un 32 ve 33. maddelerine ve ilke kararlarına göre birinci sınıfa ayrılmada önemli bir yer tutmaktadır.

2802 sayılı Kanun'un 21. maddesinde ifade edilen ve ayrıntıları HSYK'nın ilke kararlarında belirlenen derece yükselmesinde üç husus ön plana çıkmaktadır.

1) Terfi süresi içinde (İkişer yıllık zaman dilimleri) gelen işlerin (açılan davaların, önceki yıllardan devreden işlerin, taleplerin) belirli bir kısmını bitirebilme,

2) Karara bağlanan dosyaların, çalışılan bölgeye göre belirli bir sayısının Yargıtay nezdinde temyiz incelemesinden geçirilmesi,

3) Yargıtay'a temyiz incelemesi için gönderilen dosyalarda Yargıtay'ın ilgili dairesi ya da ceza genel kurulu tarafından hâkime verilecek not ve bu notların terfi süresi içindeki yüzdesi.

4 Hâkimler ve Cumhuriyet savcılar için Türkiye, beş çalışma bölgesine ayrılmıştır.

5 Kadastro, Trafik mahkemeleri gibi mahkemeler yanında yıllık iş yükünün fazlalığına göre genel mahkemelerde çalışan hâkimlerin terfi durumlarında da farklı ilkeler benimsenmiştir.

6 Hâkimler, adiyen (A terfi), Tercihli (B terfi) ve Mümtaz (C terfi) olmak üzere üç şekilde derece yükselmesi yaparlar.

7 2802 sayılı yasanın 28. maddesine göre hâkim ve cumhuriyet savcılarında, temyiz mahkemelerinde incelenen dosyalar için çok iyi, iyi, orta ve zayıf olmak üzere not verilmektedir. Not oranı hesaplanırken basitçe ; iyi (iyi + orta) X 100 şeklinde bir formül kullanılmaktadır. Söz gelimi bir hâkimin temyiz mahkemelerinde incelenen dosyalarından 25 tanesi notsuz, 30 tanesi iyi ve 8 tanesi orta notu ile notlandırılrsa not yüzdesi  $30/30+8 = \% 78$  olmaktadır. Notsuz fişi ile notlandırılan dosyalar temyiz mahkemesinden geçen işten sayılmaktadır. Ancak not yüzdesi hesaplanırken dikkate alınmamaktadır. Bu tarz bir hesaplamanın doğuracağı pek çok sakınca vardır. Ancak çalışmamızın konusu olmadığı için buna değinmiyoruz.

Terfinin belirtilen şekle tâbi tutulması, yargılamanın hızlandırılması ve Yargıtay'ın uygulamaları esas alınarak kararda isabeti temin için düşünülmüştür. Ancak meslekte yükselme şartı olarak kabul edilen bu hususları yerine getirebilmek kimi durumlarda hâkimlerin elinde olan bir durum değildir. Aşağıda da değinileceği gibi ne zaman dava açılacağı, bu davanın ne zaman biteceği, temyiz edilip edilmeyeceği, Yargıtay'ın davaları ne zaman karara bağlayacağı, temyiz aşamasında kanun değişikliği olup olmayacağı, Yargıtay'ın yorumunun değişip değişmeyeceği gibi konular hâkimlerin inisiyatifinde değildir.

Ülkemizdeki hiçbir kamu görevlisi, bu şekilde mesleğinde yükselme şartına tabi tutulmamıştır. Hâkimler ve savcılar için getirilen bu sistemi diğer kamu görevlilerine uyarlarsak; sözgelimi doktorlar tedavi ettikleri hastaların iyileşmesine, vergi memurları tahsil ettikleri vergiye, eğitim/öğretim kademesinde çalışanlar eğittikleri kişi ve öğrettikleri bilgiye, emniyet mensupları yakaladıkları sanığa, önledikleri suçta, aydınlattıkları olaya göre mesleklerinde yükseleceklerdir. Bu tarz bir terfi sisteminin eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır.

## II– Terfi Sisteminin Sakıncaları ve Yargı Bağımsızlığı Açısından Değerlendirilmesi

### 1) Evrensel Yargılama Normlarını İhlal

Adli yargı hâkimleri için kabul edilen terfi sistemi, yargı bağımsızlığı başta olmak üzere bir dizi evrensel normu ihlal etmektedir.

#### A) Hâkim Bağımsızlığı

Hâkimin bağımsızlığı İHAS 6/1, Anayasa'nın 138. maddesinde kabul edil-

miştir. Anayasamızın 138. maddesine göre hâkimler, görevlerinde bağımsızdır; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verir. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemele-re ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Hâkimin bağımsızlığı, talimat ve emir almaması, özellikle yürütme erkinin etki alanı dışında olması, bunun yanında, karar vermede özgür olması, sadece kanunlara ve vicdanına karşı sorumlu olmasını da kapsayan bir yargılama güvencesidir<sup>8</sup>. Bu durumda hâkim bağımsızlığının, sadece yürütme erki karşısında bağımsızlık şeklinde algılanması, eksik bir anlayış olacaktır. Hâkim bağımsızlığının sağlanması için, hâkimin, başka bir hâkim karşısında da bağımsız olması gerektiği kabul edilmelidir. AİHM, hâkim bağımsızlığını değerlendirirken, hâkimlerin atanma, görevden alınma, görev süresi, hâkimlere emir veremeye yetkili kişi ya da kurum olup olmadığı gibi kriterlerin yanında “hâkimlerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığı”na bakmaktadır<sup>9</sup>. Mehmet Ali Yılmaz/Türkiye davasında AİHM, askeri hâkimleri, terfi yönüyle idareye bağlılık açısından değerlendirirken “...Bununla birlikte, askeri yargıçların statülerinin diğer yönleri, bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında soru işaretleri uyandırmaktadır. Birincisi, askeri yargıçlar, yürütmenin emrindeki orduya tabidirler. İkincisi, başvuranın da haklı olarak işaret ettiği gibi, askeri hâkimler, askeri disiplin ve sicil değerlendirmesine tabidirler. Dolayısıyla, terfi etmek için hem idari hem de yargısal üstlerinin olumlu sicil notuna ihtiyaç duymaktadırlar. Son olarak, atanmalarıyla ilgili kararlar, idari makamlar

<sup>8</sup> Yurtcan Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1991 s. 58

<sup>9</sup> Gölcüklü A. Feyyaz-Gözübüyük A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 1998 s. 254

ve ordu tarafından alınmaktadır” görüşüne yer vermiştir.

Hukuk devletinde, hâkimin bağımsızlığı, hukuk düzenine saygıyı güvence altına alma işlevi açısından önemlidir. Hâkim, hukuk devletinde anahtar kişiliğe sahiptir<sup>10</sup>. Bu kişiliğin her türlü ayırimcılık ve baskıdan kurtarılması gerekir. O kadar ki mesleğe kabulde bile, anahtar kişiliğe sahip olacakların objektif değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Bu nedendir ki Anayasa Mahkemesi, hâkimlerin mesleğe kabulünde subjektif değerlendirmeye açık sözlü sınavı hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuş, herkesin eşit koşullarda yarışmasının hukuka uygun olacağını belirtmiştir<sup>11</sup>.

Hâkimlerin görevlerini yerine getirirken Anayasaya, kanuna ve vicdanlarına bağlı oldukları Anayasa (138. md) açıkça vurgulanmıştır. Terfi sistemi, toptan bir ifadeyle kanuna/hukuka bağlılığı büyük oranda kaldırmakta, yerine, kuruma (Yargıtay, Danıştay), kurumsal görüşe (içtihat) bağlılığı getirmektedir. Kuruma bağlılık -Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olarak- 2802 sayılı Kanun'un 28/1 maddesinde, “...emsal kararların gözetilmesi...” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. “Emsal kararların gözetilmesi”, not vermede bir ölçü olarak kabul edilmiştir. Kanunda “emsal kararın” ne olduğu belirtilmemiştir. “Emsal karar”dan maksat Yargıtay'ın ilgili

daresinin kararları ise, daire kararları mahkemeleri bağlayıcı nitelikte değildir. Bu tabirden maksat Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararları ise, bu karar yargılamaya konu olay nedeniyle sadece ilgili mahkemeyi bağlar. Bu durumda “emsal karar” tabirini İBK (İçtihatları Birleştirme Kararı) olarak anlamak gerekmektedir. İBK'nın bağlayıcılığı 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinde açıkça kabul edilmiştir<sup>12</sup>. Uygulamada ise “dairemizin süreklilik gösteren kararları”, “yerleşmiş uygulama” gibi tabirlerle bozulan kararlara orta not verilmektedir. Mahkemelerin muhalefet etme, hukuku oluşturma girişimleri Anayasa'nın 138. maddesine rağmen terfilerinde değerlendirilmek üzere olumsuz not yoluyla engellenmektedir.

Kanunu meclis, hukuku hâkim yapar. Hukukun yapılması ise karar verebilme özgürlüğünde gizlidir. Not sistemi nedeniyle kararı ile cezalandırılan/ödüllendirilen hâkim, hukuku oluşturmak ya da kısa sürede mesleğinde yükselmek ikileminde bırakılmaktadır. Hâkimin hukuk yaratma özgürlüğünün koşulsuz yadsındığı yerde, ya hâkimin vicdanında ya da sosyal varlığında yara olacaktır. Öte yandan bu özgürlüğün yadsındığı yerde insanlar, güvenmelerinin kural olamayacağı kimselerden adalet bekleyecektir. Bu durum, hâkimin vicdanında açılan yaranın toplumda büyümesi demektir<sup>13</sup>.

10 Kaboğlu İbrahim Ö, *Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi, Hukuk Devleti, İstanbul 1998, HFSA yay s. 94*

11 *Anayasa Mahkemesi 20.11.1990 tarih ve 13/30 sayılı kararı. Bkz R.G 03.01.1992*

12 “...Yargı kararı, yorum ve dünsünel ögeden oluşur. Bunu bağlayıcı kabul etmek, hukuku dondurmaktır: Gelişmiş batı ülkelerinin çoğunda geleceğin hâkimlerini bağlayan bu tür düzenleme yoktur...” Selçuk Sami Karşıoyların Ankara 2000 s. 57” ; Ülkemizde pek çok basit konu (örneğin usturanın silah sayılacağı, İcra hakimlerinin de red edilebileceği, müsadere davasının asıl davadan ayrı açılacağı, noterden yapılan taşınmaz satışının geçersiz olduğu, devlet izni ile genelev açanlara kiralanan gayrimenkule ilişkin sözleşmenin muteber olacağı, tramvayın nakil vasıtası sayıldığı, posta giderlerinin de yargılama gideri sayıldığı vs) İBK ya konu olmuştur. Bağlayıcılığını kanunla eşit düzeyde koruyan, ancak değişen yasalara rağmen değişmezliğini sürdüren, bu noktada yasayla çatışan pek çok İBK vardır: (örneğin 18.11.1936 tarih 26/35, 26.3.1941 tarihve 28/11, 19.12.1945 tarih ve 16/17, 7.5.1947 tarih ve 3/15, 12.6.1972 tarih ve 5/10, 23.12.1976 tarih ve 7/6, 6.4.1990 tarih ve 2/3 sayılı İBK' lar)

13 Ökçesiz Hayrettin, *Hukuk Devleti ve Yargıcı, Hukuk Devleti, İstanbul 1998 HFSA yay s. 260 ; Emsal kararları yerel mahkemelerin uygulamak zorunda bırakıldığı yolundaki görüşler için Bkz. İçel Kayıhan-Donay Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I İstanbul 1999 s. 114*



Terfi sisteminin sonucu olarak hâkimin karar verirken bağımsız/özgür, başka bir merciin etki alanı dışında, sadece kanuna ve vicdanına karşı sorumlu olduğundan bahsedilemez.

Bu noktada yüksek yargı organlarının içtihat oluşturarak yerel mahkemelerin kararları arasında birlik sağlama görevi ile hâkimlerin kararlarından bizzat sorumlu olmalarını ayırmak gerekir. Terfi sisteminin hâkim bağımsızlığına olumsuz etkisi, hâkimin kararının notla değerlendirilmesi ve dolaylı olarak aldığı ödül/ceza ile mesleğinde yükselmesinin kararıyla ilişkilendirilmesinde toplanmaktadır.

Hâkimin anayasal düzeyde korunan bağımsızlığı kadar psikolojik bağımsızlığı da önemlidir. Psikolojik bağımsızlık, verilen karardan şahsen ve doğrudan sorumlu olmamakla ölçülür. Hâlbuki terfi sistemi, hâkim ve savcıya, temyiz aşamasında incelenen dosyası için “not” vererek onu kararından şahsen ve doğrudan doğruya sorumlu hale getirmekte, bu sorumluluğu mesleğinde yükselme ile ilişkilendirmektedir. Bu nedenle hiçbir hâkim, “sorunlu” olması muhtemel kararlardan sorumlu olmak istememekte, karmaşık dosyalar adliyelerde birikmektedir.

Not sistemi, her ne kadar hâkimin çalışmasını ölçmek için kabul edilmiş olsa da sonucu itibariyle ödül ve ceza mantığına dayanmaktadır. Bir hâkimi verdiği kararı nedeniyle ödüllendirmek ya da cezalandırmak yargı bağımsızlığı ilkesine uygun değildir. Kararın yanlış, hukuka aykırı olmasının müeyyidesi kararın bozulması olmalıdır. Bunu aşarak kararı nedeniyle ilgili kişileri cezalandırmak, onlara ilkokul öğrencileri gibi orta, zayıf şeklinde notlar vermek psikolojik olarak bağımsızlığı kaldıırır. Yargılama yapan kürsü hâkimlerini, kararları temyizden denetleme görevi yapan hâkimlere ve onların yorumlarına bağımlı hale getirir. Anayasayla korunan bağımsızlık

ise sadece yazılı metinlerde kalır. Bu bağımlılığın doğuracağı sonuçlar çok vahimdir.

Terfi sistemi, karar makamında olan hâkimleri, verecekleri kararlardan alacakları not konusunda tedirgin olmalarına neden oluyorsa, bağımsızlıktan söz etmek mümkün değildir.

Her ne kadar 2082 sayılı Kanun’un 28/2 maddesinde “Hükümün onanmış veya bozulmuş olması, olumlu veya olumsuz not vermek için yeterli sebep olamaz” hükmü yer almış olsa bile hâkimlere verilen notların hiçbir objektif gerekçesi yoktur. Üstelik kararların, Yargıtay’ın dairelerinde farklı kriterlere göre notlandırıldığı bilinmektedir. Thomas Giegerich tarafından hazırlanan 14 Nisan 2009 tarihli Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı Hakkında Dördüncü İstişarı Ziyaret Raporunda hâkimler hakkında kararları temyizde incelenirken not verilmesi “yargı bağımsızlığı açısından bir iç tehdit” olarak görülmekte ve şu değerlendirmelere yer verilmektedir. “Türk temyiz yargı sisteminin kendine özgü bir özelliği olarak, kararları temyizde incelenirken hâkimler ve savcılar hakkında not verilmesi yargı bağımsızlığı açısından bir iç tehdit oluşturmaktadır. Bu, temyiz edilen kararların sadece hukuka uygunlukları (ve buna göre onandığı veya bozulduğu) bakımından incelenmediği, ayrıca kalitelerinin de değerlendirildiği (ve kararları yazanların pek iyiden zayıfa doğru derecelendirilmekte olduğu) anlamına gelmektedir. Hangi nedenle verildikleri bilinmeyen bu notlar hâkim ve savcılarının terfisinde önemli bir kriter teşkil etmektedir. Türk yargısının hiyerarşik yapısının altını çizen bu sistem, hâkim ve savcılarını mevcut kararlara uymaya zorlamakta ve hukukun sürekli ileri gidip gelişmesini engellemektedir. Yargıtay üyeleri ile toplantımız sırasında verilen notların bilgi ve gerekçenin sağlamlığı gibi objektif kriterlere bağlı ol-

duğu, alt derece mahkemelerinin Yargıtay içtihatlarına uygun karar vermesine bağlı olmadığını duyduk. Not verirken bu iyi niyetin yüksek mahkemelere rehberlik yaptığını seve seve kabul ederim. Ancak, birinin kendi görüşüne uymadığı halde “pekiyi” not verilen bir karar bulmak son derece zorken, kötü not vermek için herhangi bir sebep bulunmasına gerek görülmemektedir. Daha da önemlisi, alt derece mahkeme hâkimleri hatalı veya modası geçmiş olarak görsele bile; yüksek mahkemelerin içtihatlarını tıpa tıp takip ederlerse iyi not alma şanslarının daha yüksek olacağına inanmaya teşvik edilmektedir. Temyiz sisteminin yapısında zorunlu olarak böyle bir düzenleme bulunmamasına rağmen, bu sistem yargı bağımsızlığı açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır.” Raporun, ilgili kısmının sonuç bölümünde ise “Yüksek mahkemelerin, hâkim ve savcıların verdikleri kararlardan dolayı onlara puan vermesi uygulamasının, temyizde onların kararlarının kalitesinin ölçülmesinin kaldırılması” tavsiye edilmektedir<sup>14</sup>.

### **B) Yargılamanın Makul Sürede Bitirilmemesi, Adil Yargılanmama**

Yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi İHAS 6/1 de kabul edilmiştir. Sözleşmeyi kabul eden ülkemiz, yargılamanın makul sürede bitirilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Ülkemiz yargılamanın makul sürede bitirilemediği, bu konuda gerekli tedbirleri almadığı için pek çok defa AIHM kararlarıyla tazminata mahkûm edilmiştir.

Temyiz incelemesinde hâkimin her kararına not verildiği için hâkimlerin, terfi sistemi nedeniyle karmaşık, tarafları çok, hüküm kurması zor ve bozulma riski fazla

olan dosyalarda, orta ya da zayıf not almak için karar vermemeyi tercih ederek yargılamayı uzatması, sonuçta verilecek hükmü zaman aşımına uğratması gibi bir ihtimal üzerinde durulmalıdır.

Benzer bir sorun, yargılamaya konu uyuşmazlığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile sonlandırılması ihtimalinde de kendini göstermektedir. Çalıştığı mahkeme itibariyle Yargıtay’dan yeterli sayıda iş geçirmesi mümkün olmayan bir hâkimin, CMK 231. maddede düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna başvurmaması ya da yukarıdaki paragrafta değinilen zorlukları nedeniyle orta ya da zayıf not almamak için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermesi, bu şekilde adil yargılama yapılmayarak adaletin gizlenmesi/perdelenmesi ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır.

### **C) Yorum Kurallarının Örselenmesi**

Hukuki metin olarak adlandırılan normlar, bir yaşam alanının ya da yaşam ilişkisinin tasarımına dayanır ve bunu gerçekleştirmeyi amaçlar. Bu tasarım ve amaç, normlarda kelimeler, cümleler, deyimler, kavramlar, adlandırmalar, bölümlerle ifade edilir. Metinde yer alan ibarelerin anlamı bazen açıktır, yoruma ve tartışmaya meydan vermez. Bazen de anlamları üzerinde düşünmek, yorum yapmak gerekir<sup>15</sup>. Mahkemelerin, önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili olarak bir hukuk kuralını yorumlamalarına yargı yorumu denir. Her yeni dava, kanunun yeniden yorumlanması demektir. Hâkim, yorumu kişi olarak değil kurum olarak yapar<sup>16</sup>.

Hâkim, bir kanun metnini yorumlama da kural olarak özgürdür. Davanın tarafları, hâkimin gerekçesine yansıtığı yorumu

<sup>14</sup> Raporun tamamı için Bkz [http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/YARGININ\\_BAGIMSIZLIĞI\\_VE\\_TARAFSIZLIĞI\\_HAKKINDA\\_İSTİŞARİ\\_ZİYARET\\_RAPORU.pdf](http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/YARGININ_BAGIMSIZLIĞI_VE_TARAFSIZLIĞI_HAKKINDA_İSTİŞARİ_ZİYARET_RAPORU.pdf) (erişim 15.08.2010)

<sup>15</sup> Otacı s. 450

<sup>16</sup> Otacı s. 455

beğenmeyebilir, bu durumda kanun yoluna başvurmaları mümkündür. Kanun yolu mercii olarak (temyiz/itiraz/başvuru vs) bir kararı inceleyen diğer hâkimin hukuki yorumu, önceki hâkimin hukuki yorumundan daha değerli değildir. Üst merciin kararı, tartışmayı bitiren son karar olma özelliği nedeniyle hukuki değer ifade eder. Bu nedenle yukarıda değinildiği gibi hukukumuzda, İBK dışında, tüm mahkemeleri bağlayıcı yargısal yorum yoktur.

Yargı bağımsızlığının görünüm alanlarından biri, hâkimlerin birbirine karşı bağımsız olmasıdır. Yargıtay, mahkemelerce verilen kararları son merci olarak inceler (2797 SK md 13, CMUK 305, CMK 307 vd), tek veya toplu olarak karar veren hâkimler çok iyi, iyi, orta, zayıf ve notsuz olmak üzere not verir (2802 SK 28. md). Verilen bu notlar, hâkim ve cumhuriyet savcılarının derece yükselmelerinde (terfilerinde) dikkate alınır (2802 SK md 21). Yargıtay, ülkede hukuk yorumu birliğini sağlama görevi üstlenmiş ise de, kanunun yorumunda kendi yorumunu tek ve tartışmasız doğru kabul ederek başka türlü yorum yapan hâkimler hakkında olumsuz not vermesi, kanunun sadece tek şekilde yorumlanabileceği anlamına gelir. Yargıtay'ın yorumunun, diğer yorumları dışlaması, kanunun yorumunun dondurulması, tekleştirilmesi sonucunu doğurur. Tek yorumun benimsenmesi ve buna aykırı yorumların not verme yoluyla değerlendirilmesi, kanunu yorumlamakla görevli hâkimleri, görevleri ile mesleklerinde yükselme arasında seçim yapmaya zorlamaktadır. Sadece Yargıtay'ın yorumunun

doğru olduğunu kabul etmek, yargı bağımsızlığına aykırı olduğu kadar hukukun gelişimine de engeldir. Her hâkimin, yargılamaya konu olaya uygulayacağı kanun maddelerini yorumlama hakkı ve görevi vardır. Sadece Yargıtay yorumunun doğru olduğunu kabul etmek, hâkimlerin yorum yapmasına dolaylı yoldan engel olmaktadır ve kanunu yorumlama hak ve görevi olmadığı, yorumun Yargıtay tekelinde olduğu sonucunu doğurur.

Yorum, uyuşmazlığın çözüldüğü zamana hastır ve gelecek zamanı kuşatacak şekilde genişletilemez, geleceğin hukukçularını bağlayan bir özellik gösteremez. Bu nedenle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi gereğince kanun gibi bağlayıcı nitelikte olan içtihatları birleştirme kararı, hukuka uygun değildir. Erkek ayrılığına ve yargı bağımsızlığına aykırıdır.<sup>17</sup> Metin, doğası gereği her zaman yorumlanabilir. Ancak kendisi de bir yorum olan içtihatları birleştirme kararının yeni yorumlara tabi olması düşünülemez. Bu nedenle içtihatları birleştirme kararı, yorum yoluyla oluşturulmuş, değiştirilemez<sup>18</sup> ve yeniden yorumlanamaz "norm" niteliği taşımaktadır ki böyle bir metnin hukuki olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

#### D) Vicdani Kanı Yargısına Aykırılık

Davaya konu iddianın, delillerle yüze yüze gelinerek, açıklık, sözlülük gibi ilkelere, tarafların ortak katılımı ve tartışması ile oluşturulan duruşma süreci sonunda oluşturulması gerekir. Bu süreç, ortak bir yapıttır ve olay/vicdani kanı yargısı olarak adlandırılıp, gerekçeye bağlanır. Olay/

17 Selçuk 14.12.1992 tarih ve 1/5 sayılı İBK'ya karşıoy, Karşıoylarını Ankara 2001 s.532; Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1991 1. Bası 1/98

18 İBK'nın değiştirilmez olduğunu söylerken, bunun imkânsız olduğunu kastetmiyoruz. İchtihatları birleştirme kararını ortadan kaldırmanın tek yasal yolu, yeni bir içtihatları birleştirme kararıdır. İBK, farklı içtihatlar arasında birlik sağlama amacıyla alınabilir. Bu açıdan, geçerliliğini yitirmiş ya da hukuki olmadığı gerekçesi ile yeni bir İBK'nın, ne kadar hukuki olacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Hukuk tarihimiz açısından, yürürlükten kaldırılan kanunlara, değişen içtihatlarla rağmen kaldırılan bir İBK olmadığını da ifade etmek gerekir.

vicdani kanı yargısında bulunmak, sadece duruşma yapan, kanıtları doğrudan değerlendiren mahkemeye aittir<sup>19</sup>.

Yargıtay hâkimi, hükmün hâkimi olarak, esas mahkemesinin sabit kabul ettiği olayları, eylemleri ve olguları, iki yolla denetleyecektir. Birincisi, olayları/eylemleri, olguları, sabittir/değildir biçiminde vicdani kanı yargısını oluşturmak için yapılan duruşmanın yargılama kanunlarının uygunluğunu ele alacaktır. Yargılama kusursuz ise, Yargıtay esas mahkemesi hükmünün özellikle olay/olgu açısından gerekçesini inceleyecektir. Zira gerekçe, yargılamanın yürüyüşünü, olay saptamalarını, hukuksal tanıyı içeren ve ikisi arasındaki bağlantıyı sağlayan, yargısal etkinliğin demokratik denetimini gerçekleştiren, herkese açık ve keyfiliği önleyen bir mekanizmadır. Bu yüzden de İtalyan Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi, gerekçe her olay ve hukuk sorununu tek tek çözmesi gereken, mantuki ve hukuki bütünlük sergileyen bir yapıttır. Yargıtay, olaylarla ilgili kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, statik/dinamik doğa, mantık, gözlemlerle edinilen ve istisnası hemen hemen olmayan kesin deneyim ve hukuk kurallarına, bilimsel verilere uygun biçimde ele alınıp alınmadıklarını, boşluk, çelişki, belirsizlik, kapalılık olup olmadığını gerekçe denetimini yaparak irdeleyecek, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin sağlama görevini bu yolla yerine getirecektir. Ancak, Yargıtay, bu konularda, duruşmadan elde edilen verilerle ve kişisel deneyimlerin katkısıyla olaylar hakkında vicdani kanı yargısı oluşturan ilk mahkemenin yerine geçerek kesin çözümler üretmez, ilk mahkemeye önerilerde bulunamaz. Yargıtay'ın, olay yargıcının kaniya varışını denetlemek bakımından sınırlı bir olanağı vardır. Bu, kural olarak Yargıtay için bağlayıcıdır. Özellikle de

Yargıtay'ın kendi değerlendirmesini olay yargıcının yerine koyma yetkisi yoktur. Özgür kanıtlama yolunda kanıt sunununun bir ölçüde yinelenmesi yetkisi de yoktur. Eğer Yargıtay, sunulmuş kanıtlama araçları dolayısıyla kendi değerlendirmesini olay yargıcının yerine koyacak olursa, kendi görev alanının sınırlarını aşmış olur. Yargıtay yargıcı, kanıt değerlendirmesi yapamaz. Vicdani kanı yalnızca duruşmadan edinilen bilgiye göre oluşur. Yargıtay ilk mahkemenin yerine yalnızca ve bir ölçüde hukuksal konularda karar verebilir<sup>20</sup>.

Anayasamızın 138. maddesinde ifade edilen hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı kuralı, hâkimin yorum yaparken sadece kanun, hukuk ve vicdan ölçütünü kullanması gerektiğini belirtir. Vicdan, kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten, kişinin kendi ahlak değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç olarak tanımlanmıştır. Vicdan, kurulan hükümle hükmü kuran arasında ahlaki bağ olduğuna göre Anayasamızda “vicdani kanı” olarak formüle edilen durumun, metne dayanan hukuki yorumdan çok yargılamaya konu olaya dayanan “kabul/kanıt” yorumu ile ilgisi vardır ve bunun da kanuna ve hukuka uygun olması gerekir. R. Dworkin'e göre yorumcunun kişisel inançlarının her zaman gerekçeye bağlanması beklenemez. Yorumcu, karar verirken bireyselleştirilmiş bir hukuk kavramı geliştirmekte, kararı kendisi için bir analiz olmaktan öte duygu ve sezgi halini almaktadır. Yorumcu, yaşadığı toplumun insanı olduğuna göre olay ve olayla bağlantılı olarak yorumu, ortalama insanın duygu ve sezgilerini temsil edecektir.

19 Selçuk Karşıoyların s. 91 vd

20 Selçuk, Karşıoyların s. 108 vd (bu uzun alıntıdan dipnotlar ve kaynaklar çıkartılmıştır.)

Vicdani kanı, güçlü ahlaki vurgusu, öznel bilgiyi temsil etmesiyle hâkimin devlete, topluma, kendi değer yargılarına, medyaya ve diğer hâkimlere karşı bağımsızlığını/tarafsızlığını da çağrıştırmakta, kanunu yorumlayan hâkimin yorumunun, nihayetinde kişisel olduğuna da işaret etmektedir.

Vicdani kanı, bir yorum aracı ya da yorum yöntemi değildir. Kişisel bilgi ve tecrübeye bağlı olarak yargılamaya konu olayla/kişilerle, kanıtların içerdiği anlamla ilgili edinilmiş şahsi bilgidir. Bu bilgi, Anayasa, kanun ve hukuk ile ifade edilen hiyerarşi içinde değerlendirilemez. Vicdani kanı olarak adlandırılan kişisel/tecrübî bilgi, bahsedilen hiyerarşik bilgilerle uyum içinde olursa, kanunun tanıdığı “hükümün kişiselleştirilmesine” hizmet ederse anlamlı ve değerlidir<sup>21</sup>.

Taraflar, bir hükmü temyiz ederken, duruşmada kanıtlara dayalı olarak kabul edilen ve gerekçesi gösterilen “sabit kabul edilen eylemleri” de temyiz etmekte ve Yargıtay, denetim yetkisini aşarak bu konuda da değerlendirmede bulunmakta<sup>22</sup>, kararı veren hâkime not verilmektedir.

## 2) Mümkün Olmayanın İstenmesi İle Başarıyı Şansa Bırakma

Yukarıda, terfi sisteminde üç hususun ön plana çıktığını, bunlardan ilkinin belirli sürede belirli sayıda davayı karara bağlamak, belirli sürede Yargıtay’dan belirli sayıda dosya geçirmek ve bu dosyalardan yine belirli oranda not almak olduğunu belirtmiştik. Terfi etmeyi iş yüzdesine ve temyizden geçecek dosya sayısına bağlamak, başarıyı şansa endekslemek demektir. Çünkü ;

- Ne zaman ve ne kadar dava açılacağı,
- Bu davaların durumuna göre terfi süresi içinde bitip bitmeyeceği,
- Kararların temyiz edilip edilmeyeceği,
- Temyiz edilirse temyizden ne zaman döneceği,
- Temyiz aşamasında kanun değişikliği olup olmayacağı ve kararın bu nedenle incelenmeksizin iade edilip edilmeyeceği<sup>23</sup>,
- Yargıtay’ın, konu ile ilgili görüşlerinde değişiklik olup olmayacağı,
- Kararın onanıp onanmayacağı, temyiz süresi içinde zamanışımına uğrayıp uğramayacağı belli değildir.

21 Konu hakkında açıklamalar ve kaynaklar için Bkz Otacı s. 456 vd

22 “...Mağdurenin anlatımı bu nedenle samimi görülmediğinden, sanığın mahkûmiyetine dair Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına ... CGK 16.11.1987, 5-449/556” ; “...mağdurların samimi iddiaları ve bu iddiaları doğrulayan doktor raporlarından anlaşılma; suçun sübutunu kabul etmek gerekir: 8. CD 12.10.1998 10667/12819 YKD Ocak 1999” ; “...inandırıcı nedenlere dayanmadığından kabul edilemez... 11. CD 26.3.2001 1517/2227 YKD Mart 2002” ; “...Müdahil mağdur (F), aşamalarda ki samimi ve istikrarlı anlatımlarında... 5. CD 17.10.2001 585/5925 (YKD Şubat 2002)” ; “...çelişkilerle dolu ifadeleri ırza geçme suçunun işlendiğine dair inandırıcı bir delil olarak kabul edilemez... CGK, 7.12.1981, 5-348/414 ; “...mağdureyi alacağım diye kandırdığı iddiası, inandırıcı nitelikte başka bir delille doğrulanmadığı görülmektedir... CGK, 31.3.1980, 5-46/170” ; “...Çelişkili beyanlarından sanığın lehine olan duruşmadaki ifadesine itibar edilmesi... CGK, 4.6.1990 - 5/101-156...”

23 22.12.2000 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un yürürlüğe girmesi, 01.06.2005 tarihinde ceza mevzuatımızın tümden değişmesi, 5728 sayılı Kanun ile CMK’nun 231. maddedeki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulama şartlarının genişletilmesi gibi bir kısım kanun değişiklikleri nedeniyle temyiz incelemesi için Yargıtay’a gönderilen dava dosyaları, çoğunluğu itibarıyla Yargıtay Başsavcılığı tarafından ya da ilgili daireler tarafından incelenmeksizin ve not fişi düzenlenmeden mahkemelerine geri gönderilmiştir.

Belirli sürede belirli sayıda karar veremeyi, her zaman hâkimin tembelliğine, ilgisizliğine bağlamak mümkün değildir. Gerekli delillerin soruşturma aşamasında toplanmamış olması, zabitanın yeterince çalışmaması, sanığın/tanığın/davalının bulunamaması, taraf teşkilinin sağlanamadığı güçlük, taraflardan birinin yurt dışında olması, tebligat sisteminin kötü çalışması vs gibi hâkimin elinde olmayan birçok olumsuzluğun göz ardı edilmesi suretiyle belirli sürede belirli sayıda iş çıkarılmasının istenmesi, isabetli bir yaklaşım değildir.

Belirli sürede belirli sayıda dosyanın karara bağlandığı kabul edilse bile, bu dosyaların belirli bir kısmının Yargıtay denetiminden geçmesi için temyiz edilmesi gerekir. Kararların temyiz edilmesi ya da edilmemesi, tamamen davanın tarafları ve ceza yargılamasında cumhuriyet savcısının takdir alanına girdiğinden hâkimle ilişkilendirilmesi asla kabul edilemez. Buna rağmen terfi edebilmek için Yargıtay'dan belirli bir sayıda dosyanın geçmesi gerektiğinin kabul edilmesi, hâkimin başarısının, tarafların inisiyatifine bırakılması anlamına gelmektedir.

### 3) Yargıtay'ın İş Yükünün Artmasına Neden Olma

Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gelen iş sayısı 2005 yılında 364.485.000, 2006 yılında 411.121.000, 2007 yılında 531.660.000, 2008 yılında ise 627.637.000 dir<sup>24</sup>. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gelen işlerle terfi sistemi arasında ihtimal düzeyinde olsa bile bağlantı kurmak mümkündür. Hâkimin başarısının, bir terfi döneminde Yargıtay'dan geçen iş sayısı ve bu işlerden aldığı notlarla, cumhuriyet savcısının başarısının ise temyiz edip bozdurduğu karar sayısı ile ölçüldüğü bir

görevde yükselme sisteminde, yeterli sayının tutturulması için bizzat hâkimler ve cumhuriyet savcıları tarafından taraflara kararın temyiz ettirildiği ihtimali üzerinde durulmalıdır.

Mevcut terfi sistemi, hâkimin verdiği kararı, temyiz edilmesi halinde puanlamaya çeviren bir sistemdir. Temyiz edilmemiş bir karar, ne kadar isabetli, ne kadar kaliteli, hakkaniyete ve hukuka uygun olursa olsun asla puanlamaya konu edilmez. Bir kararın hâkime artı puan getirmesi için mutlaka Yargıtay incelemesinden geçmesi gerekir. Tarafların adil bulup temyiz etmediği bir kararın, mesleğinde yükselmek isteyen hâkime hiçbir getirisi olmadığından hâkimin, taraflara kararını temyiz etmelerini tavsiye ve telkin etmesi gibi bir riskin her zaman mevcut olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Adli istatistiklere göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'ndan ceza dairelerine gelen işlerden temyiz talebinin reddedilme oranları 2006 yılında 8.7, 2007 yılında 6.4, 2008 yılında ise 5.1 dir. Ret kararları, hükmün yasal olarak temyiz edilemez olması, temyiz talebinin süresinde gerçekleşmemiş olması gibi nedenlere dayanır ve esasen bu tür talepler, mahallinde karara bağlanmalıdır. Mahallinde karara bağlanmayıp Yargıtay incelemesine gönderilen ve neticede reddedilmesi gereken dosya sayısının fazlalığı, terfi sistemi nedeniyle Yargıtay'dan belirli sayıda iş geçirme endişesine dayanıyor olabilir.

### 4) “Hukukun” Oluşumunu Engelleme ve “Gereğe” Kalitesizliği Yaratma

Türk Hukukuna ait kitaplar dikkat edilirse ikiye ayrılmaktadır. Birisi “doktrin” diye adlandırılan bilimsel görüşlerin yer aldığı çalışmalar, diğeri “uygulama” başlığı ile başlayan ve içinde hiçbir bilimsel

24 Bkz [http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik\\_2008/yargitay/yargitay1.pdf](http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2008/yargitay/yargitay1.pdf) (erişim 21.08.2010)

görüş olmayan ya da bilimsel görüşlere çok az yer verilen içtihat derlemeleri. Hâkim ve savcılar, uyguladıkları kanunların -mukayeseli hukuk dâhil- bilimsel açılımını öğrenmek yerine, temyiz halinde iyi not alabilmek için sadece ve sadece “uygulama”sını öğrenmeyi tercih etmektedir. Bu durumun Türk Hukuk sisteminin kısır bir döngü içinde kalmasına sebebiyet verdiği açıktır. Türk yargısının kısırlaştığı, yargı kararlarının sığılığı, zamana ve zemine göre değişmesi, evrensel normlara uymaması ile sabittir. Mevcut duruma göre “hukuk” sadece Yargıtay tarafından oluşturulmaktadır. Hukukun oluşumuna yerel mahkemelerin katkısı terfi sistemi nedeniyle engellenmektedir.

İlginçtir ki hukukumuzda içtihatlar ezici bir çoğunlukla bozma kararları münasebetiyle oluşturulmaktadır. Hukuk sistemimiz doğruları yücelten bir sistem değil, yanlışları gösteren ve içinden doğruyu bulmaya sevk eden bir yapı arz etmektedir. Başka bir deyişle hukukumuz “yanlış” temeli üzerine kurulmuştur. Bozma kararlarında kimi zaman gerekçeli kimi zaman gerekçesiz olarak “doğru” gösterilirken, onama kararlarında “doğru” gösterilmekte, temyiz sebepleri gerekçeli olarak karşılanmamaktadır. Yanlıştan doğru bulma üzerine kurulu bir hukuk sisteminde terfinin de savcının kararda “yanlış bulması” üzerine kurulması kendi içinde tutarlı ancak yanlış bir işleyiştir.

Türk yargı sisteminde karar gerekçeleri, davanın taraflarını ikna etme, onlara delilleri ve uygulanan kanun maddelerini gösterme, yapılanın kanuni olduğunu anlatma, toplumun adalet duygusunu tatmin etme, mağduru hukuken koruma, yanlışlara işaret etme, doğruyu yüceltme gibi bir kaygı taşıdığı ileri sürmek kolay değildir. Terfi sistemi nedeniyle gerekçelerin, temyiz incelemesinde kötü not almamak için, savcılara ve Yargıtay’a karşı yazıldığı izlenimi edinmek mümkündür. Amaç, “hâkim

bu noktayı da görmüş, bu konuya da değinmiş” denilmesini sağlamaktır. Başka deyişle hukuk, davanın taraflarına değil hukukçulara anlatılır.

Terfi isteminin sonucu olarak bir hâkimin kararı ne kadar isabetli olursa olsun, ne kadar araştırma ve çalışma sonucunda verilirse verilsin, gerekçesi ne kadar emek mahsulü olursa olsun temyiz denetiminden geçip iyi not verilmedikçe hâkim için –terfi açısından- önemsizdir. Çünkü hâkim, terfi edebilmek için dosyanın temyizden geçmesine ve iyi not verilmesine muhtaçtır. Başka bir deyişle terfi sistemimizde verilen kararı davanın taraflarının beğenmesi ve adil görmesinin önemi yoktur. Kararı hâkim için önemli kılan, Yargıtay’ın beğenmesi ve iyi not vermesidir. Bu durum, adliyelerin mevcut iş yükü de nazara alınırsa pek çok hâkimi temyiz denetimine sunulmayacak dosya için yeterince emek sarf etmeme gibi bir duruma zorlamaktadır.

Terfi için dosyaların temyiz mahkemesinden geçme zorunluluğu ve not sistemi oldukça serbest delil takdiri, araştırma, düşünme, muhalefet etme olamayacağı gibi bu durum yargı bağımsızlığına da gölge düşürecektir. Bir hâkim, yanlış olduğuna inansa bile, kötü not alacağı ya da kararının notsuz geçeceği endişesiyle temyiz mahkemesi görüşlerinin aksine karar vermeme ihtimaliyle karşı karşıyadır. Yargımız bu nedenle yeni görüşlere, kararlara, yorumlara nerdeyse kapanmıştır. En basit konularda bile hukuk mantığı kullanma, bilimsel görüşleri öğrenme, kanunları yeniden yorumlama yerine benzer konulardaki emsal içtihatları arama yoluna gidilmektedir. Duruşmalarda tarafların birbirlerini içtihat yağmuruna tutmasının nedeni budur. Taraflar, haklılığını sahip olduğu kanıtlarda değil de benzer olaylardaki Yargıtay’ın içtihatlarında aramakta, emsal kararlara göre durumlarını değerlendirmektedir. Karar gerekçelerinde benzer olayları tasvir eden

içtihadada dayanma neredeyse gelenek halini almıştır. İçtihatlar o kadar belirleyici olmaktadır ki kanunla tanınan takdir hakkı bile içtihatlarla sınırlanabilmektedir.

Kanunların yorumunda Yargıtay içtihatlarının mutlak belirleyiciliğine rağmen, özellikle ceza yargılamasında Yargıtay yorumlarının yeterince takip edildiğini söylemek mümkün değildir. Aşağıda yer alan ceza dairelerinin verdiği kararların yıllara göre dağılımı tablosunda da görüleceği üzere bozma kararlarındaki oranlar dünya ortalamasının çok çok üzerindedir. Bu paradoksun nedenini, 2005 ve devam eden yıllardaki bozma kararlarının oranındaki aşırı artış izah etmektedir. Tabloya göre şöyle bir tahmin yürütmenin sakıncalı olmadığı açıktır; Türk yargısı, kanunların yorumunda Yargıtay'a aşırı bağlılık içindedir ve bu açıdan Yargıtay yorumları "ezberlenen doğrular"dır. 2005 yılında ceza yargılaması kanunlarının toptan değişmesi ezberleri bozmuş, Yargıtay'da içtihatlarını henüz oturtamamış, yerel mahkemeler ise bu yeni yorumlara henüz ulaşamamış, ezberlerini yenileyememiştir. Bu nedenle 2005 yılı ve sonrasında bozma kararlarında patlama yaşanmıştır<sup>25</sup>.

#### Ceza Dairelerinin Verdiği Kararların Yıllara Göre Dağılımı:

Yıl	Onama	Bozma	Onama Bozma
2000	57	25,1	1,7
2001	34,3	52,7	2
2002	45,9	39,5	2,2
2003	41,6	43,5	2,5
2004	49,7	34,1	2,5

2005	17,20	64,1	0,7
2006	28,8	44,8	2,4
2007	39,5	31,9	2,9
2008	19	58,9	2,1

Yanlışta muhalefet etme insanlık borcudur. Eleştirme görevdir. Terfi sistemi, muhalefet borcunu ve eleştirme görevini ortadan kaldırmaktadır. Terfi sistemi içtihadada bağımlı olma sonucunu doğurmakta, içtihat fetişizmi yaratmaktadır. İçtihat tapınmacılığı, hukukun derin kaynaklarına inmeyi önler, hukuku bilimsellikten uzaklaştırır ve mekanik hale getirir<sup>26</sup>. Terfi sistemi, içtihatlarla mutlak bağlılıkla takdir hakkını sınırlandırmakta, suçun ve cezanın kişiye, olaya uygulanmasını dolayısıyla bireyselleştirilmesini engellemektedir.

#### 5) Meslek Ahlakını Yozlaştırma

Terfi sistemi sonucu alınan notlar, hâkim ve cumhuriyet savcılarının başarısını ölçmede kullanılan yegâne ölçü olmuştur. Bir Cumhuriyet Savcısı'nın başarısı, bozdurduğu mahkeme kararları ile ölçülürse, savcılık makamının mahkemeye her konuda yardımcı olduğundan, adaletin tecelisi için çalıştığından, her bilgiyi hâkim ile paylaştığından şüphe etmek gerekir. Bu nedenle Türk yargısında hâkim, terfi sistemi nedeniyle aynı zamanda savcılık görevini de yapar. Toplanmamış delilleri toplar, ek savunma verir, sanığın iddianamede yazılı kişi olup olmadığını denetler, iddianamedeki maddi yanlışlıkları giderir, hazırlıktaki delillerle duruşmada karşılaşılan deliller arasındaki çelişkileri gidermeye çalışır, doğum kaydı, sabıka kaydı gibi en temel belgeleri ister, doktor raporlarının kesin ol-

25 İstatistikler ve değerlendirmeler için Bkz Otacı Cengiz, *Türk Ceza Yargısının Yorum Kabiliyeti*, Güncel Hukuk, Haziran 2010 s. 27

26 Selçuk Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara 1998 s.125

27 Her ne kadar CMK 174. maddesi iddianamenin iadesi düzenlemesini içerse bile, Yargıtay kararları ile maddenin uygulanması oldukça sınırlandırılmış, neredeyse sadece uzlaşmanın yapılmamış olmasına hasredilmiştir. Örnek vermek gerekirse ; Yanlış mahkemeye açılmış davada iddianame iade edilemez, görevsizlik kararı verilmesi gerekir (3. CD'nin 27.6.2007 tarih ve 8659/5291 sayılı kararı YKD Ekim 2007), yüzleştir-



ması vs gibi hazırlıkta yapılması gereken işlerle uğraşır. Hatta ve hatta iddianamede sanıkların kimlikleri yazılı değilse bunları bile araştırır<sup>27</sup>. Hâsılı eksik malzemeden doğru sonuca ulaşmaya çalışır.

Terfi sistemi, hâkimlerin dosyaları “adli olay” olarak değil, “terfi sağlayacak iş” nazarıyla bakma psikolojisine itmektedir. Hak ve adalet dağıtan kişilerin yaptıklarına “iş” nazarıyla bakmaları, kutsal bir görev olan adalet dağıtımını basitleştirmektedir. Emekli bir Fransız Yargıtayı üyesinin dediği gibi “insanı yargılama tanrısal bir uğraştır<sup>28</sup>”. Çünkü insanları yargılamak ve yaptıklarını doğru/yanlış olarak nitelendirmek temelde Tanrının vazifesidir.

Mevcut terfi sistemi, adalet camiasını zan altında bırakmamak için buraya yazılamayan pek çok şekilde meslek ahlakının yozlaşmasına neden olmaktadır. Adliyelerde meslektaşlar arasında, anlatılması zor olan ancak yaşanan, yargı mesleğine mensup kişiler tarafından açıkça bilinen bazı psikolojik gerginliklere, çatışmalara yol açmaktadır.

Kamuoyunu meşgul eden en önemli davaların duruşmasına dahi tek Cumhuriyet savcısı katılırken terfi endişesi ile 4. ve 5. bölgelerde en basit davaların duruşmasına bazen birden fazla Cumhuriyet savcısının katıldığı gözlenmektedir.

### III - SONUÇ

Bir hâkimin diğeri hâkime, kararı nede niyle not vermesi, verilen notların da kararı incelenen hâkimin mesleğinde yükselme kriteri kabul edilmesi, hâkimleri birbirine

bağımlı kılan bir sistemdir ve açıkça yargı bağımsızlığına aykırıdır. Hâkimlik, çok genç yaşlarda başlanacak ve temyiz mahkemesi yorumlarının mutlak şekilde benimsenmesi ile zamanla yükselinecek bir meslek olmamalıdır. Hâkimlik, başarılı bir hukuk kariyerinin sonucu, bir hedefi olmamalıdır. Oysa ülkemizdeki kademe ve derece sistemi, Devlet Memurları Kanunu’nda devlet memurları için uygulanan kademe ve derece sisteminin aynısıdır. Bu da, kanun koyucunun, hâkimleri yürütmenin diğer memurları ile aynı statüde gördüğünün işaretidir. ABD ve İngiltere gibi ülkelerde hâkimlerin terfisi gibi bir düzenleme yoktur. İngiltere’de terfinin olmamasının gerekçesi olarak hâkimlerin bağımsızlığına bir zarar gelmemesi gösterilmektedir. Geleceğini, kendi çalışma, bilgi, beceri ve buna bağlı olarak kanunların yorumunda göstereceği maharete değil de meslektaşlarının yorumunda arayan bir hâkimin, bağımsız olduğunu söylemek son derece zordur<sup>29</sup>.

Yargıtay tarafından verilen notların objektif kriteri olmadığı gibi verilmiş notların düzeltilmesinin de objektif kriteri, denetimi yoktur. Verilen notların idari işlem mi yoksa yargısal işlem mi olduğu tartışmalıdır. İdari işlem niteliğinde olduğu kabul edilirse yargı yolu açık olmalıdır (Anayasa 125). Yargısal işlem olarak kabul edilirse mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olması gerektiği ilkesi uyarınca (Anayasa 141, CMK 34) verilen ya da verilmeyen notların gerekçelerinin gösterilmesi ve ilgili hâkime tebliğ edilmesi gerekir.

*me yapılmamış olması iddianamenin iadesi nedeni sayılmaz (8.CD’nin 20.9.2007 tarih ve 8639/6090 sayılı kararı), kovuşturma aşamasında mahkemece yerine getirilmesi gereken yargısal faaliyet kapsamındaki suçun unsurlarının varlığının açıklığa kavuşturulmasıyla bağlantılı hususlar iddianamenin iadesi nedeni değildir (4. CD’nin 14.10.2009 tarih ve 20701/16361 sayılı kararı), şüphelinin ifadesinin alınmamış olması iddianamenin iadesi sebebi değildir (4. CD’nin 15.7.2009 tarih ve 16803/14282 sayılı kararı)*

28 Ökçesiz s.244

29 Elveriş İdil, *Hakim Atama Nakil Sistemi ve Yargı Bağımsızlığı*, [http://www.idilelveris.av.tr/yargi\\_reformu.doc](http://www.idilelveris.av.tr/yargi_reformu.doc) s. 15, 25 (Erişim 12.06.2002)

Her meslek mensubu gibi hâkim ve cumhuriyet savcıları da mesleklerinde yükselmek istemektedir. Ancak terfi sistemi hukukun en önemli süjesi olan hâkimleri “hukuk”tan ödün vermeye zorlamakta, bunda da başarılı olmaktadır. Anayasa’nın 138. maddesine rağmen hâkimler ve savcılar kanundan çok kuruma bağımlı hale gelmektedir. Bu arada başta evrensel yargılama ilkeleri olmak üzere hukuk zedelenmekte, adalet gecikmekte, adliyelere duyulan güven sarsılmaktadır.

Terfi edebilme ve zaman kaybetmeden birinci sınıfa ayrılma kaygısının ve çarpınısının altında yatan en önemli neden şüphesiz maaş ve mesleki statü farkıdır. Sözelimi birinci sınıfa ayrılmış mahkeme başkanı ile henüz birinci sınıfa ayrılmamış ağır ceza mahkemesinde çalışan hâkimlerden her üçü de aynı yargılamayı yapmakta, aynı sorumluluğu paylaşmakta ve aynı karara imza atmaktadır. Yapılan işin aynı olmasına rağmen aradaki maaş farkının uçurum seviyesinde olması olumsuz motivasyon etkisi yapmaktadır. Bu nedenle hâkim ve savcılar iyi terfiler yaparak bir an önce birinci sınıfa ayrılmak istemektedir.

Gerek Yargıtay gerekse Danıştay, 2802 sayılı Kanun’un 28. maddesinin amir hükmü nedeniyle kararını inceledikleri hâkimlere not vermekte, verilen notlar yine maddeye göre terfinin esaslı bir unsuru kabul edilmekte ve HSYK’ya, terfinin kriterlerini belirleme görevi yüklenmektedir. Ne Yargıtay ne Danıştay ne de HSYK, kanunun verdiği görevi yerine getirdiği için eleştirilemez ve kınanamaz. Kanun koyucu, 2802 Sayılı Kanun’un 28. maddesinde 2005 yılında yaptığı değişiklikle not sistemi kaldırılmadığı gibi uygulamasını genişletmiştir. Yargı bağımsızlığına aykırı gördüğümüz yasal düzenlemeleri gözden

geçirmek, değiştirmek ya da kaldırmak kanun koyucunun sorumluluğundadır. Not sisteminin bahsettiğimiz sakıncalarının sorumluluğunu yargı organlarına yüklemek mümkün görünmemektedir.

Almanya Bavyera eyaletinde hâkimlerin terfisi devlet sınavında alınan nota, dört yılda bir yapılan teftişte (teftiş üst mahkeme yapmaktadır. Ayrıca müfettişlik kurumu yoktur) alınan nota, davalarda alınan sonuca ve yöneticilik kabiliyetine göre yapılmaktadır<sup>30</sup>.

Fransa’da ise terfiler sicillere göre yapılmaktadır. Hâkimlere komisyonlar, savcılara başsavcılar sicil vermektedir. Yüksek mahkemeler hâkimlere onanan ya da bozulan kararları için not vermemektedir<sup>31</sup>. İngiltere ve ABD’de hâkimlerin terfisi diye bir düzenleme yoktur.

Sağlıklı ve adil bir yargılama için mevcut terfi sisteminden vazgeçilmeli, objektif, araştırmayı, düşünmeyi hatta muhalefet etmeyi destekleyen bir sistem getirilmelidir

Her soruşturmada/duruşmada, bitireceği işi, alacağı “notu” düşünen hâkim/Cumhuriyet savcılarıyla yürütülen yargılamanın sağlıklı olup olmadığı sorgulanmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Gölçüklü A. Feyyaz-Gözübüyük A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1998
- İçel Kayıhan-Donay Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, İstanbul 1999, Beta Yay.
- Kaboğlu İbrahim Ö, Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi, Hukuk Devleti, İstanbul 1998, HFSA Yay.

30 TC Adalet Bakanlığı, 1992 yılı Yurt Dışı Gezi Notları. Eğitim Dairesi Başkanlığı yayın no 99 (Gezi notları) s. 4

31 Gezi notları s. 11

- Elveriş İdil, Hakim Atama Nakil Sistemi ve Yargı Bağımsızlığı, [http://www.idilelveris.av.tr/yargi\\_reformu.doc](http://www.idilelveris.av.tr/yargi_reformu.doc)(Erişim 12.06.2002)
- Otacı Cengiz, Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunları'nın Yorumu, TBB Dergisi, 2010 syf. 89
- Sayılı İBK'lar
- Otacı Cengiz, Türk Ceza Yargısının Yorum Kabiliyeti, Güncel Hukuk Haziran 2010
- Ökçesiz Hayrettin, Hukuk Devleti ve Yargıcı, Hukuk Devleti, İstanbul 1998 HFSA Yay.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1991, Beta Yay.
- Selçuk Sami, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007, İmge yayınları
- Selçuk Sami Karşıoylarımız Ankara 2000, Turhan Yay.
- Selçuk Sami, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Ankara 1998, Yeni Türkiye Yay.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1991, Kazancı kitap

## Yasaların Toplumsal Kökeni: İthal Dayatmacılık / Yerel Pratikler

Güncel ÖNKAL\* © Ayşegül SILI\*\*

### ÖZET

Hukukun içeriği oluşturan suç ve ceza kavramları ile hukuk teorisini oluşturan adalet, iyi, kötü, hakkaniyet, hak, meşruiyet, vb. felsefi kavramların içeriğinin ekonomik, sosyo-politik ve toplumsal değişimlere paralel olarak gün geçtikçe genişlediğini ve çeşitlendiğini gözlemliyoruz. Hukukun toplumsal dinamikleri ve toplumsal taleplerin çeşitliliği karşısında yenilenmesi ihtiyacı ve yeniden değerlendirilmesi farklı bakış açılarına dayalı yorumlara konu edilmektedir. Sormamız gereken şudur: Ağaca odaklanmak mı, ormanı görmek mi; hangi bakış açısı ile kanunların sosyal boyutunu değerlendirmeliyiz? İşte çalışmamız, bu bağlamdan hareketle hukukun öyle ya da böyle kabullenilmiş evrensel meşruiyeti karşısında yerel pratiklerin konumunu incelemektedir. Bu incelemeyi yaparken temel savımız yerel pratiklerin çokluğuna karşılık evrensel hukuk düşüncesinin tek düzeliliği ve yetersizliğine dikkat çekmekten ibarettir. Hukukun toplumsal kökenleri düşünüldüğünde gerçekten hukuk herkes için özgürlüğün, bir arada yaşamanın güvencesi ve toplumsal ilerlemenin ahlaki sağlığının teminatı mıdır; yoksa dünyadaki bazı büyük devletlerin global erklerine paralel olarak kurgusu değişen, özeldeki kültürel farklılıkların göz ardı edilmesi ile de dokunulamaz hale gelen insanüstü bir yapı mıdır? Daha açık bir ifadeyle; kanun uygulamalarının özcü yapısı toplumsal değişimlerin pratiğine ket mi vurmaktadır? Kanunlar toplumdan topluma değişirken, özünde yer alan adalet duygusunun farklı

kültürlerde aynı şekilde tecelli etmesi ideal, küreselleşme olgusu ile karşısında insanlığın bir paradoksu mudur? Bu temel sorular ışığında demokratik yönetimlerin temeli olan adaletin yerel pratiklerde nasıl tecelli ettiği örnek olaylar bağlamında incelemek gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Duyarlı hukuk, küreselleşme, yerel pratikler, toplumsal normlar, kodifikasyon ve resepsiyon.

### GİRİŞ

Yasaların toplumsal kökeni çok çeşitli düşünce akımları bağlamında açıklanabilir. Ancak bu çalışmada daha çok hukukun toplumsal kökenlerinden anlaşılması gereken çerçeveyi belirleyen *hukukun toplumsal değişimden beslenmek zorunda olduğu* kabulüdür. Toplumsal değişimlerin geçmiş yüzyıllara göre yoğun ve daha hızlı olarak yaşandığı çağımızda toplumların ve onları oluşturan bireylerin tabii olduğu hukuk malumatının içeriği de değişim ve dönüşüme açık olmak noktasında sıkıntılı süreçler geçirmektedir. Bu sıkıntının nedeni hukukun “evrensellik” adı altında kökenleri Roma düşünce tarihine dayanan kimi felsefi kavramların mutlakiyeti altında kısırlaştırılmasıdır. Oysa ki hukuk toplumsallıktan beslenir. Küreselleşme olgusu altında ezilen ve kendini ancak küresel kabulün ve yaygın popüler anlayışın öngördüğü biçimde ifade etmekle yetinmek zorunda bırakılan toplumların hukuku ithal dayatmacılık ile meşru kılınan mutlakçılığı

\* Dr. Atatürk Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

\*\* Dr. Atatürk Üniversitesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi.

ile yerel ihtiyaçlara yanıt veremez hale getirilmiştir. Çalışmamız bu bağlamda “sabit hukuk” karşısında “duyarlı hukuk” anlayışının geliştirilmesinin felsefi dayanaklarını özellikle yeniden ele alma girişimi olarak özetlenebilir. Bu incelemeyi üç temel adımda derinleştirmeyi amaçlıyoruz. Bunlardan birincisi yerel pratiklerin neo-liberal küreselleşme rüzgarını arkasına alarak mutlak ve sabit hukuk anlayışı karşısındaki mücadelesidir. İkinci olarak duyarlı hukuk kavramsallaştırması incelenmekte; üçüncü adımda da ise bu iki kavram çatışması karşısında hukuk makamının nasıl korunabileceğine dair bir tartışma yürütülmektedir.

### 1. Yerel Pratikler Karşısında Hukukun Mutlaklaştırılması

*Türk vatandaşı; İsviçre medeni kanuna göre evlenen, İtalyan ceza yasasına göre cezalandırılan, Alman ceza mahkemeleri usulü yasasına göre yargılanan, Fransız idare hukukuna göre idare edilen ve İslam hukukuna göre gömülen kişidir.*

*Uğur Mumcul Köy Enstitüleri Konuşması'ndan.*

Her hukuk olayı kişiler arası bir anlaşmazlığı ifade etmesi bakımından aynı zamanda sosyal bir durumu ifade eder. Hukuk kuralları; adet ve gelenekler, ahlak kuralları, din kuralları gibi sosyal hayatı düzenleme ihtiyacından doğmuştur. Ancak diğerlerinden farklı olarak yaptırım gücü sadece sosyal baskının caydırıcılığıyla sınırlı olmayıp, ciddi bir cezalandırma gücüne de sahiptir. Bu yönüyle hukuk kuralları, toplumsal norm olma özelliği gösterir. Toplumsal norm, toplumsal yaşamda kişi ve grupların tavır ve davranışlarının nasıl olması gerektiğini belirleyen ve yaptırımlarla desteklenen ortak toplumsal kurallardır. Hukuk kurallarının temelde sosyal bir ihtiyaçtan doğmuş olması sosyoloji ile hukuk arasındaki organik bağın varlık sebebini oluşturmaktadır.

Hukuk kurallarının kaynağı konusunda 19. yüzyıldan bu tarafa “Savigny’nin Tarihçi Okulu” ve sonrasında Durkheim’in çalışmaları ile beraber, temel yaklaşım hukuka kamu iradesinin hakim olduğu yönünde de, hukuk tarihine baktığımızda toplumların kendi hukuklarına oldukça yabancı oldukları anlaşılmaktadır. Uygarlığın başlangıcından itibaren en eski toplumlarda, Roma’da, Germenler’de hukuku oluşturan temel güç, toplumun kendisi değil, yüce kanun koyucular, hukuk bildiricileri (*dseurs de droit*) idi (Russo, 1960:1). Bu toplumlarda her ne kadar hukuk, din kuralları ve örf-adetlerle iç içe geçmiş bulunuyor ve kısmen farklı kişi ve organların katılımı sağlanıyorsa da, toplumun hukukla ilgili bilgisi son derece kısıtlıydı. Bu yönüyle hukuk kamu bilincinin eseri sayılmazdı.

Daha gelişmiş uygarlıklarda hukuk, laikleştirilmiş olmasına ve eskisi kadar gizli sayılmamasına rağmen, toplumun genel katılımıyla değil, belirli kişiler ve kurullar tarafından oluşturulma niteliğini sürdürmekteydi. Ortaçağ’da kamu hukukunun gelişmesinde büyük etkileri olan kanuncular (*legistes*) ve özel hukuk alanında da “Bologna Hukuk Okulu” gibi Roma hukuku çevreleri buna örnek olarak gösterilebilir. Benzer şekilde İngiltere’de yürürlükte olan bir örf hukuku vardı ve bu örf, hukukçu kurulları tarafından oluşturulup halka öğretiliyordu (Russo: Age.5). Bu ve birçok uygulama kamu bilincinin eski toplumlarda hukuk meydana getirmedikini açıkça göstermektedir. Modernleşme süreçleri içerisinde çeşitli küreselleşme eğilimleri kazanarak geçen dünyamızda, dünyanın en azından bir kesimi için sosyal hukuk devleti gelişiminden söz edilmekle birlikte, küresel hukukun dayatmalarına ilişkin rahatsızlıklar duyarlı çevrelerce devamlı olarak dile getirilmektedir. Öyleyse tarihsel bir bakış açısıyla, genel anlamda toplumların yasalarını kendileri oluşturmadıkları ve kendi dinamiklerine aykırı ya-

salara tabi olabildiklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu anlayışla Ruso, doğrudan doğruya kamu bilincinden çıkmayan hukuku iki gruba ayırır: Birincisi uzmanlar elinden çıkan veya daha geniş bir deyişle, toplumun bütünü tarafından değil de özel topluluklar tarafından yapılan ve sonra toplumun bütününe kabul ettirilen hukuk, ikincisi bir başka toplumdan alınıp getirilen hukuk. Üçüncü bir alternatif olarak da hukukun bilinçli oluşturulmasından söz eder ki, işte bu bakış açısıyla hukuk, bazı bakımlardan sosyal hayatın kendisi kabul edildiğinden, hukuk felsefesi ve sosyolojisi bağlamında, toplumsal değişimlerden beslenen bir yapı göstermesi yönüyle dikkate alınmalıdır.

Bu noktada sosyolojik bir hukuk teorisini kurmaya çalışan Duguit'in, toplumsal hayatın kendine has koşulları ile hukuk arasındaki ilişkiye yapmış olduğu vurgu önemlidir. Sosyolojik bakış açısıyla hukuk, sosyal bir olgu olarak hukuk adamlarının değil toplumun bir ürünüdür. Hukuk, her türlü önyargıdan arınmış olarak yalnızca gözlenebilir olgular üzerinden hareket etmelidir (Bal, 2007: 89).

Meseleye hukuk sosyolojisi açısından baktığımızda, temel anlayış hukuk kurallarının da ahlak, din ve örf-adet kuralları gibi ait oldukları toplumsal gerçekliği yansıttığı/yansıtmaması gerektiği yönündedir. Hukuk sosyolojisinin inceleme alanı ister geçmişte, ister günümüzde olsun, her toplumda gerçekten uygulanmakta olan hukuk, yani yaşayan hukuktur. *Yetkili organlarca yürürlüğe konmuş olan yazılı hukukun etkin olan, yani kendisine uyulan kısmı, yaşayan hukukun en büyük en önemli kısmını oluşturur. Yaptırımları ne denli ağır olursa olsun, şu ya da bu nedenle uygulanmayan kurallar, hukuk sosyolojisi bakımından 'ölü kurallar', kağıt üzerinde kalan kurallar' sıfatıyla bir yana bırakılırlar, ama gerektiğinde niçin uygulanmadıkları sos-*

*yolojik araştırmalarla ortaya konur (Gürkan, 2005: 37). Ayrıca devlet desteğinden yoksun olan, hatta suç sayılıp cezalandırılan örfi ya da teamüle dayalı kurallar bile yaşayan hukuka dahildir ve incelenmelidir. Ancak sosyolojik incelemenin amacı, bu tür kuralları haklı kılmak, onlara meşruiyet kazandırmak değil, onların mahiyetini anlamaktır.*

Türk toplumunun hukuk tarihine hukuk sosyolojisi açısından bakıldığında, üç dönemli yapıdan oluşan bir tarihsel çizgiden söz edilebilir. Bunlar; Tanzimattan önce Osmanlı hukuk düzeni, Tanzimat dönemi Osmanlı hukuk düzeni, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin hukuk düzeni şeklinde sıralanmaktadır. Genel itibarıyla kendine has bir hukuk yapısı olan Osmanlı dönemi bir yana, Tanzimat döneminden itibaren Avrupa'da Sanayi Devrimi ile başlayan gelişmelerin dışında kalan imparatorlukta, hukuk alanında da bir geri kalmışlığın başgösterdiği anlaşılmaktadır. Bu dönemde *kodifikasyon* (ihtiyaca göre yasa yapma) denemeleri ile beraber, *resepsiyon* (yasaları tercüme ve adapte etme) çabalarının da bir mücadele yolu olarak tercih edildiği, ancak bu çabaların devletin kendisini yenilemesi için yeterli olmadığı görülmektedir. *Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk düzeni ise genel olarak eklektik bir resepsiyon hareketi görüntüsü çizmektedir. Türk hukuk devrimi, Tanzimat ile beraber gelişen bir anlayış olarak, hukuku toplum mühendisliğinin bir aracı kabul etmektedir. Osmanlı'dan; dönemin ihtiyaçlarını karşılamayan, hukuk birliğinden yoksun bir imparatorluk hukuku miras alan Genç Cumhuriyet, yeni bir hukuk düzeni kurma zorunluluğu hissederek, daha ileri bulduğu Batı hukukuna yönelmiş, modernleşme yolunda devrim niteliği taşıyan köklü ve hızlı yeniliklerle, iktibasa dayalı bir hukuk sistemi oluşturmuştur. Esasen resepsiyon yöntemi Tanzimat Dönemi'nde başlamış bir uygulamadır. Örneğin 1850 tarihli Kanunname-i Ti-*

caret , Fransız Ticaret Kanunu'ndan çeviridir. 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu da 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan alınmadır. Cumhuriyet Dönemi'nde de dönemin ihtiyaçları ve kendine has koşulları karşısında bu tutum kabul görmüştür. Türk hukukunun çok parçalı yapısı bu anlayışın bir göstergesidir.

Günümüze gelindiğinde, hukuk tartışmaları en hararetli biçimde gündemi meşgul ederken, toplumun anayasa değişikliklerinin neresinde olduğu sorusu, sözünü ettiğimiz toplumsal sözleşme niteliği çerçevesinde önem kazanmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası “fikir, inanç ve kararıyla anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere, Türk Milleti tarafından, demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur” iken; dünyanın gelişmiş kabul edilen bazı ülkelerindeki anayasalarda, daha başlangıç metinlerinde ait oldukları toplumun iradesini temsil ettiklerini ifade etme gereği duymaları, kanımızca böylesi bir duyarlılığın göstergesidir:

ABD Anayasası; “Biz Birleşik Devletler Halkı... bu anayasayı düzenliyor ve koyuyoruz” şeklindeki cümle ile başlar.

Alman Anayasası; “ Tanrı ve insanlar karşısındaki sorumluluğunun bilincinde olan ... Alman halkı ... İş bu Almanya Federal Cumhuriyeti anayasasını kabul etmiştir” cümleleri ile başlar.

İsviçre Anayasası; “Yüce Tanrı adına! Biz, İsviçre halkı ve Kantonlar, Yaradılış sorumluluğumuzun bilincinde olup; Özgürlük ve demokrasiyi, dünyaya karşı açıklık ve dayanışma içinde bağımsızlık ve huzuru güçlendirmek için ittifakımızı yenilemeyi kararlaştırarak; Farklılıklarımızı birbirimize saygı duyarak yaşamayı belirtir; Gelecek kuşaklar karşısında genel başarılarımız ve sorumluluklarımızın bilincinde ve Sadece özgürlüklerini kulla-

nanların özgür kalacaklarını ve insanların gücünün üyelerinin en güçsüzünün refahı ile ölçüldüğünü bilerek; Bundan dolayı aşağıdaki Anayasayı kabul ederiz” şeklinde başlar.

Japon Anayasası; “Biz, Japon halkı, Ulusal Meclis’de seçilmiş temsilcilerimizle hareket ederek, kendimizi ve bütün uluslarla huzurlu bir işbirliğinin meyveleri olan gelecek nesillerimizi ve bütün bu topraklar üzerinde özgürlüğün kutsallığını koruyacağımızı belirtiriz ve ... bu anayasayı kararlı bir şekilde kurarız. ... Bununla beraber, anlaşmazlık durumunda, bütün anayasa, kanunlar, kurallar ve kararnameleri reddeder ve iptal ederiz” şeklinde bir önsözle başlar.

Bu metinler, hukukun varlık sebebi olarak toplumsal sorunlara çözüm bulabilme amacını gerçekleştirebilmesi için, ait olduğu toplumun iradesini yansıtmının gerekliliği üzerine bir vurgu içermektedir. Ayrıca toplumsal değişikliklere bağlı olarak kendisini yenileyebilen bir hukuk anlayışı geliştirmek, mevcut yasaların ölü değil yaşayan bir hukuku temsil edebilmesinin ön koşuludur. Sosyal gerçeklik, sürekli değişime tabi olması anlamında, statik değil dinamik bir yapı arz etmektedir. Sürekli değişen ve farklılaşan bir toplumda statik bir hukuk anlayışını benimsemek, yürürlükte olan yasaların ya toplum tarafından tepki ile karşılanmaya ya da toplumun umarsızlığı ile karşılık bulmaya mahkum olmaktadır.

Hukukun, sosyal yapıyı ve değişimleri dikkate almaksızın, toplumsal ilişkileri düzenleme noktasında işlevsiz kalmasına dair, hem günümüz Türkiye’sinde hem de Osmanlı Devleti döneminde, birçok örnek göstermek mümkündür. Yakın zamanda yürürlükten kaldırılan, YouTube sitesine girme yasağı toplumumuzda işlerlik kazanmamış, birçok kesim tarafından sürekli eleştirilmiş, çeşitli yöntemlerle devamlı olarak delinmiş ve en sonunda yürürlük-

ten kaldırılmıştır. Benzer şekilde birçok internet sitesine erişim yasağı, yürürlükte olmasına rağmen, bilgisayarı ortalama bir bilgi ile kullanan birisi için bile kolaylıkla delinebilir niteliktedir. Teknolojik gelişmelerin hızına yetişmek, hukuksal açıdan oldukça zor görünmektedir.

1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve bu Kanunla ilgili olarak yayımlanan 32 sayılı Karar'ın 4. maddesinin (c) bendine göre; Türkiye'de yerleşik kişilerin, dışarıda yerleşik kişilerden Türkiye'de yapacakları işlemler nedeniyle, döviz kabul etmeleri serbest. Ancak, Türkiye'de yerleşik kişilerin, yurtdışında yerleşik olmayan kişilerden yani Türkiye'de yerleşik kişilerden, yapacakları işlemler nedeniyle döviz kabul etmeleri mümkün değil. Kabul edilmesi halinde "kambiyo suçu" işlenmiş oluyor. Yargının görüşü de bu yönde. Yargıtay'a intikal eden bir olayda Yargıtay; "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'ın 4/c maddesi uyarınca, dışarıda yerleşik olmayan kişilerden hizmet ve mal alım-satımı karşılığı döviz kabul edilmesinin mümkün olmadığına" karar vermiştir (Bknz: Kızılot, 2007a ve 2007b). Oysa ülkemizde özellikle son yıllarda birçok ücret ve fiyat döviz üzerinden belirlenmektedir.

Yine benzer şekilde, Şapka İhtisası Kanunu ve kılık kıyafetle ilgili birtakım kanunlar yürürlükte olmasına rağmen uygulama alanı bulamamaktadır. 1925 Tekke ve zaviyelerle ilgili kanuna göre, ülkemizde falcılık ve büyücülük yasak olmasına ve cezai müeyyide gerektirmesine rağmen, halk arasında hala yaygınlığını sürdürmekte ve serbestçe yapılabilir.

Bu örnekleri çoğaltmak gerekirse; 805 Sayılı, İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun, 2531 Sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun, 237 Sayılı Taşit Kanunu, 3628 Sayılı

Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet Ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu sayılabilir. Söz konusu kanunlar yürürlükte olmalarına rağmen, hukuk sosyolojisi açısından yaşayan hukuk içerisinde sayılamamaktadırlar.

Bir kanun, ister iktibas edilerek ithal edilmiş olsun, ister toplumun belirli kesimlerince ihdas edilmiş olsun, toplumsal ihtiyaç ve değerler üzerinden kendisine varlık alanı oluşturmuyorsa, yerel pratiklere uymuyor ve devamlı çelişiyorsa, dayatma aracı olarak kalmak durumdadır. Hukukun üstünlüğü sosyal devletin bir gereği olarak ne kadar önemliyse, kanımızca sosyolojik gerçeklikle beraber yoğrulan bir hukuk anlayışı o kadar uzun ömürlü olacaktır.

## II. "Duyarlı Hukuk" Kavramı

Sosyolojik gerçeklik ile beraber yoğrulan bir hukuk anlayışının nasıl olabileceğine verilen yanıtlardan biri olan "duyarlı hukuk" (*responsive law*) kavramı Philippe Nonet ve Philip Selznick'in hukukun toplumsal değişim karşısındaki pozisyonunu belirlemek için ortaya sürdükleri hukuk felsefesinin günümüz açısından değerlendirilmesi bağlamında yeni ve yeni olduğu kadar da önemli bir kavramdır. Onlara göre küreselleşme ile gelen değişim hukukun işleyişi hakkında şunu dikte etmektedir: Hukuk, kural uygulama ve kural koymaktan daha fazlasını yapmak zorundadır. Hukukun "sabit ve müstakil" oluşu (*substantive law*) hukuk açısından bir üstünlük olmaktan çıkmıştır; tersine hem hukuka hem de toplumsal hukuk algısına zarar vermektedir. (Nonet&Selznick, 52-58). Nonet ve Selznick'in duyarlı hukuk kavramına yaptıkları vurgu hukukun toplumların değişim ve dönüşümlerinden bağımsız biçimde durağan olamayacağı varsayımından kaynaklanmaktadır. Bu varsayım başka bir ayrımın varlığını da işaret etmektedir. Şöyle ki, bir toplumun tarihsel ve kültürel dinamikleri üzerine oturmuş esaslara dayalı



kanunun tartışılmazlığına karşı, duyarlılık kazandırılmış hukuk güncel pratiklerin ve taleplerin muhatabı olarak tartışılmaya her daim açık olmalıdır. Duyarlı hukuk kavramının içerik ve uygulamaları açısından diyaloga açıklığı kanun-adalet- kamu vicdanı üçgeninde uygulandığı toplumdaki yerelliği önemser. Duyarlı hukuk, kuralların hegemonyasından çok kamusal ihtiyaçların hassasiyetlerinin bir eseridir. (A.e, 14-16). Bu bağlantıyı Nonet ve Selznick şöyle özetler: “hukuk sosyal ihtiyaçlara ve merama verilen yanıtların yönetilmesidir.” (A.e.,14.). Burada dikkat çekici olan duyarlı hukuk kavramının zorlama üretilmiş bir ayırım olmaktan ziyade kuralların yürütülmesi noktasında işlevsel bir anlam ifade ettiğidir.

Nonet ve Selznick’in hukukun işlevi üzerine getirmek istediği yeni tanımlama kuşkusuz son yıllarda hukuksal yapıyı vücuda getiren özelde kurum ve kuruluşlar ile genelde devletin tanımının artan bir ilgi düzeyi ile sorgulanmasının bir getirisi. Sivil toplum, kişisel haklar, düzeltici adalet, kitlesel özgürlük ve talepler, kamusal ilgi ve kamu vicdanı gibi başlıklar altında siyasi arenada meşruiyetini arayan toplumsallık hukukun işlevini de bu açılardan zorlamaktadır. Hukukun işlevinin genişletilmesi, Nonet ve Selznick’in ifadesiyle “hukuktaki değişimin inşasının toplumsal ihtiyaçlar odaklı oluşu” (A.e., 3), felsefi bir bakış ya da tavırdan ziyade pratik tecrübelerin zorunlu bir sonucu olarak görülmelidir. Nonet ve Selznick’in pratikte kaygısı duyarlı hukuka doğru bir değişimde teoriler çarpışmasından çok toplumsal ihtiyaçların ait olduğu dünya görüşüne bakılmaksızın kanuni düzenlemelerde nasıl bir toplumsal mutabakata yol açacağına bakılmalıdır. Böylelikle siyasi itaatsizlikler yerini toleransa, otoriteye karşı duyulan isteksizlik ise yerini hukuka katılıma bırakacaktır. Böylelikle kanunların değişimi üzerindeki siyasi etki, toplumsal ihtiyaçların

doğası karşısında vatandaş katılımı odaklı sorumluluğa bırakacaktır. (A.e., 6-7). Zira duyarlı hukuk kavramı hukukun mutlaklığı karşısında vatandaşlığın sorumluluk almaktan çok sorumluluklarını hukukun aracılığına bırakma eğiliminde olduğunu varsayar. Daha açık bir ifade ile hukuk ve hukuksal normları işleten kurumlar otoriter bir tavırla toplumdan kopuk ve mutlakiyetçi bir yapıya büründüğünde hukuka tabi olanlar sorumluluk olarak demokratik haklarına dayalı özgürlüklerini kullanmakta isteksiz davranmaktadırlar. Böylelikle duyarlı hukuk, kanunların uygulanmasında toplumsal bir mutabakata yol açabileceği gibi, toplumu oluşturan bireylerin hukuk bilinçlerinde katılımı da destekleyecektir. Böylelikle toplumsal kesimlerin farklı ideolojilerine dayalı talepler hukukun resmi ideolojisinde kendilerine hakkaniyet ölçüsünde ve toleransa dayalı bir duyarlılıkla yer bulabilecektir. (A.e, 7).

Duyarlı hukukun temel dayanağı, Nonet ve Selznick’e göre, “hukuk bilgisinin açık hale getirilmesi”dir. Kavranabilir hukuk malumatı, aktif bir katılım ve açık-seçiklik, duyarlı hukukun temel motifleridir. (A.e, 74). Hukuk bilgisinin açıklığı etkisini ve duyarlılığını sağlayacak başat unsurdur. Öyle ki hukuk toplumun her kesimi tarafından anlaşılabilir kılınırsa paylaşımaya girecektir. Hukukun topluma açılması hukuka sadakate zarar vermez. Duyarlı hukuk kavramının sona erdirmek istediği bir tür hukukçular seçkinciliğidir; lakin içeriği bilinmeyen bir malumata duyulan sadakat toleranstan çok kendi içinde kapalı kalan hukukçular seçkinciliğine yol açacaktır. (A.e, 76).

### III. Toplumsal Değişimden Küresel Düzene Hukukun Konumu

Hukuk denildiği zaman akla ilk gelen antikçağlardan günümüze taşınan batılı bir bilgi sistemini anlıyoruz. Evrensel kabul edilen bu hukuk sistemi önce İngiltere’ye

oradan da Amerika kıtasına yayılarak dünyadaki siyasal ve koloniye dayalı düzene dayalı çeşitli bozulmalara tabi olsa da küresel sistemde tarihi perspektifi açısından modern ve seküler devlet sisteminin temel dayanağı olarak görülmektedir. Lakin çağımızın sorunu şu olmaktadır: Modernizmi ve sekülerizmi doktrininin temelini alarak bunları birer toplumsal değer olarak işletmeye çalışan evrensel hukuk sistemi küreselleşme sonucunda karşımıza çıkan evrensel/yerel geriliminde halen işlevini koruyabilmekte midir? William Twining, “bizim hukuk” dediği batılı hukuk düzeninin küresel dünya düzeni karşısında yeni konumunu incelediği çalışmasında hukuk adı verilen disiplinin *artık eskisi* gibi “düzenleyici kanunlar sistemi” olarak anlaşılabilmesinin olasılığının kalmadığını aktarmaktadır.(Twining, 444-445). Ancak hukukun batılı kökenlerinin halen tüm toplumlar için yol gösterici, iyileştirici hatta düzenleyici olabileceğine dair inancını da korur. Twining’in belirlemelerinden anladığımız kadarıyla, evrensel olma iddiasındaki hukuk düzeni ithal kurallar manzumesi olarak kendisine yer bulduğu yerel çevrelerde iyileştirici, düzenleyici, küresel baskılar karşısında entegrasyona yönelik dönüşümlere dayanak sağlayacak bir perspektif olarak işlev görebilir. (A.e, 445). Ancak Twining’in daha başta söylediklerini hatırlayacak olursak batılı hukuk sistemi kendi değerleri ile bir *değer sistemidir*. Bu durumda yerel hukuk sistemlerine evrensel kabul edilen bu değerler manzumesi karşısında ancak ve ancak koşulsuz uygulama rolü biçilmektedir. Dolayısıyla küresel değerler haline getirilmiş kimi tanımların bu tanımların arkasında yatan felsefi ve tarihi mirası paylaşmayan diğer toplumlarca da benimsenmesi istenmektedir. Oysa ki, Twining’in dikkat çektiği gibi, burada temel bir çelişki de vardır: Küreselleşme acımasız yüzünü modern devlet ve kent kurallarının hüküm sürdüğü ülkelere de-

ğil, kentleşme geriden gelen, gettoların, diasporaların, önceki büyük imparatorluk kalıntılarının köşelerinde göstermektedir. (A.e., 445). Dolayısıyla genel hukuk sistemi küreselleşmenin alt basamaklarında yer alan herkesi kapsayacak biçimde olmalıdır. Diğer yandan küreselleşme karşısında hukukun daha önceden kendi bünyesinde yer bulmayan yeni alt dalları da oluşturduğunu görüyoruz. İnternet hukuku, bilişim hukuku, kamu hukuku, uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası ticaret ve bankacılık hukuku, çevre hukuku, insanlık mirası hukuku, kültür ve sanat varlıkları hukuku, medya hukuku... Böylelikle sadece ülkeler arasındaki sınırların değil, aynı zamanda disiplinler arasındaki ayrımların da çözüldüğünü görüyoruz.

Küresel düzenin vuku bulması sonucunda toplumsal değişimi ve hukukun yeni konumunu göstermesi bakımından en sağlam örnek kuşkusuz yerel olarak görülebilecek münferit meselelerin bir anda medyanın gücüyle de tüm dünyada tartışılabilir hale gelmesidir. Aile hukukuna dayalı olarak farklı ülkelerden yapılan evliliklerde çocuk velayetlerinin durumu, yabancı ülkeye çalışmaya giden bir işçinin işgücü karşılığında haksız muamelelere maruz kalması, cinsel istismar, kişilik tacizleri, kültürel ayrımcılık, vb. meselelerin hepsi genel hukuk içti-hatları açısından anlamlıdır.

Küresel düzende yerel pratiklerin değerlendirilmesinde ithal kanun kurallarının olayın sadece bir boyutunu ele alabileceğini belirten Twining, önemli olanın hukukun kültürel farklılıkları göz ardı etmeyi olabildiğince azaltabilecek şekilde hukuka bakışın *karşılaştırmalı olarak geliştirilmesi* ve *özendirilmesi olduğudur*.(A.e., 448-499). Twining’in burada ortaya koyduğu önemli bir tanım da şudur: Genel anlamda hukuk sistemi geleneği ve devamlılığı esas alacağından çağın hızlı değişimi karşısında ancak radikal kalabilir.(A.e. 449). Huku-

ku “radikal” olmaktan kurtarıp, olayların bağlamı ile “ilgili” (relevance) hale getirebilmek içinse hem kanun koyucuların hem uygulayıcıların bir vukuatın ideolojik çeşitliliğe göre farklı perspektiflere konu olabileceği yargısına açık olmaları gerekir. (A.e.,541). Örneğin Amerika’nın çeşitli eyaletlerinde halen geçerli sayılan bazı kurallara göz atarsak: Ohio Clinton ilçesinde kamuya ait binalara yaslanmak yasaktır: Youngstown’da yolda arabanızın benzinin bitmesi suç kapsamındadır. Oregon Marlon’da din adamlarının ayinden önce soğan sarımsak yemesi ciddi bir suç sayılırken, Utah’ta bütün karayollarında kuşların geçiş üstünlüğüne uyulması zorunludur. Dolayısıyla olayların bağlamı ile hukukun ilgisi arasında zaman zaman toplumsal gerçeklerden ve yerel lokasyondan kaynaklanan istisnai durumlar söz konusudur ve bunlar hukuk adına evrenselleştirilemeyecek kadar yerel kalırlar. Ancak bu durum duyarlı hukuk savunucuları için bir eksikliği değil aksine bir zenginliği ifade eder.

Tüm bu bağlamlar ışığında artık hukukun Bronislaw Malinowski’nin saptamak için çok çaba harcadığı üç klasik işlevinden daha fazlasına ihtiyaç duyduğunu görüyoruz. Malinowski, hukukun mu toplumu, toplumun mu hukuku şekillendirdiği sorusuna verilen yanıtları gruplayabilmek için şöyle bir betimleme önermişti:

(1) Hukuk kurumsal davranış modellerini tanımlayarak insanların birbirlerinden ne tür hareketleri bekleyebileceğini ve bekleyemeyeceğini tanımlar; (2) Sosyal davranış biçimlerini zorunluluklar ile sınırlandırarak düzenler ve kurallara tabi tutar; (3) Toplumsallığın insanlığın doğal bir ihtiyacı olduğunu savlayarak insanların biraradalığının teminatı olma sorumluluğu ile toplumsallığı destekler. (Trevino, 332).

Değişen ve dönüşen toplumlararası düzenin hukukun bu klasik düzenleyici, teş-

vik edici ve tanımlayıcı işlevinden uzaklaşarak “olumlu/olumsuz”, “kasıtlı/kasıtsız” eylem bağlamında hukuku yürüttüğünü gözlemliyoruz. Böylelikle toplumsallığı teşvikten çok toplumu oluşturan çeşitli katmanların bir arada yaşayabilmesinin olanaklarının genişletildiği bir sistemin hukukun işleyişine egemen kılınmaya başlandığını söylemek haksızlık olmayacaktır.

Talcott Parsons, hukukun klasik evrenselliğinin yerine toplumu oluşturan bireylerin kendi aralarındaki meşruiyet sorununda düğümlendiğine vurgu yapar. Ona göre hukuk gerçekleşmiş durumlardan ya da olabilecek durumlardan yapılan soyutlamaların herkese dayatılması değildir. (A.e., 335). Küreselleşme olgusu ile olayların tekilliğindeki çeşitlilik, uygulamaların yerelliğindeki kültürel öğelerin göz ardı edilemezliği, evrensel olma iddiasındaki hukuk değerlerini, Parsons’a göre şu sorular bağlamında esnetmeye çalışmaktadır: Bir hak kaynağını nereden alır; neye dayanır? Benim ve başkalarının doğuştan bazı hakları olduğu ve bunların çiğnenemeyeceği gibi bir temel varsayım meşruiyetini hukuktan mı yoksa dinsel/tinsel inanışlardan mı alır? Belli durumda belli kişiler için geçerli bir kuralın, başka durumlarda başka kişiler için de geçerli olduğuna nasıl varabiliriz? Kuralların anlamı nereden kaynaklanmaktadır? Kuralların yorumlanmasında farklılıklar varsa aynı kuraldan nasıl bahsedebiliriz? Hukuk uygulamaları varılan kararlar ve sonuçlar açısından toplumu muhafaza etmeğe hizmet ederek o toplum için iyilik mi yapmaktadır yoksa olabilecek daha iyi durumları engellemekte midir? Hakim konumunda olanlar hukuksal normları uygulama konusunda evrensel değerlere mi yerel gerçeklere göre mi karar vermelidir? (A.e., 334-335).

## SONUÇ YERİNE

Hukukun toplumsal sorunları çözme işlevini tam anlamıyla yerine getirebilme-

si, koruması ve geliştirebilmesi için yerel değerlerin durağan değil dinamik bir anlayışta, duyarlı hukuk sistemi çerçevesinde ele alınması ihtiyacı söz konusudur. Bu ihtiyaç kendisini günümüzde daha da fazla hissettirmektedir. Duyarlı hukuk kavramının yaygınlaştırılması özellikle hukuk sisteminde yer alan karar vericilerin takdir, içtihat ve yorumlama gibi hukuki motifleri kullanma biçimlerinde önem arz etmektedir. İçinde yer aldığımız Türk toplumunun çalışmamız boyunca örneklendirdiğimiz üzere kodifikasyon ve resepsiyon üzerinden kendi hukuk sistemini var etme çabasını dikkate aldığımızda duyarlı hukuk kavramının yerel pratikler karşısında evrensel değerleri içselleştirmekte ve pratikte de bilinç yoluyla hakim kılmakta belli türden bir sürece ihtiyacı olduğunu görüyoruz.

Toplumsal ilişkilerin başlıca düzenleyicisi olarak hukukun, kanun koyma ve uygulama faaliyetlerini ifa ederken, ilişkili bulunduğu toplumsal yapının kendine has nitelik ve dinamiklerinden kendisini soyutlayarak, ütopyik bir noktadan toplumsal meselelere yaklaşma eğilimi, kendi varlık sebebiyle doğrudan çelişkili bir durum oluşturacaktır. Bu sebeple modernleşme süreciyle beraber bireyselleşmenin ve hak taleplerinin hem arttığı hem de çeşitlendiği günümüz dünyasında, tüm kesimleriyle toplumun hukuktan/hukukçulardan/hukuk enstrümanlarından beklentilerinin karşılanmaması, bir düzenleyici vasıta olması gereken hukuk unsurlarını, bizatihi sorun haline dönüştürecektir. Hukukun üstünlüğü üzerinden toplum mühendisliğinin bir enstrümanı olarak hukukun kullanılması ve tahakküm aracı haline getirilmesi hem hukukun kendisine hem de toplumlara zarar verebilir. Hukukun evrensel değerleri sözde temel alarak tekil bireyin temel haklarından uzaklaşarak adeta siyasi otoriteyi meşrulaştırma aracı haline getirilmesi ve toplumun belli kesimlerine hitap edebilmesi seçkin bir zümrenin hegemonyası altında hukukun duyarsızlaştırılması demektir.

## KAYNAKÇA

- Bal, H., (2007). Hukuk Sosyolojisi, Fakülte Kitabevi, Isparta.
- Barkan, S.E., (2008). Law and Society, Pearson-Prentice Hall, New Jersey.
- Gürkan, İ. (2005). Hukuk Sosyolojisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara.
- Friedmann, W. (1972) Law in a Changing Society, Columbia University Press, New York.
- Kızılot, Ş. (2007a) “Dövizle Satış ya da Kira Artışı Yapmanın Yasak Olduğu”, Yaklaşım Dergisi, Sayı 179. Çevrimiçi kaynak: ([www.yaklasim.com/basindamevzuat/kanunlar/012/012028028\\_makaledergi.htm](http://www.yaklasim.com/basindamevzuat/kanunlar/012/012028028_makaledergi.htm))
- Kızılot, Ş. (2007b) Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayınları.
- Nonet P, Selznick P., (2001). Law&Society in Transition: Toward Responsive Law, Transaction Publishers, New Brunswick, London.
- Öktem, N., Türkbağ, A.U., (2003) Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul.
- Taylor, S.E., (e.t), (2007), Sosyal Psikoloji, (çev) A.Dönmez, İmge, Ankara.
- Trevino, A.J. (2008). The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives, Transaction Publishers, New Brunswick, London.
- Twining W., (2009). General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective, Cambridge University Press, Cambridge.

## Avukatlık Mesleği ve Reklâm

Nadire ÖZDEMİR\* • Funda ALGIN\*\* • Deniz ŞAHİN\*\*\*

Çağımızda teknolojinin ilerlemesi, ürün ve hizmetlerin çeşitlenmesi sonucu rekabetin artmasıyla her alanda reklâma başvurmanın kaçınılmaz olduğu kabul edilmektedir. Bu kabulle hareket edildiğinde acaba avukatlık hizmeti de bu alanların içinde yer almak zorunda mıdır? Avukatlık mesleğinin kamusal niteliği ve avukatlık meslek etiği dikkate alındığında avukatın reklâm yapması daha farklı bir değerlendirmeyi gerektirmez mi? Bu sorulardan yola çıkarak, ilk olarak reklâmın amacını ve reklâm yapmanın ne anlama geldiğini tanıtmak ve bilgi verme kavramlarıyla ilişkisi bağlamında açıklayacağız. Daha sonra avukatlık mesleğinin niteliği ve amacı ışığında reklâmın avukatlık meslek etiğiyle bağdaşıp bağdaşmadığını irdeleyeceğiz.

### Reklâm Nedir?

Avukatlık meslek etiğiyle reklâmın bağdaşıp bağdaşmayacağı sorusuna cevap bulabilmek için öncelikle; reklâm kavramının ne anlama geldiği, reklâmın ne için yapıldığı yani amacının ne olduğu ve ne gibi fonksiyonları yerine getirdiğini açıklamak gereklidir.

Birçok farklı tanımla bulunmasına rağmen genel olarak reklâm; tüketicileri bilgilendirme amacı taşıyan, belli bir ürünü veya hizmeti tercih etmeleri için mal ve hizmetler hakkında bilgi sunan bir araç olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Buna göre reklâmlar iki

temel amaca hizmet etmektedir. Bir yandan işletmeler kendi ürün ve hizmetlerini tanıtarak piyasadaki sürümlerini artırma imkânı bulurken, diğer yandan tüketiciler reklâmı yapılan ürün ve hizmetler hakkında bilgi sahibi olabilmekte, böylece söz konusu ürün ve hizmetler hakkında daha kolay seçim yapabilmektedirler<sup>2</sup>.

Reklâmın; reklâmı yapılan ürün veya hizmet hakkında tüketiciyi bilgilendirme, ikna etme, tüketicinin zihninde ürünün, hizmetin veya markanın hatırlanmasını sağlama, reklâma konu ürün veya hizmette değer katma ve bu ürün veya hizmetin tüketici tarafından satın alınmasını sağlama gibi fonksiyonları bulunmaktadır<sup>3</sup>. Bu kapsamda reklâmın sadece satışları artırma fonksiyonu olmadığı, bunun yanında tüketicileri ürün ve hizmetler hakkında bilgilendirdiği de anlaşılmaktadır.

Modern çağda reklâm yapmanın sınırları oldukça geniş yorumlanmakta ve reklâm; “basılı ortam”dan internet, görsel medya gibi alanlara yayılarak sadece satışları artırma olan amacını aşmıştır. Günümüz anlayışı ile reklâm; “belirli bir hedef pazarı oluşturan bireyleri ya da izleyicileri ürünlere, hizmetlere, organizasyonlara ya da düşüncelere dair bilgilendirmek ve/veya ikna etmek amacıyla, firmaların, kar amacı gütmeyen organizasyonların, kamu kurumlarının ve bireylerin ikna edici mesajlarının ve

\* Arş. Gör, Ankara Üniversitesi Hukuk Fak. Hukuku Felsefesi ve Sosyolojisi

\*\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

\*\*\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

1 Göle, Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983, s.34

2 Scammon, Debra, Comparative Advertising: A Re-Examination of the Issues, The Journal of Consumer Affairs, 1978, V: 12 (2), s.381’den aktaran, ÜREY, Yelda, Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklâmlar konulu Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.1.

3 ÜREY, Yelda, Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklâmlar konulu Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.9.

duyurularının, kitle iletişim araçlarına yerleştirilmesi<sup>4</sup> olarak kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Konumuzla ilgisi bağlamında ele aldığımızda acaba avukatın kendi reklâmını yapması avukatlık mesleğinin amacı ve meslek etiğine uygun şekilde belirlenebilir mi? Kuşkusuz müvekkil sayısını artırmak ve diğer avukatlara göre avantaj sağlamak amacıyla kendi tanıtımını yapmak, yasakta bahsedilen ‘reklâm’ kapsamına girer. Peki, savunma hakkının hatırlatılması, kişilere hak ve yükümlülükleri hakkında bilgi verilmesi de yasak kapsamında değerlendirilebilir mi? Örneğin bir avukatın; iş kazasında yaralanan bir kişiye ya da kaza sonucu yakınına kaybeden kişiye yasal haklarını hatırlatması ya da sağlığa zararlı bir ilacın üretiminden zarar görmüş veya görecekle- re dava açma haklarının olduğunu söylemesi<sup>6</sup> avukatlık mesleği ve reklâm ilişkisi açısından nasıl değerlendirilecektir?

Reklâmda aynı tutarlı mesajın tüm medya kanallarından verilmesi amaçlanır. Kullanılan aracın gazete, dergi, radyo, televizyon, reklâm panosu, kartvizit, doğrudan mektup, internet sitesi olmasına göre uygulama değişecektir. Burada da avukatlık hizmeti bakımından avukatların kullandığı kartvizitler, isim panoları, çeşitli televizyon programlarında hukuk bilgisi veren ya da somut olayla ilgili prosedürü açıklayan avukatlar ve internet siteleriyle ilgili çeşitli sorular gündeme gelmektedir.

İnternet, sağladığı etkileşimli ortam sayesinde avukatlar ve hukuk yardımı almak isteyenlerin hizmetindedir. Bu durumda site yöneticisi ya da herhangi bir isim altında cevap veren avukatlar reklâm yasağı

kapsamında değerlendirilecek midir? Tüm bu örnekler, üzerinde düşünülmesi gereken hususlardır.

Reklâmın amacı yanında yapıma şeklinin de avukatlık mesleği bakımından önem taşıdığı belirtilmelidir. Çünkü abartılı ve yanıltıcı beyanlar içeren ya da avukatlık mesleğiyle bağdaşmayacak tutumlar içinde bulunarak reklâm yapmanın kabul edilemeyeceği açıktır.

Reklâm hakkındaki açıklamalarımızdan sonra avukatlık ve reklâm ilişkisini daha iyi değerlendirebilmek bakımından öncelikle avukatlık mesleğinin niteliğini ele alacağız.

### Avukatlık Mesleğinin Niteliği

Avukatlık meslek kuralları oluşturulurken, avukatlık mesleğinin kamu hizmeti niteliğiyle beraber avukatların yargının üçüncü ayağını teşkil ettiği ve hak arama özgürlüğünün ve savunma hakkının avukatlarca sağlanıyor olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu anlamda avukatlar sadece teknik hukuk bilgisini kullanarak müvekkilinin menfaatini koruyan uzmanlar değil, aynı zamanda adaletin gerçekleşmesini sağlamada etkin role sahip meslek mensuplarıdır. Her ne kadar uygulamada avukatların adaletin sağlanmasındaki rolü gerek toplum gerekse avukatların kendilerinin büyük çoğunluğu tarafından göz ardı ediliyor olsa da avukatların olmadığı bir yargı sisteminin kabul edilemeyeceği açıktır. Savunma hakkını ve hak arama özgürlüğünü temsil eden avukat, hukuk bilgisi ve mesleki deneyimleri ile adaletin gerçekleşmesine hizmet etmekte ve diya-

4 <http://www.marketingpower.com/> , 23 Temmuz 2010

5 Bir reklam yazarına göre ise reklâmın en büyük amacı, bir şey 10 liraysa onun 12 liraya değer olduğunu düşündürmektir.

6 Bu örnek özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde “class action” olarak da bilinen yeni bir dava türüne girmektedir. Class Action (grup davası) tek davada karara bağlanmak üzere, aynı davalıya karşı birden fazla kişinin iddialarının tümünün veya bir kısmının dava edilmesine imkan veren hukuki bir araç olarak tanımlanabilir, bkz. Özbay, İbrahim, Grup Davaları, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.34 ve dipn.52’ de anılan yazarlar.

lektik etkinlik olarak kabul edilen<sup>7</sup> yargılama faaliyetinde önemli bir işleve sahip bulunmaktadır. Yargılama faaliyetinin amacı, hukuk düzeninin korunması ve adaletin gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle bu amacın gerçekleşmesinde görev alan yargıçlar ve savcılar gibi yargının kurucu ögesi bağımsız savunmayı temsil eden avukatlar da kamu hizmeti yapmaktadır. Avukat, hukuk bilgisi ve mesleki deneyimleri ışığında kişilerin haklarının korunmasına yardım ederken aynı zamanda adaletin sağlanmasına da hizmet eder<sup>8</sup>.

Bu kapsamda ele alındığında avukatlık mesleğinin kamusal niteliğinin bulunması nedeniyle meslek mensuplarından buna uygun şekilde hareket etmelerinin beklenmesi ve avukatların teknik hukuki bilgilerini müvekkillerine satan bir tacirden farklı olarak değerlendirilmeleri gerektiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte avukatlığın aynı zamanda serbest meslek faaliyeti olduğu açıktır. Ancak avukatın sermaye ile değil, mesleki bilgisi ve tecrübesi ile hareket ettiği hususu unutulmamalıdır. Avukatlık mesleğinin kamusal niteliğinin bulunmasının yanında aynı zamanda serbest meslek faaliyeti olması, avukat müvekkil ilişkilerinde avukatın bağımsızlığını koruması açısından önemlidir. Avukatlık mesleğinin serbest meslek olarak yapılması, avukatların yürütecekleri işleri belirlemede ve mesleki faaliyetlerini gerçekleştirmede kendi kararları ile hareket etmeleri anlamına gelir. Ancak avukatlığı tamamen kazanç amacı güden serbest mesleklerden de ayırmak gerekir<sup>9</sup>.

Tüm meslekler saygı değer olmakla beraber bazı mesleklerin belirli özellikleri o mesleği icra edenlerin daha özenli bir davranış içinde olmalarını gerektirebilir<sup>10</sup>. Adalet değerlerinin çiğnenmesi veya bilerek ihmal edilmesi sadece konunun taraflarının değil konuyla alakası olmayan üçüncü kişilerin ve toplumun tepkisiyle karşılaşır<sup>11</sup>. Bu nedenle, adalet idesine hizmet eden avukatlık mesleğinin gerekleri farklılık arz etmektedir.

Elbette mesleği ne olursa olsun her insan için önemli olan düşünsel, entellektüel erdemler avukatlar için de söz konusudur. Ancak avukatlardan bunlara ek olarak mesleğin amacına göre belirli erdemlere sahip olması beklenir. Bu nedenle avukatlık meslek kuralları oluşturulurken ve ilgili normlar belirlenirken avukatlık mesleğinin amacından hareket edilmelidir<sup>12</sup>. Avukatlık mesleğinin amacı ve gerekliliklerinden yola çıkılarak; avukatların sahip olması gereken erdemler ile mesleklerini icra ederken göz önünde bulundurmaları gereken temel ilkeler ve kaçınılmaları gereken davranış şekilleri doğru şekilde değerlendirme konusu yapılabilecektir.

Avukatlık mesleğinin amacı yukarıda açıkladığımız üzere; hukukun uygulanmasında adalet değerinin gözetilmesine yardımcı olmaktır. Avukatların adil olmanın gerekleriyle bağdaşacak şekilde müvekkillerini temsil etmeleri gerektiği belirtilir<sup>13</sup>. Bu anlamda avukatlardan adaletin gerçekleşmesine bağlılık, objektiflik,

7 Erem, Faruk, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması*, Broşür; s.10

8 Yalıt, Başar, "Avukatlık ve Felsefe", *HFSA*, Sayı 11, İstanbul Barosu, İstanbul, 2005, s.49

9 Tan, Mine, *Meslek Olarak Hukuk ve Siyasette Hukukçu*, TODAİE, Ankara, 1972, s.22

10 Ersoy, Yüksel, "Avukatlıkta Reklam Yasağı", *Hukuk Kurultayı 2004 Cilt III: Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı*, Ankara Barosu, Ankara, 2004

11 Rueschemeyer, Dietrich, "Doktorlar ve Hukukçular: Mesleki Teorisi Üzerine Bir Yorum", *Meslekler ve Sosyoloji*, Der.ve Çev.: Zafer CİRHİNLİOĞLU, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1996, s.84

12 Kuçuradi, İoanna "Avukatlıkta Meslek Kuralları ve Etik", *Hukuk Kurultayı 2004 Cilt III: Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı*, Ankara Barosu, Ankara, 2004, s.655

13 Uygur, Gülriz, "Hukuk Etiğine Giriş", [http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose\\_yazileri/makale\\_bilimsel\\_yazil1\\_makale.htm](http://www.bahum.gov.tr/bahumetik/kose_yazileri/makale_bilimsel_yazil1_makale.htm) 8 Eylül 2010

bağımsızlık<sup>14</sup> ile dürüstlük, güvenilirlik ve müvekkilin istekleri ve çıkarları karşısında mesafeyi koruma<sup>15</sup> gibi erdemlere sahip olmaları beklenir.

Günümüzde genel olarak avukat sayısının artması ve avukatların iş elde edebilme amacıyla gerek kendi aralarında gerekse diğer meslek mensupları ile aralarındaki rekabet ilişkilerinin yoğunlaşması sonucunda avukatlık mesleğinin icrasında birçok sorunla karşılaştığı ve avukatlık meslek etiği üzerindeki tartışmaların arttığı görülmektedir. Dürüstlük, güvenilirlik, nesnel olma ve müvekkilin karşısında mesafeyi koruma gibi çalışma ilkelerini temsil eden avukatların yanında; bir hukuk uygulayıcısının göreviyle bağdaşmayacak şekilde avukatlık mesleğinin yeni yorumlarına yer verildiği ve avukatın bir sınırlama olmaksızın müvekkilin en aşırı istekleriyle kendini özdeşleştirdiği veya müvekkilin ortağı gibi hareket ederek hukuk kurumunu adeta rekabete yönelik bir hizmet sektörüne dönüştürdüğü örneklerle sıkça karşılaşılabilmektedir<sup>16</sup>.

Bu kapsamda avukatlıkta reklam konusu da son dönemde sıkça üzerinde durulan ve tartışılan konulardan biridir. Acaba avukatlık mesleğinin niteliği ile reklâm yapmak ne ölçüde bağdaşır?

## Avukatlık ve Reklâm

Ekonominin gelişmesi, hukukun düzenlediği alanların genişlemesi ve toplumda hak arama bilincinin yükselmesi kimilerine göre bir hukuk piyasası (*legal market*) yaratarak avukatlık hizmetinde reklâma başvurulmasında etkili olmuştur. Ancak avukatlığın serbest meslek olup kamu hizmeti niteliği taşıması avukatlık mesleğinde reklâmın farklı değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Avukatlık mesleği ve reklâm farklı ülkelerde farklı düzenlemelere tabi olmaktadır. Kimi ülkelerde reklâm yasağı denek katı kurallar uygulanırken kimi ülkelerde ise reklâm serbestisi ile avukatlar, kendilerini ve sundukları hizmetleri meslektaşlarıyla rekabet edercesine tanıtmaktadırlar<sup>17</sup>.

Avukatlıkta reklâma başvurulmasının, meslek üzerinde olumlu olduğu kadar olumsuz etkileri de bulunduğu söylenmektedir. Gerçekten de bu alanda reklâma başvurulması genel olarak kamunun hukuki konular ve hukuki hizmetler hakkında daha bilinçli olmalarına yardımcı olmaktadır<sup>18</sup>. Hukuk hizmetinin niteliği ve ulaşılabilirliği hakkında toplumun bilgi sahibi olmasının ötesinde, avukatlar arasında reklâmın artması avukatları, aralarında rekabete teşvik ederek kaliteyi iyileştirip ücretlerin düşürülmesini de sağladığı söylenmektedir<sup>19</sup>.

14 Selinger, Carl M. , "The Public's Interest in Preserving the Dignity and Unity of the Legal Profession", *Wake Forest Law Review*, 1997, s.867.

15 Friedrich Kübler, "Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği", *Etik ve Meslek Etikleri*, Der. Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009, s.191.

16 Kübler, Friedrich, "Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği", *Etik ve Meslek Etikleri*, Der. Harun Tepe, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009, s.191.

17 Avukatlıkta reklâm, bir yasak olmaktan çıkıp bir serbesti veya hak olarak ilk kez ABD'de kabul edilmiş ve Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'de ve ABD Anayasasında 'İfade özgürlüğü' temeline oturtulmuştur. Ardından Avrupa'da 'reklam yasağı' ifadesinin yerini 'reklam hakkı' ya da 'reklam serbestisi' gibi kavramlar almış, buna gerekçe olarak 'rekabet hakkı' gösterilmiştir. ("Reklam Yasağı mı, Reklam Serbestisi mi? İspanya ve İngiltere örneği Işığında Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi". Bilici, Nurettin, İbrahim Bayar, Hukuk Kurultayı 2004, s.187)

18 Dobrowski, Lauren, "Maintaining the Dignity of the Profession: An International Perspective on Legal Advertising and Solicitation", *Dick. J. Int'l L.*, 1994, s.368.

19 Brosnahan, R.P., Lori B. Andrews, "Regulation of Lawyer Advertising: In the Public Interest?", *46 Brooklyn Law Review*, 1980, s.423



Bununla birlikte reklâmın gittikçe artması avukatlara saygının kamu nezdinde kayba uğramasına neden olabilmektedir<sup>20</sup>. Amerika Barolar Birliğinin saptamasına göre avukatlık hizmeti ilişkilerinin ve avukatlık hizmetine erişiminin artması avukatlık mesleğinin kamusal imajını olumsuz yönde etkilediğine ve reklâmın, avukatlık mesleğinin imajında bir düşüş yarattığına inanılmaktadır<sup>21</sup>. Avukatlığın kamusal imajı derken neyi kast ettiğimizi yukarıda açıklamış bulunmaktayız. Avukat, serbest mesleğe sahip olmasının yanı sıra kamu hizmeti vermektedir. Bu sebeple serbest meslek niteliğinin birtakım sınırlamalara tabi tutulması gerekmektedir. Reklâm yasağı veya serbestisi<sup>22</sup>, avukatlık mesleğinin amacı ve gereklilikleri doğrultusunda yorumlanmalıdır.

Avukatlığın bir kamu hizmeti olması onun adaletini sağlanması anlamında toplumsal sorumluluğa sahip olmasını gerektirir. Avukatlık mesleğinin toplumdaki itibarının korunması bireylerin adalete olan güveniyle doğrudan ilgilidir. Avukatın bu sorumluluğunu gölgede bırakarak “salt iş ve ün sağlamak” niyetiyle rekabet ortamı yaratacak şekilde tanıtım yapması avukatlık mesleğinin gerekleriyle bağdaşmayan bir davranıştır. Ticari kaygıların ve rekabetin, mesleğin amacı ve gereklerinin önüne geçirilmesi düşünülemez. Avukatlık hizmetinde reklâmın sınırlandırılması sayesinde avukatlık mesleğinin ticarileşmesinin önüne geçilmekte ve avukatların müvekkilleri karşısında bağımsızlıkları korunarak avukatlığın kamu hizmeti niteliğinin zarar görmesi engellenmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla, Brosnahan’ın makalesinde

bahsettiği yukarıda değindiğimiz ‘reklâmın rekabeti artırıp olumlu sonuçları da beraberinde getirebilir’ görüşüne katılmamız bu anlamda pek mümkün değildir. Zira avukatlık mesleğinin kamusal niteliği, birbirlerinin meslektaşları olan avukatların birbirlerini rakip görmeleriyle bağdaşmamaktadır. Avukattan beklenen; avukatlık mesleğinin kamusal niteliğine ve gereklerine uygun davranmasıdır ve bu da avukatın kişisel yeterliliğine, bilgisine, objektifliği ve bağımsızlığına ve adil bir sisteme olan inancıyla yakından ilişkilidir<sup>23</sup>. Rekabetin olduğu bir ortamda objektiflik ve bağımsızlık daha kolay risk altına girebileceği gibi adalete olan inanç da gölgelenebilir

Gerçekten de avukatlık mesleğinde reklâmın tanıtım amacını aşip meslektaşları arasında rekabet boyutuna ulaşmaması gerekmektedir. Doğrudan doğruya ilgi çekme veya müşteri getirme çabası içermeyen faaliyetler, tanıtım faaliyeti olarak nitelendirilmelidir<sup>24</sup>. Bilgi verme amacını güden, ölçülü, abartılı ve yanıltıcı beyanlar içermeyen tanıtımlar bilgi verme hakkı kapsamında nitelendirilebilir. Müvekkil sayısını arttırmak amacı sırf bir ticari kaygı içeriyorsa reklâmı meşru kılacak bir sebep değildir. Dava sonucunu garanti edici, sabit ücret karşılığı her tür davaya bakılacağı yönündeki ilanların da, hukuk bilincini geliştirici amaçların ötesinde gayelerle yapıldığı açıktır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, daha fazla insana ulaşma, insanların hukuk bilincini artırma isteği, kanımızca, reklâmın avukatlık meslek etiği doğrultusunda doğru yorumlanmasıdır. Avukatın mesleki sorumluluğu ve mesleki ahlakı (*morality*), müvekkilinin etkisi altında kal-

20 Dobrowalski, 368

21 Cebula, J.Richard, “Does Lawyer Advertising Adversely Influence the Image of Lawyers in the United States? An Alternative Perspective and New Empirical Evidence”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.27, No.2 1998, s.504

22 Türk mevzuatında avukatlık meslek kuralları kapsamında bu husus ‘reklam yasağı’ olarak düzenlenirken kimi Avrupa ülkelerinde ve Amerika Birleşik Devletlerinde bu husus ‘reklam serbestisi’ olarak belirtilmiştir.

23 Selinger, s.867.

24 Güner, s.380

*maksızın bağımsız olarak şekillenmesi gerekir*<sup>25</sup>. Mesleğin ticarileşmesi avukatların müvekkileri karşısında bağımsızlıklarını koruyup adaletin gerçekleşmesindeki rollerini riske atacağından reklâmın bir ticari araç olarak kullanılmaması önem arz etmektedir. Bu anlamda, nasıl ki hâkim ve savcının reklâma ihtiyacı yoksa avukatın da yoktur<sup>26</sup>. Avukatın mesleğine olan saygısı ve müvekkili karşısında koruması gereken bağımsızlığına dair farkındalığı, onun, müvekkilini bir ‘müşteri’ olarak nitelendirip müşteri aramak niyetiyle reklâma başvurmasına mani olacaktır. Ulusal ve uluslar arası uygulamada avukatın kendine iş sağlama niteliğindeki her davranışı engellenmekte, reklâm hoş görülmemektedir<sup>27</sup>.

Avukatlık mesleğinin ticaretle olan sınırını koruma kapsamında bizim mevzuatımızda da birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin avukatlık bürolarının levhalarına dair sınırlandırmalar, kartvizitlerin reklâm niteliğini taşıyacak aşırılıkta olamaması şartı, yasada belirtilenler dışında unvan kullanma yasağı, yazılı ve görsel basında reklâm niteliği sayılabilecek beyanlarda bulunma yasağı gibi kurallar bunlardan bazılarıdır. Tüm bu düzenlemelerin amacı; bir yandan avukatlık hizmetini ticari bir meta haline dönüştürmemek, ada-

letin yerine getirilmesinde eşitliğin bozularak olası olumsuz sonuçları önlemek, diğer yandan da meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açacak farklılıkların ortaya çıkmasına engel olmaktadır<sup>28</sup>.

### Sonuç Yerine

Avukatlık mesleğinde reklâm, müşteri sayısını arttırmak, ün kazanmak gibi amaçlarla kullanılabilmesi gibi kişilere savunma hakkını hatırlatmak, toplumun hukuk bilincini güçlendirmek ve genel anlamda adaletin gerçekleşmesine yardımcı olmak niyetiyle de yapılabilmektedir. Saydığımız ilk amaçlara yönelik reklâmlar, avukatlık mesleğinin ticarileşmesine sebep olacak ve avukatın, müvekkil karşısındaki bağımsızlığını olumsuz etkileyecek niteliktedir. Öte yandan son belirttiğimiz amaçlara yönelik olarak yapılan reklâmlar avukatlık mesleğinin gereklerine uygun düşmekte ve meslek etiğiyle bağdaşmaktadır. Kaldı ki tek başına reklâmın engellenmesi ile avukatlık mesleğinin icrasında görülen etik ihlallerinin önüne geçilemeyeceği; ancak avukatlık mesleğinin amacıyla ve gereklilikleriyle çelişmeyecek şekilde tanıtım ve bilgi verme amaçlı yapılan reklâm faaliyetlerinin ise toplumdaki hukuk bilincini arttırmaya yönelik olarak faydalı olabileceği görülmektedir.

25 Luban, David, *Lawyers and Justice An Ethical Study*, Princeton University Pres, New Jersey, 1988, s.7

26 Mısırlı, Haşim, *Avukatlık Disiplin Hukuku, Türkiye Barolar Birliği*, Ankara, 2008, s.662

27 Mısırlı, s.621

28 Mısırlı, s.642

# Özel Hayat Kavramının Soykütüğü

Türkan ÖZKAN\*

İnsanların yaşamlarını koruma ve güvenlik kaygıları nedeniyle devlet biçiminde örgütlenmeye gitmeleri ve bu örgütlenmenin başı olan hükümdara birtakım yetkiler devretmeleri, modern devletin ortaya çıkışını açıklamaya yönelik en önemli argümanlardan biridir. Bu yetki devrinden sonra devletin uyruklarına karşı olan görevlerinin ve yetkilerinin sınırları konusunda farklı birçok açıklamanın yapılmış olmasına rağmen, bu bağlamda üzerinde uzlaşılan bir konu, tüm insanların doğuştan gelen ve vazgeçilemez, devredilemez kimi haklara sahip olduklarıdır. Modern devletin ortaya çıkması ile beraber, doğal hukuk tanrısallıktan arındırılmış, insani/akılsal bir nitelik kazanmış ve merkezine insanın insan olmasından kaynaklanan değeri yerleşmiştir. İnsan hakları düşüncesine zemin hazırlayan bu anlayışın Aydınlanma ile beraber ortaya çıkmaya başladığını ancak belki de iki yüzyıllık yavaş bir sürecin sonucunda berraklaştığını söylemek gerekir.

İnsanın akılsallığı, değeri ve kendini geliştirmesi için ihtiyaç duyduğu özerk bir alan fikrine karşılık, muazzam gücü ve sual edilemeyen hikmeti ile egemen devletin ortaya çıkması da aynı dönemlere denk düşmektedir. Dolayısıyla, bireyin ihlal edilemeyecek haklara sahip olduğu ve bunla-

rın devlet karşısında korunması gerektiği anlayışı, bir taraftan teoriler ile desteklenirken öbür taraftan da hukuki düzenlemelere tabi kılınarak meşruluk kazanmıştır.

Birey-devlet ikiliğine, bununla iç içe geçen başka bir dikotomi daha eşlik etmiştir: özel alan ile siyasal ya da kamusal alan.<sup>1</sup> Özel ve kamusal alanların nasıl ve zaman ortaya çıktığı, hangisinin daha önce şekillenmeye başladığı, hangisinin diğerini doğurduğu ya da iki alanın aynı sürecin eşanlı ama farklı sonuçları olup olmadığı gibi birçok nokta, birçok düşünür tarafından farklı biçimlerde ele alınmakla beraber, genel kimi eğilimleri belirlemek mümkün.<sup>2</sup>

Birbirini tamamlayan bu iki zıt kardeşten biri olan kamusal alan açık, siyasetle ilgili ve toplumu ilgilendiren konuları içerdiğinden olsa gerek; evsel olana ait, sıklıkla kadına mal edilen, kişilerin kendilerine ait olduğu düşünülen ve gizliliği ilke edinmiş alanı geride bırakarak daha ön plana çıkmış ve üzerine daha çok kafa yorulmuştur. Oysa özel alan zorunluluklar ve siyaset dışı bir alan olarak tarif edilerek ikincil bir konuma itilegelmiştir.<sup>3</sup> Hatta tüketim toplumunun yükselişi, siyasi alanın daralması gibi tespitlerde suçlu konumunda bile ilan edilmiştir.

\* İzzet Baysal Üniversitesi İ.İ.B.F. Uluslararası İlişkiler Öğretim Elemanı.

1 Kamusal ve özel ayrımının basitleştirilmiş ve kurgusal bir ikilik olduğunu belirtmek gerekir. Buna rağmen Norberto Bobbio'nun bu ayrımı "büyük dikotomi" olarak tanımlamakta ve kullanışlı bir kategori olduğu konusunda ikna edici bir nitelik taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Norberto Bobbio, *Democracy and Dictatorship: The Nature and Limits of State Power*, Univ. of Minnesota Press, Minneapolis, 1989, s. 1-21.

2 Farklı disiplinlerde kamusal ve özel ayrımının ne ifade ettiğine dair önemli bir sınıflandırma için bkz. Jeff Weintraub, "The Theory and Politics of the Public/Private Distinction," *Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy* içinde, ed. Jeff Weintraub ve Krishan Kumar, The Univ. of Chicago Press, Chicago, 1997, s. 1-43.

3 Bkz özellikle Hannah Arendt, *İnsanlık Durumu, İletişim*, İstanbul, 2006.

Bu çalışmadaki amaç, sıkça yapıldığı gibi hak düzeyinde özel hayatın gizliliğinin nerede, nasıl düzenlenmekte ve yorumlanmakta olduğu ve değişen gündelik hayat ve teknolojik koşullar karşısında özel hayatın daha iyi korunması için alınması gereken tedbirler üzerinde durmak değildir. Daha ziyade, bu hakkın koruduğu ileri sürülen alanın anlamı üzerine düşünmeyi önermektir. Dolayısıyla teknik veya hukuki bir değerlendirme yapmak yerine, deyim yerindeyse, özel hayatın gizliliğine dair bir anlam topolojisinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Biraz daha açmak gerekirse, “özel hayatın gizliliği hakkı” gibi artık uluslararası insan hakları hukukuna girmiş bir hak kategorisinden söz edilecekse, öncelikle özel hayat ile kastedilen şeyin ne olup ne olmadığına, neden böyle bir kategori oluşturulduğuna, bu alanın neden gizli olması gerektiğine bakmak gerekir kanısındayım. Bu nedenle, çalışmanın içeriği, bu hakkın hangi uluslararası hukuk metninde nasıl korunduğundan ziyade, bu tür metinlerde hiç sözü edilmeyen ancak bu hakkın kökenlerine inen ve onun nasıl bir düşünsel temele oturduğunu belirlemeye yönelik bir giriş niteliğindedir.

İnsanların eski çağlarda ya da çok farklı toplumsal örgütlenmelerde de bir özel alan arayışı içinde olduğunu ortaya koyma çabaları olsa da, özel alanın yahut başka bir ifadeyle, mahremiyetin bu biçimdeki formülasyonu modern bir düşüncedir. Daha net bir ifadeyle, mahremiyet asıl rengini liberal demokrasiyle beraber kazanmıştır. Nitekim Hannah Arendt’e göre:

...Bizim bugün özel (alan) dediğimiz şey, başlangıcını Yunan Antikitesine değilse de geç dönem Romasına kadar dayandı-

rabileceğimiz bir mahremiyet alanını ifade eder. Yine de bu mahremiyetin kendine özgü renkliliği ile çeşitliliği modern çağdan önce kesinlikle bilinmiyordu.<sup>4</sup>

Hane ile polis arasındaki ayırmadan yola çıkan ve bunun günümüzdeki özel ile kamusal ayırımına denk düştüğünü söyleyen Arendt’e göre, yine de bir fark mevcuttur. Buna göre, Antik hissiyatta mahremiyet olumsuz bir özelliğe sahipti, yani mahremiyet “mahrumiyet”le özdeş bir kelime anlamına sahipti. Dolayısıyla sadece özel yaşamı olan birisi tam anlamıyla insan sayılmaz ve siyasi alana dahil olamazdı. Oysa günümüzde mahremiyet sözcüğünü kullanırken mahrumiyeti esas alarak düşünmüyoruz. Arendt bunu kısmen modern bireycilik aracılığıyla özel alanın olağanüstü zenginleşmesine bağlar.

Siyasal liberalizmin temel düşüncesini oluşturan modern anlamındaki mahremiyet, kamusal müdahaleden muaf tutulması gereken düşünce ve eylem alanı olarak tarif edilirken kökleri Rönesans ve Reformasyon’a kadar uzatılır.<sup>5</sup> Kuşkusuz bunun önemli nedenlerinden biri insanın özneliğine dair gelişen farklı bir düşüncünün ortaya çıkıyor olmasıdır. Özel ve kamusal ayırımının modern sözleşme teorilerinde formüle edildiğini ortaya koyan başka bir yazar, birey-öznenin bu sefer bir ‘yurttaş’ kimliği ile karşımıza çıktığı hukuksal bir düzleme bizi davet eder.<sup>6</sup> Gobetti’ye göre, erken dönem doğal hukuk teorisyenlerinin, özellikle İngilizlerin, yasal yetki ve hak sahibi bir ‘yurttaş’ kavramı ve kamusal ile özel karar verme arasındaki kıstas olarak ‘zarar’ kavramını ortaya koymuş olmaları belirleyici olmuştur. Arendt’in de yorumladığı biçimiyle, Aristoteles’in özel ve ka-

4 Hannah Arendt, *İnsanlık Durumu, İletişim, İstanbul*, 2006, s. 78.

5 Bkz. örneğin J. Burckhardt, *İtalya’da Rönesans Kültürü-1, Devlet Kitapları*, 1974.

6 Daniela Gobetti, “Humankind as a System: Private and Public Agency at the Origins of Modern Liberalism,” *Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy*, ed. Jeff Weintraub ve Krishan Kumar, *The Univ. of Chicago Press, Chicago*, 1997, s. 103-133.

musal arasındaki ayrımı, nesnel biçimde verili ve doğada temellenen iki kurumsal alan arasındaki bir bölümlendirir. Oysa doğal hukukçular ve genel olarak liberal düşünce için bu ayrım, birey içindeki faillik kipleri arasındaki bir ayrışmaya dayanır.<sup>7</sup> Bu iki farklı alan tarih ya da doğa tarafından belirlenmez; tüm beşeri topluluklarının en temel unsuru olan bireylerin kapasitelerinden kaynaklanır ve onların eylemlerinin sonucudur.

Böylece doğal hukukçuların ortaya koyduğu biçimiyle, kişinin doğru eylem tarzını seçmesine olanak sağlayan şey, eylemlerinin ahlaki ve yasal sonucunu kendisi ve başkaları için değerlendirebilme kapasitesidir. Doğa durumundan çıkmak zorunlu hale geldiğinde, zorlama gücüyle beraber devlete devredilecek ya da onunla beraber paylaşılacak olan işte bu kapasitedir, diye ekler Gobetti.

Dolayısıyla buradan liberalizmin, özel alanın sınırlarının nerede başlayıp nerede biteceğine, bu sınırların hangi ilkelere göre çizileceğine, müdahalelerin nereden kaynaklandığına ve nasıl denetleneceğine ilişkin bir temellendirme olduğu söylenebilir. Liberalizm, kendisi için mahremiyetin vazgeçilmez hatta kutsal olduğu, kendine ait yaşamı olan bir insan tasvirini önceden varsayar. Berlin, mahremiyeti kendi başına kutsal bir şey olarak ‘negatif özgürlük’le bağlantılandırmıştır. Negatif özgürlüğü başkalarının müdahalesinden muafiyet olarak tanımlayan yazara göre, hiçbir biçimde ihlal edilemeyecek kişisel bir özgürlükler asgari alanı olmalıdır. Zira bu alana ayak basıldığında insanın iyi, doğru ya da kutsal olarak bildiği çeşitli amaçları belirlemesi

ve gerçekleştirmeye çalışmasına olanak verecek doğal yeteneklerinin asgari gelişimi için çok dar bir zemin kalacaktır.<sup>8</sup> Bundan dolayı da bu asgari alanın ölçütünün ne olacağı tartışmaya açık olsa da, üzerinde uzlaşılması gereken nokta “insan doğasını inkar etmeyeceksek ya da onu bozmayacaksak, asgari bir kişisel özgürlük alanını muhafaza etmeliyiz ” diye ekler yazar.<sup>9</sup>

Müdahaleden bağımsız farklı özel alan anlayışlarıyla bu düşünce Locke, Paine, Burke, Jefferson ve Acton’da da bulunabilir. Ancak en çok kişisel özgürlüğün korunması için yapılan klasik liberal gerekçelendirmeleri içeren John Stuart Mill ve Benjamin Constant’ın yazılarında göze çarpar. Mill’e göre, herhangi birinin davranışlarından topluma karşı sorumlu olduğu bölümü, başkalarını ilgilendiren bölümüdür. Yalnızca kendisini ilgilendiren bölümünde onun bağımsızlığı mutlak bir haktır. Kendisi üzerinde, kendi bedeni ve zihni üzerinde birey egemendir.

Dolayısıyla Mill’e göre özel alan, bireyin içinde rahat bırakıldığı veya bırakılması gerektiği ve istediği şeyi yapıp düşünebildiği, kendi iyiliğinin peşinden kendi bildiği şekilde koşabildiği bir alan, *yani kamu yaşamı içinde özel bir varoluş kavrayışıdır*.<sup>10</sup>

Bu tanımlamadan da anlaşılabilirce üzere, özel alan kavramsallaştırmasının önerdiği kimi varsayımları çıkarmak mümkün. Bunlardan ilki, özel alanın kamusal ya da çeşitli düşünörlere göre, toplumsal, siyasal veya devlet alanından ayrı tutulduğu görüşüdür. Bu ayrı tutulmanın bir sonucu da, adı ister kamusal, ister toplumsal ya da başka bir şey olsun, buradan özel alana ya-

7 *Ibid.*, s. 104.

8 *Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty,” Liberalism and Its Critics, ed. Michael J. Sandel, New York Univ. Press, New York, 1984, s. 17.*

9 *Ibid.*, s.19.

10 *John Stuart Mill, “Introductory,” On Liberty, London: Longman, Roberts & Green, 1869, yeniden basım: New York: Bartleby.Com, 1999, para. 12.*

pılabilecek olası müdahalelerin önlenmesi ya da en azından belirli kimi kurallara bağlı olması gereğidir. İkinci olarak, bireyin sahip olabileceği bir müdahalesizlik alanı olarak özel alan, belirli nitelikteki bir faili – yani, rasyonel, kendi seçimlerini yapmaya yetkin ve muktedir bir bireyi – öngerektirir. Öyle ki özel alan bu bireyin kendine dair kararları alabildiği bir yer ve aynı zamanda kendi kararlarını alarak bireyliğini geliştirebildiği bir yer olarak tasavvur edilir.

Ayrıca Mill'e göre özgürlük alanı üç unsurdan oluşur. Bunlardan ilki, en kapsamlı anlamında vicdan özgürlüğü; düşünce ve duygu özgürlüğü; tüm konularda, fikir ve kanıların açıklama özgürlüğü ve bu fikirleri ifade etme ve yayınlama özgürlüğüdür. İkincisi, beğeniler ve hedefler; yaşam yolumuzu kendi kişiliğimize uyacak şekilde tasarlama; doğabilecek sonuçlarına katlanmak koşuluyla, yani yaptıklarımızla diğer insanlara zarar vermediğimiz sürece, başkaları tarafından engellenmeksizin istediğimiz gibi eyleyebilme özgürlüğü. Yazara göre, müdahale edilemeyecek üçüncü hak, bireylerin birleşme özgürlüğü ya da toplanma özgürlüğü olarak da ifade edilen haktır.<sup>11</sup>

Mill'in zarar prensibi üzerine inşaa ettiği faydacı özgürlük anlayışına karşı, Constant'ın bireysel özgürlüğü kişinin ahlaki gelişimi ve ilerlemenin ya da modernitenin koşulu olarak savunduğu söylenebilmek. Fransız Devrimi'nin terör uygulamalarına karşı duran bu düşünürü göre; düzeni bozmayan, kanı gibi sadece insanın iç doğasına ait olan, kişisel kanının ifade edilmesiyle diğerlerine zarar vermeyen kişisel, üretim alanında rakip üreticilerin özgürce işlemesine izin veren her şey bireysel olandır ve meşru olarak toplumun gücüne tabi tutulamaz.<sup>12</sup>

Sözleşmeci düşünürlerden farklı olarak Mill ve Constant, liberalizmin daha gelişkin bir dönemini deneyimlemiş ve artık bir devletin meşru biçimde nasıl kurulduğu ve devletin yurttaşlarla ilişkisini düzenleyen ilkelerin ortaya konması kaygısından başka kaygılar taşımaktadır. Bunların başında meşru iktidarın/devletin bir tiranlığa dönüşmemesi için gerekli önlemler ya da temel ilkelerin neler olabileceğini sorgulamak gelir. Ayrıca eşit unsurlardan oluşan bir doğa durumundan çıkıştan ziyade, temsili yönetimlerin kendine özgü sorunları ve bunların başında da azınlıkların sesinin çoğunluk yönetimi tarafından susturulması tehlikesine karşılık bir müdahale edilmezlik alanını yeniden gözden geçirme çabalarını da unutmamak gerekir. Constant'ın Antiklerle Modernlerin özgürlük anlayışını temsiliyet düzleminde karşılaştırdığı çalışmasında şu ifade kayda değerdir: “Modernlerin neredeyse tüm zevkleri özel yaşamlarındadır: iktidardan ebediyen dışlanan bu büyük çoğunluk, zorunlu olarak kamu yaşamına oldukça gelip geçici bir ilgi duymaktadır.”<sup>13</sup> Dolayısıyla *polistekinden farklı olarak*, modern dönem yurttaşın yaşam alanı, özgürlük alanı olarak tarif edilen özel alana kaymış bulunmaktadır.

Bireysellik düşüncesini ele aldığı eserinde S. Lukes, özgürlük anlayışının merkezine özerklik, mahremiyet ve kendini geliştirme kavramlarını yerleştirir.<sup>14</sup> “Özgürlüğün üç yüzü” dediği bu unsurlardan birinin yokluğu ya da yetersizliği bile özgürlüğü ortadan kaldıracaktır. Bu üç yapıtaş birbiriyle yakından ilişkilidir. Yazara göre, bireyin içinde engellenmeme hakkını talep edebildiği bir düşünce ve eylem alanını özel alan olarak nitelendirmek mümkün ve bu alan özgürlük idealinin ayrılmaz bir bileşenidir. Bundan da öte, özel alanın

11 Bkz. J. S. Mill, *Özgürlük Üstüne ve Seçme Yazılar*, Belge yay., İstanbul, 2005.

12 Benjamin Constant, “The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns”, <<http://www.uark.edu/depts/comminfo/cambridge/ancients.html>> (Son erişim tarihi 10.08.2010)

13 *Ibid.*

14 Bkz. Steven Lukes, *Bireycilik, Bilim ve Sanat Yay.*, Ankara, 2006, Bölüm 18, s.141-155.

da içinde öyle bir “içsel” alan varsayar ki oraya müdahale etmek gerekçe kabul etmez ve zorunlu olarak özgürlüğün ihlali anlamına gelir. Eşitliği, temelde insana saygı üzerine kurulu ve özgürlüğü de kamu müdahalesinden muaf bir alan, kendini geliştirme gücü ve kişisel özerkliğin alaşımı olarak anlayan yazar bu iki düşüncüyü yakından bağlantılı olarak kavrar. Dolayısıyla kişilerin üç belirleyici özelliği olarak ifade ettiği özerk biçimde seçme ve eyleme yetisi, özel bir alan gerektiren değerli etkinlik ve ilişkilerde bulunma yetisi ve kendini geliştirme yetisi, insanlara saygınlık atfedildiği bir zeminin parçalarıdır. Bu saygının ne olduğu ile ilgili soruya verdiği cevap ise, kendini tekrar eder bir nitelikte, insanlara gerçekleşmiş ya da gerçekleşecek olan özerk, mahremiyeti hak eden ve kendini geliştirme yetisi bulunan varlıklar olarak davranmadır. Devamında kişilerin müdahaleden muaf bir alan yokluğunda karşılaşılabilecek olası sonuçlar üzerinde duran tüm düşünürlerin işaret ettiği gibi, kısaca bir totaliteryanizm portresi çizer.

Lukes’in özgürlük ve eşitlik şeması, siyasal liberalizmin çok çeşitli özel alan ya da mahremiyet anlayışını çok sade bir biçimde bir araya getiren ve temel haklar yahut insan haklarıyla ilişkilendiren bir nitelik taşır. Aynı zamanda kimi zayıflıkların da daha net görülmesini sağlar. Örneğin, evrensel-hümanistik bir eşitlik ve onunla yakından bağlantılı ancak nasıl bir ilişki içinde oldukları tam olarak anlaşılmayan, totolojik olarak birbirini doğrulamakta kullanılan bir özgürlük anlayışı. Üstelik evrenselliği sağlayan soyut bir birey anlayışının çıkmazlarının da farkında olan yazar, yine de bu fikrin cazibesinden kendini tam olarak kurtarmış değildir.

Tüm bunların sonucunda, soyut bir insan tahayyülü ve bir o kadar kaygan “insa-

na saygı” ilkesi üzerine inşa edilen eşitlik fikri ve bununla bağlantılı, mahremiyeti de kapsayan bir özgürlük anlayışından vaz mı geçmemiz gerekir?

Kimi feministlerin dile getirdiği gibi, mahremiyetin iktidar sorunlarını gizlediği<sup>15</sup> ve fakat insan hayatının tanımlayıcı ve merkezi kimi yönlerini de koruduğu, aynı derecede doğru görünüyor. Bu gerilim ve karşıtlık, bir fikir ve pratik olarak mahremiyetin esaslı özellikleridir. İster kendi hayatımızın şekillendirilmesini teminat altına alan hukuki bir strateji, ister insanın kendini tanımlama biçimini veya ilişkilerini belirlemesini sağlayan siyasi bir ilke olarak anlaşılın, mahremiyet birçok işleve sahiptir. Öte yandan, toplumsal ve siyasal iktidar ilişkilerini de gizlemekte, kimi toplumsal düzenlemelerin değiştirilemez olduğu ve toplumsal sorunların daha genel iktidar yapılarıyla bağlantılı olmayıp kişisel düzeyde var olduğu yanılgısını yaratmakta ya da yeniden üretmektedir.

Buradan çıkarılacak sonuç, ister kendi başına bir değer, isterse başka değerlerin gerçekleştirilmesinin bir aracı olarak anlaşılın, mahremiyetin iki yüzü olduğu ve bunların yalnızca birinin ele alınmasının, onu eksik değerlendirmek anlamına geleceğidir.

Dolayısıyla az önceki soruya dönersek, bu soruyu koşullu biçimde olumsuz biçimde yanıtlamak mümkün hale gelir. Bu koşul ise, mahremiyetin kendi içindeki gerilimin ancak siyasi bir zemine taşınması sonucunda giderilmesi olabilir. Özel alanda karşılaşılan sorunların ancak kolektif bir eylemlilik yaratacak biçimde siyasete dönüştürülmesi ile kendi hayatlarımızı etkileyen önemli kararların alınmasına katılan yurttaşlar olarak demokratik süreçleri besleyebiliriz.

15 Örneğin bkz. Carol Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford Univ. Press, Stanford, 1988; Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989; Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1989; Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton Univ Press, Princeton, 1990.

# Platon'un Adalet Tasarımı

Hasan SANLI\*

## Özet

*Platon'a göre insanın bir yapısı vardır. İnsan bu yapısına göre, erdemleri barındırmaktadır. İnsanın sahip olduğu yapısına ve yapısında bulunan erdemlerine göre işlevselliği vardır. Adalet tüm erdemleri kendinde toplar. Adalet tüm erdemlerin uyum içinde olduğunu anlatmaktadır. Adaletli insanda, tüm erdemleri ruhunda ahenk içinde barındırmaktadır. Adaletle de tüm insan erişemez; yalnız ruhunda tüm erdemleri taşıyan insan erişebilir. O halde adaletle erişebilecek yetiye sahip olan insan yöneten, adaleti yapan, adaleti sağlayan olmalıdır. Bunun aksi ise, adaleti ruhunda barındırmayan, tüm erdemlere uyum içinde sahip olmayan insan, yöneten, adaleti yapan, adaleti sağlayan olursa, bozulmuş toplum ortaya çıkacaktır. Platon'a göre bu toplumda, adalet yerine adaletsizlik meydana gelecektir. Platon'un dikkat çektiği yer de burasıdır. Şayet, adaleti yapısında barındırmayan, adaletin bilgisine erişemez ve bu tip insanın yönetici olduğu toplum bozulmuştur. Asıl olacak olan, adaleti ruhunda barındıran insan yönetici olmalıdır.*

**Anahtar kelimeler:** erdem, adalet, adaletsizlik, adil insan, adaletsiz insan, yönetici.

## Giriş

Platon yaşamı birbirine bağlı işlevsel bir düzen olarak ele alır. İnsan da bu yaşam içinde bir işlevselliğe sahiptir. Bu işlevsellik düzeninde insan, işlevini yerine getirdiği sürece doğruyu yapmış olacaktır. Bir insanın işlevi, becerisi, yeteneği, diğer insanlara göre farklılık göstermektedir. Her

bir insanın kendine ait yeteneği ve becerisi olduğu için, kendi yetenek ve becerilerine ait işler yapmalıdır. İnsanın kendine ait işleri, o insanın ruhunun barındırdığı erdemlere göre belirlenir. Bir insanın işlevsel yeteneğine, ruhunda barındırdığı erdemine göre kendi işini kusursuz yapması onun erdemliliğini anlatmaktadır. Platon beden işlevselliğini, ruhun parçaları diye bölümler ve her bir parçaya da işlevsellik atfetmektedir.

*"Düşünmesini sağlayan bölümüne, ruhun akılcı kısmı diyebiliriz; ruhun onun aracılığıyla sevmeye, susamaya, acıkmaya bağlı arzuların oynacağı olduğu kısma da ruhun akıl dışı, arzulayan kısmı, doyumlar ve hazların dostu diyebiliriz. Bir de kızgınlığımızı açığa vurmamızı sağlayan öfkeli, atılgan, gözü pek yanımız vardır. Bu da ruhun üçüncü yanını oluşturur."*<sup>1</sup>

Yaşamdaki işlevsel düzenlilik, insan için de geçerlidir. İnsanın işlevsel düzenliliği ruhun bu üç bölümünün uyum içinde, ruhun her bir parçasının işlevsel özelliğini yerine getirmesiyle sağlanmaktadır. İnsan ruhunun her bir parçası da bir sınıfı ve erdemi işaret etmektedir. Ruhun akılcı kısmı yöneticiyi; yöneticinin erdemi de bilgeliği göstermektedir. "Bir insana bilge dedirten de her şeye hâkim olan, diğer kısımları yöneten küçük bir bölümdür; çünkü bu bölüm, kendisine ve üç bölümün ortak varlığına neyin yararlı olduğunun bilgisini içinde taşır."<sup>2</sup> Ruhun akıl dışı, arzuların oynacağı olduğu kısmı para peşinde koşan sınıfı işaret eder. Bu sınıfın erdemi ölçülü-

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Felsefe Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi.

1 Platon. Devlet, (çev. Cenk Saraçoğlu - Veynel Atayman). 439/d-e. Bordo Siyah Yayınları, İstanbul 2005

2 Platon. Devlet. 442/c.



lütür. “Ölçülülük, bir çeşit düzen, insanın bazı zevklerine ve arzularına hâkim olabilmesidir.”<sup>3</sup> Ruhun diğer öfkeli, atılgan, gözü pek yanı da askerler sınıfını oluşturmaktadır. Bu sınıfın erdemi cesarettir. “Bu kısım neden korkup neden korkulmayacağına dair aklın koyduğu kuralları zevkle de olsa, acıyla da olsa koruduğu ölçüde bir insan cesur olur.”<sup>4</sup>

Her bir sınıfın erdemi, kendi işlevini yerine getirmesiyle, başkalarının işine karışmamasıyla ortaya çıkmaktadır. Her sınıfın yerine getirmesi gerektiği işleri yerine getirilirse, kendine düşen görevlerin dışına çıkmazsa ortaya mutlak uyum çıkmaktadır. Bu mutlak tüm erdemleri kendinde toplayan en yüksek erdem olan “adalet” tir.

*”Adil bir insan, ruhunun bölümlerinden birinin kendine düşen etkinlik alanının dışına çıkmasını, başka bölümlerin işine karışmasını engeller. İnsanın iç dünyasını düzene koyar, insanın kendine hâkim olmasını, kendisiyle barışık olmasını sağlar. Müzikteki pes, tiz ve orta perdelerin birbiriyle uyum içinde olması gibi, ruhun üç bölümünü birbirine bağlayarak ve bunların uyumlu bir biçimde işlemlerini mümkün kılarak insanı çoğunluğun karmaşasından kurtarır ve onun farklı özelliklerinin hepsini / ölçülü ve ahenkli, tek bir insan kişiliğinde eritir, bütünleştirir.”*<sup>5</sup>

Tüm erdemleri kendinde toplayan en yüksek edem olarak ”adalet” esas erdemdir. Diğer tüm erdemleri kendisinde toplar ve düzenliliği sağlar. Platon’a göre, “düzenli olan adalettir.”<sup>6</sup> Bu düzen ve uyum insanın ruhunda sağlanırsa, ”adil insan” olacaktır. ”Kendisinde adalet denen erdemi

gerçekleştiren insan da en yetkin insandır. İnsanlık idealine en çok o yaklaşıır.”<sup>7</sup>

Peki, her insan ruhun uyumluluğunu sağlayıp, adaletli olabilir mi? Platon özellikle bu sorunun üzerine durmaktadır. Adaletli ve adaletsizliği de burada açıklamakta ve topluma uyarlamaktadır. Platon’a göre, ”adaletli bir insan haline gelmek güçtür. Erdeme ulaşmak güç olsa da, bir defa adalete varıldı mı elde tutması kolaydır. İyiliğin ne olduğunu bilen birisi, o anın zevklerine uyarak kötülük yapmaz.”<sup>8</sup> Platon iyiyi, adaleti bilen birinin adaletli olabileceğini göstermektedir. Adalet bilgisine sahip olmayan birinden ise adaletli bir eylem beklemek yanlış olacaktır. Adaleti bilgisine erişebilecek birinin insan ruhunun tüm erdemlerini de barındırması gerektiğini unutmamak gerekir. O halde adaletli insan, tüm erdemlerle birlikte adalet erdemi ruhunda barındırmalı ve adalet bilgisine sahip olmalıdır.

Adaletsizlik ise, ruhun bölümlerinin arasındaki çatışma, kendi erdemi işlevselliğinin dışına çıkarak, işlevselliğinin dışında eyleme, ruhun bir parçasının diğerini boyunduruk altına almasıyla ortaya çıkmaktadır.

*”Adaletsizlik ruhun bu üç kısmı arasında bir tür iç çekişme, kavga, birbirinin işine karışma yabancı işlere burnunu sokma eğilimi, aslında aklın kölesi olması gereken ruhun bir kısmının diğerleri üzerinde, buna hiç hakkı olmadığı halde egemenlik kurmak üzere ayaklanması olmalı. İşte, ruhun bölümleri arasındaki bu kargaşa, bu birbirine girme, dizginlenemezlik, korkaklık, budalalık, kısıacası kötülüğün her biçimi adaletsizlik, haksızlık halidir.”*<sup>9</sup>

3 Platon. Devlet.430/e.

4 Platon. Devlet. 442/c.

5 Platon. Devlet. 443/d.

6 Platon. Gorgias. (çev. Melih Cevdet Anday). 506/e. Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.

7 Çeçen, Anıl. Adalet Kavramı. Gündoğan Yayınları, Ankara 1993, s.93.

8 Platon. Protagoras. (çev. Tanju Gökçil). 343/b, 357/d-e, 358/c. Remzi Kitabevi, İstanbul 1986.

9 Platon. Devlet. 444/b.

Adaletsiz insanın, ruhun her bölümünde bulunması gereken erdemlerin uyumluluğuna sahip olmadığı için, adaletin ne'liğini de bilemez. Bu durumda adaletsiz insan, yönetici olarak iyi bir yönetici olmayacaktır. Adaleti bilmeyen birinin yasa yapması, bu yasaya göre yürütmesi olanaksızdır. Platon adaleti, sağlık ve mutluluğa benzetirken, adaletsizliği de, hastalık ve sefalete benzetmektedir. Adaletsizlik, toplumu ve insanı zayıflatıp çatışmaya sürükleyen bir uyumsuzluk halidir. Platon'a göre adaletle erişemeyen insan;

*"devleti, aileyi, orduyu veya herhangi bir tek topluluğu ele geçirdiğinde, topluluğun içine nifak tohumları ekerek, onu bölüp parçalıyor ve bunları birlikte hareket edemez hale getiriyor. Bu şekilde de hem kendisine, hem kendisinin karşısında olanlara ve özellikle de bütün adil insanlara düşman oluyor."*<sup>10</sup>

Platon'a göre adalet, adaletli insanın yönetici olduğu toplum ya da devlette gerçekleşebilir. "Adalet ancak devlette gerçekleşir."<sup>11</sup> Platon adaleti devleti ya da çıkarları ele geçirmek için görmez. Platon için adalet; "bir araç değil başlı başına bir amaçtır."<sup>12</sup> Amaç, adaletle sahip olan insanların devlette adaleti sağlayacak yasaları koymaları olacaktır. Bunun için adil insan yönetici olmalıdır.

Ruhun her bir bölümüne karşılık gelen erdem kendi işlevini yerine getirmesi gerektiği gibi, ruhun her bir bölümüne karşılık gelen sınıfın da kendi yeteneğine bağlı görevini gerektirmektedir. Toplumda uyum ve düzenlilik de, sınıfların kendi işlerini yapması, başkalarının işine burunlarını sokmamasıyla gerçekleşebilir. Toplum ya

da devletteki adalet, sınıfların kendi işlerini işbölümü ile yapmalarından geçmektedir. Adil bir devlette, "herkes en iyi ne yapabiliyorsa onu yapar."<sup>13</sup>

Platon adaleti, adil insanın ve diğer sınıfların kendi işlerini yapmalarıyla ortaya çıkacak uyum olarak devlette şekillendirmektedir. Burada en önemlisi, adil insanın yönetici olmasıdır. Adalet bilgisine sahip olan adil insan, diğer sınıfların uyumluluğunu bozmadan, kendi çıkarını düşünmeden yasalar yaparak adaleti sağlayabilmektedir.

*"Yönetici konumunda olan kimse, bu konumda olduğu müddetçe, kendi çıkarına değil de, yönettiği ve üzerine sanatını uyguladığı kişilerin veya şeylerin çıkarına olan her şeyi gözetir ve bu doğrultuda emirler verip düzenlemeler yapar. Bütün konuşmaları ve eylemlerinde kendine tabi olanların ve inananların yarar ve iyiliklerini kollar."*<sup>14</sup>

Bunun tam tersi olarak, yönetici sınıfına mensup olmayan biri adalet bilgisinden yoksun olarak yasalar yapabilir. Bunun sonucunda sapkın devletler ortaya çıkar. Bu durumun ortaya çıkmaması için, adil insan yönetici olmayı kabul etmelidir. "Bu insan için en büyük ceza, yönetici olmayı reddettiği zaman, kendisinden daha kötü birinin yönetimine tabi olmaktır. İşte soylu insanlar da bunun yarattığı korkuyla yönetici olmayı kabul ederler."<sup>15</sup>

Yöneticiler, adalet bilgisine sahip olan, ruhundaki tüm erdemlerin uyum içinde olduğu kişilerdir. Bu kişiler her durumda halkın yararına olan şeyleri öngörebilirler. Kendi gündelik çıkarlarını düşünmeden

10 Platon, Devlet. 35 l/e.

11 Weber, Alfred. Felsefe Tarihi, (çev. H. Vehbi Eralp). Sosyal Yayınları, İstanbul 1991, s.64-65.

12 Platon. Devlet. 367/a.

13 Solomon, Rober C. Adalet Tutkusu, (çev. Ertuğrul Altınas). Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004, s. 101.

14 Platon. Devlet. 342/e.

15 Platon. Devlet. 347/b-c.

”en iyiye yönelir. İnsanların çoğu yöneticinin bu durumuna gülerler.”<sup>16</sup> Diğer sınıflara karşı adil davranan adil insanlar, yönetici olan filozoflardır. Platon’a göre filozoflar, soylu, adil insanlardır. Platon;

“*siyasal hayatı herkesin önlerindeki duvarı görecektir şekilde bağlandığı ve görüşünün bulanık olduğu bir mağaraya benzetir. Bu durumdan kurtulmayı başaran ve gerçeği gören filozoflar mağara sakinlerini kurtarmayı ve adaletli bir şekilde yönetmeyi kendilerine vazife bilirler. Bundan dolayı adil filozofun yönettiği toplumda herkeşe ve her sınıfa adaletle davranılır. Çünkü her şeydeki erdem onun en iyi yapılması, başka bir ifadeyle doğasına en uygun şekilde yapılmasını gerektirir.*”<sup>17</sup>

Adaletin gerçekleşebilmesi için doğal olarak yöneten ve yönetilen sınıfların bilgisine sahip olunmalı ve her ögenin konumuna uygun bir şekilde ödevini yapması gerekmektedir. Adil insan yönetmeli, diğerleri ise yönetilmelidir. İdeal toplumda da adil insan yönetiminde olup karşılığı olan halk ise yönetilmelidir. Adil insan, adaletle uygun yasalar yapmalı ve bu yasalara herkes uymalıdır. Yasa herkesten üstün olmalıdır. Adaleti güvenceye alan yasalara uyan her sınıf mutlu ve huzurlu olabilir. Bu yasaların yok sayılmadığı, adalet bilgisine sahip olan insanların yönettiği devlet mutlak ideale ulaşmış devlet olacaktır. Adalet bu devlette gerçekleşirken, adil yurttaşlarda bu devlet içinde yetişebilirler. Bunun tam tersi olarak, yasalar çiğneniyorsa, toplumdaki bireyler kendi işlerini yapmıyorlarsa, adalet gerçekleşemez ve o devlet yok olmak durumdadır. ”Bir devlette yasa güçsüzse ve çiğneniyorsa, bence yıkılış çok yakındır; ama yasa yöneticilerin üstündey-

se ve yöneticiler onun kölesi ise, devlet kurtuluş ve tanrıların kentlere verdiği bütün nimetlere kavuşur.”<sup>18</sup>

Platon’a göre adaletli insan, her durumda adaletten yana olur. Adil insan her ne olursa olsun, adalet bilgisine ve adalet erdemine sahip olduğu için, ucunda ölümden olsa adaletten yana taraf olmaktadır. Platon, böyle bir insandan hiçbir zaman kötülük gelmeyeceğini söylemektedir. Platon ”Sokrates’in Savunması” adlı yapıtında gösterdiği gibi; Sokrates ölüm cezasına çarptırıldıktan sonra da şöyle der:

”*Bir değil bin kez ölmem gerekse bile yolumu hiç değiştirmeyeceğim. Benim ödevim cezaevi veya ölüm korkusuyla sizin haksız, adaletsiz kararlarınıza boyun eğmek, sizden yana çıkmak değil, yasayla, adaletle tehlikeyi sonuna değin göze almaktır. Şunu kafanıza iyice sokunuz ki, adaletli bir insana yaşamı süresinde de öldükten sonra da hiçbir kötülük gelmez.*”<sup>19</sup>

### Sonuç

Platon insanın yapısına göre erdemleri olduğunu ve her bir erdem kendine ait işlevi olduğunu söyler. Her bir erdem karşılık geldiği toplumsal sınıflar vardır. Toplumsal sınıflar da kendi işlevlerini yerine getirmek durumundadır. Ruhun ve toplumun ahenkli ya da uyum içinde olması erdemlerin ve erdeme karşılık gelen sınıfların kendi ödev ve görevlerini yapmalarından geçmektedir. Platon’a göre adalet ise, tüm bu erdemleri kendinde toplayan nihai amaçtır. Adalet erdem ve sınıfların uyumunu sağlayan bir düzenliliği anlatır. Adalet de her insan erişemez. Adaletle erişen insan, öncelikle ruhun yapısındaki tüm erdemlere sahip ve uyumlu olan insandır.

16 Paksut, Fatma. *Platon ve Platon Sonrası*, Phaidon. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara 1982 s.117.

17 *Platon. Devlet*, (çev. Sabahattin Eyyüboğlu - M. Ali Cimboz). 353/d. Remzi Kitabevi, İstanbul 1992.

18 *Platon. Yasalar*, (çev. Candan Şentura - Saffet Babür). 715/d. Kabcacı Yayınevi, İstanbul 1994.

19 *Platon. Sokrates’in Savunması*, (çev. Teoman Aktürel). 30/a-b-c, 327c, 38/e. Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.

Adil insan aynı zamanda, adaletin bilgisine sahiptir. Böyle insan toplumun ya da devletin yararından başka bir şey düşünemez. Bunun için yönetici, yasa koyan adil insan olmalıdır. Adil olmayan, adalet bilgisine sahip olmayan kişi ya da yığınların ortaya koyduğu yasalar, insanı, toplumu ve devleti felakete sürükler. Adil olmayan insan sadece kendi sınıfına, çıkarına göre yasalar yaparak yönetici olur. Bu durum olabilecek en kötü durumdur. Bunun ortaya çıkmaması için, adalete sahip olan insanın yönetici olmak için eylemesi gerekmektedir. Çünkü, adil insanın yönettiği devlet adil yasalara sahip olan ideal devlettir.

### KAYNAKÇA

- Çeçen, Anıl. *Adalet Kavramı*. Gündoğan Yayınları, Ankara 1993.
- Platon. *Devlet*, (çev. Cenk Saraçoğlu - Veytsel Atayman). Bordo Siyah Yayınları, İstanbul 2005.
- Platon. *Devlet*, (çev. Sabahattin Eyyüboğlu - M. Ali Cimboz). Remzi Kitabevi, İstanbul 1992.
- Platon. *Gorgias*. (çev. Melih Cevdet Anday). Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.
- Platon. *Sokrates'in Savunması*, (çev. Teoman Aktürel). Remzi Kitabevi, İstanbul 1982.
- Platon. *Protagoras*. (çev. Tanju Gökçil). Remzi Kitabevi, İstanbul 1986.
- Platon. *Yasalar*, (çev. Candan Şentura - Saffet Babür). Kabcacı Yayınevi, İstanbul 1994.
- Weber, Alfred. *Felsefe Tarihi*, (çev. H. Vehbi Eralp). Sosyal Yayınları, İstanbul 1991.
- Solomon, Rober C. *Adalet Tutkusu*, (çev. Ertuğrul Altınas). Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2004.
- Paksut, Fatma. *Platon ve Platon Sonrası*, Phaidon. Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara 1982.

# Küreselleşme, Kapitalizm ve Rekabet Hukuku İlişkisi

Murat ŞAHİN • Hande ŞAHİN

## Özet

Sosyoloji, birçok kurumun birbiriy-le olan ilişkisini insan ve insan ilişkileri bağlamında ele alır. Hukuk da insan ilişkilerinin düzenleyicisi bir disiplin olarak, sosyoloji ile organik bir bağa sahiptir. Hazırlanmış olan bu çalışmanın temel varsayımı, hukukun toplumsal gelişmelere paralel olarak şekillendiği, ekonomi, siyaset ve diğer kurumlara ilişki içinde olduğudur. Kapitalizmin özellikle 1980 sonrası küreselleşme bağlamında yaratmış olduğu rekabet ortamında şirketlerin ve bu şirketlerin ürünlerinin alıcısı konumunda olan vatandaşların korunması, kapitalist sistemin de sürekliliği açısından önemlidir. Rekabet hukukunun da işlevi bu bağlam ve geliştiği periyot göz önünde bulundurulduğunda daha da anlamlı olacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Rekabet Hukuku, Küreselleşme, Kapitalizm

## I. Genel Olarak Küreselleşmenin Hukuka ve Özellikle Rekabet Hukukuna Olan Etkileri

Küreselleşme kavramsal olarak, dünya kapitalizminin günümüzdeki yönelimlerini ve yeni kapitalist ilişkileri tanımlamak amacı ile kullanılmaktadır. Paranın küresel hareketliliği, ekonomilerin bütünleşmesi, kitlesel üretimden parça başı ve teknoloji yoğun üretime geçiş, bilginin küreselleşmesi, çok uluslu şirketlerinin etkinliklerinin artması, küresel kimlikler ve kültürlerin yaygınlık kazanması gibi birçok ifade ile birlikte kullanılan kavram, 1980'li ve 1990'lı yıllarda genellikle "sanayi sonrası toplum", "bilgi toplumu", "postfordist dönem", "yeni dünya düzeni" kavramlarının tamamlayıcısı olarak kullanılmıştır

(Güzelsarı, 2008: 23-24). Küreselleşme, temelde kapitalizmin sürekli olarak yaşadığı dengesizlikler ve krizlerin 21. yy'daki formlarına verilen bir yanıt, bir çıkış yoludur aslında (Mahçupyan, 1997: 23). Böylesi bir tanımdan yola çıkarak küreselleşmenin, yeni bir olgu olmadığı, kapitalizmin kendi evrimsel yolculuğunun 21. yy'daki izdüşümleri olduğu söylenebilir. Çalışmadaki temel kabulü küreselleşmenin kapitalizmin öznel tarihi ile paralellik gösterdiği yönündedir. Yeni bir olgu değildir, kendi içinde bir sürekliliği vardır.

Kapitalizm ve küreselleşme arasındaki bağı, birçok teorisyen dönemlere ayırarak açıklamaya çalışmaktadır. Kazgan (2005: 4-8)'a göre sermayenin küreselleşmesi, I. Sanayi Devrimi ile başlamaktadır. İngiltere'de buhar gücünün ve kol emeğinin ikamesi ile başlayan süreç, Kuzey Amerika, Yeni Zelanda, Afrika'daki sömürgecilik hareketleri ile devam etmiştir. I. Sanayi Devrimi ve sömürgecilik hareketlerinin nimetlerinden birçok ülke yararlınsa da bu dönemdeki başat karakter, İngiltere olmuştur. II. Sanayi Devrimi'nin güdüleyicileri arasında ise içten patlamalı motorun icadı ve sanayide yaygın olarak kullanılması, gelişen ilaç sanayi ve sağlıklı insan gücünün yaratılması yer almaktadır. Ancak II. Sanayi Devrimi sonrasında İngiltere artık eskisi kadar güçlü değildir. Almanya, Fransa, ABD ile bu alanları paylaşmaktadır. Ancak II. Dünya Savaşı ve Büyük Buhran'ın ekonomi üzerindeki etkileri de, bu ülkelerin serbest piyasa ekonomisine geçişinin ertelenmesine neden olmuştur. Güdümlü ekonomi ve devlet etkinliği bu dönemde oldukça yükündür.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra Amerika oldukça güçlü bir şekilde tarih sahnesinde yerini almıştır. Bu güce ulaşmasında savaş sırasında silah ve tüketim mallarını yoğun bir şekilde ihraç etmesinin, savaştan kaçan bilim adamlarına imkân sunmasının, Avrupa'daki altın stoklarının ABD'ye kaymasının etkisi büyüktür. Böylesi bir çıkış, ABD'nin serbest piyasa koşullarını kendine göre uygulama arzusunu arttırmıştır. Ancak SSCB ve Çin'in planlı ekonomiden sağladığı başarı ve komünizmin yayılma tehdidi bu arzuya, 1970'lerin ortasına kadar gem vurulmasına sebep olmuştur (Kazgan, 2005: 4-11).

1970'lerin sonlarına doğru kapitalizm birikim krizi yaşamıştır. Yaşadığı kriz karşısında yeni stratejiler bularak çıkış yolu aramıştır. III. Sanayi Dönemi olarak adlandırılan 1970 sonrası neoliberal dönemin temel güdüleyicisi, düşen kâr hadlerini tekrar artırmak olmuştur.

Küreselleşmenin nihai noktası olarak neoliberal dönemde, düşen kâr hadleri, sermayenin uluslararası pazarlarda çok daha etkin hale gelmesi ile aşılmaya çalışılmıştır. Bir önceki dönemin katılıkları esneklik adı altında aşılmaya çalışılmıştır. Stoksuz çalışma, maliyetlerin az gelişmiş ülkelerdeki ucuz işgücü ve hammadde ile karşılanması, sürekli değişen piyasa koşullarında tutunabilmek için çözüm olarak görülmüştür. Piyasaların tüm dünyada hızlı değişen yapısı "rekabet" olgusunu belki de kapitalizmin tarihinde hiç olmadığı kadar önemli hale getirmiştir. Tüm bu gelişmelere paralel olarak rekabetin hem ulusal hem de uluslararası pazarlarda düzenlenme ihtiyacı, rekabet hukukunun tüm dünyada işlevsel hale getirilmesini önemli kılmaktadır. Anti-tröst yasaları ile sağlanan bu hukuksal düzenlemeler, pazarlarda aktif olarak yer almaya çalışan üreticiler ve bu üreticilerin serbest piyasa koşullarında maksimum kâr arzusuyla yapmış oldukları

satışlardan doğrudan etkilenen sıradan vatandaşlar için aynı derecede önemlidir.

Sıradan vatandaşın süreçten etkilenmesi birçok yönden olabilmektedir. Öncelikli olarak neoliberal dönemde devletin etkinliğinin azaltılması bir noktada sosyal devletin de küçülmesi anlamına gelmektedir. Fox, bu durumu şöyle bir örnekle açıklamıştır. Örneğin rekabet ortamı içerisinde bir ülke diğer ülkeler menşeli şirketleri kendi sınırlarının içerisinde çekebilmek için "Olmadıkça düşük vergi oranları uyguluyorum ya da şirketler üzerine vergi uygulamıyorum, gelin ve bu ülkeye yerleşin" benzeri beyanlarda bulunmaya başlayabilir. Bu durum yüksek seviyede sosyal güvenlik ağına sahip olan ve ülkede yaşayan toplumun en fakir kısmının desteklenmesi için vergi gelirlerine ihtiyaç duyan ülkeler üzerinde kanuni rekabet baskısının oluşmasına neden olabilir. Böylece, A ülkesinin şirketler üzerinde vergi uygulamaması durumunda, B ülkesinin de bu durum ile vergileri düşürmek suretiyle rekabet etmesi gerekmektedir. Böylece halkın en fakir kısmına yardımcı olmak için tesis edilmiş havuzlarda daha az fon toplanır.

Benzer şekilde eğer pazardan pay kapmaya çalışan şirketlerin fiyatları düzenlenmezse, alabileceği temel ihtiyaçları bile çok daha fazlasına temin edebilir. Antit-röst yasaların etkin uygulanması sayesinde benzer ürünlerin üretimini yapan firmaların kartelleşmeye gitmesinin de engellenmesi, aynı etkiyi yapacaktır. Bu noktada önemle vurgulanması gereken nokta bu yasaların diyalektik bir yapıda olduğudur. Bir taraftan kapitalizmin pazar ekonomisi içerisinde şirketlerin var olabilmelerini sağlarken diğer taraftan ise kârı sağlayacak olan tüketicileri güvence altına almaktadır.

Şirketler açısından önemi ise ulusal ve uluslararası pazarlarda pay kapmaya çalışan rakipleri ile rekabeti adil şekilde sürdürmesine izin vermesidir. Kartelleşme,

tüketici olarak nasıl ki sıradan vatandaşların aleyhine bir durum ise benzer şekilde varlığını sürdürmeye çalışan şirketler içinde aleyhte bir durumdur. Büyük şirketlerin kartelleşmeye gitmesi, bu kartelleşme içinde yer alamayan şirketlerin sistem dışına itilmesine neden olacaktır. Uzun vadede düşünüldüğünde bu durum kapitalist sistemin de varlığını tehlikeye sokan bir durumdur. Bu noktada önemle sorulması gereken soru, anti-tröst yasaları gerçek anlamda liberalleşme ile el ele mi yol almaktadır yoksa aynı zamanda sıradan insanları da korumakta mıdır?

Sorulmuş olan sorunun cevabını verebilmek, toplumsal olguların diyalektik yapısıyla doğrudan ilişkilidir. Toplumsal olgulardan bahsederken pür iyi ya da kötü olduğunu söylemek imkânsızdır. Aynı olgunun farklı sosyal ilişki ağları içerisinde farklı etkileri olabileceği gerçeğinden yola çıkarak, rekabet hukukunun da kimi ne kadar koruduğunu söylemek imkânsızdır. Bu konuda söylenebilecek en önemli nokta, toplumsal bir etkinlik alanı olarak üretim ilişkilerinin zaman içinde geçirmiş olduğu değişim, toplumsal hayatı yeniden düzenleyebilecek kanunları gerekli kılmıştır. Rekabet hukuku, ekonomi kurumu içerisinde üretim ve tüketim ilişkilerinin, mevcut süreçte aldığı şekilleri düzenlemekle yükümlüdür. Bu düzenlemeler ise ulusal ve uluslararası arenada gerçekleşen diğer değişkenlerden bağımsız düşünülemez. Bu sebepten bu konuda yapılacak olan analizlere bu özgül koşullar da mutlaka katılmalıdır. Hazırlanmış olan bu çalışmanın, rekabet hukukunun iyi ya da kötü olduğunu sorgulamaktan ziyade rekabet kurallarının işlevi ve küreselleşmenin bir sonucu olarak

ortaya çıkan uluslararası kartelleşmelerle mücadelede ne kadar etkin olduğu ortaya konmaya çalışmak, hukuk, ekonomi, siyaset gibi toplumsal kurumların birbirleri ile olan ilişkilerini sorgulamaktır.

## II. Rekabet Hukukunun Tarihiçesi, Amacı ve Temel Yaptırım Politikaları

### a) Rekabet Hukukunun Tarihiçesi

Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere rekabet hukukuna ilişkin ilk düzenleme ABD’de 1890 yılında gerçekleştirilen (Senatör Sherman tarafından hazırlanıp Kongreye sunulan) Sherman Kanunu’dur. Ancak bu tarihlerden çok daha önce on yedinci yüzyılda İngiltere’de mahkeme kararlarında rekabet hukuku kurallarının tartışıldığı bilinmektedir (Öz, 2008: 45).

*Sherman Kanunu*’nun ilk maddesinde, rekabeti kısıtlayan her türlü kartel anlaşması ve işbirliği, hukuka aykırı sayılıp yasaklanırken, bu davranışlar ayrıca Kanunun 2. maddesinde suç olarak kabul edilmiştir (Aslan, 1999: 70)<sup>1</sup>. *Sherman Kanunu*’nun, daha etkin uygulanmasını sağlamak amacıyla Clayton Kanunu (1914) ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu (1914) çıkarılmıştır (Shenefield ve Stelzer, 2001: 24). Rekabet hukukunun ilk düzenlenme biçimlerine, dikkat edildiğinde sanayileşme hareketinin ilk dönemlerine rastladığı söylenebilir. Kuşkusuz ki bu durum tesadüfî değildir. Sanayileşme ve ona bağlı olarak gelişen ilk uluslararası ve ulusal çaptaki ticari faaliyetlerle birlikte rekabet hukuku da kurumsallaşmaya başlamıştır. Bu durum, hukukun toplumdaki diğer kurumlarla olan ilişkisini ortaya koyar niteliktedir. Bu sebepten ister rekabet hukuku özelinde isterse diğer hukuk alanları açısından düşünül-

1 *Sherman Kanunu*’nda; “Eyaletlerarası ya da ABD ile başka devletlerarası ticareti ve rekabeti sınırlar nitelikte olan, her türlü sözleşme, gizli anlaşma, tröst veya benzeri davranışlar hukuka aykırıdır” ,M.II’de; “Eyaletlerarası ya da ABD ile başka devletlerarası ticaretin bir alanında tekelleşen, tekelleşmeye teşebbüs eden ya da tekelleşmek için başkaları ile sözleşme ya da gizli anlaşma yapan herkes suç işlemiş sayılır” ifadeleri yer almaktadır.

düğünde hukuk, ekonomi ve siyaset gibi diğer kurumlardan bağımsız düşünülemez.

Kartelle mücadele bakımından rekabet hukuku kurallarının, 1960'lı yıllarda Avrupa Birliği'nin kurulması ve rekabet kurallarının "Birlik" çapında ekonomik entegrasyonun sağlanması açısından önemli hale gelmesi, rekabet hukukuna atfedilen önemi artırmıştır. AB rekabet hukukunda, kartelle mücadeleye ilişkin temel düzenlemeler, Avrupa Birliği Anlaşması'nın 81 ile 89. maddeleri arasında yer almaktadır. Madde 81(şimdiki 101), rakipler arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları (kartelleri), 82. Madde (şimdiki 102) ise, hâkim durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır (Ehlermann, 2001: 4).

1990'lardan itibaren, hem küreselleşen piyasaların etkisi, hem de AB rekabet hukuku kurallarıyla uyumlu bir rekabet kanunu yapma ihtiyacı, AB'ye üyelik için müzakereleri yürütmekte olan Türkiye'de rekabet kanununa yönelik çalışmaların yapılmasına sebep olmuştur. Bu çerçevede çıkarılan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesinde rakipler arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların alınması 6. maddesinde, hâkim durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını 7. maddesinde ise bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri yasaklanmıştır ve 16. ve

19. maddelerinde ise bu yasaklara uyulmaması halinde verilecek idarî para cezaları düzenlenmiştir.

### b) Rekabet Hukukunun Amacı

Rekabet hukuku öğretisinde genel olarak, rekabet düzenlemelerinin temel amacının; rekabetin korunması yoluyla ekonomik etkinliğin sağlanması, toplumsal refahın artırılması olduğu ileri sürülmektedir. Rekabet hukukunun tüm amacını, salt ekonomik etkinliğin sağlanmasına indirgeyen görüş yanında<sup>2</sup>, rekabet hukukunun amaçlarının; büyük teşebbüsler karşısında küçük teşebbüsleri korumak, pazara giriş kolaylığı sağlamak, tüketicileri korumak ve adil bir gelir dağılımının sağlanmasına yardımcı olmak vb. olduğunu kabul eden görüşler de mevcuttur<sup>3</sup> (Williamson, 1980: 5-7, Ginsburg, 2005: 427-428).

Rekabet hukukunun ekonomik ve sosyal amaçlarının çatışması halinde, kanun koyucunun rekabet hukukunun hangi amacına öncelik verileceği ise, rekabet politikasına yön veren bu temel görüşler çerçevesinde şekillenmektedir. Rekabet sürecinin korunması fikrinden hareketle oluşturulan rekabet hukuku kuralları, sözü edilen amaçların elde edilmesine yönelik bir araçtır.

### c) Rekabet Hukukunda Yasaklanan Davranışlar ve Temel Yapıtım Politikaları

Rekabet hukuku, piyasada gerçekleştirilebilecek rekabete aykırı üç temel davranışı yasaklamaktadır. Bu yasaklardan ilki, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti en-

2 Bu görüş Posner ve Bork gibi "Chicago Okulu" yazarları tarafından savunulmaktadır.

3 Bu görüş başta Sullivan ve Hovenkamp olmak üzere "Harvard Okulu" yazarları tarafından savunulmaktadır. O. E. Williamson, *Antitrust and Economics: Some Perspectives*. *Antitrust Law and Economics*, (Philadelphia: Dame Publications, Inc., 1980). s.5-7; Douglas H. Ginsburg, "Comparing Antitrust Enforcement in The United States and Europe", *Journal of Competition Law and Economics*, 1(3), (2005), s. 427-428; Gönenç Gürkaynak, *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması* (Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2003), s. 7-8.



gelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası kartel anlaşmalarına yöneliktir (Williamson, 1980: 5-7). Bu yasaklara örnek olarak, rakip teşebbüsler arasında mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının birlikte belirlenmesi, mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ve bu piyasalarda arz ya da talep miktarının kontrolü ve rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi, gösterilebilir.

İkinci yasaklama ise, piyasada hâkim durumdaki teşebbüslerin, hâkim durumlarını kötüye kullanmaları konusundadır.. Hâkim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder (Öz, 2000: 90-91). Hâkim durumu kötüye kullanma sayılabilecek davranışlara örnek olarak; ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, gösterilebilir.

Üçüncü yasak ise, bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri konusundadır.

Rekabet hukuku kurallarının, piyasa oyuncuları tarafından ihlâl edilmesi durumunda ise, ihlâl ve doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılmasına yönelik kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan değişik yaptırımlar öngörülmektedir.

Kamu hukuku yaptırımları, yetkili idarî otoritelerce ihlâlî gerçekleştirilenleri hedef alarak uygulanan yaptırımlardan oluşmaktadır. Bu yaptırımlar arasında, ihlâlî ilişkin geçici tedbirler, ihlâlden önceki durumun tesisi, idarî para cezaları ve hapis cezaları vb. bulunmaktadır (Bülbül, 2006:3).

Diğer yandan, rekabet hukuku kurallarının ihlâlî sonucunda zarar gördüklerini iddia eden kişilerin bu zararlarının tazmini amacıyla bir takım özel hukuk yaptırımları düzenlenmiştir. Bu yaptırımların en önemlileri arasında; rekabet hukuku kurallarına aykırı anlaşma ve kararların geçersizliği ve tazminat sorumluluğu yer almaktadır.

ABD hukuk sisteminde, rekabet ihlâllerine ilişkin kamu hukuku ve özel hukuk yaptırımlarının bir arada uygulanması öngörülmüş olmakla birlikte, tazminat davaları, uygulamada daha çok başvuru alan bir yol haline gelmiştir. Tazminat davalarına gösterilen bu yoğun ilginin oluşmasında, zararın üç katı tazminat istenebilmesinin mümkün olmasının yanında, grup davası açma imkânlarının mevcut olması, davacılara tanınmış olan ispat kolaylıkları vb. zarar görenlerin tazminat davası açmalarını kolaylaştıran, usûl hukukuna ilişkin bir takım düzenlemelerin etkisi de büyüktür.

AB rekabet hukukunda, rekabet ihlâllerine ilişkin temel düzenlemeler Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın (ATA) 81 ile 89. maddeleri arasında yer almaktadır. AB rekabet hukukunda rekabet ihlâlîne ilişkin kamu hukuku yaptırımları, Avrupa Komisyonu ve ulusal rekabet otoritelerince uygulanmaktadır. Bu kurumların vermiş oldukları kararlar, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) ve ulusal mahkemelerce denetlenmektedir. Özel hukuk yaptırımlarına ilişkin düzenlemeler, ulusal hukuklara bırakılmıştır.

Türk rekabet hukukunda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, hem kamu hukuku hem de özel hukuk yaptırımları bir arada düzenlenmiştir. Türk hukukunda, rekabet hukuku kurallarının etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak için, birbirini destekleyen ikili bir yaptırım sistemi benimsenmiştir. Ancak, uygulamada, kamu hukuku yaptırımları, baskın hale gelmiş, zararın üç katı tazminata hükmedilebilmesi imkânı olmasına rağmen, tazminat taleplerine neredeyse hiç başvurulmamıştır.

### **III. Küresel Kartellerle Mücadelede Rekabet Hukukunun Etkinliği**

#### **a- Kartelle Etkin Mücadele İçin Gerekli Olan Kurumsal Yapılar**

Kartellerin ortaya çıkarılabilmesi için, belli özelliklere sahip, kapsamlı yetkilerle donatılmış, yetkin rekabet otoritelerine ihtiyaç vardır. Zira kartel yapılanmaları doğası gereği gizlilik içinde oluşturulacağından, bunların ortaya çıkartılması hukuki, iktisadi ve teknik açıdan yeterli donanıma sahip, özel otoriteler tarafından mümkün olabilmektedir. Bu nedenle rekabet otoritelerinin, bilgi teknolojilerine sahip, kolluk kuvvetleri ile aktif işbirliği içinde olan, bilgi isteme, arama, tanık dinleme, uluslararası işbirliği yapabilme ve ihlaller karşısında her türlü baskıdan uzak bir şekilde gerekli yaptırımları uygulayabilecek yetkilere sahip olmaları şarttır (Kekevi, 2008: 43). Ancak ekonominin ve ticaretin küreselleşmesi sonucu ortaya çıkan büyük sermayeli ve uluslararası yatırımları bulunan şirketlerle mücadelede siyasi desteğin sağlanmasının da önemi büyüktür. Bunun yanı sıra bu otoritelerin siyasi baskı ve yozlaşmadan uzak tutulması da şarttır. Bu durum kendi içinde önemli çelişkileri barındırmaktadır. Siyasi bir baskı sonucunda kartelleşmeye hizmet edebilecek olan bu otoriteler, karşısındaki aktörlerden korunmak için yine siyasi desteğe ihtiyaç duyabilmektedirler.

#### **b- Küresel Kartellere İlişkin Örnek Davalar; Bilgi Teknolojileri ve İlaç Sektörü Kartelleri**

Çalışmanın bu bölümünde küreselleşmenin küresel kartelleri de beraberinde getirdiği gerçeğinden hareketle, uluslararası gizli kartelleşmelerin yoğun olarak yaşandığı iki sektöre ilişkin örnek davalar ele alınacaktır. Bu sektörlerin seçilmesinin ana sebebi ise, ilgili sektörlerin sunmuş olduğu mal ve hizmetlerin dünyanın her yerinde mutlak surette satın alınması ihtiyacının var olmasıdır.

#### **Intel Davası;**

Rekabet hukukuna dair emsal gösterilebilecek önemli bir dava da Intel davasıdır. Avrupa Birliği Komisyon'u, Intel'e, rakiplerini x86 CPU (bir tür işlemci) piyasasından çıkarmak amacıyla hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle 1.060.000.000 Euro para cezası vermiştir. Olayın arka planı şöyle gerçekleşmiştir: Ekim 2002 - Aralık 2007 tarihleri arasında xCPU piyasasında en az % 70 pazar payına hâkim durumda bulunan Intel, bilgisayar üreticilerine, x86 CPU'larının tamamını ya da tamamına yakını kendisinden almaları koşuluyla gizli fiyat indirimleri sunmuştur. Ayrıca önemli bir perakende satıcı olan Media Markt'ada aktif olduğu ülkelerde sadece Intel x86 CPU içeren bilgisayarları satması için doğrudan ödeme yapmıştır. Bunun yanı sıra bilgisayar üreticilerine, rakiplerinin x86 CPU'larını içeren spesifik ürünlerinin piyasaya sunulmasını engellemek ve durdurmak için de para ödemiştir.

Intel'in indirimleri sonucunda hem rakip üreticilerin rekabet edebilirliği ve dolayısıyla hem de tüketiciler için alternatifler azalmıştır. Komisyon bu uygulamaların Intel'in x86 CPU piyasasında hâkim durumunu kötüye kullandığı anlamına geldiğini, rekabeti ve inovasyonu engellediğini belirtmiştir. Komisyon, kararında

indirimlere değil, Intel'in indirimler için sağladığı uygunsuz koşullara karşı çıkmıştır. Bilgisayar üreticileri, x86 CPU tedariki için Intel'e bağlı olduklarından x86 CPU gereksinimlerinin sadece kısıtlı bir bölümü rekabete açılmıştır. Dava sonucunda para cezasının hesaplanmasında ihlalin süresi ve ağırlığı göz önünde bulundurulmuştur. Intel davası, rekabet konusunda doğrudan müdahalenin gözlemlenebileceği bir örnek olması açısından anlamlıdır. Şirket, piyasadaki konumunu tekelleştirmek uğruna diğer şirketlere doğrudan para bile verebilmiştir. Sistem içinde varlığını sürdürülebilmek yine sistemin kendi dinamiklerinden yararlanmayı tercih etmiştir. Bu davada sorgulanması gereken önemli nokta gerçek mağdurların kimler olduğudur. Piyasadaki diğer şirketler mi yoksa tekelleşme sonucunda ürünü alma konusunda tek bir şirketin tekeline giren tüketiciler yani gerçek vatandaşlar mı?

### İlaç Sektörü Davaları;

İnsan hayatını doğrudan ilgilendiren ilaç sektöründe firmalar, kârlılıklarını devam ettirebilmek için devamlı olarak yeni ürünler geliştirmek zorundadır. Bunun gerçekleştirilebilmesi ise büyük miktarda Ar-Ge yatırımı gerektirmektedir. İlaç üreticileri, bu büyük sermaye gereksinimini karşılayabilmek için katlandıkları maliyetleri telafi edebilmek amacıyla patent korumasına ihtiyaç duymaktadır (Hatipoğlu, 2008: 1). Patent koruması bitinceye, yani düşük maliyetli muadil ürünler - jenerik ilaçlar<sup>4</sup>, piyasaya girip orijinal ilaçların pazar paylarının büyük bir bölümünü almaya kadar, orijinal ilaç üreticileri hem maliyetlerini karşılamak hem de yeni Ar-Ge faaliyetlerine girişebilmek için “pazarın kaymağını almak” maksadıyla hareket etmektedirler

(Hatipoğlu, 2008: 1-2) Jeneriklerin pazara girişinin, yapılan düzenlemelerle kolaylaştırılmasına karşın her zaman jenerik rekabeti istenilen seviyede gerçekleşmeyebilmektedir. Jeneriklerin pazara girişini önlemek veya geciktirmek için orijinal ilaç tekeline sahip firmaların rekabet mevzuatı dışındaki kuralları (patent sistemi ve ilaçların ruhsatlandırılması prosedürlerini vb.) sıklıkla suistimal ettikleri görülmektedir (Hatipoğlu, 2008: 48).

İlaç sektörünün bu tekeli yapısı, rekabet otoritelerini, piyasa koşullarında rekabet sürecinin sağlıklı bir şekilde işleyip işlemediğini yakından takip etmek zorunda bırakmaktadır.

AB Komisyonu'nun ilaç sektörüne yönelik aldığı ilk karar olan Astra Zeneca (COMP/A.37.507.F3) kararında, şirketin, ülser tedavisinde kullanılan patentli ilacı Losec'e rakip olan jeneriklerin pazara girişini geciktirerek patent sistemini ve ilaçların piyasaya sürülmesine yönelik prosedürü suistimal ettiğine ve hâkim durumunu kötüye kullanarak AB rekabet kurallarını ihlal ettiğine hükmedilmiştir (Hatipoğlu, 2008: 50). Diğer önemli bir dava, vitamin karteli olma gerekçesiyle verilmiştir. “Hoffman-La Roche”a, AB Komisyonu, vitamin satışlarında yasadışı kartel oluşturmaları nedeniyle sekiz ilaç firmasına toplam 855.22 milyon Euro para cezası vermiştir. Mayıs 1999 tarihinde açılan soruşturma sonucunda, Hoffman-La Roche ve BASF firmalarının öncülüğünde vitamin fiyatlarının belirlenmesi, satış kotaları dağıtılması, fiyat artışı anlaşmaları, ön anlaşmaya dayalı fiyat bildirimleri gibi piyasadaki rekabeti önleyici nitelikte anlaşmalar yapıldığı ortaya çıkarılmıştır. Avrupalı ve Avrupa dışından 13 firmanın dâhil olduğu

4 Jenerik ilaç; “etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasotik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyoesdeğerliği, uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlanmış tıbbi ürünü” ifade etmektedir (Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m. 4).

anlaşmalarda en yüksek cezayı Roche (462 milyon Euro) ve BASF (296 milyon Euro) firmalarının ödeyeceği açıklanmıştır. (www.rekabet.gov.tr/word/7uluslararası.doc)

Jenerik ilaçlar sektöründeki en önemli rekabet kaynaklarından biridir ve bu nedenle bir çok ülke jeneriklerin pazara girişini kolaylaştırabilmek amacıyla izin prosedürlerini kısaltarak, jenerik ürünlerin teşviki için çeşitli düzenlemeler uygulamaktadır (Hatipoğlu, 2008: 57). Türkiye’de ise henüz orijinal veya jenerik ilaçların pazara girişinin, rekabeti ihlal eden davranışlarla engellenip engellenmediğine yönelik herhangi bir çalışma yapılmamıştır. Rekabet Kurumu da Ar-Ge/izin sürecindeki ilaçların pazara girişlerini gerektiğinde takip edebilmelidir. (Hatipoğlu, 2008:).

Türkiye sağlık sektöründe yapılan ihlallere dair örnek gösterilebilecek olan davalar arasında Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche) ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP)’nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı kytril ve setron ihalelerine aynı depo olan Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. (Beşer) ile bu ihalelerin tamamına yakınına katılmalarının rekabetin engellenmesine yol açtığına ve 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle açılan ve 2004 yılında oluşan yıllık net satışlarının takdiren %1’i oranında olmak üzere; Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş.’ye 4.441.583,80 YTL, Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş.’ye 4.225.856,40 YTL, Beşer Ecza Deposu Tic. ve San. Ltd. Şti.’ye 1.504.418,10 YTL idari para cezası verilmesine karar verilen dava emsal gösterilebilir.

Türkiye’de sağlık alanında rekabet ihlaline dair AB ve ABD’deki kadar dava açılmamasının sebepleri arasında rekabet ihalelerinin ve özlük haklarının diğer sektörlerde olduğu gibi çok yeni olması sayılabilir. Ancak böylesi davaların açılmama-

sı, ilaç ve sağlık sektöründe böylesi ihlallerin olmadığı anlamına gelmez. Türkiye’de özellikle bazı ilaçlar, sadece bazı şirketlerin tekelinde olmayı sürdürmektedir. Bu nedenle Rekabet Kurumunun sistemli olarak sektörü denetim altında tutmasında fayda vardır.

### SONUÇ

Günümüzde kapitalizm ve onun örgütlenme biçimlerinin, küreselleşme adı altında ülkeler üstü bir hal alması, devletlerin birbirleriyle, sermayenin ulusal ve uluslararası pazarlarla olan ilişkilerini ve tüm ilişkileri çevreleyen siyasi, hukuksal, toplumsal yapıları derinden etkilemiştir. Bu karmaşık halin anlaşılabilmesi ise, kapitalizmin kendi içinde geçirmiş olduğu evrim süreçlerinin ve özellikle de 1970’lerin sonlarından itibaren tüm dünyada hâkim olmaya başlayan neoliberal politikaların iyi analiz edilebilmesine bağlıdır.

Neoliberal dönemde küreselleşme sürecinde sermaye hareketleri uluslararası hale gelmiş, yabancı sermaye yatırımları tüm dünyada yaygınlaşmıştır. Pazarlardaki yoğun hareketlilik ve aniden değişen talepler karşısında rekabet olgusu hiçbir dönemde olmadığı kadar önemli hale gelmiştir.

Küreselleşme, işletmelerin rekabet ve yatırım politikalarının oluşturulmasını önemli ölçüde etkilemiş ve işletmeler, küresel bir güç haline gelebilmek için ya birleşme yolunu tercih ederek kartelleşme eğilimi göstermişler ya da rakipleri veya tüketicileri zararına işbirliği (kartel anlaşmaları) yaparak kârlılıklarını artırma yoluna gitmişlerdir. Bu bağlamda süreçten hem sistemin her an dışına itilmesi tehlikesi ile karşı karşıya olan şirketlerin hem de sermaye sahiplerinin hem de kartelleşme sonucunda artan fiyatlardan doğrudan etkilenen vatandaşların etkilendiği söylenebilir. Rekabet hukukunun varlık sebebi ise bu mağduriyetleri önleyebilmektir, sebep olanları ise etkin şekilde cezalandırabil-

mektir. Ancak kartel yapılanmaları doğası gereği gizlilik içinde oluşturulduğundan, bunların ortaya çıkartılması ve gerekli yaptırımların uygulanması gittikçe güçleşmektedir. Bunda hem ihlâli araştırarak kurumların yetersizliği hem de uluslararası gizli kartel yapılanmalarının büyük ekonomik ve politik güce sahip olmalarının etkisi büyüktür. Bu sebepten ötürü, rekabet hukuku özelinde de siyaset, ekonomi, hukuk alanlarında işbirliğine gidilmesi şart gözükmektedir.

Rekabet hukukunun tüm dünyada çok daha işlevsel hale gelebilmesi için yapılabilecek bir diğer önemli girişim, tüm insanlık için gerekli olan temel besin maddeleri ve ilaç gibi ürünlerin satışına ilişkin kurulabilecek olan kartelleşmenin üzerine odaklanmasıdır. Böylece daha geniş bir kısmı ilgilendiren bir etkiyi daha fazla oranda minimize edebilir.

Rekabet hukukunun var olma amaçlarını tüm dünyada özellikle de merkez çevre bağlamında ne denli gerçekleştirebildiği ayrı bir tartışma konusudur. Ancak böyle yasaların var olması hem kapitalist sistemin sürekliliğini sağlamak hem de sistem içinde ayrıca tutunmaya çalışan vatandaşlar ve işletmeler açısından güvence niteliğindedir.

## KAYNAKÇA

- Aslan, Yılmaz (1999), *Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi*. Ankara: Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları,
- Bakkalcı, A. Can (2008), *Küreselleşme, Bölgesel Entegrasyonlar, Ülkelerüstü Kurumlar*,
- **Entegrasyon Teorisi ve Avrupa Birliği**, Adana: Nobel Kitapevi
- Bülbül, Aslı. (2006), **Civil Law Claims on the Enforcement of Competition Rules: A Comparative Study of US, EU and Turkish Laws**. Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ODTÜ Avrupa Çalışmaları Enstitüsü
- Ehlermann, ClausDieter (2001), *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*. The Robert Schuman Centre at The European University Institute, **European Competition Law Annual**,
- Ewing, Ky P. (2006), **Competition Rules for The 21st Century**, Second Edition. Netherlands: Kluwer Law International
- Ginsburg, Douglas H..(2005), *Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe*. **Journal of Competition Law and Economics**, 1(3)
- Gürkaynak, Gönenç. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları
- Güzelsarı, S (2008), “Küresel Kapitalizm Ve Devletin Dönüşümü” İstanbul: Sosyal Araştırmalar Vakfı
- **Kazgan, G. (2005). Küreselleşme ve Ulus-Devlet** İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları).
- Kekevi, Gökşin (2008) **ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartelle Mücadele, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları**
- Komninos, Assimakis. (2006), *Public and Private Enforcement in Europe*. **The Competition Law Review, Volume 3, Issue 1**
- Mahçupyan, E.(1997), “Devlet, Liberalizm ve Kapitalizm”, *Doğu Batı*, sayı 1, ss.21-7.
- Mckenzie, Richard (2000), “Microsoft’s “Applications Barrier to Entry” The Missing 70,000
- Programs”, *Policy Analysis, The Independent Review V. 2*
- Öz, Aşçıoğlu Gamze (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. Ankara: Rekabet Kurumu Yayını,
- Öz, Gamze Aşçıoğlu (2008), “Küreselleşme Sürecinde Rekabet Hukuku ve Politikası”, *Kayseri: Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI*
- Shaw, M. (2000), *Theory of the Global State:Globality as an Unfinished Revolution*,

- Cambridge University Press, London, Cambridge Studies in International Relations
- Sherefield, John H., Irwin M. Stelzer (2001), **The Antitrust Laws**, Fourth Edition, Washington D.C.,
- Şahin, Murat. (2004), “Bağımsız İdari Otorite Olarak Kamu İhale Kurumu”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Projesi
- Şenyücel Orçun, Demiröz Ali (2000), Microsoft Davasına Genel Bir Bakış, **Rekabet Dergisi**, Sayı.4 Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları
- Wamser, Frank. (1994), “Enforcement of Antitrust Law: A Comparison of the Legal and Factual Situation in Germany, the EEC and the USA”, Frankfurt
- Williamson, O. E.(1980) Antitrust and Economics: Some Perspectives. **Antitrust Law and Economics, Philadelphia:** Dame Publications, Inc.,
- Hatipoğlu, Cumhuri Atalay (2008) İlaç Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ar-Ge/İzin Sürecindeki İlaçlar Ankara: Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları

# Çin'in Konfüçyüsçülük Kültürü Bağlamında İnsan Hakları Konusunda Sorunlar\*

Lichun TIAN

Çev. Altan HEPER\*\*

## I. Bölüm Giriş

1948'de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile ilkeler halinde formüle edilmiş bir biçimde ve ülke sınırlarını aşan bir geçerlilikle insan hakları idesi ilan edildi ve Batı Avrupa- Amerikan anlayışıyla insan hakları sorununda kamusal meşruiyet için hiç bir şekilde gözden kaçmayacak bir kontrol olanağı ortaya çıktı. Yeni bir sınama alanı olarak insan hakları idesi bağlamında, kalkınan ülkeler, özellikle Çin dikkatleri üzerinde toplamaktadır. Batı dünyasının kültüründe ve tarihinde insan hakları idesi, istikrarlı bir toplumda anayasa hukukunda siyasi bir gerçekliğe dönüşmüş aydınlanmanın siyasi düşünceler tarihinde adım adım ortaya çıkarken, - burada Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu, Paine ve Tocqueville ve çok sayıda düşünürün yön göstericiliğini anımsayalım- buna karşın Çin'de 1911'de Qin-hanedanının yıkılışına kadar devleti taşıyıcı güç olarak hanedanının yükselmesiyle beraber Konfüçyüs düşüncesinin özümlemesi bütün dönemler için belirleyiciydi. Bu tarihi verileri karşılaştırma temelinde şunları tespit edebiliriz; Avrupa'da oldukça uzun bir süre devam eden tarihi gelişmelerin yol açtığı cumhuriyetçi yönetimlerin karşısın-

da, Çin'e tarihi olarak damgasını vurmuş izleri, şimdi etkisini az da gösterse görmek mümkündür. Bu anlamda her iki alemde (Çin'de ve Batı'da) aydınlanma döneminden itibaren Avrupa'yı ve buna karşılık 1911 yılına kadar Konfüçyüsçülüğü insan hakları konusunda karşılaştırmayı arzu ediyorum.

## 1. İnsan Hakları

İnsan hakları idesi yüzyıllar boyunca süren batı dünyasının kültürel gelişiminin sonucudur. Bu kültürel gelişmeye genel olarak dünyanın bu bölgesinde tarihin akışı ve özel olarak farklı biçimlerde ortaya çıkan manevi- kültürel, etik-dinsel, politik ve hukuki cereyanlar damgasını vurmuştur.<sup>1</sup> "İnsan hakları kavramında" devletin müdahale olanaklarına karşı bireysel savunma ve devlet yönetiminin kurucu unsuru olan iktidarın kullanılması evrensel geçerlilik talebiyle birlikte değerlendirilmektedir.<sup>2</sup> Fonksiyonel savunma hakkı olarak münferit insanlar insan haklarının taşıyıcısıdır.<sup>3</sup> Devlet insan haklarının yükümlüsüdür. İnsan haklarının kapsamına bakarsak; yaşam hakkı, genel eylem özgürlüğü, toplanma, örgütlenme, yayım, bilgi edinme, düşünce, vicdan, inanç özgürlükleri ve mülkiyet

\* Almanca orijinal makale „ Die Frage nach den Menschenrechtsvorstellungen im Spiegel der konfuzianischen Kultur Chinas „ başlığını taşımaktadır ve „Ostasiatisches Strafrecht“ ( Doğu Asya Ceza Hukuku yay. E. Hilgendorf , 2010, Tübingen ) adlı kitapta S.163-179'da yayınlanmıştır. Çeviride orijinal metinde bazı kısaltmalar yapılmıştır.Yazar Lichun Tian Heidelberg'de anayasa hukuku doktorası yapmaktadır.

\*\* Avukat Stuttgart ve İstanbul Baroları, Tübingen ve Würzburg Üniversiteleri Öğretim Görevlisi.

1 Klaus Stern, die Idee der Menschen- und Grundrechte, in Handbuch Staatsrecht II, S. 6

2 Hans, Lenk, Menschenrechte oder Menschlichkeitsrechte? in: Traditionelle chinesische Kultur und Menschenrechtsfrage, Paul Gregor, Baden- Baden, S.25

3 Hans, Lenk, agy

hakkı, v.b. görürüz. Bu hakların özünü özgürlüklerin garantisi oluşturur.

## 2. Konfüçyüsçülük

Çin toplumunun manevi dünyası, dikkat çekici bir şekilde sürekli gelişme biçiminde tarihsel olarak oluşmuştur. Belirleyici olan son tahlilde geleneklere bağlı, konfüçyüsçü düşüncenin inanç ilkeleri, ve Konfüçyüs'dan kaynaklanan felsefi etik idi. Konfüçyüs'un (M.Ö 551–M.Ö 479) etiği, çatışma halinde olan imparatorluklar döneminde sıkça ve çok sayıda bilgin tarafından inceleme ve yorumlama konusunu oluşturmuştur. Konfüçyüsçü etiğin merkezinde bir ahlaki dürüst yaşam sürmenin dünyevi ve pratik bir hedef haline getirilmesi bulunur. Batıcı Han hanedanlığının iktidarını pekiştirmesi süreci içinde, İmparator Wu Di (M.Ö 140- 86) yönetiminde konfüçyüsçülük devlet doktrini haline getirildi. Çin İmparatorluğu ve konfüçyüsçülük arasında kurumsal benzerlikler başladı ve bu benzerlikler 20.yüzyılın başına kadar çeşitli biçimlerde sürdü. Konfüçyüsçülük bunun yanında ritüel unsurlar içerir, bu unsurlar dini bağlılıkları düşündürmektedir ve göğü, ataları, ecdadı ve Konfüçyüs kültürünü referans olarak almaktadır. Bu ritüeller Çinlilerin günlük yaşamlarında etkilerini gösterir.

## II. Bölüm İnsan Hakları İdesi Bakımından Farklılık Unsurları

Kültür vatandaşın devletle ilişkisini de kapsadığı için, insan hakları sorunu ve insan haklarının korunması bir kültürün bütününe değerlendirilmesi sorununa bağlıdır. İnsanın doğası üzerinde düşünceler, etik, hukuk ve toplum, devlet, egemenliğin sınırlanması insan haklarıyla ilişkiyi içerir. Bunu takiben aşağıda her iki dünyada (Bati

ve Çin) insan hakları ideisi bakımından farklılık unsurlarının tespitinde, karşılaştırmanın temellerini içeren bakış açılarına vurgulama yapılacaktır.

### 1. İnsan İmajı: Akla yetenekli birey; toplumsal varlık/ personalizm

a) Batı geleneğinin insan imajı soyut, hep aynı kalan, doğanın veya tanrının neden olduğu düşünce dünyasından çıkartılır.<sup>4</sup> Yeni çağın kavramlarının ortaya çıkışı ile birlikte, birey ve bireycilikle, insanın akla yetenekli olduğuna inanılan subje olarak özgürlük ve irade sahibi olabilme yeteneğine, kendisinin belirlediği fiilinin dinamiğine ve gücüne sahip olduğu, hatta kendi kendine hayran olabilme gücüne sahip olduğu varsayılmaktadır. Ama tayin edici unsur özgürleşme iradesidir.<sup>5</sup> Özgürlük düşüncesi ilave olarak eşitlik düşüncesine bağlandığı için, dengeleme formülü, sadece eşitlik içinde özgürlük biçiminde ifade edilebilirdi. Bu bakış açısı insanları içgüdülerine bağlı diğer canlı yaratıklardan ayırmaktadır ve bu biçimde insan onuru olarak onuru ortaya çıkartmaktadır. İnsan onuru düşüncesi aynı zamanda insan haklarına yönelik geliştirilmiş projeler, konseptler için geçerlilik sebebi ve geçerlilik ölçüsüdür.

b) Çin'in geleneksel insan imajında insan esas olarak toplumsal varlık olarak görülür. Konfüçyüsçü Menzius'un (M.Ö 372-281) açıklamalarına göre insan ve hayvan birbirinden çok az ayrılır, bir insan imajı ancak, insanlararası ilişkilerde ve insanların sosyal yaşamı içerisinde ortaya çıkar.<sup>6</sup> Bu imajda teorik açıklamalar ve dinin ön şekillendirmeleri önemli bir rol oynamaz. İnsanlar arası ağin belirleyici noktasını çocuk- ebeveyn ilişkisi ile aile belirler. Aile-

4 Sven-Uwe Müller, *Konseptionen der Menschenrechte im China des 20. Jahrhunderts*, Institut für Asienkunde, Hamburg, 1997

5 Norbert Brieskorn, *Menschenrechte- Eine historisch- philosophische Grundlegung*, Stuttgart, 1997

6 Mengzi, Mengzi, Lilouxia



de hüküm süren doğal hiyerarşik ilişkiler toplumsal düzene aktarılmaktadır. Sevgi dolu ebeveyn sorumluluğunun karşısında çocuğa özgü itaat yer alır. Bunun bir benzerini toplumsal seviyede egemen ve halk arasındaki ilişkide görmekteyiz.

İnsan onuru insana özgü, insanın doğasından gelen doğal olarak devredilemez bir özellik taşımaz, bunun yerine insan onuru sosyal yeterliliklerle açıklanır. Sosyal yeterlilik ancak kişinin toplumun bir parçası olarak elde ettiği tecrübelerle kazanılır. Burada beş temel fazilet, insan sevgisi, doğruluk, ahlakilik, bilgelik ve sadakat rol oynar.<sup>7</sup> Bu temel erdemler de kişinin toplum içinde yer almasıyla kazanılır.

## 2. Hukuki Düşünceler: Doğal hukuk ve yasa ayrımı; asli Li ve ikincil Fa

a) Batı dünyası geleneğine hakim olan düşünce, insan tarafından vazedilen pozitif yasa ve pozitif üstü doğa yasasının farklılığı insanın doğuştan devlet öncesi haklara sahip olması konseptinin en önemli koşuludur. Bu konseptin temelleri üzerinde insanın onuru kavramının ana hatları oluşur.

Bunun dışında yasa ve hukuku oluşturma, özgürlük ve eşitliğin birbirini tamamlamasında istikrar yaratan bir fonksiyonu üstlenir. Yasa subjektif ve inter-subjektif doğruluğun karşılıklı birbirini etkilemesinde arabulucu, çözüm arayıcı, ikna edici çalışmanın sonucu olarak görülür.<sup>8</sup> Yasa tarafından korunan en üstte yer alan hukuki değer yaşamın dokunulmazlığı hakkıyla, özgürlük hakkı, onurun korunması hakkıyla, bireysel değerlerdir. Öte yandan toplumsal hukuki değerler devletin beka-

ası, kendini göstermesi, devlet yönetimin düzgünlüğü, ailenin kurumlaşması, toplumun güvence altına alınmasının tehlikeye düşmesi genellikle ikinci sıraya düşmektedir.<sup>9</sup> Hukuk uğruna savaş hukukun kaslarını gerer; hukuk böylece “daha güçlü” ve “daha geçerli” olmaktadır<sup>10</sup>

b) Konfüçyüsçü anlayışa uygun olan “yasayla yönetim” (Fa) değil, “teamül ve moral ile yönetim” (Li) dir.<sup>11</sup> Toplum örnek bir biçimde davranan memurlar zümresinin omuzları üzerinde durmaktadır. “Li ile yönetim” bütün yaşam alanlarında geleneklerin kabul görmesi ve uygulanmasını şart koşar. Buna göre esas olarak kurallara uymanın önleyici bir sistemi ve kendini eğitmenin yolları burada söz konusu olmaktadır. Bu sistemi “içsel kontrol” en iyi açıklar. Yasalar (fa) genellikle ceza ve idare hukuku normlarıydı ve hükümler için çekindirici, caydırıcı bir araç rolü oynuyordu, böylelikle yasalar gereksiz olmıyordu. Fa Yasası hiç bir zaman tek başına ve diğer kurallardan ayrı bağımsız bir düzenleme aracı olmadı. Li ve Fa beraber toplumun hiyerarşik yapısının devam etmesi anlamında beraber etkisini göstermekteydi. Asıl “hukuki değer” düzenin ideali olarak görülüyordu ve bu da uyum, hiyerarşi, düzenleme, ritüellere ve sadakate dayanıyordu. Genel kabul gören normlar içinde kadın ve erkek arasındaki, egemen ve tebaa ve genç ile yaşlı arasındaki temel eşitsizlik yer alıyordu.<sup>12</sup> Geleneksel Çin “hukuk düzeninin” karakterini bugünkü dile aktarırsak hukuk ve ahlak, ceza hukuku ve özel hukuk arasında, yasa koyucunun, yargıcın ve idarenin gücü arasındaki büyük ölçü-

7 Yihong Mao, *Recht und Wert-Menschenrechte und die traditionelle konfuzianische Kultur in: Walter Schweidler, Menschenrechte und Gemeinsinn- westlicher und östlicher Weg?*, Sankt Augustin, 1998

8 Oskar Weggel, *Chinenische Rechtsgeschichte*, Köln, 1980, S. 225

9 Oskar Weggel, *agy*.

10 Oskar Weggel, *agy*.

11 Brunhild Staiger, Stefan Friedrich, Hans- Wilm Schütte, *Das grosse China Lexikon*, Darmstadt, 2008, S. 606

12 Oskar Weggel, *agy*, S. 224

deki belirsizlik, farksızlık oluştuyordu. Ne bağımsız kendine özgü bir hukukçular zümresi, ve buna bağlı olarak ne de hukuk bilimi vardı<sup>13</sup>.

### 3. Toplum konsepti: Toplumun iyiliği konusunda çıkar; kişisel menfaat ve uyum arasındaki zıtlık

a) Endüstriyel devrimin başlaması ile bireyselleşmenin tabii bir olgu olması süreci başladı. Bir münferit insan, kendi varlık koşulları elverdiği ölçüde, sadece menfaatleri doğrultusunda hareket eden, bireysel faydayı azami ölçüde gerçekleştirmeye yönelik piyasa katılımcısıydı. Bireysel çıkarlar toplum tarafından bir takım edimleri yerine getirme, bir şeyleri başarma olarak anlaşıldı ve saygıyla karşılandı. Bir çok çıkarın birlikte etkisini göstermesi toplumun bazı kesimlerini refahın gözle görülebilir yükselişi hedefine götürdü.<sup>14</sup> Toplumsal tarih açısından köklü değişiklikler devletin meşruiyet temellerini etkilemeden gerçekleşmezdi. Uzun süren bir uyum ve yeni hedeflere yönelme süreci içinde, devleti taşıyıcı araç gelişme gösterdi ve bu araçla meşru çıkarların savunulabilmesinin, icrasının hukuki temeli sağlanabildi.<sup>15</sup>

b) Klasik Çince batı dünyasınca içeriğine damgası vurulan "menfaat" kelimesi semantik olarak bulunmamaktadır. Bunun yerine "li" kelimesi (Çince ahlak anlamına gelen kelimedenden farklı telaffuz edilir) toplumsal olarak zararlı, egoist yönelimli kendi menfaatini düşünen anlamında kullanılmaktaydı.<sup>16</sup>

### 4. Devlet Anlayışları: liberal hukuk devleti; eğitici devletin paternalist refah düzeni

a) Sözleşme teorisine göre devlet gücü bir araya gelen ve bireylerin vazgeçtikleri bireysel hakların öz be öz kendisidir.<sup>17</sup> Devlet bireylerin çatışmaları önleme, çıkarların denkleştirilmesi, ve hukukun korunması amacıyla bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları bir araçtır.<sup>18</sup> Bireysel özgürlüğün korunması devletin en önünde gelen görevidir. Devlet gücü, güçler ayrılığı, kamusal eylemin önceden bilebilirliği, temel hakların minimum korunması ve güvenliği sağlayıcı mekanizmalarla bağlıdır.

b) Çin'in paternalist refah düzeni anlayışı en açık bir şekilde Minben düşüncesinde kendisini gösterir: "Sadece halk devletin temelini oluşturur; bu temel sağlamsa, devlette barış hüküm sürer".<sup>19</sup> Hükümran, göğün temsilcisi ve "göğün oğlu" (tian zi) olarak adlandırılır ve çevresindeki insanları örnek olmayla ve iyiliklerle etkilemelidir. Hükümran "ahlakiliğin ve doğruluğun" görevlisi olarak, devlette iç ve dış barışı sürdürme yükümlüsüdür. Ahlaki otonomi temelinde ve imparatorun üstünde bir yer tutan değer li'yi korumak için, konfüçyüsçü memur, egemenin yanlış davranışı karşısında itirazını ileri sürebilirdi. Halk devletin temelini oluşturur ve egemenliğin sosyal yardımının nesnesini teşkil eder.<sup>20</sup> Çin devleti bazen bu nedenle "evrensel eğitim devleti" olarak adlandırılmıştır.

13 Oskar Weggel, *age*, S. 219

14 *krş. Adam Smith*

15 Swen-Uwe Müller, S. 31

16 Swen-Uwe Müller, *age*, S. 32

17 Johannes Gierke, *Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorie*, Alen 1958, S. 105

18 Swen-Uwe Müller, *age*, S. 36

19 *Chinesische Klinik*, Bd. 3 (Shujing), Kap. 8, S.

20 158 Swen-Uwe Müller, *age*, S. 41

### **5. Devletin meşruiyet ilkesi: Halkın egemenliği ve insan hakları; toprağa bağlı halkın çıkarı, göğün vekaleti ve kültür/ li üzerinde denetim**

a) Batının halk egemenliği teorisi ile halk devlet gücünün egemen taşıyıcısıdır. Bir devletin anayasası halkın anayasa koyucu gücüne dayanır. Egemenin seçimi bizzat halkın özgürce onu belirlemesine bırakılmıştır. Devletin insan haklarının korunmasını güvence altına alması görevini yerine getirmesi veya getirmemesi, devletin meşruiyeti için bir test niteliği taşır.

b) Halkın dünyevi refahının devletin meşruiyet temeli olması, aynı şekilde Min-Ben düşüncesinden çıkartılabilir. Xunzi bu konuda şu tespiti yapmaktadır: “Bir egemene iktidarın göksel teslim edilmesinin amacı halkın refahıdır.<sup>21</sup> Konfüçyüsçülük Han hanedanlığı döneminde “doğru gelenek (zheng tong)” olarak kendini kabul ettirmişti ve bu gelişme ile kültürel meşruiyetin hükümdarlara devredilmesinde bir ilişki bulunmaktadır.<sup>22</sup> (28) .

### **6. Egemenliğin sınırlanması: Güçler ayrılığı; göğün vekaleti, direnme hakkı ve memurların itiraz hakkı**

a) Güçler ayrılığı konsepti kamu gücünün iktidarın sınırlanması ve yasa önünde eşitlik ve özgürlüğün güvence altına alınması için bir çok devlet organına dağıtılmasına dayanır. Anlamli bir özdeyiş olan “iktidar yiyiciliğe ve mutlak iktidar mutlak yiyiciliğe götürür” sözü bu bağlamda önem taşır.

b) Çin’de egemenlerin keyfilığının sınırlanması daha çok kozmolojik/ahlaki düzeyde, daha az siyasi-kurumsal düzeyde gerçekleşmiştir. Bir hükümdar iktidarı

kötüye kullandığında, göğün vekaletini kaybetmiş oluyordu ve bunun neticesi harmonik düzeni ve li`ye uygun durumu tekrar kurabilmek için halk direnme hakkına sahip oluyordu. Ahlaki bakımdan itiraz bir memurun yükümlülüğüydü ve bu yükümlülük özellikle yöneticinin tiranlığına ve iktidarı kötüye kullanmasına karşı yöneltiliyordu. Yaşamını kaybetme tehlikesine karşın bunu yapabilecek karakterde memurlar vardı.

### **III. Bölüm. Dünyanın iki kısmında insan hakları idesi konusunda farklılıklara analitik yaklaşım**

Aşağıdaki karşılaştırmada, batılı anlamda insan hakları kavramının, iki bin yıldan fazla bir zaman dilimi içinde oldukça yeknesak bir akışı olan Çin kültürünün tarihinde Batıyla mukayese yapıldığında, sürekli bir uygun, eşleşebilecek, çakışacak anolojilerin bulunmadığı görülmektedir. Meşhur “yol hedeftir”<sup>23</sup> sözünün değişik bir denemesi ve ifadesi olarak “her toplum kendi yolunda kendi hedefine yönelir” formülünü kullanabiliriz. Aşağıda insan hakları idesi ile ilgili olarak her iki kültürde farklılık unsurlarını ortaya koymak için tarihi itici güçleri göstermeye çalışacağız.

#### **1. Dinsel etkenler: Hristiyan monoteizmi; dini hoşgörülü akla yönelik etik**

a) Batı dünyasının düşünce dünyasında Tanrı her şeyi, göğü, yeri, insanı v.b bir yaratılış eylemiyle yarattı. Yaratılışdan sonra dünyada otorite birbiriyle çatışan iktidar merkezlerine bölündü: bu dünyada hükümdarlık (imparatorluklar, krallıklar, prenslikler v.b) ve öbür dünyada yer alan mübarek imparatorluğun temsilciliği (Roma’daki

<sup>21</sup> Xunzi, Xunzi, Da Lue

<sup>22</sup> Jiang qin, Zhengzhi Zhexue ( Politischer Konfuzianismus ), Peiking, 2004, S. 202

<sup>23</sup> Johannes Schwerdtfeger, Die Menschenrechte im Rahmen der Moderne und ihrer Krise. Sozialwissenschaftliche Aspekte in: Hans-Richard Reuter, Ethik der Menschenrechte-Zum Streit um die Universalitaet einer Idee, Tübingen, 1999

Papalık ve bir kurum olarak kilise) yer alıyordu. Kurumsal hükümlerinin meşruiyeti kilise tarafından teyid edilmek zorundaydı. Kilisenin baskısı çok büyüktü. Bu nedenle burjuvazi din ve düşünce özgürlüğü konusunda çok ısrarcıydı. Reformasyon hareketleri hem başlangıçta hem de gelecekte de etkisini gösterecek şekilde kilisenin iktidarını kırdı. Dinsel inanç münferit insanların isteğine, seçimine bırakıldı.

Bundan sonra insan hakları hümanist bir biçimde kendini yenileyen ilahiyatta kolektif bir bilinç altı düşüncesinde Tanrının temsilcisi olarak kendini gösterdi. Ayrıca insan hakları hristiyanlığın damgasını vurduğu batı kültürünün var oluş garantisi oldu. Kişi, değerler, gelenekler, din ve siyasi meşruiyet konusundaki fikirler burada birbiriyle çok yakın bağlantılı bir hale geldi<sup>24</sup>. Bu bağlamda insan haklarının gerçekleşmesi için girişimler, eskiden hristiyan misyonerlerin dünya çapında batı dünyasının sömürgeci güçlerin, politik, ekonomik, kültürel hakimiyetin güçlendirilmesi için inançları kendilerini haklı çıkarmak amacıyla kullanmalarını ifşa etmektedir.

b) Konfüçyüschülükde kozmolojik temel ilkeler, theizm, theopantezizm arasındaki bağlayıcı formül “kozmetik yol”, dao’dur; bu öğreti ana hatlarıyla beşeri davranışın dao’ya uymasına dikkat çeker, yani mikro ve makro kozmosun güçlerinin kendilerini “yang” ve “yin” olarak göstermesi olan edebi uyumun insanlar tarafından tekrar tekrar teyid edilmesidir. Herşey, bütün bir düşünce dünyası ve tezahürler dünyası ikili bir ayrıma tabi tutulur. Yang tüm aktif, canlı, yaratıcı, parlayan, dışsal ve erkeksel olanlara uyar, yin ise tüm pasif, gizli, saklı arka planda kalmış, içsel ve dişi olanlara uyar. Yin ve yan birbirini tamam-

lar ve bunun dışında yang Çin kültüründe temel bir kuvvet olan yin karşısında aşık bir biçimde öncelik niteliğine sahiptir. Bu niteliğiyle dünya düzeni ve toplumsal düzen –beş beşeri ilişki içerisinde (baba-oğul, imparator ve tebaa) v.b – hiyerarşik Yin-Yan düzeni olarak görülüyordu. Bu hukuki anlayış içerisinde ahlaklılık (li) yang olarak, buna karşılık yasa (fa) yin olarak ortaya çıkıyordu.

Fakat Çin’in “dinsel” gerçekliği Batı Avrupalının damgasını vurduğu din kavramından farklıdır. Konfüçyüschülük dünyanın anlaşılması, gizemden kurtulması için bir programdır. Konfüçyüschülükde vahiy ve şifa hikayeleri, herşeye kadir tek bir tanrıya dua bulunmaz. Fakat Konfüçyüschülük göğe kurban verme, ecdatları anma, ve Konfüçyus kültü gibi dinsel unsurları içerir.<sup>25</sup> Konfüçyüschülük yabancı Tanrı kültlerine karşı hoşgörülüydü ve dini konularda büyük ölçüde toleranslı davrandı. Budizm ve taoizm yaygın olarak hüküm sürdü. Güneyli Song hanedanından İmparator Xiazong (1163-1189) şu tespiti yapmıştı: “ Budizm ruh için, taoizm vucut için, ve konfüçyüschülük toplum için yetkilidir.”<sup>26</sup> O dönemin Çinlileri bazen hiç bir çelişki olmaksızın aynı anda, konfüçyüschü, taoist ve budist olabiliyordu. Bu nedenlerle Çin tarihinde uzun bir dönem sürekli olarak insanların ruhsal dünyalarına devamlı bir baskı görülmemiştir. Bu nedenlerle Çinlilerin dini inançlar ve özgürlükler konusunda dünyevi rejimlerin, egemenlerin keyfiliklerinden kurtuluşu, özgürleştirilmesi söz konusu olmamıştır.

24 Haimo Schulz Meinen, *Die Staatsreligion- Menschenrechte kontra Naturschutz, Marburg, 2000T*

25 2000 Tilman Spengler, *Ein jeder an seinem Platz in die Zeit, 01.03. 2007, Nr. 10*

26 Liu Mi, *San jia ping xin lun (the equality by assessment of the three teaching) in: Tashio Daizokyo, Bd. 52, Shanghai, S. 781*

## 2. Sosyal ve ekonomik nedenler: Şehirsel, endüstriyel ve piyasa ekonomisi toplumu

a) İnsan hakları talebinin içinde doğduğu batı toplumu esas olarak bir kentsel, sınıai ve piyasa ekonomisine yönelik toplumdur. Şehirleşme süreci ticari ilişkilerin gelişmesini etkiledi, iç piyasada ticari ilişkiler ve yeni üretim ilişkileri burjuvazinin sınıf olarak yükselmesinde olumlu rol oynadı. Çok sayıda yabancı şehirlerin çevresinde yaşamaya başlamıştı. Devlet hukuk devletiyle, insan hakları idesi temelinde gittikçe yoğunlaşan birlikte yaşamadan doğan problemleri çözmede<sup>27</sup>, kendi vatandaşlarını, şehrin esas sakinlerini yabancı mukimlere karşı, yazılı olmayan, kuşaktan kuşağa aktarılan kuralları sağlayabildiğinden çok daha iyi koruyabiliyordu. Sömürgecilik dönemi ve bu dönemde görülen batının gücünü yayması ve global kültür ile birlikte insanların o dönemde yaşadığı topraklar üzerinde nerdeyse sınırsız hakimiyet hakkı ve bu bölgelerdeki doğal kaynaklara sınırsız hakimiyet birlikte ortaya çıkıyordu. Batı dünyasının 20. Yüzyıl boyunca ulaşabildiği sınırlara büyük ölçüde geri çekilmesine rağmen, bu tarihi temelde belirli bir hayat standartını yakaladığını ve bu standart, dünyanın geri kalan kısmındaki standartlarla karşılaştırılmasının olanaksız olduğunu tespit edebiliriz. Batıda ki yaşam herhangi bir şekilde hayatta kalma problemine dönüşmediği için, refah içindeki burjuvazi, vatandaş haklarına ve siyasi ve demokratik katılıma kendini verebilecek yeteneğe sahip olacaktır.

b) Konfüçyüsçü toplum esas olarak bir tarım toplumunda ortaya çıkmıştı. Bu toplumda en yukarıda en üst sınıf (imparator ve onun memurları) yer alıyordu, bundan sonra doğrudan doğruya alt sınıflar (toprak sahipleri, köylüler, ve çok sayıda küçük

köylüler) geliyordu. Böylece orta sınıf, yani “burjuvazi” bulunmuyordu, zaten böyle bir burjuvazi geleneksel Çin’de çok zor ortaya çıkabilirdi. Buna göre eskiden bugünün modern dil kullanımını anlamında bir “toplum” yoktu, buna karşın daha ziyade belli tek bir “toplum” ve bunun refahı söz konusuydu. Bir insanın statüsünü bir burjuva sınıfına mensubiyet ve buna bağlı olarak iktisadi menfaatlerinin sujesi olarak toplumsal pozisyonu belirlemiyordu. Bir insanın statüsünü aile birliği, kan akrabalığının türü belirliyordu. Aile, çocukların sığınağı olarak ve tarımsal üretim birimi olarak eski Çin’de toplumun temelini oluşturuyordu. Eskiden çok sayıda, küçük ve dış dünyadan kopmuş mezzalar, köyler vardı, bu yerleşim yerlerinde alt yapının bulunmayışı nedeniyle insanlar neredeyse hiçbir yabancı yüzü görmüyorlardı. Hareketlilik ve buluşmalar sadece birbirini tanıyanlar, arkadaşlar ve akrabalar arasında oluyordu.<sup>28</sup> Tanıdıkların oluşturduğu bir toplumda insanlar yükümlülüklerin yönlendirdiği bir yaşam tarzı sürdürürler ve uyuma önem verirler. İmparator küçük köylülerin yaşam tarzını övmüş, ticaretin ağır bastığı ekonomik yaşam tarzını kötü olarak değerlendirmiştir. Sistem yaşam tarzı konusunda tarım ve ticaretle ilgili olarak temel ekonomik süreç (ben) ile marjinal ekonomik süreç (mo) arasında ayırım yapıyordu, bu ayırımın nedeni köylülülerin mümkün olduğu ölçüde fazla tarımsal ürün elde etmesini sağlamaktı. Buna rağmen ürün rekoltesi Çin halkını tatmin etmek için yeterli gelmiyordu. Eski Çin’de hayat standardı oldukça düşüktü ve hayatta kalabilme mücadelesi ön plandaydı. Halkın refahının geleneksel Çin’de tayin edici bir öncelik taşıması ve devlet yönetiminin meşruiyet temelini halkın refahına bağlı olması bu nedenlerle anlaşılabilir.

27 Norbert Brieskorn, *Menschenrechte-Eine historisch-philosophische Grundlegung*, Stuttgart, 1997

28 Fei, Xiaotong, *Xiangtu Zhongguo, (Das laendische China)*, Jiangsu, 2007, S. 26

### 3. Siyasi nedenler: Burjuvazi ve demokratik hak talepleri; Konfüçyüsçü seçkinler ve memurluk sınavı

a) Batıda yakın çağda siyasi süreç feodal ara güçlerin tasfiye edilmesiyle ve mutlakiyetçilikte yeknesak bir devlet gücünün kendini kabul ettirmesiyle ilerledi. Devletin vatandaşı artan bir biçimde devlet gücü ile karşı karşıya geldi. Sözleşme teorisinin sonuçları olarak halk egemenliği, demokrasi ve son olarak insan haklarının korunması ortaya çıktı. Devlet artık kilise ile uzlaşmaya dayanmıyordu ve bundan sonra kendi sorumluluğu içinde hukuk uygulama sistemini kurumsallaştırabiliyordu ve bu sistem devlet içinde faaliyet gösteren insanların refahına uygundu. Buradan savunma hakları doğdu, bu haklar içinde örneğin düşünce özgürlüğü prensibi ve din özgürlüğü prensibi sayılabilir. Hukuk konusunda devletin eylemleri artan bir biçimde devletin kendisinin meşruiyet temelini oluşturmaktaydı. Bu tarihi perspektif içinde eski Amerikan sömürgelerinin “Virginia Bill of Rights” ile bir yandan ilk kez insan haklarını anayasa mertebesine çıkarmalarını, bir yandan da bu süreç içerisinde ülkelerinin yerlilerini ve siyah köleleri sömürmelerinde, insan haklarını ilke edinmelerine rağmen, bir tuhaflik görmediklerini belirtmek gerekir.<sup>28a</sup> Aynı şekilde 1789 Fransız devrimin çerçevesinde insan ve yurttaş hakları ilan edildi. Kendini kabul ettirmeye çalışan yeni cumhuriyet rejimi bir kaç yıldan az bir süre içerisinde terörün egemenliğine dönüştü. Ancak ikinci dünya savaşı sırasında korkunç canilikler ve olaylar insan hakları idesinin kararlı bir biçimde tekrar hayata geçirilmesine yol açtı.

b) “Kişinin egemenliği” Konfüçyüsçülüğün siyasi egemenlik prensibidir. Bu prensipdeki temel düşünce; içsel bilgelilik, dışsal krallık (nei shenwaiwang) veya bilgelerin egemenliğidir (shen ren zhi zhi)<sup>29</sup>. Devletin memur sınavları imparatorluk ve halk arasındaki çelişkiyi statü hareketliliğiyle azaltmaktaydı. Bunun anlamı prensip olarak erkek konfüçyüsçü bilge kişilerin devlet içindeki iktidarın kullanılmasına katılmaktan başka bir şanslarının olmamasıydı. Bu nedendir ki, halkın siyasi katılım yönünde bir talebinin (demokrasi) olmayışı anlaşılabilir. Devlet işlerine siyasi katılma şartı insanın konfüçyüsçülük ilkelerine tamamen ve mükemmel bir şekilde vakfetmesine bağlıydı. Batıda vatandaşın önceleri siyasi katılımı önlediği için, vatandaşlar içindeki seçkinler ağırlıklı olarak kendilerini ekonomik faaliyetlere vermek zorunda kaldılar. Sonuç olarak buradan mali bakımdan güçlü bir burjuvazi ortaya çıktı ve burjuvazinin devlet işlerine siyasi olarak katılma talebinin önüne geçilemez oldu<sup>30</sup>. Fakat eski Çin’de kamu gücü sadece ilçe seviyesine kadar ulaşabiliyordu. Devlet, düzeni sağlama görevini polis yardımı ile sağlıyordu ve polis sayısı toplam nüfusun sadece yüzde 0.005’e tekabül ediyordu<sup>31</sup>. Daha aşağı düzeyde şekli olarak devletin esamesi okunmuyordu, egemenlik orada yerleşmiş ataerkil ailelerin, kabilelerin ve köy cemaatinin eğitici etkisine herşeyi bırakmıştı. Çin’de eski rejim güç ve idareyi her tarafta sürdürmüyordu.

### 4. Temel teşkil edenler: Çatışma kültürü; uyumlunun kültürü

a) İnsan hakları idesi Batıda toplumda kök salmış çatışma kültüründen doğmuş-

28a Karl-Heinz Pohl, *Zwischen Universalismus und Relativismus-Menschenrechte und interkultureller Dialog mit China*, in: *MUT, Forum für Kultur, Politik und Geschichte*, 2/1999, S. 1999, S. 56- 73

29 Xia, Yong, *Zhongguo Zhexue (Chinesische Philosophische über Volksrechte)*, Beijing, 2004, S. 152)

30 Xia Yong, *Zhongguo Lidai Zhengzhi Deshi (Gewinn und Verlust der chinesischen Politik in der aufeinanderfolgenden Dynastien)*, Beijing, 2001, S. 221

tur. Kurum olarak kilisenin çevresinde çatışmalar, devletin çıkarları ve devlet gücü uğruna çatışmalar, zümrüler arası çatışmalar, burjuva sınıfları arasında çatışmalar, organize olmamış küçük burjuvazi içindeki çatışmalar ve çalışan sınıfların ordusu konusunda çatışmalar oluyordu. Çatışma nötral bir olgu olarak görüldüğünde, bu toplumsal güçlerin birbirleriyle dinamik bağlantılarının bulunması gerekir. Bu bağlantılar nedeniyle, toplumsal beraberlik sürecinde daha fazla adalet ortaya çıkmaktadır.

b) Kendini geleneklere bağlılıkla yükümlü gören eski Çin’de insan ve toplum, tanrı ve doğa, pozitivism ve pozitivism üstü, yasa normu ve doğal hukuk arasında gergin bir ilişki bulunmamaktaydı. Böyle bir gergin ilişkinin yerine, bütün katılımcılar görevlerini yerine getirmek amacıyla ve yükümlülüklerle bağlı olarak, en yüksek toplumsal ideal, uyum yönünde çaba gösterirlerdi. Şüphesiz bu uyum ideali Çin tarihinin akışında bütün kötü olayların üstünü örtmek için yeterli olamaz. Geleneksel Çin toplumunun ritüelleşmesi ve dünyanın batısında yasayla yönetme, temelden farklı anlayışları ortaya koymaktadır. Yasalar ihtiyaç olduğunda değiştirilebilir, buna karşılık ahlaka yön verici nitelikteki toplumsal normların değişmesi binlerce yıllık bir süreci kapsar. Yasanın, ilgisini sadece belirli dar bir eylem bağlamında bağlayıcılığı vardır, buna karşılık pozitif üstü ahlak binlerce defa, binlerce bağlamda eylemler yapan insan üzerinde etkilidir. Hayatta kalma yeteneği açısından, tarih sahnesinde kalma bakımından, Çin’in geleneksel toplumsal sistemi insanlık tarihinin en başarılı

toplumsal düzenidir. Bunun için yapılan ödeme kuşkusuz yabancı etkisiyle gelen neredeyse bütün yeniliklere kayıtsız kalma ve baskı altına almaktır. Bu etkiler hakim düzenin sürmesini imkansız kılabilirdi.<sup>32</sup>

#### IV. Bölüm Sonuç: Günümüze kısa bir bakış

Çin kendine yeterli, tek başına, dışarıya kapalı Konfüçyüs uygarlığıyla 2000 yılın üzerinde bir süre içinde tarihi dönemini devam ettirmiş, yanılmadan tekrarlamıştır, buna karşın Batı endüstri devrimleri, bilimsel ilerlemeyle tarihi çizgisini dinamik olarak ve hedefe yönelik düz bir çizgi şeklinde geliştirmiştir<sup>33</sup>. Çin ve Batı kültürleri 19. yüzyılın ikinci yarısında trajik bir biçimde birbirine düşmüştür. Bunun üzerine Çin’in konfüçyüsçü toplumsal yapısı Avrupalıların ağır saldırısı nedeniyle artık yavaş yavaş geleceğinin olmamasını görmek zorunda kalmıştır. Batı ağırlıklı öğretilerin ve dünya görüşlerinin (liberalizmden marksizme kadar) ikiye bölücülüğü ve etkisi Çin’in geleneksel politik düzen konseptlerini çok şiddetli bir biçimde sallandırmaya başlamıştır.

İnsan hakları konseptleri 20. yüzyıl boyunca resepsiyon sürecinin sonucu olarak görülmektedir. Bugünün Çin’i Anayasa Hukukunda insan haklarını güvence altına almasına rağmen, insan hakları konusunda uygulama ve konseptler arasındaki çelişki dikkati çekmeye devam etmektedir. Burada çeşitli kültürel gelenekler önemli bir rol oynamaktadır. Konfüçyüsçü değerler olarak sorumluluk, uyum, ritüeller vb. insan hakları idesinin karşısını oluşturmaz. İnsan hakları idesinin gerçekleştirilmesi yolunda

31 Oskar Weggel, *age*. S.221

32 Oskar Weggel, *age*. S. 231

33 Amaury de Riencourt, *Die Seele Chinas-Konstanten der chinesischen Geschichte*, 1962, S. 6

34 Anja Rullmann, *Modernisierung und Dependenz. Paradigmen internationaler Kommunikationsforschung*, in: Meckel, Miriam/ Kriener, Markus (Hrg.) : *Internationale Kommunikation. Eine Einführung*, Opladen, 1996, S. 19-47

bugüne kadar üç kuşak ortaya çıkmıştır; (1) yurttaşlık, siyasal özgürlük hakları (2) ekonomik, sosyal ve kültürel haklar (3) toplumların barış, yeterli beslenme ve çevrenin korunması temelinde bağımsız gelişme hakkı. Batının sadece birinci kuşak hakları “doğru” insan hakları olarak kabul etmesine rağmen, geleneksel konfüçyüsçülük evrensel ahlak bakımından ikinci ve üçüncü kuşak hakları da insanlığın hak sahibi olabilmesi bağlamında tanımaktadır.

Birinci kuşak insan hakları (yurttaş ve siyasal özgürlük hakları) aydınlanmış insanlar orta çağda dini baskı dönemiyle karşılaşırılabilcek bir dönemin koşullarından özgürleştirebildi, ama bu daha sonra ortaya çıkan Avrupa'nın hakimiyetine, daha global, dünyayı daha fazla çembere almaya çalışan bir modernleşmeye hak talep etmeye götürdü. A.B.D gibi ilerlemiş ülkelere kalkınmakta olan bir ülkenin tam olarak yaklaşabilmesi zorunluluğu olarak düşünülen modernleşme karşısına, tarihin zorlamaları ve sıçramaları kendini tekrar etmediği tecrübesi çıkmaktadır. Bunun nedeni; kalkınmakta olan ülkelerin hareket noktası, 18. ve 19. yüzyıldaki Avrupa devletlerinden tamamen farklıdır. Bunun dışında en fakir ve en zengin ülke arasındaki mesafenin arttığını görmekteyiz. “Aradaki mesafeyi kapatma” “ekolojik” nedenlerle mümkün değildir, çünkü gelişmiş ülkelerdeki yüksek hayat standartlı adam başına kaynakların kullanımının üstlenilmesi hiç de arzulanacak bir iş değildir<sup>34</sup>. Avrupa'nın zafer kazanmış hali aslında bugüne kadar bir çok sorunun da tezahür ettiğini de göstermektedir: para kazanma bağımlısı bir bencillik, vahşi bir rekabet, büyük ailelerin ortadan kaybolması, köylü toplumunun yok oluşu, davacı olmak için can atma,

hayatın anlamından şüphe duyma, insanlar arasındaki ilişkilerin azalması, gittikçe yok olması, nesnelere değişim dünyasında insanın tüketim subjesi olarak pozisyonu vb. konular<sup>35</sup>. Özellikle endüstrileşmenin sonucu olarak ortaya çıkan tehdit edici çevre yıkımı, bireycilikten doğan insan hakları ile insan ve doğa arasında uyuma yönelen doğayı koruma arasındaki önlenemez çelişkiyi göstermektedir. Modern Batılı uygarlık bir insan hakkı konseptini, bu konseptin evrensel uyulabilirliğinin değiştirilememesi garantisine bağlayabilir mi? Teknik uygarlık tartışılmaz faydaları yanında insanlığın hayatta kalabilmesi bakımından ağır tehlikeleri de beraberinde getirmiyor mu? Modern, Batılı, politik ve ekonomik formların görünüşteki rasyonelliğinin arkasında gerçekte yaşam tarzlarının ve hayat değerlerinin rasyonel olmaması yatmakta ve bu görünmektedir.<sup>36</sup> Buna karşılık konfüçyüsçülük kişi ve toplum arasında, insan ve doğa arasında, insanlık ve gök arasında uyumu vurgular. Konfüçyüsçü göreve yönelik değerler belki de kültürler arası mukayese de batılı bireyci hukuka yönelik değerlerin gölgede kalan taraflarını dengeleyebilir.

35 Wm. Theodore de Bary, *Tu Weiming, Confucianism and Human rights*, New York, 1998, S. 229

36 Yihong Mao, *Recht und Wert-Menschenrechte und die traditionelle konfuzianische Kultur in: Walter Schweidler, Menschenrechte und Gemeinsinn- westlicher und östlicher Weg ?, Sankt Augustin, 1998, S. 186*



## Klasik ve Modern Devlet

### Neşet TOKU\*

Devleti açıklamaya ya da anlamlandırmaya çalışan teoriler; devletin temelde ne olduğu, niçin ve nasıl geliştiği ve mensuplarına eğer varsa hangi faydaları temin ettiği hususunda bir uzlaşmaya kavuşmuş değil iseler de ilgi konusunu olmayı öteden beri sürdürmektedirler. Şüphe yok ki kurumsallaşmış siyasi otorite olarak devlet, tarihte görülen iktidar örgütlenmelerinin her zaman için en buyurgan ve en kapsayıcı olanıdır. Dün ve bugün olduğu gibi, yakın gelecek için de beklenen odur ki gerçek egemenliğin sınırları, devletin sınırlarını aşamayacak, en geniş çaplı siyasal örgüt olarak da varlığını devam ettirecektir.<sup>1</sup>

Devlete yönelik analizlerde, real ve normatif olmak üzere iki tür yaklaşımın mevcut olduğu söylenebilir: Realiteye dayanan ya da ampirik verilerden hareket eden real yaklaşım, **“Devlet gerçekte neye benzer?”** sorularını sorarak, fiili devletin betimlenmesine yönelirken; normatif ya da değerlendirmeci yaklaşım, **“Devlet ne olmalıdır ve ne yapılmalıdır?”** sorularından hareketle, herhangi bir siyasî otoritenin kurulması ve sürdürülmesi ile devlet ve mensupları arasındaki doğru ilişkinin nasıl olması gerektiği, yani siyasî otoritenin eylemlerinin kabul edilebilir sınırlarının tespiti yönünde düşünmeye ve devletin varoluşunun haklılaştırılmasını temellendirmeye yönelir. Pratikte bu iki yaklaşım birbirinden kolay kolay ayrılmaz ise de devletin mahiyetinin anlaşılması ve doğru bir tanımının

yapılabilmesi için, her iki açıdan da tahlil edilmesi gereklidir.<sup>2</sup>

Acaba devlet, klasik tanımlamalarındaki görüntüsüyle “Ortak iyiliğin en yüksek görünümü ve ahlakî değerlerin cisimleşmiş şekli olarak, erdemli toplumun var oluşunu ve muhafazasını temin eden, itaatın mutlak gerekli olduğu kutsal bir kefalet” midir?<sup>3</sup> Yoksa modern tanımlamalarında görüldüğü şekliyle, “Bir toplumda meşru şiddeti tekelinde bulunduran güç” müdür? Yahut da “Egemen sınıfın baskı aracı” mıdır? Ya da “soyguncu bir çete” midir?<sup>4</sup> Fonksiyonel açıdan sorulmuş olan böylesi “Devlet nedir?” sualleri gibi, devletin, tarih boyunca var olan genel bir olgu olup olmadığı hususu da şüphesiz tartışmalı cevapları içeren sorulardır. Siyaset felsefesinin temel problemlerinden olan, devletin kökeni ve meşruiyeti probleminde yönelik farklı çözümlenmelerin mevcudiyetinin nedeni de kuşkusuz buradan kaynaklanmaktadır.

Devlete yüklenen fonksiyonların farklılığı bir tarafa, acaba devlet nedir? Nasıl varolmuştur? Şayet varolacaksa meşruiyetinin zemini ne olmalıdır? Toplumsal hayatı tanzim edenler, buna yönelik “kanun koyma hakkı”nı nereden alıyorlar? Klasik tanımlamalardaki, kanun koyma hakkının tanrısal bir bağış olduğu kabul edilebilir mi? Tanrısal bir bağış olduğu kabul edilecek olursa böyle bir iddiayı ispat etmek mümkün müdür? Öte yandan, modern tanımlamalardaki, kanun koyma hakkının

\* Prof.Dr. Yıldız Teknik Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

1 H. J. M. Claessen – P. Skalnik, *Erken Devlet*, Çev., A. Şenel, İmge Kitabevi, Ankara, 1993, s. 43.

2 Christopher Pierson, *Modern Devlet*, Çev., D. Hattatoğlu, Çivi yazıları Yay., İstanbul, 2000, ss. 21-22.

3 A. Passerin d'Entreves, “Devlet Kuramı”, Çev., B. Baysal, *Devlet Kuramı*, Der., C. B. Akal, Dost Kitabevi Yay., Ankara, 2000, s. 194.

4 Franz Oppenheimer, *Devlet*, Çev., A. Şenel – Y. Sabuncu, Engin Yay., İstanbul, 1997, s. 32.

tanrısal olmadığı ileri sürülecek olursa böyle bir hak nasıl oluşur? Acaba bir arada yaşayan insanların bizatihi kendi iradelerinden kaynaklanabilir mi? Bu gibi sorular, şüphesiz devletin hem mahiyetinin anlaşılması hem de meşruiyetinin kabulü için kaçınılmazdır.

Devletin en iyi nasıl meşrulaştırıldığına karar vermeden önce onun ne olduğundan emin olmak gerekir. Çağdaş ve tarihi uygulamalardan da bilindiği üzere, çok farklı devlet formları vardır. Bu formlar içerisinde *kategorik eşitlik* esasına dayanan *klasik* monarşi, aristokrasi ve demokrasilerden bahsedilebileceği gibi, tiranlıklardan ya da oligarşik temellere dayanan diktatörlüklerden de bahsedilebilir. Öte yandan doğal eşitlik iddiasındaki *modern*; serbest piyasa ekonomisini destekleyen formlar olduğu kadar, üretim ve dağıtımın kolektif formunu destekleyen devletler de vardır. Realitede görülen bu devlet formlarına, özellikle ütopyan, teorik devlet modelleri de eklendiğinde müşterek bir devlet tanımına ulaşmak oldukça zorlaşacaktır. Tüm bu farklılıklara rağmen, bütün devletlerin sahip oldukları ortak özellikler de yok değildir. En azından bütün devletlerin siyasi otoriteye sahip oldukları kabul edilir. Siyasi otoritenin iki temel özelliği de *egemen-meşru baskı unsuru olmak* ve hakimiyeti altındaki *insanları kendi kanunları çerçevesinde korumaktır*.

Acaba bu ifadeler devletin bir tanımı olabilir mi? Bu tür bir tanımlamaya en yaygın itiraz, böyle bir devletin gerçekte mevcut olmadığıdır. Herkesi koruyan devlet argümanı, gerçekten de evrensel bir doğru olarak, kabulü zor bir argümandır. Mesela; bazı devletler, özellikle etnik temele dayanan azınlıkların durumunu çoğunlukla gör-

mezden gelirler. Daha da kötüsü bir takım ekstrem durumlarda bu azınlıklar, etnik temizlik ya da tasfiye gibi zulümlerle bizzat devletten kaynaklanan gayri meşru şiddete de maruz kalırlar. Dolayısıyla bu tür devletler, her devletin sahip olması gerektiği söylenen, meşru baskı unsuru ve herkesi koruma özelliklerinden birine sahip olma hususunda yetersizdir denilebilir. Fakat, onların devlet olmadıklarını söylemek yine de mümkün değildir. Devletin fonksiyonel olarak, bu iki nitelikte tanımlanması da demek ki problematiktir. Böyle bir tanımlamayla yapılmak istenen, ideal bir devlet formu çizmektir. Dolayısıyla burada da yine öne çıkan soru, bu tür bir devletin dahi nasıl meşrulaştırılabileceği sorusudur.<sup>5</sup>

Devlet, fonksiyonları itibarıyla değil de sosyal ilişkiler bağlamında tanımlanmaya çalışılırsa, mahiyetinin anlaşılması, muhtemelen daha kolay olacaktır. İlişkisel olarak, devletin *“kurumsallaşmış siyasi iktidar formu”* olduğu ileri sürülebilir.<sup>6</sup> Şüphesiz, devlete kurumsallaşmış siyasi iktidar formu demek, kurumsallaşmamış siyasi iktidar formlarının da var olabileceği anlamını taşımaktadır. Bundan, devletin tarih boyunca var olan genel bir olgu değil, tarihi bir olgu olduğu sonucunu çıkarmak da elbette ki mümkündür. Siyasetin, belli bir toplumun kendisiyle ilgili kolektif kararlar oluşturma ve uygulama süreci<sup>7</sup> olduğu kabul edilirse esas itibarıyla siyasi iktidarın, kurumsallaşmış siyasi iktidar formu olan devlette görüldüğü üzere, bir yöneten/yönetilen ilişkisinden ziyade, bir kural/uygulama ilişkisi olduğu ve siyasi iktidarın da kapsam olarak devleti aştığı söylenebilir. Geçmişte, toplumların yöneten/yönetilen şeklinde bölünmeden, kural/uygulama çerçevesinde kendilerini idare ettiklerinden ve

5 Jonathan Wolf, *An Introduction to Political Philosophy*, Oxford Uni., Press, Oxford, 1996, ss. 39-40.

6 Der. C. B. Akal, *“Bir Devlet Kuramı İçin Giriş”* Devlet Kuramı, Dost Kitabevi Yay., Ankara, 2000, ss. 13-22.

7 A. de Jasay, *Tercih, Sözleşme, Rıza: Liberalizme Yeni Bir Bakış*, Çev. A. Oktay, Liberte Y., Ankara, 1991, s. 139.

bu toplumlarda, siyasi iktidarın taraflarının ve ayrılmış bir baskı/onay ilişkisinin bulunmadığından bahsetmek de mümkündür. Burada 'kural hakimiyeti' diye adlandırılacak bir nihai iktidar ilişkisinin var olduğu kabul edildiğinden, böyle bir modelin benimsenmesiyle insanlık, devlet merkezli bir yapılanmanın değerleriyle determine edilmeksizin, siyasi iktidar çerçevesinde, ancak bir sosyal aşama olarak, devlet de topluma üstünlüğü ya da aşkınlığı iddia edilmeksizin, hayatı anlamlandırma zorunluluğundan tutularak kavranabilecektir. Haddizatında pratik açıdan toplumlar, aşamalı olarak iki gruba ayrılabilirler: Birinci gruptakiler, kendilerini kurallara göre bir bütün olarak idare eden, yöneten/yönetilen ayrımının bulunmadığı, bölünmemiş ya da farklılaşmamış toplumlardır. İkinci gruptakilerse kendilerini kendi içlerinden çıkararak farklılaşmış bir kesime idare ettiren ve yöneten/yönetilen ayrımının bulunduğu bölünmüş ya da farklılaşmış toplumlardır. Birinci tip toplumlara, aracısız düzenlenen doğal toplumlar, yani devletsiz toplumlar, ikincilere de sivil toplumlar ya da devletli toplumlar adı verilebilir. Bu ayrım, bir tarihlendirme yapılamasa da devletin bir noktadan başlatılmasını, yani kökenine yönelik ileri sürülen düşünceleri daha anlamlı kılmaktadır.

Devlet, ister icra ettiği ya da etmesi gerektiği fonksiyonlar itibarıyla tanımlansın, isterse ihtiva ettiği sosyal ilişkiler bakımından, her halükarda mensuplarından kendisine itaat edilmesini isteyecektir. Bu gerekliliği sağlayan unsur da meşruiyet denilen şeydir. Başka bir ifadeyle, meşruiyet, devlete niçin itaat edilmesi gerektiğini gösteren ahlaki argümandır. Ahlaki düşünceler politik hayata yön verirler. Açıktır ki politik eylemlerin kabul edilebilirliğinin

temel kriteri meşruiyet ilkelerine uygun olmalarıdır. Meşru sınırların ötesi, insanlardan talep edilemez.<sup>8</sup> Kısacası meşruiyetten kasıt, devlete itaat ahlaki bir sorumluluk haline getirmek ve devletin varlık sebebini haklılaştırmaktır. Devleti ayakta, toplumu barışta tutan, bu normatif büyüklüğüdür. En zorba yönetimlerin bile iktidara gelişlerini, toplumun benimseyebileceği kurallara dayandırma girişimlerinin nedeni budur.<sup>9</sup> Kendi içinde veya kendi başına meşruluk, otoriter ve totaliter yönetimler de dahil, pek çok siyasal yapıyla bağdaşabilir. Mutlakiyetçi devletler de hiç şüphe yok ki mensuplarından, en azından çoğunluğundan sadakat görmüşlerdir.

Meşruiyet krizleri daha çok yakın tarihin olaylarıdır. Klasik ve geleneksel dönemlerin muayyen bir takım değerlerin kabul edilebilecek yegâne değerler olduğu inancı; modernleşmeyle birlikte farklı değerler çevresinde toplanmayı mümkün kılınca, gruplar arasında sert çatışmalar meydana gelmiş ve meşruluk krizlerinin doğması da işte bu ayrışmalardan sonra olmuştur. Temel niteliği kutsal ekseninde ki bir dünya ve hayat olan ve evrensel anlamda dinle, ezeli hikmetle özdeşleştirilen geleneğe nispetle modernite; kutsal dışı bir dünya ve kendisini herhangi bir kutsal öğretilere uygun olarak örgütlemeyen Batı'ya özgü yaşama biçiminin adıdır. Gelenekten moderniteye geçiş; **Rönesans** ve **Reformasyon** hareketlerinin yaşandığı Avrupa'da tezahür eden radikal değişimlerle gerçekleşmiş ve bilahare de tüm yerkürede egemen olmuştur. Bu değişimleri **epistemolojik, ekonomik, politik** ve **kültürel** şeklinde dört kategoride ele almak mümkündür. Epistemolojik değişim; varlığa ve hayata dair doğru bilgi hususunda, inanca dayanan bilginin yerine seküler,

8 Joseph Cropsey, *Political Philosophy and the Issue of Politics, The Uni. Of Chicago Press, Chicago, 1977, ss. 135-136.*

9 Sami Selçuk, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Yeni Türkiye Yay., Ankara, 1998, s. 22.*

rasyonel-tecrübî bilginin geçmesini ifade eder. Ekonomik değişim kapitalizmin doğuşuyla ilintilidir. Meşruiyetini; Tanrıdan değil, halktan alan cumhuriyet ya da demokrasi kapitalizmin politik formasyonudur. Kültürel değişim ise diğer değişimler sonucu oluşan rasyonel, seküler, utiliter-yan, din-dışı hayat tarzıdır. Modernite denilen şey işte bu kültürel pratiğin adıdır.

Geniş perspektifte değerlendirildiğinde mutlak bir ayırım imkânsız gibi gözüксе de modernleşmeyle birlikte etik ve hukuk ayırımına gidilmiştir. Şüphesiz yapılan bu ayırımın zorunlu nedenleri vardı. Sözlü geleneğin ya da dinin egemen olduğu modern öncesi klasik toplumlar; bireysel farklılaşmanın, daha doğrusu bireyselleşmenin yaygın olmadığı hayat tarzını sürdürdüklerinden; hukuk, etik bağlılığa dayanır, onunla birlikte bulunur ve ondan farklı değerlendirilmezdi. Çünkü her ikisinin de kaynağı *tanrısal logos* kabul edilirdi. Etiği yürürlüğe koymak aynı zamanda hukuku yürürlüğe koymaktı. Tanrısal logosu yürürlüğe aktarmanın bir vasıtası olan devlet de sadece tali bir öneme sahipti. Ne zaman ki sözlü gelenekten kopuş ve dinsel farklılaşmalar gerçekleşti, hem etik ve hukuk ayırımı zorunlu hale geldi hem de devletin önem derecesi birincil sıraya yükseldi. Bu değişim hukuk dilinde "*statü hukuku*"ndan "*sözleşme hukuku*"na geçişi ifade eder.

Statü hukukunun temel özelliklerini şu şekilde belirlemek mümkündür: 1- Statü hukuku, farklılaşmanın çok sınırlı olduğu bir kurallar sistemini içermekte olup, onu etik ve dinî öğelerden ayırt etmek zordur. 2- Statü hukukunda *niteliksel eşitsizlik* inancına bağlı olarak, bireyden ziyade onun mensubu bulunduğu grup ya da statü önemli olup, dolayısıyla bireysel haklara değil, bireysel vazifelere ağırlık tanınır. 3-

Statü hukuku normatif, emredici ve zorlayıcı olmaktan çok inandırıcılığı ön planda tutar. 4- Statü hukukunda ihtilafları müzakere ile çözmek, mahkemeye gitmekten daha fazla tercih edilen bir yoldur. 5- Statü hukuku oldukça durağandır ve bir toplumsal değişim aracı olarak fonksiyonel değildir.<sup>10</sup>

*Statü hukukundan sözleşme hukukuna* geçiş, yukarıda sözü edilen, Avrupa'daki radikal değişimlerle gerçekleşmiş ve bilahare de tüm yerkürede şöyle ya da böyle egemen olmuştur. Şüphesiz geçişi sağlayan en önemli faktörlerden biri, Rönesans dönemi hümanizminin profilini çizmiş olduğu insan anlayışının kabul görmeye başlamasıdır. *Hümanizm*, Antik Yunan felsefesinin insan ve hayat anlayışından esinlenerek, Ortaçağ Avrupa'sında egemen olan sözlü geleneğe karşı yeni bir insan ve hayat anlayışı oluşturmayı içeriyordu. Bu kontekste hümanizm, insanda merkezini bulan bir hayat ve evren görüşü olarak tanımlanabilir. Kavramın ön plana çıkan bu felsefî niteliği, onun insan davranışını etkileyen ve özellikle toplumun yapılandırılmasında yön gösteren bir ideoloji niteliği taşıdığı anlamını da ifade etmektedir. Hümanizmle birlikte, insan ve insan eylemlerinin etik değerlendirmesinde yeni bir sayfa açılmıştır. Klasik dönemlerde olduğu gibi etik eylemin amacı, artık insanın doğasını aşmak, bir takım soyut metafizikî kurallara uymak değil, bilakis insanın yeteneklerini bir ahenk içerisinde geliştirmek, yani insanın doğasını gerçekleştirmektir. Bütün bunlar, hümanist etiğin, klasik geleneğin *eskatolojik* etiğinin aksine, temelde bu dünya içerisinde insanın yerinin ve görevlerinin tespit edilmesine yönelik *seküler* bir etik anlamını taşıdığını gösterir. Yetkinlik anlayışının bu yeni ve dünyevi boyutları çerçevesinde toplumsal ilişki-

10 Mehmet Yüksel, *Modernite Postmodernite ve Hukuk, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2002, s. 61.*

lerle ilgili gerçekler, kısa süre sonra yeni bir forma dönüşecektir. Rönesans hümanizmini klasik insan anlayışından keskin hatlarla ayıran asıl nokta, “*insan onurunun (honour) temeli nedir?*” sorusuna verilen cevapların değişmesidir. Hümanizm, klasik dönemin niteliksel eşitsizlik inancından kaynaklanan *kategorik erdem* ve hiyerarşik onur (*honour*) kavramının, türdeş onur (*dignity*) kavramına dönüşümünü sağlamış ve insan, hiyerarşik statülerden ötürü değil sadece ve sadece insan olduğu için onurludur, denmesini temin etmiştir.<sup>11</sup> Oysa ki klasik dönemin insanı, bizzatı değil, muayyen anlamlara ve amaçlara sahip roller bütününe yerine getiren; bir aileye, bir ülkeye, bir devlete, bir dine mensup olduğu için değerliydi. Hümanist kültür, 18. yüzyıl *Aydınlanma Çağı* sonrası Avrupa’da istikrar kazanan ve bilahare bütün dünyayı etkisi altına alan yeni hayat tarzı ve yeni örgütlenme biçimlerini ifade eden “modernite”nin nirengi noktalarının oluşmaya başladığı atmosferdir. Bu çerçevede bir tanım yapılacaksa *modernite*; ana unsurları bireysel, toplumsal ve siyasal hayatın rasyonalizasyonu ile ahlakın sekülerizasyonu şeklindeki yaşama biçimini tanımlayan ve kendisini tanrısal logosla bağlı olarak örgütlemeyen bir sosyo-politik projedir.

İşte tüm bu değişimler çerçevesinde oluşan *modern devlet* de her türlü kutsaldan bağımsız, kendi akli ve kendi çabasıyla kaderini kendisinin belirlediğine inanan ve rasyonel düşünen insanların *yurttaş* adını alarak, “*eşit tanınma*” temelinde örgütlendiği siyasal formu ifade eder. Elbette bu yeni siyasal formun meşruiyet zeminini de farklıdır. Klasik dönemde yönetim veya *monarşi* ya da *aristokrasi* kendisini doğal seçkinlik ve tanrısal logosla meşrulaştırırken; modern devlet, doğal eşitlik ve

eşit tanınan yurttaşlarla yani insanî logosla meşrulaştıracaktır. Devletin meşruiyet zemininin değişmesiyle beraber ahlak ve hukuk ayrımı da kaçınılmaz hale gelecektir. Klasik dönemlerde bu ayrım yapılmıyordu çünkü, doğuştan farklı toplumsal kategorilere mensup olmalarına rağmen insanlar, doğru ya da yanlış, aynı inancı paylaşıyorlar ve hayatları da söz konusu inanç temelli sözlü gelenekle, tanrısal logosla yahut dinle düzenleniyor ve bu tanzimin sonuçları da kader olarak kabul ediliyordu. Esasen niteliksel eşitsizlik düşüncesi de bu kader anlayışının bir uzantısıdır. Şüphesiz klasik dönemlerde devlet – toplum, kamusal alan – özel alan gibi ayrımların yapılmamasının, daha doğrusu modern anlamda yapılmamasının gerçek nedeni de budur. Klasik devlet, muayyen bir toplumsal kategoriye aitti ve o kategoriye niteliksel üstünlüklerinden ötürü tanrısal logos tarafından bahşedilmişti. Dolayısıyla doğal bir verili durum, bir entiteydi (entity) ve bu yüzden de bir sözleşmenin eseri değildi. Ayrıca, klasik siyasal düzen, patrimonial-teritorial ekonomiye dayandığından, kamusal alan (publicity) devletin yani imtiyazlıların alanı demektir ve köylülük veya yoksulluk ya da köleden yoksunluk, daha doğrusu aristokrasiye mensup olmamak, kamusal alana kabul edilmenin önündeki temel engeldi. Doğal olarak özel alan (privatus) da kamusal alana iştirak edemeyenlerin alanı anlamını taşıyordu. İşte bu kategorilerin yeniden yorumlanması, ancak modern devletin ve ondan ayrılan modern toplumunun oluşumuyla gerçekleşebilmiştir.<sup>12</sup>

Bu noktadan hareketle modern devletin temel niteliklerine dönüşecek olursa şunları söylemek mecburiyeti vardır:

1. Modern devlet, insanların tebaa değil, *birey* ve *yurttaş* adı altında ve *doğal*

11 Boğos Zekiyan, *Hümanizm, İstanbul, İnkılâp ve Aka Yay.*, 1982, ss. 22-28.

12 J. Habermas, *Kamusal Alın Yapısal Dönüşümü*, Ç., T. Bora – M. Sancar, *İletişim Y.*, İstanbul, 1997, ss. 60-61.

*eşitlik* ekseninde örgütlendikleri bir siyasal formdur.

2. Modern devlet, tanrısal logosun muayyen bir toplumsal kategoriye bahşettiği, verili bir durum, bir entite (entity) değil; tabiaten özgür olan insanların iradî kararları ve *sözleşmeleriyle* kurdukları bir sosyo-politik organizasyondur.

3. Modern devlet, kendisinin değil, insanların siyasi organizasyona girişmeden önce de sahip oldukları *doğal hakların güvencesidir*.

4. Modern devlet, *sınırlı bir devlet* olup, doğal hukukun pozitivite edildiği bir temele dayanır ve bu hukuk onu da bağlar.

5. Modern devlet, *temsili devlet* olup, yalnızca imtiyazlı bir sınıfı değil, herkesi temsil eder.

6. Modern devlet, homojen bir toplumsal yapıyı temsil etmediğinden, belirli bir din ya da etik eksenli hukuku değil, doğal hukuk ilkeleri çerçevesinde farklılıkların müzakeresiyle tespit edilen ve *“eşit tanıma”* eksenli *rasyonel hukuku* uygular. *Pozitif hukuk* denilen şey de budur.

Sıralanan bu temel niteliklere “modern” olduğu iddia edilen siyasal formlar örnek gösterilerek bir takım itirazlar ileri sürülebilir ise de elbette ki bu itirazlar cevapsız da değildir. İleri sürülebilecek itirazlar muhtemelen şunlar olacaktır:

1. Faşist ve sosyalist kolektivite temelli siyasal formların bireyci olmamaları modern olmaya engel midir?

2. Sözleşme karşıtı “devrimci” siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

3. Hukuk “egemen gücün irade bildirimidir” veya devlet “hak”ların, ya da “vazife”lerin kaynağıdır, diyen, pozitivist-otoriter siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

4. Muhalefete yer vermeyen tek partili siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

5. “Her egemen güç kendi hukukunu yaratır” ilkesi çerçevesinde kurgulanan rasyonel-pozitif hukuku uygulayan ve farklılıkları muayyen bir formda eşitleyen siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

Bu nevi soruların, anlamlı olmakla beraber, bir takım manipülasyonları içerdikleri apaçıktır. Şöyle ki modernitenin ana unsurunun rasyonalizasyon olduğu dikkate alındığında elbette ki cevaplar daha çok olumlu yönde olacak ve modern olmaya engel değildir, denilecektir. Ancak, modernleşmenin aynı zamanda, klasik dönemlerin, hiyerarşik sosyo-politik yapılarına karşı, bir eşitlik ve özgürlük projesi olduğu da kabul edilecekse bu taktirde cevaplar kesinlikle olumsuz olacaktır. Kollektivist siyasi projelerin özgürlüğü ortadan kaldırdığı inkâr olunabilir mi? Bireylerin farklılıkları benimsenmeden, eşitliklerinden sözü edilebilir mi? Rızaya dayanmayan ve devrim zoruyla inşa edilen bir siyasal formun herkes için özgürlük ve eşitlik inşa etmesi mümkün müdür? “Egemen gücün irade bildirimini” hukukun aksine keyfiliği doğuramaz mı? “Hak yok vazife vardır” diyen bir anlayış, zorbalıktan başka bir şey olabilir mi? Doğruları yalnızca biz belirleriz, yaklaşımı hukuk gözetebilir mi? “Her egemen güç kendi hukukunu yaratır” ilkesini savunmak, hukukun aksine egemenliği, gücü savunmak değil midir? Başkalarını kurmaya ve kurgulamaya çalışan bir rasyonalite, yalnızca kendini kayırmaz mı? Farklılıkları yok ederek muayyen bir formu eşitlik diye sunmak, imtiyazlı bir form yaratmak olmayacak mıdır? Doğal olarak bu soruların cevabı sadece “evet”ten ibarettir. Dolayısıyla böyle anlaşıldığı taktirde modernleşme; *Platon* ve *Aristoteles*’in iyi siyasal form dedikleri monarşi ve aristokrasilerin, dejenerasyon sonucu yerlerini kötü form dedikleri tiranlık ve oligarşilere bırakması olacaktır. Oysa ki gerçek anlamda modernleşme; başkalarının keyfi ve cebrî istek-

lerinden bağımsızlaşma, doğal ve hukukî eşitlik ve de ekonomik refah demektir. Monarşi ya da aristokrasinin yerine diktatörlüğüün ya da oligarşinin geçmesi, modern cumhuriyet veya modern demokrasi olarak adlandırılıyorsa bu olsa olsa sadece bir demagoji, bir manipülasyondur. Etnik, dinî ve kültürel çeşitliliğin reddedilemez bir gerçeklik olduğunun açığa çıktığı modern dünyada, meşru kabul edilebilecek yegâne devlet şüphe yok ki evrensel insan haklarına dayanan, hukukî eşitliği esas alan, anayasal, demokratik hukuk devletidir. Bunun dışındaki formların modern devlet olduğunu söylemek, yalnızca bir aldatmadan ibarettir...

### KAYNAKÇA

- AKAL, Der. C. B. “Bir Devlet Kuramı İçin Giriş” Devlet Kuramı, Dost Kitabevi Yay., Ankara, 2000.
- CLAESSEN, H. J. M. – SKALNİK, P. Erken Devlet, Çev., A. Şenel, İmge Kitabevi, Ankara, 1993.
- CROPSEY, Joseph. Political Philosophy and the Issue of Politics, The Uni. Of Chicago Press, Chicago, 1977.
- D’ENTREVES, A. Passerin “Devlet Kuramı”, Çev., B. Baysal, Devlet Kuramı, Der., C. B. Akal, Dost Kitabevi Yay., Ankara, 2000.
- DE JASAY, A. Tercih, Sözleşme, Rıza: Liberalizme Yeni Bir Bakış, Çev., A. Oktay, Liberte Y., Ankara, 1991.
- HABERMAS, J. Kamusalığın Yapısal Dönüşümü, Ç., T. Bora – M. Sancar, İletişim Y., İstanbul, 1997.
- OPPENHEİMER, Franz. Devlet, Çev., A. Şenel – Y. Sabuncu, Engin Yay., İstanbul, 1997.
- PİERSON, Christopher. Modern Devlet, Çev., D. Hattatoğlu, Çiviyazıları Yay., İstanbul, 2000.
- SELÇUK, Sami. Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, Yeni Türkiye Yay., Ankara, 1998.
- WOLF, Jonathan. An Introduction to Political Philosophy, Oxford Uni., Press, Oxford, 1996.
- YÜKSEL, Mehmet. Modernite Postmodernite ve Hukuk, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2002.
- ZEKİYAN, Boğos. Hümanizm, İstanbul, İnkılâp ve Aka Yay., 1982.

