



H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ



Devlet ve "Gerçekçe"si
Hayrettin Ökçesiz

Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri
Hilmi Şeker

Hukuki Yöntem
Klaus Adomeit

Hukuk Devleti Açısından Yasaların Metrukiyeti Uygulanmazlığı ve Uygulanamazlığı Sorunu
Adil Bingöl

Edebiyat ve Hukuk
Hüseyin Öntaş

Hukukun Kökeni Sorunsalına Rasyonalist-Doğal Hukuksal Bir Bakış: Ebu Hanife - Aşkın Değerler ve İdeler ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişkinin Evrensel Niteliği
Muharrem Kılıç

Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak "Cumhuriyetin Nitelikleri"
Muslafa Koçak

Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde
Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler
İale Karakaş

Türk Hukuk Devriminin Felsefesi
Yasemin Işıktaş

Hukuk Kültürünün Yapısını "Nomos-Physis"
(Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi
Uçuzlu Bir Kurguyla Açıklama Şemasında
Egemenliğin İrgelenmesi
Hayrettin Ökçesiz

Hukuk Devletinde Direnme Hakkı
Hayrettin Ökçesiz

Ödev Kiplerini "Bir Yatırım" Sabiti Kullanılarak
Gerçek Olanlara İndirgeme ile İlgili Yeni
(Andersoncı-Olmayan) Yaklaşım Hakkında
V.O. Lobovikov

Terörle Mücadele Yasasını Anlamak
Michael Giudice

Yapıcı Kuralların Anlamı Üzerine
Wojciech Zelaniec

Doğal ve İradî Hukuk Arasındaki İlişki
Göğüşvili Otar

Yöntemsel Problemlerin Işığında Rus Liberalizminin Hukuk Felsefesi
Pozdnyakov Viktor Petroviç

Ortodoks Ülkelerinde Hukuk Duygusunun Doğuş Süreci
Shevtsov Sergiy

Cezalandırmaya ve Cezalandırmanın Faydacı ve Ödetmeci Rakiplerine İlişkin "Yeni Denge" Yaklaşımı
Vincent Luizzi

Rusya Federasyonu Üyelerinin Haklarına İlişkin Problemler
Vera D. Shuverova

Politik Toplumun Ahlâki Varlık Nedeni
Constantin Despotopoulos

Uluslararası Hukuk ve Gelecek Nesiller
Kemal Başlar

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz



İSTANBUL
BAROSU

340 1
HFS
2004
c.10

LAW123339

10

75-6689-59-5



56 689592



H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

10. KİTAP

Hazırlayan
Hayrettin Ökçesiz

AÜ.H.F. KÜTÜPHANESİ
123335340.1



İstanbul Barosu Yayını
İstanbul - 2004



340.1 HFS 2004

SUNUŞ

Bu kitabımızda daha önce sözünü ettiğim, Türkiye Felsefe Kurumu'nun 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi – Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" konulu uluslararası etkinlikte sunulan "hukuk felsefesi" bildirilerini bulacaksınız. Bunun dışında HFSA'ya yayım için iletilen diğer yazılar da okuyucusunun dikkatine sunulmaktadır.

Bu yılın HFSA Çevresi için önemli etkinliklerinden başta geleni İstanbul Barosu ile birlikte düzenlenmekte olan "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar -II" adlı ve 7-11 Eylül 2004 tarihinde İstanbul'da gerçekleşecek olan sempozyumdur. Yetmişdört bildirinin sunulacağı bu sempozyum disiplinlerarası geniş yelpazesi ile bir zirve olmak özelliğini taşımaktadır. Bu toplantı Hukuk hakkında düşünüşün ve araştırmanın güç ve hız kazanacağı bir buluşma olacaktır. 2004 yılının sonuna kadar yayımlayabileceğimizi umduğum bu bildirileri ve konuşmacılarını başlık ve isimleriyle burada okuyucumuzun ilgisine sunmak istiyorum:

- 1) Prof. Dr. Cemal Bali AKAL
Özgürlük Sorunu Açısından Edebiyat – Felsefe İlişkisi
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı
- 2) Doç. Dr. Hasan ASLAN
Hukuk – Etik İlişkisinde Sivil Kavramının Çözümlemesi
Akdeniz Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 3) Yrd. Doç. Dr. Halil Rahman AÇAR
Etik Devlet Anlayışı Bir Çözüm Olabilir mi?
Yüzüncü Yıl Üniversitesi Fen - Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü
- 4) Doç. Dr. Sururi AKTAŞ
Hukuksal Geçerlilik Sorunu
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 5) Prof. Dr. Vecdi ARAL
Felsefenin Hukukta Önemi
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 6) Çetin AŞÇIOĞLU
Yargı Bağımsızlığı ve Yargı Denetimi
Yargıtay Onursal Üyesi
- 7) Arş. Gör. Güçlü ATEŞOĞLU
Hegel'de Hukuk Felsefesinden Tarih Felsefesine Geçiş
O.D.T.Ü. Fen – Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 8) Yrd. Doç. Dr. Ali Şafak BALI
Hukuk-Toplum Etkileşimine Sosyolojik bir Bakış
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

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

Kapak karikatürü: Honoré Daumier

Elektronik ortamda imla ve dizgi hataları yazarın/çevirmenin sorumluluğundadır.

Kapak, iç tasarım ve baskı: Ufuk Matbaası (0212) 544 92 30 - 31
İstanbul, Ağustos 2004 ISBN 975-6689-59-5

- 9) Dr. Neval Oğan BALKIZ
*Hukuk Dogmatik Çerçevesinde İnsan Haklarını Tanımlama ve Kavramı
Temellendirme Sorunu – Aksiyolojik ve Epistemolojik bir Yaklaşım*
Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi
- 10) Arş. Gör. Işıl BAYAR
Hegel’de Meşruiyet Kavramı
Hacettepe Üniversitesi Fen – Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 11) Prof. Dr. Tülin BUMİN
İnsan Hakları Politikaları Bağlamında Hukuk-Politika İlişkisi
Galatasaray Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 12) Prof. Dr. Sabri BÜYÜKDÜVENCİ
Etik ve Siyaset İlişkisi Üzerine: Levinas ve Derrida
Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü
- 13) Arş. Gör. Hamdi BRAVO
Anayasa mı Kültürü Belirler, Kültür mü Anayasayı: Hegel’in Yanıtı
Hacettepe Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 14) Prof. Dr. Cahit CAN
Hukuk ve Matematik
Yakındoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve
Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 15) Yrd. Doç. Dr. Osman CAN
Uygarlık Eğrisi ve Meşruluk Tezi
Anayasa Mahkemesi Raportörü
- 16) Prof. Dr. Yasin CEYLAN
İnsan Hakları ve İnsanüstü Değerler
O.D.T.Ü. Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 17) Arş. Gör. Vahap ÇOŞKUN
Batıda ve Türkiye’de Kamusal Alan
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü
- 18) Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN
Felsefe Açısından Toplum ve Kamu İlişkileri
Maltepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 19) Yrd. Doç. Dr. Cem Şafak ÇUKUR
*Kültürel Dinamikler Bakımından Süreçsel Adaletin
Adalet İlke ve Mekanizmalarına Yansımaları*
Muğla Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Psikoloji Bölümü
- 20) Doç. Dr. Kadir ÇÜÇEN
Felsefi Açıda İnsan Haklarının Evrenselliği Sorunsalı
Uludağ Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

- 21) Dr. Zeynep Özlem ÜSKÜL-ENGİN
Birey ve Küreselleşme
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi
Anabilim Dalı
- 22) Doç. Dr. Hatice Nur ERKİZAN
Yeni Aristotelesçi Sosyal Adalet Kuramı: Bir Yeni - Liberalizm Eleştirisi
Muğla Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 23) Arş. Gör. Nermin GEDİK
İnsan Hakları ve Hukuk İlişkisi
Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi
- 24) Prof. Dr. Ali Osman GÜNDOĞAN
Ütopik Suçlar
Muğla Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 25) Doç. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Hukuksal Meşruluğun Ölçütü Olarak Evrensel Hukuksal Değerler
Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 26) Prof. Dr. Adnan GÜRİZ
Hukuk Fakültelerinde Hukuk Felsefesi Öğretimi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 27) Prof. Dr. Ülker GÜRKAN
Hukuk Fakültelerinde Hukuk Sosyolojisi Öğretimi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 28) Prof. Dr. Kenan GÜRSOY
Adalet ve Merhamet
Galatasaray Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 29) Vehbi HACIKADİROĞLU
Hukuk ve Özgürlük
- 30) Dr. Dr. Altan HEPER
Robert Alexy ve Hukuki Pozitivizm
- 31) Doç. Dr. Solmaz Zelyut HÜNLER
Geniş anlamda: Hukuk Nedir? Dar anlamda: Bir Arayış Olarak Hukuk
Ege Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 32) Doç. Dr. Ayşe Gündüz HOŞGÖR
*Türkiye’de Kırsal Kadının Konumunda Bölgesel Farklılıklar:
Hukuksal Yansımalar ve Politika Öncelikleri*
ODTÜ Fen –Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü
- 33) Doç. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ
Yeni Kantçı Eğilimlerin Türkiye’de Hukuk Felsefesinde Etkileri
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

- 34) Prof. Dr. Ahmet İNAM
Anlam Sağlığı Açısından Değerlerimiz ve Hukuk
O.D.T.Ü. Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 35) Prof. Dr. Nesrin KALE
Platon’dan Günümüze İnsan Hakları Bağlamında Adalet Kavramı
Muğla Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 36) Arş. Gör. Jale KARAKAŞ
Hermenötik ve Hukuk
Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi
- 37) Doç. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Hukuklaşmamış bir Alan: Vergi Mevzuatı – Vergi Hukuku
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İktisat ve Maliye Bölümü
- 38) Yrd. Doç. Dr. Muharrem KILIÇ
Hukuksal-Dinsel Metinleri Anlama Sorunu:
Felsefi Yorumsama (Hermenötik) Bağlamında Bir Analiz
Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
- 39) Doç. Dr. Mustafa KOÇAK
Rousseau’nun Toplum Felsefesinde Doğal İnsan ve
Uygar İnsanın Moral Değerleri
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı
- 40) Doç. Dr. Haluk KONURALP
Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve
İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı
- 41) Prof. Dr. İoanna KUÇURADI
Hukukun Öncülleri Olarak İnsan Hakları
Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi
- 42) Mustafa KUTLU
Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm
Yargıç
- 43) Yrd. Doç. Dr. Erol KUYURTAR
Hakların Normatif Temelleri
Muğla Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 44) Prof. Dr. Hasan Ünal NALBANTOĞLU
Felsefede Hukuk Dili ve ‘Sivil Toplum’ Kavramının Maceraları
ODTÜ Fen –Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü
- 45) Prof. Dr. Uluğ NUTKU
Thrasūmahos’un Sorunu: Hukukun Temel Çatışması
Cumhuriyet Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

- 46) Prof. Dr. Özer OZANKAYA
Demokrasi Hukuku İle Toplumsal – Ekonomik Gelişme Arasındaki İlişki
Bilkent Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü
- 47) Prof. Dr. Hayrettin ÖKÇESİZ
Kamusal Alanda Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlükleri
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 48) Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM
Hukukun Bilimselliği
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk
Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 49) Yrd. Doç. Dr. Kaan H. ÖKTEN
Nikomakhos’a Etik Beşinci Kitapta Adalet ve Adaletsizlik Kavramı
İstanbul Bilgi Üniversitesi İİBF
- 50) Arş. Gör. Mehmet Tahir ÖNCÜ
Muhakeme Süreçlerinde İfade Tarzı
Ege Üniversitesi Alman Dili ve Edebiyatı Bölümü
- 51) Arş. Gör. Hüseyin ÖNTAŞ
Hukuk ve Edebiyat
Yakındoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk
Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 52) Prof. Dr. Sinan ÖZBEK
Öldürme Hakkı ve Egemenlik
Kocaeli Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü
- 53) Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK
21. Yüzyılda Ceza Adaleti
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı
- 54) Prof. Dr. Yusuf Ziya ÖZCAN ve
55) Arş Gör. Murat Cem DEMİR
Hukuk Felsefesinde Anarşist Bir Figür: E. Pasukanis
ODTÜ Fen – Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü
- 56) Doç. Dr. Mehmet Tevfik ÖZCAN
Hukuk Düzeninin Toplum İmgesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve
Sosyolojisi Anabilim Dalı
- 57) Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES
Oyun Teorisi - Hukuk Uygulaması – Adil Yargılanma Hakkı
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve
İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

58) Prof. Dr. Doğan ÖZLEM

Neoliberalizm ve Adaleti

Muğla Üniversitesi Fen - Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

59) Yrd. Doç. Dr. Nebil REYHANİ

Hukuk ve Relativizm

Muğla Üniversitesi Fen - Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

60) Prof. Dr. Ali Yaşar SARIBAY

Politika ve Hukuk: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma

Uludağ Üniversitesi İİBF

61) Prof. Dr. Vural Fuat SAVAŞ

Hukuk ve İktisat

Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölümü

62) Doç. Dr. Sami SELÇUK

Düşünce Özgürlüğü

Yargıtay Onursal Başkanı

63) Erkut SEZGİN

Hukuk Kurallarıyla, Onun Temeli Olan Adalet

Duyarlılığı veya Vicdan Üzerine

İstanbul Teknik Üniversitesi

64) Prof. Dr. Harun TEPE

Hukuk-Etik İlişkisi

Hacettepe Üniversitesi Fen - Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

65) Prof. Dr. Afşar TİMUÇİN

Hukuk-Adalet Karşılığı

Kocaeli Üniversitesi Fen - Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

66) Doç. Dr. Neşet TOKU

Pozitif Hukukun Meşruiyet Zemini

Atatürk Üniversitesi Fen - Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

67) Doç. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması

Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk

Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

68) Yrd. Doç. Dr. Gülriş UYGUR

Hukuki İlkeler

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

69) Dr. Halime ÜNAL

Adalet Sisteminde Sosyal Cinsiyet Farklılıkları

Muğla Üniversitesi Fen - Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü

70) Av. Başar YALTI

Hukukçu (veya Avukat) ve Felsefe

İstanbul Barosu

71) Yrd. Doç. Dr. Mesut YEĞEN

Yurttaşlığın Diyalektiği, Yurttaşlığın Trajedisi

ODTÜ Fen - Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü

72) Prof. Dr. Erdoğan YILDIRIM

"Adaletin Kurgusökmü" ve Siyasi Anlamı

ODTÜ Fen - Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

73) Prof. Dr. Ömer YÖRÜKOĞLU

Batıda Çağdaş Hukuk Felsefesi Görüşleri

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

74) Dr. Mustafa T. YÜCEL

1) *Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısı Üzerine (Felsefi ve Sosyolojik) Bir Eleştiri*

2) *Türkiye'de Hukukun Sosyal Teorisi*

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

75) Dr. Murat YÜKSEL

Feminist Hukuk Görüşlerinin Analizi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

Bu kapsamlı sempozyumun tüm mali yükünü çeken İstanbul Barosu Yönetimine böylesine bir tarihsel işlevi üstlendiği ve üstesinden gelebildiği için teşekkür ederiz. Okuyucularımızı bu etkinliğe davet ediyor ve bekliyoruz.

HFSA'nın bu 10. Kitabına yazıları, çevirileri ve diğer çalışmaları ile tüm emeği geçenlere gönülden teşekkürlerimizi ifade etmek isterim.

Hayrettin Ökçesiz

İÇİNDEKİLER

➤ Devlet ve "Gerekçe"si-Hayrettin Ökçesiz	11
➤ Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri-Hilmi Şeker	14
➤ Hukuki Yöntem-Klaus Adomeit	43
➤ Hukuk Devleti Açısından Yasaların Metrukiyeti Uygulanmazlığı ve Uygulanamazlığı Sorunu-Adil Bingöl	50
➤ Edebiyat ve Hukuk-Hüseyin Öntaş	55
➤ Hukukun Kökeni Sorunsalına Rasyonalist-Doğal Hukuksal Bir Bakış: Ebu Hanife - Aşkın Değerler ve İdeler ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişkinin Evrensel Niteliği-Muharrem Kılıç	72
➤ Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak "Cumhuriyetin Nitelikleri"-Mustafa Koçak	85
➤ Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler-Jale Karakaş	97
➤ Türk Hukuk Devriminin Felsefesi-Yasemin Işıktaş	102
➤ Hukuk Kültürünün Yapısını "Nomos-Physis" (Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi-Hayrettin Ökçesiz	115
➤ Hukuk Devletinde Direnme Hakkı-Hayrettin Ökçesiz	122
➤ Ödev Kiplerini "Bir Yatırım" Sabiti Kullanılarak Gerçek Olanlara İndirgeme İle İlgili Yeni (Andersoncı-Olmayan) Yaklaşım Hakkında-V.O.Lobovikov	130
➤ Terörle Mücadele Yasasını Anlamak-Michael Giudice	134
➤ Yapıcı Kuralların Anlamı Üzerine-Wojciech Zelaniec	138
➤ Doğal ve İrادی Hukuk Arasındaki İlişki-Gogilashvili Otar	144
➤ Yöntemsel Problemlerin Işığında Rus Liberalizminin Hukuk Felsefesi-Pozdnyakov Viktor Petroviç	148
➤ Ortodoks Ülkelerinde Hukuk Duygusunun Doğuş Süreci-Shevstov Sergiy	155
➤ Cezalandırmaya ve Cezalandırmanın Faydacı ve Ödetmeci Rakiplerine İlişkin "Yeni Denge" Yaklaşımı-Vincent Luizzi	159
➤ Rusya Federasyonu Üyelerinin Haklarına İlişkin Problemler-Vera D. Shuverova	165
➤ Politik Toplumun Ahlâki Varlık Nedeni-Constantin Despotopoulos	170
➤ Uluslararası Hukuk ve Gelecek Nesiller-Kemal Başlar	173

Devlet ve "Gerekçe"si^(*)

Hayrettin Ökçesiz^(**)

"Devlet" duygu ve düşünce evrenimizde yoğun bir tortudur. Neliği ve zorunluluğu konusunda tartışırken, onunla iyi bir birliktelik kurabilmenin koşullarını da sorgulamak zorundayız. Çünkü o bizi bırakmıyor. Ayrıca biz de onu bırakacak durumda değiliz.

Ben burada devletin gündelik yaşamında, ya da devletle olan günlük ilişkilerimizde çok önemli olduğunu bildiğimiz bir soruna değinmek istiyorum. Aslına bakarsanız, "devlet yaşamı" ya da "devletle olan ilişkilerimiz" gibi sözler bana pek gerçekçi gelmiyor. Bugüne dek "devlet" ile oturup bir çay içmişliğim yoktur. Onu hiç bir yerde görmedim. Gördüğüm, konuştuğum onun; yoluma çıkan, evime giren, yakama yapışan, iltifat eden, asan, kesen, ölümlere giden, hayatını başkaları için sebil eden, gece gündüz çalışan ve çalışmayan memurudur. Onun için daha neler söyleyemeyiz ki! Çayımı daim onunla içmişimdir. Aramızda ise bir "masa" sürekli olagelmıştır ki, bütün yaşam -etiyle, kanıyla- onun üzerinde işlem görmüştür.

Bu "işlem görmeye" bir diyeceğim yoktur. Yalnız bu işlemler görülürken benim görmekte zorlandığım, ama o kertede gereksinim duyduğum, özlediğim bir şeyi hep aradım. Bulabildiğim de dolgun, doyurucu, temelli, güçlü

kuvvetli, biçimi ve içi güven verici olsun istedim. Çoğunlukla özürliydim. Ya da "az ve öz" idi: Bu tasarruf tedbirinin nedenini ve hangi kararname ile emredildiğini merak etmişimdir.

O masanın etrafında ne denli çok konuşulmuşsa, o denli de az yazılmıştır. Ama yine de "kartasiyecilik" dedikleri bir evrak seli sürekli baskın halindedir. Bu kez de "söylememek" için habire yazılır. Memur, "kendisinin bu işte bir 'dahli'nin olduğu asla düşünülmemelidir" diye kaygılanarak evrak-kozasını örer. O masanın etrafında aslan ya da tavşan yürekler güm güm ya da güp güp atar durur.

Devletin "gerekçe" sorunundan söz etmek istiyorum: Devlete gerekçe düzmemekte kimse olağanüstü zorlanmaz. Fakat onun eylem ve işlemlerinin gerekçesiz bırakılmasının kendisine bulabileceğimiz her türlü gerekçeyi nasıl silip süpüreceğini de düşünmemiz gerekir.

Gerekçe derken, belirli bir nitelikte olanını kastediyorum. Yoksa, siyasal "scyr-i sefain" söylemlerinden, her türlü sertlik ya da yumuşaklık derecesinde verilen demeçlerden, onların olgusal ve mantıksal tutarlılıklarının düzeyinden söz açmanın burada yeri yoktur. Yani makine dairesindeki işleyişin güvencesi olan bir görevin yerine getirilmesi konu-

(*) Bu yazı ilk olarak 27.1.1999 tarihinde Cumhuriyet Gazetesi'nin 2. sayfasında yayımlanmıştır.

(**) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

sunda görülen acil bir sorundan şikayet etmekteyim: Devlet memuru devlet adına cyleyeceği her şeyin hukuk devletinin temel ilkelerine uygun olup olmadığını çok iyi bilmeli, uygun ise eylemeli ve bu bilgisini ilgili kişilere açık, tutarlı ve yeterli düzeyde bildirmelidir. İşte buna "gerekçe" denir. Yani ulaşmak istediği şeye bu "gerekçe"merdiveninin her bir basamağını kullanarak elatmalıdır. Oysa bunu böyle yapmadığı için bu züccaciye dükkanında pek çok şeyi hurda haş etmektedir. Devlet memuruna rasgele bir devlet bilinci değil, "hukuk devleti" bilinci egemen olmalıdır. Onun, "sıfır" gerekçe ile orta yerde düşüp kalkmasına izin verilemez.

Bir de "kılıf" gerekçeler vardır. Örneğin kurnazca; atama merciinin tercihinin "seçildim" diyerek lehe yönlendirilmesinden sonra, kendisini seçmemiş olan büyük çoğunluğa da "atandım" diyerek hükmetmeye kalkışmak böyle bir gerekçedir. Çalışma alanından bir örnek vermek isterim: Hukuk Felsefesi, öncelikle felsefenin bir dalıdır. Tüm hukuk felsefecileri ve gerçek hukukçular bunu çok iyi bilirler. Bu disiplinin hukuk fakültelerinde kamu hukuku bölümünde yer alması bu bilgi alanının ve yönteminin farklılığı nedeniyle yanlış bir değerlendirmeye dayanır. Deontik mantık konusunda yazılmış bir doktora tezinin jürisine sırf bu yanlış konumlandırılmaya sığınarak, üniversitelerimizde bu konuda yeterince mevcut bulunan uzman öğretim üyeleri yerine, kamu hukuku bölümünde yer alan hukuk bilimi alanlarından öğretim üyeleri -bu konuda hiç çalışmamış olmalarına ve çalışmalarının da uzmanlık alanları bakımından hiç gerekmemesine rağmen- alınırsa, bu işlem işte ancak böyle bir kılıf gerekçe ile olanaklıdır. Bilim etiği ve bilim hu-

kuku değerlerine bütünüyle ters düşen böyle bir işlemin, adayı olası başarısız bir sonuçtan korumaya yönelik ve bireysel anlamda insani bir saikten kaynaklanabilir olmasına karşın, yükseköğretim genelinde düşündüğümüzde bu yaklaşımın ne denli korkunç bir bilimsel değerler erozyonuna ve bilim fakirliğine yol açabileceğini ya da açmakta olduğunu görmezlikten gelemeyiz.

"Kılıf gerekçe"ler "selim" olabilecekleri gibi "habis" de olabilirler. Bu durumda onlar kötüye kullanma, hukuka ve ahlaka aykırı davranma iradesinin en uygun araçlarıdır. "Sıfır" gerekçedeki olası küstahlığın ve bönülüğün yanına, bu gerekçede bir de dikkatlilik, duyarlılık eklenmiştir. Ancak bu elbette, nezaket ve saygıdan değil, artniyet ve korkudandır. Bu tür gerekçelerin başka bir özelliği olguların ve olayların yanlış ve yalan denebilecek derecede saptırılarak temellendirmeye alınmasıdır. Bunun için tüm hünerler yardımı çağrılır.

Bir gerekçenin "kılıf" olup olmadığını nasıl anlayabiliriz? Hemen minarenin yerinde durup durmadığına bakarız. Yani bu gerekçe ile verilmiş bir zararın bulunup, bulunmadığının; varsa, zararın niteliğinin ve hukuk devleti değerleriyle ölçüldüğünde göreceği koruma düzeyinin saptanmasıyla "gerekçe"nin gerçek "kurt" yüzü ortaya çıkmış olur. Kurulan jürilerin, verilen unvanların değerini, yapılan atamaların kamusal yararını ve tüm timsahların gözyaşlarını böylelikle görmüş, tanımış oluruz.

Memurun devlet yaşamında "sıfır" ve "kılıf" gerekçeler yanında "gerçek" gerekçeleri de kullandığını biliyoruz. Onun olgusal masası aslında "gerçek gerekçeler"den kurgulanmıştır: malzemesi gerçek gerekçelerdir. Ama üzeri kimi

zaman sıfır ve kılıf gerekçelerle örtülür, çevresi bunlarla sarılır sarmalanır.

Bir gerekçenin "gerçek" olup olmadığını nasıl anlarız? Gerçek gerekçe önce, hukuksal kalıplar ile olaylar arasındaki ilişkiyi mantıksal tutarlılık içerisinde, boşluk bırakmadan kurar. Bunun için gerekli tüm rasyonel adımları atar ve sonuç hükmüne ulaşır. Ancak bu biçimsel süreç sonunda elde edilen vargı ile hukuk kültürünün temel değerleri arasında ağır ve açık bir çelişki ortaya çıkıyorsa, gerekçenin bu keyfilikten uzaklaştırılması için "acil çıkış"ların kullanılması gereklidir. İlk ve önemli yöntem, söz konusu pozitif hukuk normunun devlet

memurunca -bu sonucun belirtilen nitelikteki "hukuk dışı"lığının kusursuz ve kamuya açık biçimde bir temellendirmesi eşliğinde- ihmalidir. Böyle bir acil çıkışı, kullanması gerektiği halde kullanmayan her gerekçe bir keyfiliktir. Gerekçesini kuran her memur yaptığı bu işin kalitesine göre devletini bütünüyle hukukun dışına itebilir, onu gereksiz bırakabilir ya da bir hukuk devletine dönüştürebilir. Memurlar birbirlerine bir de bu gözle bakmalıdır ve bilmelidir ki, onlar aslında devletin değil kamunun memurudur. Devlet de kamunun devleti kılınmalıdır. Devletin gerçek gerekçesi bu olsa gerek.

Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri^(*)

Hilmi ŞEKER^(**)

Giriş:

A. İ. H. S. si insan haklarının korunmasını ve gelişimini amaçlayan düzende adil ve güvenli yargılanma hakkına ayrıca ve açıkça yer vermek suretiyle, maddi yada hukuki hakikate varmadaki şekli adaletin değeri ve buna olan gereksinimini normatif düzenleme ile somutlaştırmıştır. "görünen adaleti" sağlamayı amaçlayan bu düzenleme kendi içinde gerek açık, gerekse örtülü birden ziyade ilkeyi barındırmaktadır.

Gerekçeli karar hakkı ise yargılama sürecinde "olup bitenler" hakkında bilgi edinilmesini misyon edinmiş, varlığını içtihatlarla borçlu, 6. maddedeki haklar senfonisinin önemli ve örtülü enstrümanlarından. Anılan bu niteliği ile sözleşme uygulamasında bir yargılama yöntemi ilkesi olarak ta adlandırılabilir.

Gerekçeli Karar hakkının bir yargılama yöntemi ilkesi olarak kullanılması, benimsenip yerleşmesi, ancak bu hakkın tanımlanması, içeriği ile uygulamadaki görünüm biçimlerinin yani kimlik bilgileri ile özgeçmişinin mikolojik bir analize tabi tutularak belirlenmesi ile olanaklıdır.

Gerekçe kavramı; tarih sahnesine ilk olarak insanoğlunun kendini ve dış dünyadaki olup biteni sorguladığı dönem-

lerde çıkar ve kendi kusuru ile düştüğü kısıtlılık durumundan kurtulmak için uğraş verdiği^(*) aydınlanma döneminde de önem kazanmaya başlar. Günümüzde davaların mahkeme salonunun dört duvarı arasında kalmadığı, dünyanın gözü ve kulakları önünde yer aldığı ve gelecekteki etkileri düşünüldüğünde, gerekçenin insan haklarının korunmasında uluslararası bir cazibenin odağında bulunma özelliğini giderek güçlendireceğe benziyor.

Hukukun üstünlüğünü savunan akımların giderek Kara Avrupa'sında etkisine alması sonucunda; devletin hukukun içine çekilme ve etkinliğinin hukuk ile sınırlandırılmasına ilişkin düşünsel çabalar hukuk devletinde karşılık bulmuştur. Hukuk devleti ve ona ruh veren ilkeler bu düşünsel potada giderek şekillenmiş anayasacılık hareketlerinin başlaması ile de normatif alanda vücut bulmaya başlamışlardır. (İngiliz, Amerikan Haklar bildirgesi ile Fransız Haklar Bildirisi gibi)

İnsanın kamusal alanda 'değer' haline gelmesi, bu değere yönelik ihlallerin yaptırma dönüştürülmesi, hak arama özgürlüğünün tanınması ile birlikte 'yargısal korunmanın' sistemin özüne yerleştirilmesi, korumanın tam ve güvenli

işleyebilmesi için yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine ilişkin önlemlerin alınması, mahkeme kararlarının bağlayıcılığının sağlanması⁽²⁾, yargıcın tarafsızlığı ve nesnelliği, bir dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması, yargılama usulüne bağlılık, yargıcın temellendirme ve gerekçe görevi⁽³⁾ bu dönemde ve hukuk devletinde yaşam bulmuşlardır.

Kurgulanan bu düzende yargıç, son sözün söylenmesi ve hukukun ne olduğunun dile getirilmesi⁽⁴⁾ gibi olağanüstü bir misyonun taşıyıcısı olup, edimini yerine getirebilecek nicelik ve nitelikte yargısal araçlarla da donatılmıştır. Hukukun adalete dönüştürülmesinde; yargıç bağımsızlığı ile güvencesi, dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması ile temellendirme ve gerekçe görevinin başatlığına vurgu yapılarak, adli kararda hukuk devletinin gereği ve adalet arayışının karşılığı olarak⁽⁵⁾ doğru, yasal ve haklı bir kanıtlama ve gerekçelendirme zorunlu görülmüştür.

Gerek hukukun üstünlüğü ereğine ulaşma gerekse hukuk devletinin kurumsallaşmasına yönelik çabalar en çok insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında somutlaşarak, geline nokta tek tek ulusların sorunu olmaktan çıkıp, uluslar arası alemin ortak uğraşı ve beklentisi haline almıştır. A. İ. H. S. si de insan haklarının uluslar arası korunmasına

yönelik anlayış ve çabaların ortak görünüm biçimlerindendir.

Bu bağlamda; gerek Strazburg, gerekse Türk Yargısı'nın bu ilkeye yönelik ilgisi giderek artma eğilimi göstermektedir. Bu eğilimin oluşumunda insan hakları alanındaki sürekli gelişmeler, bunun normatif yansımaları, adil ve güvenli yargılanma gereksinimi ile sözleşmenin barışçıl ve zorlayıcı konseptinden söz edilebilir.⁽⁶⁾ Bu nedendir ki AİHM de bu gereksinimi gidermede kendine düşeni yaparak, içtihatları aracılığı ile gerekçeli karar alma hakkına egemen ilkeleri belirlemekte ve geliştirmektedir. Bununla bir yandan yargılama sürecinde yargıç ile yanların bütün eylem, işlem ve davranışlarına açıklığı, doğruluğu, yasallığı egemen kılmak öte yandan da olası keyfiliği denetime tabi tutarak, görünen adalete katkıda bulunmak istemektedir.

Buraya değin anlatılanlarla gerekçeli karar hakkının bu sunuma neden konu yapıldığını özetlenmeye çalıştım. Bundan sonraki bölümlerde ise gerekçeli karar hakkının tanımı, içeriği ile pozitif hukuktaki düzenleniş şekli ile uygulamadaki sapma biçimleri irdelenecektir. Gerekçenin öğretilde algılanma ve tanımlanma şekli ile yargı kararlarındaki görünüm biçimleri ile alındıktan sonra, Strazburg Yargı Organının konuya bakış açısı ile bu kararların alınmasında etkili

(*) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının değerlendirilmesi ve metodoloji toplantısına bildiri olarak sunulmuştur.

(**) Yargıç, Çarşamba, Samsun

(1) Immanuel Kant, Aydınlanma nedir? Sorusuna Yanıt, çeviren Nejat Bozkurt, Yazko Felsefe Yazıları Sayı: 6

(2) Yargıç Mustafa Kutlu, Hukuk Devletinde Yargıç Mesruiyetinin Çörünüm Biçimleri, H.F.S.A.7.Sayı, H.Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.122

(3) Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz, H.F.S.A.7.Sayı, Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü Bir Açıklama, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, s.114

(4) Mustafa Kutlu, a.g.e., s.130

(5) Kutlu, a.g.e.

(6) Sayın Adalet Bakanının Milliyet Gazetesinde 07.01.2004 tarihinde yayınlanan açıklamasında, Hükümet Aleyhine A.İ.H.M. ne toplam 2419 başvuru yapıldığını, bunlardan 344 ünün aleyhe, 18 adedinin lehe, 559 unun dostane çözümle sonlandığını, 168 adedinin kabul edilebilir olduğunu, 67 sinin kayıtlardan silindiğini, 288 adedinin kısmen kabul ile sonuçlandığını ve 835 inin ise halen inceleme aşamasında bulunduğunu açıklamıştır.

prensiplerine değinilerek, çalışma öneri ve katkılarla sonlandırılacaktır.

Birinci Kısım

I- Gerekçenin yürürlükteki hukukta görünüm biçimleri

Gerekçe en geniş anlamı ile yargı mercilerinin yargısal etkinliklerine konu eylem, işlem ve kararlarının doğru, haklı, yasal, makul (akla mantığa), vicdana uygun ve denetlenmesine olanak verecek şekilde temellendirilmesi olarak tanımlanabilir.

Gerekçelendirme ödevi normlar hiyerarşisinin tüm kademelerinde özeide yargıçlara genelde de iddia makamı ile diğer süjelere verilmiştir. Pozitif hukukumuzda gerekçenin öncelikle üst norm konumundaki Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 141/3 maddesinde düzenlendiği, bu emredici buyruğun diğer yargılama yöntemine ilişkin yasalarda da detaylandırıldığı anlaşılmaktadır.

Buradan hareketle ifade edilebilir ki; Anayasamız bazı anayasalardan farklı olarak yargı kararlarının gerekçeli olmasını ilke edinmekle birlikte bazı istisnai durumlarda da gerekçe zorunluluğu aramamaktadır. Söz konusu bu ayrık hallere yasa hükümleri ve yargısal kararlar kaynaklık yapmaktadırlar.

A) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Gerekçe

A. İ. H. S. si A. Y. 'nın 90. maddesindeki yasalama prosedürünü tamamlamakla artuk iç hukuktaki yerini almıştır. Sözleşme normlarının anayasa ile hiyerarşi ilişkisi konusunda öğretide fikir birliği olmamasına rağmen⁽⁷⁾, sözleşme

normlarının uygulanması önünde kural olarak herhangi bir engelin kalmadığı tartışmasızdır. Anayasanın eksenini oluşturan insan haklarına saygı ilkesi A. İ. H. S. 'i ile birlikte bütün uluslar arası insan hakları normlarına anayasal değer atfetmektedir. Dolayısı ile sözleşmenin ulusal hukuk kurallarına üstün olduğu ve yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerektiği⁽⁸⁾ bilinmelidir.

A. İ. H. S bir yandan insan haklarının sürekli ve kalıcı olmasının olanaklarını araştırmak öte yandan giderek farklılaşan ihlallerin ortadan kaldırılmasına yönelik önlemleri geliştirmeyi hedeflemekle "yaşayan bir belge" konumundadır. Mahkeme sözleşmenin hedeflediği bu amacı önemli ölçüde, bakmakta olduğu davalarda sözleşme normlarını ve uyumazlık konusunu yorumlayarak gerçekleştirmektedir. Mahkeme böylelikle erekbilimsel ve evrimci yorum yöntemlerini kullanarak, sözleşmenin toplumsal değişime uyarlanmasını pretoryen bir biçimde gerçekleştirmektedir. Bu geleceğe yönelik içtihat divanı, sadece yürürlükteki hukuku beyan etmekle kalmamakta, yarının hukukunu yaratma yükümlülüğü onu yasa koyucuya da yakınlaşmaktadır. Mahkeme kısaca sözleşmede yer alan hakların sadece savunulmasını değil onların geliştirilmesini de sağlamayı anlamakta, bunun içinde dinamik yorum yöntemini uygulamaktadır.⁽⁹⁾

Mahkeme güvence altına alınan hakları, devletlerin genel uygulamasına sık sık başvurarak yorumlayıp tanımlamakla birlikte "özerk kavramlar" anlayışını

da geliştirmiştir. Bu kavramlar, davalı devletin iç hukukuna basit bir başvuru ile yorumlanamazlar; bütün üye devletler için geçerli bir "Avrupa anlamına" sahiptirler. Bununla Mahkeme Jürisprüdansını Avrupalılaştırmak ve bir hak ve özgürlükler "Avrupa Yargı düzeni" kurmak amacına yönelmekte, bununla da tutarlılığını ve gücünü pekiştirmek istemektedir. Böylelikle mahkeme, kullandığı yorum yöntemleri ve hukukun genel ilkeleri ile ortak bir Avrupa koruma standardı yaratmaktadır.⁽¹⁰⁾

Sözleşmenin başlangıç kısmında yer alan demokratik bir toplumda "Hukukun üstünlüğünü" sağlama erekselliği, Mahkemeye göre "sözleşmeyi bir bütün olarak esinler". Hukukun üstünlüğü ilkesi öncelikle "hukuk hakkının" güvence altına alınmasını gerektirir. Hukuksal güvenlik, iç hukuk kuralının ulaşılabilir olması, açık olması ve öngörülebilir olmasını ifade eder. Sonra, özgürlük ve güvenlik hakkı hukukun üstünlüğü ile başatır. Nihayet hukukun üstünlüğü, yargıca ulaşabilme ve Avrupa hukuk anlamında "adil yargılanma hakkını" kapsar.⁽¹¹⁾

Adil yargılanma hakkı, sözleşme konsepti içinde genelde saptanan bu anlayıştan özeldir de iki önemli esastan hareketle düzenlenmiştir. Bunlardan ilki evvelce ifade edildiği üzere şekli adaletin oluşum sürecine açıklığı egemen kılmak, ikincisi ise hükmün hedeflediği adalet duygusuna rasyonel bir şekilde ulaşmaktır. Bu iki hedefin bileşkesi ise yargılamada hakkın içeriksizleştirilmesine hizmet eden etkinlikleri denetleyerek, usule ilişkin koruma sağlamak, ya-

ni usulü adalete dönüştürmektir. Gerekçeli karar hakkı da enstrüman kimliği ile aynı misyonun temsilciliğini üstlenerek, toplumun kendi varlığına yönelmiş evlatlarının adil ve rasyonel bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır.

Gerekçeli karar alma hakkı; sözleşmenin 6/1 maddesinde açıkça yer almakla birlikte bu madde metninin yorumu ile edinilmiş, örtülü ancak mutlak olmayan ve gerek yargı organının gerekse yargılama konusunun özelliğine göre istisnalara maruz kalabilecek haklardandır. Başka bir ifade ile Strazburg yargı kararları hem gerekçeli karar hakkına kaynaklık yapmakta, hem de bu hakkın niteliğini, kapsamını ve hatta etkinliğini sağlamada belirleyici bir işlev üstlenmektedir.

Bu kimliğinden ötürü Strazburg yargısının gerekçeye ilişkin kararları bu sunumun konusunu oluşturmuştur. Bununla Strazburg Mahkemesinin gerekçeye ilişkin değerlendirmeleri ölçü alınarak, hangi uygulamaların gerekçeli karar hakkının ihlali anlamına geleceği hangilerinin ise ihlal olarak nitelendirilmeyeceği saptanacaktır. Böylelikle Avrupa Mahkemesi ile ulusal yargı organları arasında gerçek bir diyalog, belirlenen bu ortak ilke ve ölçütlerin kullanımı ile sağlanmış olacaktır.⁽¹²⁾

Ancak bu diyalog kurulurken, içtihatların bire bir alınıp uygulanması yerine bunların temelindeki ilke ve ereğin esas alınarak çıkarımlarda bulunulması yargıcın bir "içtihat otomati"⁽¹³⁾ olmasını da önleyecektir. Aksi olasılıkta, yargıcın norm ve olayı değerlendirme alanındaki

(7) "Öğretinin bir kısmı İ.H.A.S.'ne anayasal yada en azından yasa üstü bir değer tanımaktadır. Buna karşılık, sözleşmeyi oluşturan kanun gücünde kabul eden görüş baskındır." B.k.z., İ.Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 3. baskı, Mart 1996, İst., s. 123

(8) Kaboğlu, a.g.e., s. 123

(9) Kaboğlu, a.g.e., s. 119

(10) Kaboğlu, a.g.e., s. 119-120

(11) Kaboğlu, a.g.e., s. 120-121

(12) Kaboğlu, a.g.e., s. 125

(13) Bu deyim sayın Mithat Sarca'dan alınmıştır.

hakimiyeti içtihatların lafzı ile sınırlanmış olunacaktır. Belirtilen bu anlam ve anlamlandırma etkinliğinde başarı; felsefe, sosyoloji ve yorum öğretisi hakkında asgari birikimi zorunlu kılar. Böylelikle içtihat hukukunda zikredilen kavram ve kurumların "Avrupa anlamlarının" saptanmasında, felsefi ve sosyolojik argümanların destek ve katkıları da sağlanmış olacaktır.

Saptayabildiğimiz kadarı ile gerekçeli karar ilkesi, öncelikle (a fortiori) ceza hukuku alanında uygulanmakla birlikte, gerekçeli karar hakkının sadece sanıklar için bir güvence olmadığı aynı zamanda hukuk davalarında da geçerli bir ilke olduğu vurgulanarak, iç hukuktaki uygulama kapsamı da belirlenmiştir.⁽¹⁴⁾ Avrupa pratiğinde; gerekçeli kararın niteliğine ilişkin içtihatlar da bir artma eğilimine rastlanmakla birlikte, bu portföyün öğretiye oranla çeşitlilikten ve gerekçenin işlevini açıklamaktan uzak olduğu, bunun da mahkemeye intikal eden ihlallerin niteliği ile açıklanabileceğini söyleyebiliriz. Söz konusu bu içtihatların küçük farklılıklar bir yana içerik itibarı ile Türk hukuk sistemi ve öğretideki gerekçeli karar kavramı ile büyük ölçüde örtüştüğü de dikkate değerdir.

Bu sav, Strazburg Mahkemesi içtihatlarının gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil eden ve etmeyen (ihlale neden olan ve olmayan) durumlar şeklinde ikili bir ayırma tabi tutularak irdelenmesi ile temellendirilmiş olunacaktır. Söz konusu bu belirlemelere kaynaklık

edenler ise Van De Hurk/Hollanda, Ruiz Torija/İspanya, Hiro Balani/İspanya, Georgiadis/Yunanistan, De Moor/Belçika davalarındaki temel içtihatlardır. Buna göre;

1. Strazburg Yargısının gerekçeli karar alma hakkına aykırılık teşkil etmeyen durumlara ilişkin Prensipleri:

Mahkeme, yargı kararlarının gerekçeli olmasını kural edinerek bu kuralın kapsamının, kararın niteliğine ve her olayın özelliğine göre değişiklik gösterebileceğini ortak bir ölçüt olarak belirlemiştir.⁽¹⁵⁾ Başka bir deyişle Avrupa mahkemesi rehberlik etmek amacıyla bu davalarda gerekçelendirme zorunluluğunun sınırlarının hükümün doğasına, ülkelerin kanun yapıları, örf ve adetleri, meşruluk algılamaları ve değer yargılarına bağlı olarak değişiklik arz edebileceğini kabul etmektedir.⁽¹⁶⁾

Ancak; gerekçeli karar verme zorunluluğuna ilişkin bu ilkenin, sözleşme organlarının bir temyiz mercii gibi hareket etmekten kaçınmaları nedeniyle, çok etkin olarak denetlenebildiği söylenemez. Bununla birlikte 6. madde bağlamında kararların uygun ve yeterli gerekçelerle desteklenmesi gerekliliği, yalnızca korumaya altındaki bir hakka müdahalenin gerçekleşmesi ile sahneye çıkmaktadır.⁽¹⁷⁾ Mahkeme genellikle açık bir keyfilik görüntüsü olduğu veya açıkça yada makul bir biçimde gerekçe gösterilmediği durumlarda, gerekçenin niteliğini tartışmaktadır.⁽¹⁸⁾

Mahkeme bazı ayırık hallerde gerekçe gösterilmemesinin hakkın ihlaline neden olmayacağını da saptamıştır. Hangi durumların hakkın ihlali olarak nitelendirilmeyeceği (istisnalar) bu bölümün inceleme konusu olacaktır.

a) İç Hukukta Mahkemelerin tüm sorulara ayrıntılı cevap vermek zorunda olmadıkları:

A. İ. H. Mahkemesi bakmakta olduğu bir uyuşmazlıkta milli mahkemelerin yargılama aşamasında tüm sorulara ayrıntılı cevap vermekle ödevli olmadıklarını içtihat etmektedir.⁽¹⁹⁾ Başka bir anlamla, mahkemeler sadece davanın sonucuna etkili olay olgu ve argümanları açıklamakla yükümlü olmakla birlikte, bu şekildeki gerekçelendirmenin gereksiz ve yersiz detaylandırmadan uzak, ancak üstün tutulan yada tutulmayan sav/savunmanın içeriği hakkında bilgilennmeyi sağlayacak ölçü ve özenlilikte olmalıdırlar.

b) Mahkemelerin karar verilmesine neden olan temelleri kararlarında yeteri açıklıkta ve ayrıca belirtmekle yükümlü oldukları:

Ancak her ne kadar mahkemelerin, tüm sorulan soruları ayrıntılı olarak cevaplama zorunlulukları yoksa da bu gerekçelendirmeye özgürlüğünün mutlak olduğu söylenemez. Mahkemeler her şeye rağmen kararın verilmesine neden olan temelleri yeteri açıklıkta ve ayrıca belirtmekle yükümlüdürler.⁽²⁰⁾ Bu ilke ile amaçlanan; hükmün asgari ölçülerde te-

mellendirilmesi ile birlikte keyfiligi ve perdelemeyi önleyerek, yansızlığı yargısal korunmanın hizmetine sunmaktır. Ancak uygulamada mahkemelerin; çeşitli nedenlerle gerekçe göstermekten kaçındıkları yada yetersiz gerekçelere dayalı (doğru, makul ve yasal olmayan) kararlar vererek yönetime aykırı bir pratik sergilediklerine sıkça tesadüf etmekteyiz. Sebep ne olursa olsun yargıçlar hukuk devleti ve yargısal korunmanın olmazsa olmaz koşullarından olduğu açıklamadan ayırık bu ilkenin uygulama sorumluluğunu sonuna kadar üstlenerek, gerekçelendirme ödevini yerine getirmede son derece özenli davranmalıdırlar. Bu sorumluluk anlayışında meydana gelecek bir istenç zayıflığının yargıçların kişiliğinde hukuka ve onun pratiğine olan güvenin sarsılmasına yol açacağı unutulmamalıdır.

Mahkeme Hiro Balani/İspanya örneğinde de yukarıda açıklanan görüşünü destekler nitelikte hareket ederek, yargı organının kararında ancak sonuca etkili hususlara değinmek zorunluluğunda olduğunu prensip edinmektedir.⁽²¹⁾

Bu iki karar bizi şu sonuca götürmektedir: Eğer iç hukuktaki dava sırasında açık ve somut bir biçimde illeri sürülen bir iddia davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bir iddia ise davayla doğrudan ilgilidir ve milli mahkeme tarafından gerekçe gösterilerek değerlendirilmelidir. Söz konusu iddiaya ilişkin "ayrık ve açık" bir değerlendirmenin kararın gerekçesinde yer almaması adil yargı-

(14) Örn., H.v. Belgium, a.g.k., para., 53, aktaran Dr. Inceoglu, a.g.e., s.309

(15) Ruiz Torija/İspanya, Seri A No.262(1995) Hugh Tomlinson QC, AİHM, içtihatları değerlendirme seminerine sunduğu bildiri, s.5

(16) K.Reid, a.g.e., s.39

(17) Karen Reid, Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, 3. Kitap, s.37

(18) B k z. d. j. Harris, M. O'Boyle, C. Warbric, a.g.e., 215; K. Reid, A Practitioner's, a.g.e., s.128. K.Starmer, a.g.e., s.376, aktaran Dr. Inceoglu, a.g.e., s.311

(19) Van De Hurk-Hollanda, Seri A, No.288(1994), Naula Mole ve Catharina Harbe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Birinci Baskı, Ekim 2001, Sayfa 43

(20) Hadjinastassiou/Yunanistan, Seri A No.252-A(1992), Tomlinson, a.g.e., s.5

(21) Hiro Balani-İspanya, Seri A No.303-B (1994) Hugh Tomlinson QC, 6.madde: Adil Yargılama Hakkı başlıklı Adalet Bakanlığı Eğitimciler Eğitimi Seminerine sunulan bildirisinin 5. Sayfası

lanma hakkı açısından ihlale neden olabilecektir.⁽²²⁾

Başka bir anlatımla, mahkemelerin yargılama sürecine yansıtılan her talebi gözetme zorunda olmadıkları biçimindeki serbestisi, kararın verilmesine neden olan temellere asgari açıklıkla değiştirilmesi ödevini de ortadan kaldıracak şekilde kullanılamaz.

Nitekim Yargıtay da çoğu içtihatlarında hükmün esasına etkili olabilecek taleplerin kararda cevapsız bırakılmasını bozmaya konu yaparak Strazburg yargısı ile bu anlayışı paylaşmakta⁽²³⁾, bazen de gerekçeli kararda öne sürülen sav-savunma ve taleplerin hangilerinin diğerine üstün tutulduğunun yada taleplerin hangi nedenlerle kabul yada ret edildiğinin açıklanması gereğine işaret ederek asgari gerekçelendirmeyi ilke edinmektedir.

c) jürili yargılamada verilen kararın gerekçeli olmayışının ihlal sayılmayacağı:

Ceza davalarında Jüriler nadiren gerekçeli karar verirler ancak bunun adil olma konusuyla uyumlu olup olmadığına birkaç davada değinilmiştir. Jürinin bir ceza davasında verdiği kararı gerekçelendirmediği bir Avusturya davasında Komisyon; Jürili yargılamada verilen kararların gerekçesiz oluşunun, ihlal sayılmayacağını belirlemiştir.⁽²⁴⁾ Komisyon, Avusturya'ya karşı açılan bu davada jüriye yanıtlamaları için ayrıntılı sorular yöneltildiğini, bu şekildeki berraklığın gerekçelendirme eksikliğini kapa-

tabileceğini, buna rağmen başvuru-
nun yargıcın jüriyi yanlış yönlendirdiğini öne sürerek, kararın iptale konu yapabileceğine sahip olduğunu ve zaten bu olanaktan da yararlandığından bahisle, bir adaletsizliğin olmadığını kararlaştırmıştır. ?

d) Temyiz merciince verilen kararların gerekçeli olmayışının ihlal sayılmayacağı:

Komisyon, temyiz hakkının sözleşme güvence altına alınmadığı düşüncesi ile temyiz merciince verilen kararların gerekçeli olmayışını ihlal kabul etmemekte⁽²⁵⁾, üst mahkemenin sadece ilgili yasa maddesine gönderme yapmasını ihlali önleme bakımından yeterli görmektedir. Komisyona göre; iç hukuk yetkili bir mahkemenin kararının temyiz edilmesini kabul etmekte ise, ister temyiz çok önemli bir hukuki konuyu ortaya çıkarsın ve isterse bunun başarılı olma şansı olmasın üst derece mahkemelerinin sadece ilgili maddeye gönderme yapmasını yeterli bulmaktadır.⁽²⁶⁾

Komisyon bir arabaya takılmış vergi levhasıyla ilgili nispeten önemsiz bir uyuşmazlıkla ilgili bir davada; gerek kanunlarda gerekse karar metninde para cezasına neden hükmedildiğinin belirlememesine rağmen (anlaşılmamak mümkün olmadığı halde) para cezasının uygulanmasında, Cour de Cassation'un gerekçe göstermeksizin temyiz başvurusunu reddetmiş olmasında bir ihlal görmemiştir. Komisyon, temyiz başvurusunun açıkça kötü niyetli ve Cour de Cas-

sation'un bunu tepeden turnağa ve fazlası ile gerekçelendirdikten sonra reddetmiş olmasını yeterli bulmuştur.⁽²⁷⁾ Benzer bir uygulamanın Yargıtay tarafından da benimsendiğini görüyoruz, Yargıtay ilk derece mahkemelerin verdiği kararların onayında, uyuşmazlığın özelliğine uygun spesifik ve somut gerekçelendirme yerine şablon gerekçe metinleri kullanmayı yeğlemekte ancak aynı yöntemi bozma kararlarında uygulamaktan kaçınmaktadır.⁽²⁸⁾

Görülüyor ki;Strazburg Mahkemesi adil, güvenli ve rasyonel bir yargılama için gerekçeli karar alma hakkını gerekli ve zorunlu bir hak olarak kabul etmekle birlikte, bunu insan haklarını koruma önlemlerinin odağına koyacak kadar önemsemektedir. Dolayısı ile yargıçlar koşullar ne olursa olsun, yargısal güvencenin en önemli ilkelerinden biri olarak yurttaş hukukunun somut açıklamasını mutlaka yapmalıdırlar.⁽²⁹⁾

2. Strazburg Yargısının gerekçeli karar alma hakkına aykırılık teşkil eden durumlara ilişkin prensipleri:

Strazburg yargısının sözleşmenin ihlaline ilişkin belirlemelerinin gerek nite-lik gerekse nicelik bakımından zenginlik gösterdiğini ifade edebiliriz. Ancak konunun iyi bir şekilde anlaşılabilmesini sağlamak için benzer kararların tümüne değinmek yerine, temel içtihatlarla değinmenin isabetli olacağını düşünmekteyim.

Avrupa mahkemesi; gerekçe göstermek zorunda olmakla birlikte bir mahkemenin, ortaya atılan bütün sorulara cevap vermesinin gerekli olmadığını ve argümanların yeterince açık olup olmadığına karar vermenin de kendi işi olmadığına inanmaktadır.⁽³⁰⁾

a) Gerekçe gösterilmemesi:

Mahkeme, Belçika ve Finlandiya aleyhine açılan davalarda gerekçenin olmayışını usule ilişkin güvenlik önlemlerinin bir özelliği olarak ele almıştır. Bakılmakta olan bu davalarda baronun uygulamış olduğu prosedür, 6. madde uygulaması kriter alınarak iki açıdan eleştirilene tabi tutulmuştur.⁽³¹⁾ Eleştirilerden ilki baroya alınmayı düzenleyen istisnai koşulların anlamı ile ilgili bir kesinliğin olmaması, ikincisi ise somut olayı düzenlememekle birlikte düzenlendiği varsayılan bu norma somut olayın neden uymadığının açıklanmadan, başvurunun ret edilmiş olunması bir hak ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁽³²⁾

Bu uyuşmazlıkta barodan uzun süre önce kaydı silinen başvuru-
cunun yeni-
den baroya kayıt edilme istemi, Baro yönetiminin istisnai koşulların başvuru-
cu yararına gerçekleşmediğinden bahisle ret edilmekle birlikte hükmün dayanağı "istisnai koşulların" nelerden ibaret olduğu açıklanmamıştır.

Mahkemeye göre İstisnai koşullar kuralının belirsizliği, talebin keyfi bir biçimde inceleneceği korkusuna (yada olasılığına) neden olmaktadır. Dolayısı

(22) Dr. Sibel Inceoglu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Beta Yayınları, 1.BASİ, 2008, İstanbul, s. 314

(23) 10 CD.2003 T ve 2002/30682 Esas.2003/5345 Karar sayılı içtihatı

(24) 25852/94

(25) Dr. Sibel Inceoglu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, 1.bası, Beta Yayınları İst.2002, sayfa 315

(26) Dr. Sibel Inceoglu, a.g.e., sayfa 315, Appl.no.8769/79, Xv, Germany 16.07.1981, 25 DR 241

(27) Karen Reid, a.g.e., s.38

(28) YCGK 07.10.1991 T.ve 227/255 ,03.12.1996 T. ve 4-251/262 Sayılı Kararları, Kaban-Aşaner-Yalvaç, aktaran Hamdi Yaver Aktan Yargıtay 8.D. Üyesi, eğitimciler eğitimi seminerine sunumu

(29) Mustafa Kutlu, Yargıç, Yargıç Meşruyetinin Görünüm Biçimleri, HFSA İstanbul Barosu Yayını sayfa 15

(30) K.Reid.a.g.e., s.38

(31) K.Reid.a.g.e., s.38

(32) 30.11.1987 tarih ve 8950 /80 Belçika, Dulaurs-Fransa, Hele-Finlandiya

ile bu belirsizlik gerekçelendirme ihtiyacını vazgeçilmez kılmaktadır; bu olayda milli yargı yeri kararında; bir yandan istisnai koşulların olmadığından bahsederken öte yandan başvurunun dayanıldığı koşulların neden istisnai olmadığını da açıklamamıştır.⁽³³⁾

Avrupa Mahkemesi bu içtihadıyla Milli mahkemelerin kararlarının alınmasını gerektiren hukuki nedenlerin (davranış yada eylemin normatif karşılığı) ve yargılama konusu olayın yasada tarifi yapılan eylem olup olmadığının da (tipiklik) kuşkudan uzak ve açık bir şekilde belirtilmesi gereğine işaret etmektedir.

b) Yasal gerekçe gösterilmemesi:

Yine Mahkeme önüne gelen bir başvuruda ulusal adli mercinin yasal gerekçe göstermeden davayı reddetmesini açık ihlal olarak kabul etmektedir.⁽³⁴⁾ Avrupa mahkemesi bu uyuşmazlıktaki bulgusunu; gerekçe yasal açıdan geçerli olmadığından bahisle baronun başvuru sahibine adil davranmadığı görüşüne dayandırmaktadır.

Anılan davada Belçika ordusundan emekli olan başvurunun Baroya kayıt olma isteğinin "başvurunun zaten kariyer yaptığı ve de ayrıca baroda çok sayıda avukat olduğu" gerekçesi ile reddedilmesi üzerine Strazburg Mahkemesi; Baro konseyinin belirttiği gerekçenin hukuken muteber bir gerekçe olmadığı ve aynı zamanda uygulanabilir yasa kuralında da yer alan nedenlerden birine dayanmadığından bahisle, başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirlemiştir.⁽³⁵⁾

Yasal gerekçe ise hükmün yasa normunda belirtilen nedenlere dayalı verilmesinin açıklanması olarak tanımlanabilir. Kuşkusuz, hükmün dayanağı çeşitli nedenlerle açıklanabilir ancak, geçerli olanı ise yasalara dayalı ve ona uygun olarak açıklanan nedenlerdir. Tabii ki bu içtihadta yer almamakla birlikte gerekçelendirmeyi uygulanabilir yasa normu ile sınırlamak olanaklı değildir, uygulanabilir yasa normu bulunmayan bazı uyuşmazlıklarda yargıç'ın yasa kuralı koyma yada takdir yetkisinin sınırları içerisinde kalmak koşulu ile gerekçesini hukukun diğer kaynaklarından yararlanarak ta oluşturması olanaklıdır.

c) Yasal ifadelerin tekrarlanması:

Yunanistan aleyhine açılan bir davada ulusal yargı organı, başvurunun istemini yasal ifadeleri tekrarlayarak reddetmesini ihlal kabul etmiştir.⁽³⁶⁾ Mahkeme bu içtihadı ile her somut uyuşmazlık yada talebin yasalar önünde sınanması ile ulaşılan sonucun bu uyuşmazlığın içeriğindeki özel ve spesifik nedenlerle açıklanmasını arzulamaktadır. Zira her uyuşmazlık nevi şahsına münhasır özellikler taşısa da yargıçların benzer dava ve istemleri kaba bir benzeştirme kültürünün etkisi ve içerik kaygısı duymadan içtihat⁽³⁷⁾ yada emsal aracılığı ile aynılaştırdıkları da bilinmektedir. Bu durumun nedenleri arasında zamansızlık ve iş yükü savunmaları öne çıksa da iş yükü az olan mahkemelerde dahi, yasaların aradığı ölçülerde gerekçeli karar yazılamamakta⁽³⁸⁾ yada kalite ve içerik kaygısının

dan uzak madde ve dosya numaralarına gönderme⁽³⁹⁾ yapıldığı da ayrı bir gerçektir.

d) İçselleştirme yöntemi ile gerekçelendirme:

İspanya ve Finlandiya ile ilgili görülmekte olan davalarda üst mahkeme ayrıca ve açıkça bir gerekçelendirme gerekçesini duymaksızın, ilk derece mahkemesinin verdiği kararı onaması ya da içselleştirme yöntemi ile önceki kararın gerekçesini kabul etmeyi, gerekçeli karar prensibine aykırılık nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.⁽⁴⁰⁾

İçselleştirme; inceleme konusu olay ile ilgili niteliklere değinilmeksizin ondan soyut olarak evvelce açıklanan nedenlere yada değerlendirmelere yollama yapılması olarak ifade edilebilir.

e) Gerekçenin içeriği hakkında bilgi edinilmemesi:

Komisyon önüne gelen bir olayda; gerekçeli kararı öğrenme olanağı ortadan kalkan başvurunun bu karara yönelik temyiz isteğinin, üst mahkemece ret edilmesini sanığın etkili savunma hakkından yoksun bıraktığından bahisle, olayda sözleşmenin 6/3-b, c bentleri ile ilişkili 1. fıkra hükmünün yüksek sözleşmeci yanca çiğnendiği sonucuna varmıştır.⁽⁴¹⁾ Gerekçelendirmenin yapılmaması eğer temyiz yolunu tıkamış ise 6/1 anlamında sorun var demektir. Zira temyize başvuru hakkının etkili kullanımı için kararın üzerine inşa edildiği zeminin yeteri açıklıkta olması sağlanma-

lıdır. Bunun temyize başvuru hakkının gerçek anlamı ile kullanılması için bir temel olduğu⁽⁴²⁾ unutulmamalıdır. Ancak Mahkeme, Pierre-Andre Melin v. France davasında temyiz başvuru hakkının engellenmesinden söz edilebilmesi için, başvurunun eylemi ile bu sonuca katkıda bulunmaması yada bu hakkın kullanılması için asgari özen (gayret) yükümlülüğünü ifada temerrüde düşmesi koşulunu bağlamaktadır. (öngörmektedir)/ Başka bir deyişle anılan hakkın kullanılması için gereken önlemler alınmış yada gerekli ödevler yerine getirilmiş olmasına rağmen temyiz başvurusunun kullanımı halende olanaklı değilse artık hak ihlali var demektir. Bu içtihat, gerekçeli karar hakkına aykırılığın aynı zamanda savunma hakkının etkili kullanımını da engelleyeceğine dair çarpıcı bir örnektir.

Bu uyuşmazlıkta ilk derece yargı organının bu kararı, ardışık iki ayrı nedenle hatalıdır. Birincisi, kararın içeriği hakkında bilgiye ulaşma olanağının herhangi bir nedenle engellenmesi, ikincisi ise buna bağlı olarak ilgisinin gerekli, yeterli ve etkili savunma araçlarından yoksun bırakılmasıdır. Bilgi edinme hakkının engellenmesi ya kararın yanlara hiç verilmemesi yada geç verilmesi şeklinde olabilir. Sözgelimi karar gerekçesinin temyiz süresi içinde yazılmaması/yazılamaması nedeni ile kısa karara dayanılarak temyiz hakkının kullanılmasında olduğu gibi.

(33) H.v.Belgium, a.g.k., para.53, aktaran Dr.İnceoğlu, a.g.e., s.315

(34) De Mor -Belçika Davası

(35) Dr. S.İnceoğlu, a.g.e., s.316

(36) Georgiadis-Yunanistan

(37) M.Kutlu, a.g.e., Sayfa 15

(38) Dr.M.Tören Yücel, a.g.e., Sayfa 121-12

(39) 9.CD.2003 T.2003/210-902

(40) 21.01.1999, 30544/96, Garcia Ruiz-İspanya, 19.12.1997, 20772/92, Helle-Finlandiya, Doç. Dr., Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Beta yayınları, cilt 1, 1.bası, 2002 ist.,

(41) Melin/Fransa, Mutatis Mutandis Artico/İtalya, Goddi/İtalya, Ruiz Torija/İspanya, alıntı Prof. Dr.A.Şeref Gözübüyük-Prof.Dr.A.Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulanması 4.bası, Ankara 2003, Turhan Kitabevi, Sayfa

(42) K.Reid, a.g.e., s.39

İç hukukta bu ve benzeri durumlarla karşılaşmakla birlikte ceza yargılama yöntemine ilişkin yasa da bu riski önleyecek önlemlerin varlığı da bilinmektedir. Yanlar gerekçeli kararın öğrenilmesine değin temyiz stüresinin işlenmesini durduran (süre tutum) dilekçeleri ile bu riski ortadan kaldıracılabilmektedirler.

f) Yeterli gerekçe gösterilmemesi:

İHAM iç hukukta kararların yeterli gerekçeden yoksun yada gerekçenin detaylı olmamasını adil ve güvenli yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.⁽⁴³⁾

Yeterli gerekçe ise mahkeme kararlarının adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte olarak açıklanmasıdır.

Buraya kadar anlatılanlarla gerekçe ve gerekçesizlik kavramları ile ilgili Strazburg Mahkemesinin karar içeriklerinde yargıç etkinliğinde olması gereken hukuk algılamalarını⁽⁴⁴⁾, kimi zaman da ulusal yargı organlarının gerek bu saptamalar karşısındaki ve gerekse yanındaki duruşunu belirleyerek, gözlem ve deneyimlerimizle konuya müdahil olmaya çalıştık.

Şimdi de üst yargı organlarının norm denetimine ilişkin edimlerini yerine getirirlerken aynı zamanda içtihat yolu ile hukuku geliştirme ve zenginleştirmeye katkı sundukları da gözetilerek Yüksek yargıda gerekçe üzerine konuşulanlarla

çalışmamızı yönlendireceğiz. Bunu bir kaç nedenle gerekli buluyoruz. İki, iç hukukta gerekçenin nasıl görüldüğünü belirlemek ikincisi, Yargıtay'ın ilk derece mahkemeleri ile arasındaki hiyerarşik ilişkiden yararlanarak, sözleşme normları ile bunların uygulanmasına açıklık getiren içtihatlarla egemen ilkelere belirlenip yerleşmesinde önemli ve etkili rol özelliğine dikkat çekmek, üçüncüsü ise aralarında hiyerarşik ilişki bulunmayan iki yasal yargı organının bu konudaki duruşlarını karşılaştırarak buradan ortak çıkarımlar yapmaktır.

B) Yüksek Yargıda gerekçe:

Danıştay'ın "Derinleştirilmiş bölgesel koruma sistemi" karşısındaki tutumu, özellikle son yıllarda netleşmiş bulunmakta ve giderek bu ulusal üstü mekanizmaya daha sıkı referans yaptığı gözlenmektedir. Sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konuma sahip olduğunu, Yürütme ve Yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını ortaya koyan Danıştay, Anayasa Mahkemesi Kararlarına da yollama yaparak İHAS Jürisprüdansına anayasal değer tanıdığı sonucuna varmıştır.⁽⁴⁵⁾

Kararlarında sık sık İHAS'ine Yollama yapan Anayasa Mahkemesi Türkiye'nin sözleşme ile yükümlülükler altına girdiği saptandıktan sonra insan hak ve özgürlüklerinin yalnızca ulusal ana-

yasaların konusu değil aynı zamanda da uluslar arası hukukun kurucu ögesi olduğunu belirtmiş ve insan hakları ile ilgili uluslar arası normları da anayasallık denetiminde "ölçü normlar bloğu" içine sokmuştur.⁽⁴⁶⁾

Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin yeni kararları T. A. Y. sisteminde, iç hukukun tartışılmaz üstünlüğünün sonu ve milletlerarası norma açılma sürecinin başlangıcı şeklinde yorumlanmaktadır.⁽⁴⁷⁾ Görülüyor ki gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay⁽⁴⁸⁾ AİHS sinin etki gücünü benimseyerek, uygulamalarına referans olarak kabul etmektedirler. Böylelikle gerek ilk derece mahkemesi gerekse norm denetimi yetkisinin kullanımında bu mahkemeler; bakmakta oldukları davalarda gerekçeli karar hakkına egemen içtihatların uygulanmasında rehberlik yapacaklarını taahhütlerinin gereği saymaktadırlar.

Yargıtay içtihatlarında gerekçenin gerek nitelik ve gerekse nicelik olarak zengin bir görünüm gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu kararların incelenmesi ile Yargıtay'ın gerekçeli karar hakkını ilke olarak, gerekçesizliği ise istisna olarak kabul ettiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme içtihatlarında gerekçenin niteliği, içeriği ile işlevi ayrıntılı olarak belirlenerek hangi durumların hak ihlali neden olacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu nedenle Yargıtay da gerekçe üzerine söylenenler hakkında ortak ve AİHM 'sinin temel ilkeleri ile uyumlu bir kanının oluştuğu-muhalefet şerhleri

ayrık olmak üzere-söylemek yerinde olacaktır. Buna göre;

1. Gerekçenin işlevine ilişkin içtihatlar:

Hukuk Genel Kurul'u; gerekçelendirilmenin yargıç için yasal ve aynı zamanda etik bir yükümlülük olduğunu belirledikten sonra, gerekçe oluşturulurken yansızlığın sağlanması ile birlikte yanların onur ve saygınlığının korunmasında da özenli davranılması gerektiğine işaret etmektedir.⁽⁴⁹⁾ Başka bir ifade ile Genel kurul bu kararında, insan onur ve saygınlığının gerekçelendirme adı altında yetki aşımı suretiyle çiğnenmemesi gereğine işaret etmektedir. Burada sözleşme ile korunan değerler arasında olası krizin yargıç tarafından hukukun sınırlarında ve elverdiği ölçüde insanın değerinden yana tavır alarak aşılması önerilmektedir.

2. Gerekçenin niteliğine ilişkin içtihatlar:

Büyük genel kurul; Anayasa ve yasalarda nelerin gerekçe olabileceği sınırlı bir şekilde sayılmadığını, belirterek gerekçenin sanığın kişiliği ile ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterecek şekilde geçerli ve yasal nitelikte olmasını içtihat etmektedir. (lazımdır)? Böylelikle gerekçe bu niteliği ile yasa koyucunun amacına uygun düşeceği gibi bununla, aynı zamanda karar aydınlatılmış, keyfiliği önlenmiş ve de yanlar ikna edilmiş olunacaktır.⁽⁵⁰⁾

(43) Georgiadis-Yunanistan davasında "başvurucunun haksız yere tutuklanmasına ilişkin tazminat verilmemesi kararı, iç hukuka uygun olarak beraat kararı ile birlikte verilmiş ve kendisinin "büyük ihmal" nedenine dayandırılmıştır. İHAM tazminata ilişkin başvurucuya kendi savlarını ortaya koyma imkanı tanınmasını madde 6/1' aykırı bulmuştur. Milli mahkemelerin sadece yasa da yer alan "büyük ihmal" kavramına atıf yapmasını dikkate almıştır. İHAM'a göre, milli mahkemelerin kararları başvurunun tazminat hakkı için belirleyici olduğundan söz konusu olayların değerlendirilmesini içeren "büyük ihmal" kavramının açık olması milli mahkemelerin daha detaylı gerekçeler gösterilmesini gerektirmektedir. "İnceoğlu, a.g.e., s.314, ayrıca bakınız H. Belçika davası

(44) Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlamaları, Yargıtay Dergisi, cilt.28 Ocak-Nisan 2002, sayı 1-2, s. 192-213; Çağlar, a.g.e., s.64-65, aktaran Kutlu, a.g.e., s.152

(45) D.5.D., E., 1986/1723, K., 1991/933 sayılı kararı, s.10, Kaboğlu, a.g.e., s.124

(46) Bkz. Bakır Çağlar "Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: hukuk ve demokrasi" Anayasa Yargısı-9, Ank. 1993, s.281 aktaran Kaboğlu, a.g.e., s.124

(47) İBK, tümüyle uluslar arası standartlar göz önünde tutularak alınmış bir karardır. (Akıllıoğlu, a.g.e., s.42); Krş. B. Çağlar "Avrupa yeni Mekanında ...", S.281, AKT.İ.Ö. Kaboğlu a.g.e., s.124

(48) Danıştay'ın 1997/3572-2435

(49) Y.H.G.K.K.24.10.2001, 1016/757 Duman a.g.e. Sayfa 159

(50) İBK.7.6.1976 T.3/3, Akt.H.Erol, a.g.e., s.177

CGK ise yargıcın taktir hakkının akla, hukuka ve dosyaya uygun açıklanması gereğine değinmektedir.⁽⁵¹⁾ Dolayısıyla ile gerekçelendirmenin dosyadaki argümanlar, olay ve olgulara dayanması yeterli olmayıp bu etkinliğin mantıksal bir süreçle tamamlanması gerekir. Yargıtay, ilk seviye mahkemelerin bu edimlerini görmeyen gelip oluşu ve delilleri tartışmadan, dosyayı numaralandırmalarını sonrada bu numaralı bölümlere gönderme yapılmak suretiyle gerekçelendirmede (içselleştirme yöntemi) bulunulmalarının yasalara aykırılık olduğunu saptamıştır.⁽⁵²⁾

Önceki kararlara gönderme yapılarak gerekçelendirme yapılmasını Yargıtay kabul etmemektedir.⁽⁵³⁾ Söz konusu bu durum içselleştirme olarak ta adlandırılmaktadır. İç hukukta bu tarz uygulamaya gerek ilk derece gerekse üst yargı organlarının kararlarında da rastlamak olanaklıdır. Yargıtay genellikle onama kararlarında şablon gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararlarını onamaktadır. İlk derece mahkemeler ise özellikle bozma üzerine verdikleri kararlarında bozmada belirtilen noktalara gönderme yaparak yada bunları tekrarlar benzer bir etkinlikte bulunmaktadır. Oysaki bozulan karar tamamen ortadan kalkmakla mahkemenin yeniden gerekçeli hüküm oluşturmakla ödevli duruma geldiğini gözeterek yeniden gerekçe oluşturmalıdır.⁽⁵⁴⁾

Birinci daire, gerekçeli hükmün her şeyden evvel yargısal bir yapıt olduğu bulgusuna varıp, bunun yasaya, yanlara, yaşama, olaya uygun ve aynı zamanda adalet duygusunu yansıtmaması⁽⁵⁵⁾ gerektiğine vurgu yapmakla birlikte insancıl bir görünüme sahip olmasını da istemiştir. Bu içtihatla gerekçeli kararların gerek öğreti gerekse Strazburg yargısının insanı eksen alan anlayışını esas alması nedeniyle oldukça uygun olduğunu düşünüyorum. Zira burada adaletin insancıl yönü diğer niteliklerine göre önemsenerek açığa çıkarılmıştır.

Yargıtay, kararın dayanağı tüm veriler ile bu veriler konusunda ulaşılan sonucun, iddia, savunma ile tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin, suçun yasal öğeleri ve kabul edilen olayların kararda gösterilmesini ve aynı zamanda gerekçenin belirsiz, kapalı, duraksamaya neden olacak ifadeler içermemesini de önermektedir.⁽⁵⁶⁾ Çünkü yargılamanın amacı, eldeki uyumsuzluğu ikinci bir uyumsuzluğa neden olmayacak şekilde sonlandırmaktır. Söz konusu bu ve benzeri içtihatlarla Yargıtay, Strazburg yargısından farklı olarak sadece hükme esas alınan nedenlerin cevaplanması ile yetinilmemesini bir adım öteye gidilerek iddia ve savunmanın bir bütün olarak değerlendirilip gerekçeye yansıtılmasını uygun bulmaktadır. Böylelikle kararların açık ve inandırıcı gerekçelerle kaleme alınması sağlanarak bunun

davayı kaybeden yanda güven duygusu oluşturmaya amaçlanmaktadır.

Kısa karar ile gerekçeli kararın çelişik olması bir başka gerekçesizlik örneğidir. Yargılama yöntemine ilişkin yasalar gerekçeli karar ile infaza yönelen kısa kararın uyumluluğunu ilke edinmiştir.⁽⁵⁷⁾

Yetersiz gerekçeye dayalı yorumla tahrikin adi nitelikte kabulü⁽⁵⁸⁾, kararda yasal olmayan gerekçe ile cezanın ertelenmemesi⁽⁵⁹⁾, asgari haddi ceza tayininde gerekçe gösterilmemesi⁽⁶⁰⁾, yasal, yeterli ve geçerli olmayan gerekçe ile hüküm kurulması⁽⁶¹⁾, maddenin uygulanma gerekçesinin gösterilmemesi⁽⁶²⁾, nesnel ve öznel ölçüler gözetilmeksizin takdirene sözcüğü ile yetinilip yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması⁽⁶³⁾, öne sürülen taleple ilgili olumlu yada olumsuz bir karar verilmemesi⁽⁶⁴⁾, Kısa kararın duruşma tutanağına geçirilmeden gerekçeli karar oluşturulması⁽⁶⁵⁾ taraflar bakımından inandırıcı ve Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde kaleme alınmaması, mahkemenin iddia savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerinin açık olarak gerekçede gösterilmemesi, belirsiz ve müphem ifadelerle yer verilmesi, suçun yasal öğelerinin gösterilmemesi kabul edilen olayın gösterilmemesi⁽⁶⁶⁾ yasal ifadelerin tekrarlanması olası ihlal biçimleri olarak telaffuz edilmektedir.

Yargıtay özetle adil yargılanmanın amacına hizmet edecek ayrıntılı gerek-

çelere kararlarda yer verilmesini önermekle bu konuda oldukça radikal bir tavır sergilemektedir.

Yargıtay'ın bu bakış açısı ile Strazburg yargısının gerekçe üzerine söylediklerinin büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilir. Bu benzerlikler genellikle yeterli, geçerli, yasal ifadelerle gönderme yapılarak, içselleştirme yolu ile gerekçelendirme konusunda kendini göstermektedir. Yargıtay'ın saptayabildiğimiz kadarı ile gerekçede iddia ve savunmanın mutlaka tartışmaya konu yapılmasını ve yargılama sürecinde öne sürülen taleplerin cevaplandırılmasını içtihat edinmekle, Strazburg Yargısından kısmen farklılaştığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay gerekçesizlik kavramına açık ve örtülü gerekçesizlik yanında içselleştirilmiş gerekçe ve yetersiz gerekçelendirmeyi de dahil ederek bu alanı genişletmiştir. Yargıtay'ın bu alandaki en değerli katkısı ise sözleşmenin de yargısal korumaya aldığı kişi onurunu çiğneyecek gerekçelendirmeyi ret eden tutumudur.

C) Yargılama yöntemine ilişkin yasalarda:

1. Ceza Muhakemeleri Usul Yasasında;

Ceza Yargılama yöntemi yasası; düzeniğinde gerekçelendirmeyi tüm yargı organlarının karar/muhalefet şerhleri ve

(51) C.G.K.9.6.1998 T.8-163/216 Kaban-Aşaner-Yalvaç,a.g.e Sayfa 131-134 Aktaran Aktan a.g.s Sayfa

(52) 9.C.D.2003/210-902 sayılı karar

(53) 9 C.D.13.02.2002 T.2001/1268,2002/301,C.G.K.18.04.2000 T.7-75/80 Kaban-Aşaner-Yalvaç a.g.e S.850-851 Aktaran Aktan a.g.e S.

(54) YCGK 2002 T.2002/2-236 K.,aktaran N.Yorgancı,www.adalet.org

(55) Y.1.HD.28.06.1978 t.7281/7379 K.aktaran Av.İ.Hasan Duman,Konu ve Sorunlarla Hukuk Devleti,2.Baskı,Kartal-İstanbul,s.162

(56) Y.4.CD.05.10.1995 T.1995/4601-6332 ,aktaran Nihat Yorgancı,www.adalet .org ,Yargıtay Kararları Sayfası

(57) YCGK.23.12.1998 T.,2-314/380,Kaban-Aşaner-Yalvaç,a.g.e. s.862,aktaran Aktan

(58) Y.1.CD.23.08.1993 T.1993/1453-1552 K.,aktaran N.Yorgancı,www.adalet.org

(59) Y.5.CD.25.01.1993 T.,1992/4164-157 K. Aktaran Yorgancı,www.adalet.org

(60) Y.5.CD.09.11.1993 T.1993/3664-3973,2.CD.17.10.1995 T.1994/12461 E,1995/206 K.aktaran,Yorgancı,www.adalet.org

(61) YCGK.03.10.1995 T.1995/3-267/267 K.aktaran,Yorgancı,www.adalet.org

(62) YCGK.20.12.1993 T.,1993/16-290 E,1993/327 K.aktaran Yorgancı,www.adalet.org

(63) Y.4.CD.18.05.1994 T.1994/1437-4605 K.,AKTARAN,Yorgancı,www.adalet.org

(64) Y.10.CD.2003 T.2002/30682 E,2003/5345 K.,aktaran,Yorgancı,www.adalet.org

(65) YCGK.23.12.1998 T.314/330 K.Kaban-Aşaner-Yalvaç,a.g.e.,s.854,aktaran Aktan

(66) 4.CD.24.02.1999 T.,12501-924 ,Akt. Haydar Erol,İçtihatlı C.M.U.K.2002 Ank.s.181

mütalaaları için gerekli⁽⁶⁷⁾ bulmakla birlikte gerekçelendirmede gözetilecek hususlar yönünden mahkumiyet ve beraat kararları arasında ayırım yapmıştır.

Mahkumiyet kararlarının gerekçesinde; kanıtlanmış ve kesin olgular, başka olgulardan edinilen kanıtlar(260/1), T. C. K. 'da yer alan ve cezayı kaldıran indiren yada ağırlaştırıcı nedenlerin sübuta erip ermediği (260/2), uygulanan ceza kuralı, cezanın tayininde etkili haller(260/3), ceza yasasında cezanın indirilmesi nedeni olarak gösterilen nedenlerin kabul yada reddinin mutlaka temellendirilmesi gerektiği belirtilirken, Beraat kararlarının gerekçesinde ise sanık hakkında verilen beraat kararının hangi nedene dayalı olarak verildiğinin açıklanması yeterli görülmektedir.

Durma, düşme ve ret kararlarının gerekçesi konusunda ise yasa da bir açıklamanın yer almadığı gözetilerek bu kararların gerekçesinin de üst mahkemenin iyi bir denetim yapmasına olanak verecek şekilde temellendirilmesi gerekir.⁽⁶⁸⁾

Yargılamaya katılanların yasa yollarına başvurma hakkından vazgeçtikleri taktirde, suçun yasal unsurlarını gösteren olgularla uygulanan yasa maddesinin son kararın gerekçesinde yer almasının yeterli(260/5) görüldüğü anlaşılmaktadır. Yasa yolundan vazgeçme durumunda, gerekçede başka hususlara yer verilmesine gerek görülmemesinin nedeni, bu kararın başka mahkeme yada yargı organlarıncaya gözden geçirilmeyecek olmasındandır. Son kararın gerekçe-

sinin, özellikle mahkumiyet kararında bütün ayrıntısı ile yer almasının istenme nedeni, üst mahkemelerce iyi bir denetim yapılmasına olanak tanımaktır.⁽⁶⁹⁾

2. Medeni yargılama yöntemine ilişkin yasa da;

Gerekçeli kararlar ilgili düzenlemeler H. U. M. K. unun 381, 486/6, 489/2, 388/1b-3 maddelerinde düzenlendiği bilinmektedir.

HUMK unun 388/3 maddesi, hükmün iki tarafın iddia ve savunmalarının özeti anlaşıkları yada anlaşamadıkları noktalar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışılması, red ve üstün tutma nedenleri sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki nedenleri içermeye gereğine değinmektedir.

Bu bağlamda kararların gerekçeli olması yanında, hükmün gerekçesiz olması mutlak temyiz nedeni kabul edilmektedir.⁽⁷⁰⁾

II- Hukuk Öğretisinde Gerekçenin görünüm biçimleri:

Öğreti; bilgi üretme, üretilenleri yorumlama ve yargı kararlarına eleştirisel yaklaşarak hukuku geliştirme ve zenginleştirmektedir. Dolayısı ile bilim çevrelerinde konuşulanların, gerekçeli karar hakkına yönelik ihlallerin önlenmesine çok önemli katkılar sağlayacağı tartışmasızdır. Bu amaçla ulaşabildiğimiz kaynakların bir kaç çalışma ile sınırlı olmasına rağmen bu çalışma ve görüşlerin her birinin ayrı bir değer ve zengin içerik taşıdıklarını görmekteyiz. İşte

öğretide gerekçenin adli, psikolojik, toplumsal, pedagojik nitelikleri üzerine söylenenler;

A) Gerekçenin Yararları Üzerine Savılar:

1. Gerekçenin adli nitelik ile işlevi üzerine söylenenler;

a) Gerekçe yargıcın yansızlığını kanıtlama aracıdır:

Yargıcın yargılama sonucu ulaştığı kanının hukuksal olması yargıcın kişiselikten arınmış olma ve hukuka uygun davranma yükümlülüğünün doğal sonucudur. Bu bağlamda kararların gerekçeli olma ilkesi; yargı bağımsızlığının amacı ve bedeli olan yansızlığı kanıtlama olanağı veren ve yargıç onurunu koruyan bir araçtır. Dolayısıyla yargıcın verdiği karar ne denli doğru(adaletli) olursa olsun; karar gerekçesinde yansızlığını tartışılır duruma getirmiş ise bu etkinliği ile adil yargılanma hakkını ihlal etmiş demektir.⁽⁷¹⁾

Bununla birlikte yargıcın tarafsızlığı yada nesnelliği bir dava konusunun nesnel ve hukuksal olarak aydınlatılması ile olanaklı olup bunun sağlanması yargıcın ciddi bir gerekçelendirme ve temellendirme gayreti ile olanaklıdır. Dolayısı ile yargıç hukuk devletinde yargılamayı yürütürken her aşamada doğru ve güvenli yargılanma hakkının belirlenmiş ilkeleri ile bunların özünde var olan (insana saygı, toplumsal özgüveni geliş-

tirme) değerleri de gözetmekle yükümlüdür.⁽⁷²⁾

b) Gerekçe geleceğin hukuku ve toplumunun tasalanma aracıdır.

Yürürlüğe giren yasalar genellikle yargıçlar tarafından (determinate/indeterminate normlar) uygulanmaktadır. Her ne kadar yargıçlar yasalara bağlı iseler de, yürürlüğe giren yasa hükümlerini yorumlamak, düzenlenmeyen ayrıntıları çözmek üzere de yeteri kadar hürriyet/takdir hakkı ile de donatılmışlardır. Hakim donatılan bu yetkilerle geleceğin hukukuna (de lege ferenda)⁽⁷³⁾ tasarımcı ve bir retorisyen kimliği ile başvurarak, hukuku adalete dönüştürmekte böylelikle de fakto hukuk yaratmaktadır. Bu ve diğer etkinlikleri sayesinde bilimsel somutlaştırmaktadır.⁽⁷⁴⁾

Ancak yargıcın bu konudaki bakış açısı mevcut hukuk sisteminin sınırlarını aşsa da, pratiği ve vereceği kararların dünya ve hukuk sistemi için anlamlı olma gereği vardır. Bu anlamlılık aynı zamanda tasarım özgürlüğünün sınırlarını da belirler. Bu saptama hukuk sistemi ile doğa bilimleri arasındaki temas noktalarına da işaret etmektedir. Bilimsel hipotezler gibi kararlar da "gerçek dünyaya" ilişkindir; her ikisi de boşlukta değil, bilgi yüklü bir ortamda test edilmektedir.⁽⁷⁵⁾ Gerekçelendirmenin bilimsel etkinlik yanı sıra gözetildiğinde Sayın Yücel'in eserinde vurguladığı gibi bilimsel

(67) Prof. Dr. Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Kazancı Matbaacılık İstanbul, sayfa 43

(68) Prof. Dr. Erdener Yurtcan, C.M.U.K. Şerhi, Kazancı yayınları, İst, 1988, 2. cilt, s. 393

(69) Prof. Dr. Erdener Yurtcan, C.M.U.K. Şerhi, Kazancı yayınları, İst, 1988, 2. cilt, s. 392

(70) Prof. Dr. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, 1995, alfa yayıncılık, sayfa 535 HKG 28.04.1993, 2/91-187 (İKİD 1994/398 s.10076-10077)

(71) Duman, a.g.e., s. 159-293

(72) Yargıtay Onursal üyesi, Çetin Aşçıoğlu, Hukuk Yargılamasında Yargıç ve Avukatın Etkinliği, H.F.S.A. 6. Sayı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, s. 105

(73) Dr. M. Tören Yücel, Hukuk ve Gerçekler, 1. bası, Ankara, 2001, s. 50

(74) Dr. M. T. Yücel, Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi, H.F.S.A. İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, 8. Sayı, s. 163

(75) N. McCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, 1994 p. 103, Dr. M. T. Yücel, Hukuk ve Gerçekler, 1. Bası, Ankara 2001, s. 50

sınama yargılama etkinlikleri aracılığı ile gerçekleşecek, bu süreç sonuçta ifadesini gerekçeli kararda bulacaktır.

c) Gerekçeli karar Yargıç için etik yükümlülüktür:

Yargıcın buyruğunun dayandığı nedenlerin bilinmek istenmesi gücünü yasalardan önce değer yargılarından alır.⁽⁷⁶⁾ Gerekçe başka bir ifade ile yargıcın etik bir yükümlülüğüdür. Gerekçeleştirme zorunluluğu aynı zamanda tarafların gerçek hakkında müsterih olma ve kararı kabul etme ihtiyacının da gereğidir.⁽⁷⁷⁾ Bu bağlamda mahkeme yargıcının etik sorumluluğu, işlevi ile doğrudan doğruya ilgili görünmektedir. Dolayısı ile yargıç için doğru ve adil yargılamanın ön şartı etik değerlerin kendisinde ne kadar yer ettiğine bağlıdır.⁽⁷⁸⁾

Yargıç'ın pozitif hukukun sınırları içinde, belirli bir yargılama konusu eylemi bir yasa maddesine bağlama ya da bağlamama özgürlüğünü kullanarak yargı işlevini hukuk devletinin amacına uygun olarak yerine getirebilmesi onun etik özgürlüğüne bilgi donanımına, yeteneklerine ve hukukun üstün ilkelerine ilişkin doğru değerlendirmeler yapmasına bağlıdır. Bu nedenle yargıç sağlam bir hukuk ve felsefesi, karşılaştırmalı hukuk uygulamaları, örnek karar ve gerekçe bilgisine, kısaca farklı olanakların bilgisine sahip olmalıdır.⁽⁷⁹⁾

(76) Yargıtay Onursal Üyesi, Çetin Aşçıoğlu, Yargı Kararlarında Gerekçe Sorunu, H.F.S.A.B. Sayı, Hz.H. Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2003, s.156

(77) Dr. Mehmet Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirmesi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s.200

(78) Kutlu, a.g.e., s.134

(79) Kuçuradi, a.g.e., s.145-146, aktaran Kutlu, a.g.e. s.134

(80) Karş., Kuçuradi, a.g.e., s.143; 'Makul bir kararın ön koşulu, karar verecek kimsenin bütün önyargılarından kurtulmuş olması gerektiğidir.' Abdullah Dinçkol, Hakim Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler, H.F.S.A. Afa, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, İstanbul, Şubat 1995, s.173-175, aktaran Kutlu, a.g.e., s.134

(81) M.T.Yücel, a.g.e., s.91

(82) Ç.Aşçıoğlu, a.g.e., s.156

Yargıcın etik meşruluğu ahlak değerlerinin nisbiliği tehlikesine açık olmakla birlikte, asıl üzerinde durulması gereken, yargısal etkinliğin sağlamlığının önemli bir unsuru olmasıdır. Olağan yaşamımızdaki yargılarımızı oluştururken nesnel olmanın çoğunca olanaksız olduğunu, yargılarımızda öznel ön anlayışlarımızın yönlendirmesi altında olduğumuzu bilsek de yargıç içsellğinde, olağanüstü bir nesnel birikim deneyim ve bunun bilgisinin de olması gerekmektedir.⁽⁸⁰⁾

d) Gerekçe adli süreçte rasyonelliği etkin kılma aracıdır:

Adli işlevde rasyonelliğin en önemli ve en tipik göstergesi kararların gerekçeli olmasıdır. Kararların nedenlerini ve doğruluğunu gösterme ihtiyacı tüm yargılama yöntemine ilişkin yasalarda, görüş ve kararların gerekçelerinden biri olarak belirtilmektedir.⁽⁸¹⁾ Yargılama mantık kurallarının egemen olduğu bir yargısal akıl yürütme etkinliğidir.

e) Gerekçe yargıcın yanlışlarını önleyici bir araçtır:

Yargıçlar insandır, bu bakımdan yargılama sürecinde hatalı davranma, gerçeğe ve yönetime aykırı yargıya varma, ya da buyruk oluşturma olasılıkları göz ardı edilmemelidir. Gerekçe, bu işlevi ile olası adli yanlışların yaşanmaması için bir anlamda güvencedir.⁽⁸²⁾

f. Gerekçe yargıcın da yargılanma aracıdır:

Gerekçe yargıcın yargılama etkinliğinin aynası olup, bu işlevine bağlı olarak yargıcın da yargılanmasına olanak tanır.⁽⁸³⁾ Başka bir ifade ile hakim taraf- ların getirdiği ispat vasıtalarının keyfi kullanmasına ve hissi karar vermesine engel olacağı gibi⁽⁸⁴⁾ bu etkinliğindeki hukuksal ve mantıksal değerlendirilmesinin kontrolüne olanak sağlayacaktır.

g) Gerekçe niteliği itibarı ile bir yargısal akıl yürütmedir:

Gerekçe karar ile mütalaanın üçüncü unsuru olan sonucun mantıki yönden dayanağıdır. Mantığa dayanmayan yani keyfi olan kararların muhakeme hukukunda yeri olmamakla⁽⁸⁵⁾ birlikte hük- mün tek başına akla ve mantık kuralları- na yada akıldışı mülahazalara dayalı ol- ması yeterli görülmemekte, hükmün özellikle bunların tümüne dayandırılma- sı gerektiği de ifade edilmektedir.⁽⁸⁶⁾

h) Gerekçenin oluşa uygun, açık, çelişkisiz ve hukuk kuralına aykırı olmaması gerektiği:

Gerekçenin hukuk kuralı, mantık ve- ya deneyim kurallarına ters düşmemesi ve⁽⁸⁷⁾ aynı zamanda başka sonuçlar çı- kartılmasına imkan vermeyecek tarzda olması gerekmektedir. Kararda kanaate ilişkin nedenlerin boş, yuvarlak, anlam- sız kelime ve cümlelerle değil önemli

deliller ve diğer unsurların tümü birbiri ile olan bağlantıları gösterilmelidir.⁽⁸⁸⁾ Bilimsel doğruluk ilkesi uyanınca gerek- çe için delillerin değerlendirilmesinin mantıki çatısı için gerekli olanlara yer verilmesi gerekir⁽⁸⁹⁾. Görülüyor ki yargı- ca kararda kullandığı bütün önemli ka- nıtlara değinmesi yada hangi argüman- lar esas alınarak karar oluşturduğunu detaylandırılması önerilmektedir.⁽⁹⁰⁾

2. Gerekçenin Pedagojik niteliği üzerine söylenenler;

A) Gerekçeli karar öğretici işleve sahiptir:

Gerekçe, niteliği itibarı ile her şeyin üstünde kararın haklılığını vurgulama ve bu konumu ile olabildiğince ikna edi- ci olma girişimidir. Bu etkinlik ile bir yandan karardaki adalet vurgu yapıl- maktaki öte yandan da davayı kaybeden tarafa kararın zulmedici ve keyfi bir ka- rar olmak yerine, mantıksal diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğu gös- terilmek istenmektedir. Zaman zaman kaybeden taraf avukatına dikkatinden kaçmış def'ileri görebilmesinde ve ısrar ettiği görüşündeki hatayı algılamasına da yardımcı olabilmektedir.⁽⁹¹⁾

B) Gerekçe hukukun zenginleşmesine olanak sağlar:

Gerekçe ve muhalefet şerhleri; hukuk tüketicilerinin verilecek kararların doğ- ru tahmin edilebilmeleri bakımından

(83) M.T.Yücel, a.g.e., s.13

(84) Schurteris, 433 aktaran M.K.Yıldırım, a.g.e., s.200

(85) Kunter, a.g.e., s.40-41

(86) Stein/Jonas/Leipold, paragraf 286, II Kn. 12, 15, aktaran M.K.Yıldırım, a.g.e., s.200

(87) Avusturya Hukukunda OGH 8.10.1901 N2 1902, 301, M.K.Yıldırım a.g.e., s.202

(88) Stein/Jonas/Leipold, p. 286, II Kn.12 ve orada dn.25 de karşıt istenilen RGJW 99, 278, akt., M.K.Yıldı- rım, a.g.e., s.2002

(89) Schneider, Bewciswürdigung, no.587, akt., M.K.Yıldırım, a.g.e., s.2002

(90) Gottwald, Argumentation, s.127, akt.M.K.Yıldırım, a.g.e., s.2004

(91) M.T.Yücel, a.g.e., s.91

önemli dayanaklardır.⁽⁹²⁾ Keza gerekçe ve muhalefet şerhleri kararların (üst mahkemeler, mesleki yayınlar, kamuoyu organları, sivil toplum kuruluşları) denetlenmesini sağlayan ve hakimlere rasyonel yargılama gücü veren unsurlar olarak da, hukukun zenginleşmesine katkıda bulunmakta hatta ilkelere oluşum potasını oluşturmaktadır.⁽⁹³⁾ Bilim adamları yargısal kararların gerekçelerine katılmasalar bile onları eleştirerek daha isabetli mütalaalara vararak⁽⁹⁴⁾ hukuk biliminin gelişip zenginleşmesine eleştirel etkinlikleri ile katkı sunmaktadırlar.

1. Gerekçenin psikolojik işlevi üzerine yorumlar;

Gerekçe yargıcın adli etkinlikte vicdanını rahatlatma aracıdır: Adalet duygusunun rasyonelleştirilmesi yargıçların kendilerini rahatlatmaları kadar yanları da ikna ederek huzur sağlayan, bir bakıma da deneyimli yargıçların kendi refleks ve düşüncelerini destekleyen bir işlemdir.⁽⁹⁵⁾

2. Gerekçe toplumsal- iletişim işlevi üzerine yorumlar:

Karar bazen toplum ile iletişim amaçlı da kullanılabilir.⁽⁹⁶⁾ Buna gerekçeli kararın iletişim amaçlı kullanımı da denilebilir. Kanımca burada yargıç hukuku aracı kılarak toplumla diyaloga girmekte yada kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda yaklaşımını ortaya koymaktadır. Ancak yargıcın bu etkinliğinin siyasal sonuçlar vermesi olasılığı karşısında, hukuk ve yargının

bundan olumsuz etkilenme riski de mutlaka gözetilmelidir.

B) Gerekçenin zararları üzerine tezler:

Öğretide gerekçenin gerekliliği üzerine değişik savların yanında, azda olsa gerekçenin adli riskleri olabileceğine ilişkin görüşlere de rastlamak olanaklıdır. Şöyle ki;

1. Gerekçenin yargılamayı geciktireceği savı:

Gerekçe göstermenin, güç davalarda yargıçların gerekçe göstermekten imtina ederek yada gerekçeli kararın yazılmasında ihmali bir tutumda sergileyebilecekleri yargı pratiğinin herkesçe malum bir problemidir. Ancak bu risk neden gösterilerek gerekçeli karar hakından vazgeçilmesi kabul edilemez. Bu riskin etkisini yargıçlar üzerindeki iş yükünün azaltılması, zamansızlık sorununun çözülmesi ve yargıçların bilgilenip, deneyim kazanması ile yitireceğini umuyoruz. Ancak koşullar ne olursa olsun yargıçlar hukuku en ince ayrıntısına kadar üslüne uygun bir şekilde uygulayarak kendilerini hukuk devletinin meşru zemininde tutmalıdır.⁽⁹⁷⁾

2. Gerekçe hakikatleri perdeleme aracı olarak kullanılabilir:

Gerekçenin sayılan olumlu işlevleri yanında başka amaçlara hizmet eder şekilde kullanılma olasılığı da vardır. Hukuk yaratma sürecinde yasama organı titizliğinde toplumsal vicdanı yan-

sıtmayan kurallar konulması ve gerekçenin perdelenmesi riski de vardır. Gerekçe konusunda var olan diğer bir görüşte de, totaliter rejimlerde önceden saptanmış sonuçlara uyarlı gerekçeli karar olgusu ile legalite bağlamında mevcut normlarla halkın adalet duygusu arasında beliren uçurum sonucu hakimlerin olgusal kanıtlara ilişkin değerlendirmesinde bazı şeyleri göz ardı etmesi veya rejim değişikliklerinde hakimlerin eski alışkanlıklarını sürdürmesidir.⁽⁹⁸⁾

3. Gerekçe bazı hallerde mahkemelerin saygınlığını tartışılır kılabilir:

Toplu çalışılan mahkemelerde, kararların farklı çıkmasından çıkarılacak sonuç bu kararların tek bir gerekçeden doğmadığıdır. Toplu mahkemelerin doğasında olan ve güvence olan bu durumun gerçekleşebilmesi üyelerin kapasiteli olmasına bağlıdır. Aksi durum zaman zaman tanık olduğumuz mahkeme başkanının egemen olduğu 2sözde toplu mahkeme” görüntüsü sergilenmiş olunacaktır.⁽⁹⁹⁾ Çok az farkla çıkan kararların ayrıca kamuoyunda olumsuz eleştirilere konu olduğu da gözetildiğinde bu iki noktada kararların saygınlığı kuşkulu hale gelebilir.

Buraya değin hukuk bilimi ve tüketicilerinin gerekçeye bakış açılarını olumlu ve olumsuz yönleri ile ele almaya çalıştık. Öğretide gerekçenin analitik bir yöntemle ele alınarak detaylandırıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu görüşlerin tümünün ortak paydası yargılama yönteminde gerekçelendirmenin en ince ayrıntısına kadar kullanılması gerektiğidir. Öğreti bu bakışı

ile Strazburg yargı kararlarında tanımlanan gerekçe ve gerekçesizlik tanımı ile paralel hatta detay bakımından önde olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte öğretide ve Yargıtayın gerekçelendirme de kararın dayanağı tüm argümanların detaylandırılarak yer alınması gerektiği görüşü ile Strazburg yargısının sadece hükme etkili olan iddia savunma talep ve argümanların gerekçelendirilmesi gerektiği şeklindeki içtihadından ayrılmaktadırlar. Ancak insan haklarının kurumsallaşması istenç yanında uygulama ile öğretinin ürettiklerini paylaşmaları ile olanaklıdır.

İkinci Kısım

Gerekçeli karar hakkının uygulamadaki sapma biçimleri:

Uygulamada çeşitli nedenlerle bu görevin yerine getirilmesinde özenli davranılmadığı, çeşitli gerekçelerin yerinde olsun yada olmasın arkasına sığınarak eksik yada hiç yerine getirilmediği yada istenmeyen şekillerde yerine getirildiği bu şekildeki usul sapmalarının gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukukta ciddi eleştiri ve yaptırıma konu olduğu bilinmektedir. Bu konudaki ihlallere sıklıkla gözaltı, tutuklama, arama ve savunma gibi ceza yargılaması araçlarının kullanımında rastlanmaktadır. Dolayısı ile yetkinin kullanıcısı durumundaki mahkeme ve uzantılarının yapılan işin önemini bilincinde üst düzey bir sorumlulukla davranarak eylem, işlem ve kararlarını gerekçelendirmeleri gereklilikten öte bir yargısal güvencedir.

Uygulamada kimi zaman genel ve soyut kimi zamanda yasa maddesindeki ifadelerin tekrarlanarak yada bunlara

(92) M.T.Yücel, a.g.e., s.168

(93) M.T.Yücel, a.g.e., s.170

(94) Kunter, a.g.e., s.40-41

(95) M.T.Yücel, a.g.e., s.167

(96) Kuçuradi, a.g.e., s.

(97) M.Kutlu, a.g.e., s.17

(98) M.T.Yücel, a.g.e., s.167

(99) M.T.Yücel, a.g.e., s.92

gönderme yapılarak gerekçelendirilmesi⁽¹⁰⁰⁾, sav ve savunmalar ile gerekçenin denetime olanak vermeyecek tarzda özetlenmesi, yasal gerekçe kullanmak yerine azda olsa hukuk dışı gerekçelerle kararın açıklanması, gerekçede hükme esas alınan yada alınmayan olay olgu kanıtların neler olduğunun açıklanması yerine” kim ne demiş “şeklindeki diyalog ve ifadelerin kararda gösterilmesi ile yetinilmesi sıklıkla karşılaşılan sapma biçimleridir.

Ancak, uygulamadaki bu sapmaların sadece yargıçların değil yargılama etkinliğine katılan tüm kişilerin yöntem dışı uygulama ve algılayışlarından kaynaklandığı da başka bir görünüm biçimidir.⁽¹⁰¹⁾ Savunma tekeli elinde bulunduran ve bağımsız yargının bir ögesi durumundaki Avukatlarında (sorumluluk sahibi olanların ayrık tutulması koşulu ile) savunma etkinliklerini neredeyse “aleyhimize olanları kabul etmiyoruz, itiraz ediyoruz, mahkemenin taktirine bırakıyoruz, kabul etmiyoruz v. s.”⁽¹⁰²⁾ gibi taktiklerin sınırına hapsedtikleri ve iktidar alanlarını sahipleri olmayan yargıç ve diğerlerine terk ettikleri vurgulanması gereken bir diğer gerçektir. Sav ve savunma öne sürülenlerin doğru yada yanlışlığının temelini ortaya koymada/sunmada (argüman) özensiz dav-

ranarak bir anlamda kendi kusurları ile gerekçelendirme ve gerekçeli karar hakkının ihlaline katkı sunmaktadırlar. Savunma belagat yada retorik özelliğini nostaljik olmaktan öteye taşınalıdır.

Her ne kadar gerekçelendirme yargıcın sorumluluğunda ise de gerekçelendirme yükümlülüğünün yönetime aykırı biçimde kullanılmasında, yanların ve savunma mesleği mensuplarının denetim üzerine inşa edilmiş bir savunma stratejisi yerine uyuma dayalı savunmaları stratejisi izlemelerinin de etkili olduğu başka bir gerçektir. Bu gibi sapmaların ortadan kaldırılması veya önlenmesi yargılama yöntemi yasalarındaki itiraz, temyiz gibi denetim araçlarının etkin ve yerinde kullanımı ile olanaklıdır.

Unutulmaması gereken bir konudur; adalatin gerçekleştirilmesinin yargıç kimliği ile özdeşleştiği kabul edilse dahi yargıcın tekeline olmadığı, normatif düzenlemede ifadesini bulmuş bir başka gerçektir. Gerek maddi gerçek, gerekse hukuki gerçeğe ulaşma birlikte uğraşın sonucudur. Dolayısıyla oluşmamış adalette de mutlaka birlikte sorumluluğun izleri aranmalıdır. Yöntemine uygun bir yargılama sürece bilgiyi, güveni ve doğruluğu hakim kılar. Böylelikle sürecin hedefi olan adil yargılanma ve adaletin

gerçekleşmesi de ona katkı sunan dinamiklerin eseri olacaktır.

İş yoğunluğu ve donanımsızlık ile diğer olanaksızlıklar yargının öteden beri gelen, üzerinde çokça konuşulan gerçekleridir. Ancak, bu ve benzeri nedenlerden hiç biri dayanak yapılarak gerekçeli karar yazılması ediminden imtina edilemez. Başka bir deyişle iki satırlık gerekçelendirme ile insanların özgürlüğüne yaşamına ve malvarlığına hükmedilmesi etik açıdan (hak, hukuk, nesafet, hakkaniyet vs.) nasıl açıklanacaktır? Yargıç her şeye rağmen adaletin kandi kimliğinde somutlaştığını hatırlata tutarak “yükte hafif, pahada ağır” özdeyişine uygun şatafattan uzak anlaşılabilir ifadelerle kararını gerekçelendirmenin yöntemini geliştirmelidir.

Keza Yüksek Yargıda (Anayasa ve Yüksek seçim kurulu) sözcelimi kamuoyunun yakından ilgilendiği davalarda henüz gerekçeli karar yazılmamış olması yada geç yazılması ise bilinen başka bir ihlal biçimidir. Seçim hukukunun demokrasi ile ilişkisi ve Seçim Yargısının verilen kararların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hedeflediği demokratik toplum oluşturma özllemi katkıları, yine Anayasa mahkemesinin soyut norm denetimi sırasındaki etkinliğinin bu alandaki sonuçları gözetildiğinde verilecek kararların hukuk tüketicileri ve mahkemeler için tartışmasız bir öneme sahip olduğu ortadadır. Dolayısı ile tefhim edilen bu kararların hangi nedenler üstün tutularak alındığının muhataplarınca öğrenilmesi sözleşme ile güvence altına alınsın yada alınmasın kanımızca üzerinde kafa yorulması gereken başka bir sapma türüdür.

Yargıtay’ın norm denetim sırasında ilk derece yargı mercilerinin kararların genellikle “olay ve delillerin taktirinde

bir isabetsizlik bulunmadığı cihetle itirazın reddi ile usul ve yasaya uygun hükmün onanmasına” şeklinde ifadelerle onandığı birinci bölümde belirtildi. Anılan uygulama sözleşme kapsamı dışında kalsa bile, onama hükmünden olumsuz etkilenen yanında denetleyen durumundaki makamdan az da olsa ikna edici nedenler hakkında bilgiye gereksinim duyulması şekli adaletin gerçekleşmesine azımsanmayacak katkı sunacaktır.

Gerekçenin önemli bir meşruiyet ve aynı zamanda denetim aracı olduğunun çoğu kez unutulurak uzun kararların norm denetiminde okunmadığı söylentilerinin etkisi ile kararlarda sav savunma ve yargılama sürecindeki etkinlik ve değerlendirmelerin denetlenmesine olanak vermeyecek şekilde özetlendiği ya da kararda yer verilmediği ve özellikle gerekçeli kararların kalem şef yada memurlarına bırakıldığı ise başka bir gerekçesizlik modelidir. Bu alanda söylenenlerin haklılık payları ve itiraz hakları saklı kalmak koşulu ile öğreti, Strazburg yargı ilkeleri ve Yargıtay pratiği ile ortaya çıkan ilkeleri referans alınarak aşılmalıdır.

Yargıçların aynı zamanda yargılamanın bilimsel bir etkinlik olduğu gerçeğinden hareketle her yargılama konusunun kendi içinde ayrı bir özellik ve hak barındırdığının kabulü ile “bilimsel cahillik” ilkesi referans alınarak, hukuksal nedenler ile uyumsuzluk bakımından benzerlik (nitelik ve görüntü olarak) arz etse bile, her defasında bu benzerlik göz ardı edilerek, değerlendirilmeleri ve gerekçelendirilmeleri gerekir. Ancak uygulamada her uyumsuzluğun nevi şahsına münhasır olduğu yada her olayın kendi doğasında yegane olduğu, felsefi söylemin unutulurak hukuki-Maddi ger-

(100) Sözcügelimi bu şekildeki sapmaların tutuklama ve sorguya sevklerde tesadüf edildiği, tutuklama istemlerini içeren tezkerelede “işlenen suçun vasıf ve mahiyetine, mevcut delil durumuna yada sanığın kaçma şüphesi, suçun ağır cezalı mevattan olması gibi” genel ve soyut ibarelere yer verilerek tutuklama talep edildiği, aynı yöntemle bu kez yargı organının başvurarak “aynı ifadelerle gönderme yada tekrarlanarak” tutuklama kararlarının verilmesinde, bir içselleştirmenin ve aynılaştırmanın varlığı dikkate değerdir. Arama kararlarındaki aynı algı ve uygulamalarda bilinmektedir.

(101) “Bir davada ile satranç oyunu arasındaki fark, ortadaki para dışında, yöntem seçiminin burada keyfi olmamasıdır.” Jacques Werges, Savunma saldırıyor, metis yay. S.98

(102) “Çoğu avukatların temyiz dilekçeleri de hukuk duygusu gösterisinden yoksun bulunmaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında görevli savcı Dr.A.Çınar’ın bir tebliğnameye ilişkin olarak saptadığı şu durum oldukça ilginçtir: kendisi beş noktadan kararın bozulması isteminde bulunmasına karşılık avukatın beş sayfalık temyiz dilekçesinde bir tanesine dahi temas etmediği görülmüştür.” Dr. M.Tören Yücel, H.F.S.A., Sayı 8, Hz. H. Ökçesiz, İst. Barosu yay. İst. 2003, s.168

çek ayırtına dayalı olup olmadığı, yada kararın alınma şeklindeki ayrıntılar ile bakılmakta olan uyumsuzluğun özellikleri gözetilmeksizin, Yargıtay kararlarının referans alınarak olayın sinanması, yargıcı "içtihat yargıçlığı"na yöneltirken, yargılamayı da bilimsellikten uzak, yalın ve sıradan bir kamusal etkinlik haline getirmektedir.

Bir başka sapma biçimi de bilirkişi görüşlerinin gerekçe ile bağlantısında göze çarpmaktadır. Bilirkişilik kurumuna yönelik deklare edilmiş yada edilmiş eleştiriler bir yana, yazı işleri müdürlerinin müştemilat kavramının belirlenmesi için bilirkişi olarak yetki ve görevlendirilmesi anlayışının Türk Yargısınca geride bırakılma zamanının geldiği hatta geçtiği dahi söylenebilir. Yargıcın bazen bilirkişi görüşüne yönelik eleştiri ve itirazları değerlendirmeye tabi tutmadan başka bir deyişle bu konudaki talepleri ret yada kabul etmeden, bazen de bu eleştirilere cevap verilse dahi bunun nedenleri açıklanmak yerine bu görüşlere göndermede bulunularak gerekçelendirme yaptığı, dikkate değer bir diğer sapma biçimidir. Mütalaanın karara neden dayanak yapıldığının açıklamadan vareste tutularak bunun onaylanması alışkanlığından uzaklaşıldığı oranda yargıçlık kimliğine de yakınlaşılabacağı bilinmelidir. Başka bir deyişle bu alandaki etkinliğin yargılama yöntemi yasalarına uygun kullanılarak, yargıçlık yetkilerinin paylaşılmasında son derece kısıkanç davranılması gerekmektedir. Unutulmamalıdır yargıçlar, onaylayan değil hüküm verenlerdir. Yargılama yetkisinin hangi nedenle olursa olsun bilirkişilerce paylaşılması durumunda kalınmasında, ortaya çıkacak sonucun yargıç

kararı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Bir başka sapma da yargılama sürecinde öne sürülen sav ve savunma konularının gerekçesiz olarak ret edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Uygulamada iddia ve savunmaya ilişkin söylemlerin, genellikle "usul ve yasaya uygun talebin reddine yada kabulüne" şeklindeki genel ve soyut ibareler ile karara bağlandığı bilinmektedir. Bu şekildeki istemlerin yahut etkinliğin gelecekteki karar ve işlemlerin öncül yada artçıları olarak, hakkın oluşumunu yakından ve derinden etkileyecek sonuçlar doğuracağı gözetilerek, yanların anılan kararlara itiraz edebilmelerine yada verilmiş kararların geri alınmalarına olanak sağlayacak açıklık ve yeterlilikte temellendirilmesi, gerekçeli karar alma hakkının ruhuna uygun bir davranış olacaktır. Bu edim duruşma aşamasında yerine getirilmemiş ise hiç olmasa bu eksikliğin ikna edici olma amacını karşılaması niyeti ile son kararda makul ölçülerde açıklanmalıdır.

Bazı yargı kararlarının (anlaşılmalı boşanma çarpıcı örnek olabilir) niteliği gereği şablon gerekçelendirme kullanımasına elverişli olduğu kabul edilmekle⁽¹⁰³⁾ birlikte bu şekildeki uygulamanın istisna olduğu, istisnanın da "dar yorumlanması" gereken niteliği atlanarak, "aynılaştırma-benzetirme kültürünün" "etkisi ile bütün kararlara teşmil edilmesi gerektiği de başka bir örnek olarak durmaktadır.

Gerekçeli kararların yasal nedenler dışındaki nedenlere dayalı olarak gerekçelendirilmesi ise örneğine az tesadüf edilmekle birlikte çarpıcı bir başka gerekçesizlik örneği olarak değerlendiril-

melidir.⁽¹⁰⁴⁾ Bu tarz oluşumlar genellikle hükümle varılan sonucun, pozitif hukuk düzeninde yer almayan olgulara dayalı yada normatif düzenlemede yer alsa dahi buradaki içeriğinden ayrı ve yanlış algılanarak yada burada belirtilmeyen yahut tanımlanmayan şekline (sözgelimi hükmün dayanağı kavramının içinin boş bırakılması gibi) dayalı olarak açıklanmasıdır.

Strazburg yargı kararlarına sıkça konu olmaları nedeniyle, iddianame ve mütalaalarında birer yargılama yöntemi araçları ve aynı zamanda yargısal etkinliklerin öncülleri ve uzantıları olmaları nedeniyle gerekçelendirmede son derece önemli bir konuma sahiptirler. Bu bağlamda gerek iddianame ve gerekse mütalaalarda yasal öğelere yeteri ve gerektiği ölçüde yer verilmesi atideki savunma ve direnme stratejilerinin oluşu-

muna da önemli katkı sunacaktır. Bu adil yargılanma hakkı ile birlikte hakka erişebilmeyi düzenleyen ilkelerden yararlanma amacına da hizmet edecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Kurucusu Kemal Atatürk'ün Cumhuriyet Savcılarına seslenirken ifade ettiği yargısal etkinliklerinin, araştırma ve açıklığa (gerekçeye) dayanması gerektiğine ilişkin önerilerinin, konumuz bakımından sıcaklığını koruduğu gibi çarpıcı olması nedeniyle burada değinmenin hem, nostaljik hem de tarihsel bir katkı olacaktır.⁽¹⁰⁵⁾

İddia makamının da karar ve görüşlerinin gerekçeye dayalı olması bu etkinliklerin kendi doğasında bir bilgilenme ve değerlendirmeyi gerektireceği kaçınılmazdır. Hal böyle iken uygulamada Cumhuriyet savcılarının idari denetimlerinde yapılan tavsiyelerle⁽¹⁰⁶⁾ özellikle delillerin değerlendirilmesi etkinlikleri

(104) Buna Çankırı ve Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararların belirgin birer örnek verilebilir. "Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen bir boşanma davasında kocası tarafından dövüldüğü sa-bit olan bir kadının açtığı boşanma davasını evlilik birliğinin sürmesinde çocukların yararı bulunduğu ka-nısı ile reddettiği ve kararın gerekçesinde de "karının sırtını sopasız ve karnını sipasız bırakma " halk deyi-şine yer verdiği, 1987 yılında ise ,Mazıdağ Asliye Hukuk Mahkemesi verdiği bir kararda ,evini terk eden kadının eve dönme davetine uymaması nedeniyle açılan boşanma davasında " karının kocasının zinasına göz yumması gerektiği ", çevrenin sosyal özellikleri itibarıyla halk arasında bu tür davranışların yaygın ol-duğu " gerekçesi ile boşanmaya hükmetmiştir. " Dr. M. Tören Yücel, H.F.S.A., Sayı 8, H.z. H. Ökçesiz, İst. Barosu yay. İst. 2003, s. 166

(105) " Savcılarımızın kovuşturmak ve açmak zorunda oldukları ceza davaları ,mahkeme huzurunda her türlü de-lille aydınlatılacaktır. Cumhuriyet Savcılarının bu konuda yapacakları açıklamaları , kamu hukuku adına is-tenen ceza , suç ve sanık hakkında kamuoyunun aydınlatılması için verilecek hükmün niteliğine ilişkin açık bir fikir edinilmesini sağlamak için gerekli bulurum. Davaların Yargıtay da incelenmesi sırasında da bu ko-nunun büyük kolaylık sağlayacağı açıktır. Savcılık karar değil dava makamıdır. Yargılama sırasında ve duruş-mada savcılarımızın kendilerini herhangi bir davanın taraflarından sayarak ısrarlı açıklamaları ve görüşle-rinin kabul edilmesini ve desteklenmesini sağlamak için tüm tarihsel ve yasal araçlardan yararlanmayı ih-mal etmemeleri gerekir " Kemal Atatürk, Atatürk'ün cumhuriyet savcılarına seslenişi, 9 Ekim 1925, Adalet Ba-kanlığı tamimleri 1924-1927 den nakleden Doç. Dr. Ali Birinci, Yeni Türkiye Dergisi , Cumhuriyet Özel Sayı-sı 1, 1988, s. 23-24

(106) " Her ne kadar Cumhuriyet savcıları CMUK. 163. maddesine göre delillerin kamu davasının açılmasına ye-terli olup olmadığını taktir yetkisine sahip iseler de , bu yetkinin aşılması suretiyle ve delillerin değerlendirilmesine girilip, bazı kanıtların üstün tutulması yolunda irdelmeler yapılmasının mümkün olmadığına bi-linmesi, hazırlık tahkikatı sonunda yeterli delil bulunmaması veya keyfiyetin takibe değer görülmemesi kri-terlerinin daha sağlıklı ve titizlikle uygulanmasına özen gösterilmesi" gerektiği müfettiş raporlarına konu ol-maktadır.

(103) Dr. M. Kamil Yıldırım, a.g.e., s. 200-202

kısıtlandığı böylelikle kendilerine intikal eden ihbar ve başvuruların bu önerilerin etkisi ile büyük oranda kamu davasına dönüştüğü ise değerlendirme ve gerekçe ile bağlantısı nedeni ile ayrıca yoğunlaşmaya değer bir meseledir.

Yargıtay bozma ilamlarından sonraki yargılama sürecinde İlk seviye mahkemelerinin bozma ilamına uyarak verdikleri kararlarda, gerekçelendirme yükümlülüğünün sürdüğü gözetilerek yeniden gerekçe oluşturulması yerine, bozmada belirtilen nedenlere değinmek suretiyle gerekçelendirme yahut blok halinde bu nedenlerin alıntılanarak gerekçelendirme yapılması, keza bozma üzerine eski kararda direnilmesi durumunda da sadece bozmadan önceki karara gönderme yapılması değinilmesi gereken diğer sapma durumudur. Burada mahkemenin bozmaya uyma ile yargılamanın yeni bir sürece girdiğinin, bu sürecin gereği olarak iddia, savunma ve argümanlarının farklı olacağının bilinçinde olarak kararların temellendirmesi gerekmektedir. Bozma sonrası yapılan bu etkinliğin bozmada işaret edilen hususlarla örtüşüp örtüşmediğinin de denetlenmesi bakımından önem arz eder. Ancak bir kararın direnme kararı sayılabilmesi için bozmadan önce verilen karar ile direnmeye ilişkin verilen kararın gerekçe ve sonuç yönünden aynı olması gerekmektedir. Bozmadan sonra yeni ve değişik gerekçeye, açıklama ve kanıtlara dayanarak gerekçelendirme yeni bir hüküm kabul edilmektedir. Direnme hükümleri önceki hükme ilişkin etkinlik ve dayanaklarda ısrar anlamına gelmekte ise de direnmenin ilk hükümden farklı nedenlerinin mutlaka olduğu gözetile-

rek, deklare edilmesinin önceki ve sonraki hükmü ikna edici niteliğini güçlendirici bir etki yaratacağı unutulmamalıdır.

Gerekçesizlik başlığı altında değerlendirilmesi gereken bir başka konuda gerekçeli karar yazılmadan yargıcın ölmesi halinde yapılması gerekenle ilgilidir. Türk hukukun da bu konunun Yargıtay kararlarında gündem bulduğu bilinmektedir.⁽¹⁰⁷⁾ Yargıtay bu durumda etkinliğin öznesi yargıcın, yargılama sürecinde edindiği izlenimlerin hükmün verilmesindeki tartışmasız rolünün gerekçe oluşturulmasında da süreceği, bu olanağın ortadan kalkması düşüncesi ile yargılamanın yenilenmesi gerektiğini içtihat etmiştir.

Kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişkili olması, gerekçeli kararların matbu şekilde oluşturulması yargı pratiğimizin yakından bilenen ayrı sapma türlerindendir. Bu şekildeki gerekçesizlik modeli ya kısa karar ile gerekçeli kararın birbiri ile çelişik olması yahut gerekçeli kararın kendi içinde bir mantıksal bütünlük oluşturmadığı şeklinde gerçekleşebilir.⁽¹⁰⁸⁾ Yargıtay'ın bu konudaki zorlayıcı tutumu ve sınırlı da olsa elde edilen donanımlarla matbu karar yazımı şeklindeki etkinliğin artık sistemi (Yetki aşımı suretiyle gerekçelendirmeye ilişkin örnek, pratikte ilk seviye mahkemeleri kararlarında gözlenen ihlal biçimidir. Bu türün dikkat çekici olanı gerekçede sanığın manevi kişiliğine ilişkin (sözgelimi ahlaki temayülü vs.) nedenlere gönderme yapılarak erteleme istemlerinin reddine ilişkin kararlarda göze çarpar. Ancak anılan ihlal biçiminin Yargıtay uygulamalarının zorlayıcı

tutumu ile giderek unutulduğu da bir gerçektir.

Genellikle yasal ifadelerin tekrarı veya yasa hükmünde yer alan ve ceza tayininde etkili kavramların yetersiz gerekçeler ile yorumlanması da keza eylem için öngörülen cezanın alt haddinden uzaklaşma yada cezayı azaltıcı durumlarda indirimin alt seviyeden uzaklaşarak verildiğinin de ayrıca ve açıkça gerekçelendirilmesinden sıklıkla imtina edildiği de ayrı bir sapma biçimidir. Uygulamada sanığın lehine etkinliklerin yargılama yöntemine ilişkin yasaların olarak verdiği ölçüde denetimde bozmaya konu yapılmaması da bu kabil sapmalarda etkili olmaktadır.

Adil yargılanma hakkının ihlali olan bu durumlar saptanabilinen kadarı ile sunuldu. Ancak belirlenen bu sapmaların aşılması da olanaklıdır. Yargıların sadece yasanın dili işlevini gördükleri, başka bir deyişle yasaları uygulayan bir otomat oldukları varsayımı yada kararlarının da norm metinlerinin otomatik sonuçları olduğu varsayımı-savı-artık hukuk metodolojisi ve yorum öğretisi tarafından kesinlikle çürütüldüğü gibi yargıcın yorum konusunda edindiği bu özgürlük sadece normlar ile sınırlı olmayıp uyumazlık konusu olayı da kapsamaktadır.⁽¹⁰⁹⁾ Dolayısı ile gerek yargıç gerekse iddia makamı yasa koyucunun kendilerine özgürlük tanıdığı alanlarda anılan bu özgürlüklerinden sonuna kadar yararlanarak yorum metodolojisi aracılığı ile olayı anlamlandırma, nitelendirme, tanımlama, ve değerlendirmede,, Strazburg Yargısının temel içtihatlarını referans alarak, amaçsal ve genişletici yorumlarla insan hakları ve özgür-

lüklerini koruyucu, geliştirici etkinlikte bulunmalıdır.

Bu etkinlik gerekçelendirmeyi de kapsamalıdır. Normatif alanda bu sonuçta ulaşılması için gerek ve yeterli araçlar bulunduğu görüşündeyiz. Bunlardan ilki gerektiğinde yasa kuralı oluşturma, ikincisi ise takdir hakkının kullanılması olup buna bir üçüncü unsur olarak uygulama iradesini tamamlayıcı olarak eklemek olanaklıdır. Böylelikle, yasa ve maddelerin de fakto varlık göstermeleri için altın üçgende yer alan yasa, insan ve malzeme öğelerinin de işlevsel birlikteliği⁽¹¹⁰⁾ sağlanmış olacaktır.

Sonsöz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İç hukuktaki normlar hiyerarşisinde kanun olarak değerini bulmuştur. Dolayısıyla sözleşme normları başkaca ritüele gerek duyulmaksızın ulusal normlar ile "Hak ve özgürlükler" temelinde bir birliktelik kurarak İç Hukuk Ailesinin (pozitif hukuk ailesinin) bireyi olmuştur.

Sözleşmenin birinci maddesi ile Yüksek Sözleşmeci Yanlara, yetki alanları içindeki yurttaş olsun olmasın "Herkes" hak ve özgürlükler konusunda olanaklar sağlamaları ödev olarak yüklenmiştir.

Ancak bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde izlenecek yöntemler sözleşmenin ruhuna aykırı olmamak koşulu ile yanlara bırakılmıştır. Yan devletler, bu yükümlülüklerini ya sözleşme normlarının iç hukukun bir parçası (birinci yöntem) olarak ya da doğrudan doğruya (ikinci yöntem) uygulamak suretiyle gerçekleştirmektedirler.

Böylelikle bireyler uluslararası huktan doğan haklarını yetkili ulusal

(107) Y.2.CD.24.03.1995 T., 1995/2419-3803

(108) YCGK.20.12.1993, 1993/10-304, 337 S.K.

(109) Sancar a.g.e. sayfa 193

(110) Dr. Tören Yücel a.g.e. sayfa 166

yargı organları önünde başvuruya konu yapabilecekleri gibi ulusal yargı organları da uluslararası sözleşmeyi uygulamak ile sorumlu olacaklardır. Ancak ulusal mercilerin sözleşme hükümlerini doğrudan doğruya uygulayabilmeleri ulusal düzeyde ek düzenlemelerin gerçekleştirilmesine gerek bulunmaması koşuluna bağlıdır. Buradan hareketle denilebilir ki;

1-Sözleşmeden kaynaklanan taahhütlerin yerine getirilmesi ancak sözleşme ruhuna uygun ve uygulanabilir düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ile birlikte etkin bir uygulama pratiğine bağlıdır.

2-Yargıçlar Sözleşmenin bütününe olduğu gibi gerekçe uygulamasında da insan hakları eksenli ortak bir "Avrupa Hukuku" ile "Korunma Düzenliği"ni gerçekleştirmeyi hedefleyen "anlayış ve algılamaları" ve bunların gerçekleşmesinde etkinliği tartışmadan ayrık Avrupa Mahkemesi'nin insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacına dayalı, ortak bir Avrupa Hukuk kültürü ve anlayışının temel alan paradigmasını belirleme, adlandırma, nitelendirmede ölçüt almak zorundadırlar.

3-Ancak bu şekildeki edim, Avrupa Mahkemesi içtihatlarının kaba bir uygulaması yahut doğrudan emsal alınması şeklinde algı ve yorumlanması yerine, bu içtihatların içeriğindeki "temel ilkelere" ve bununla "ulaşılmak istenen amaç"ın saptanması ile gerçekleştirilmiş olacaktır.

4-Yöresel Yargı organları; Demokratik bir Siyasal Rejim ve Hukuk'un üstünlüğünün yöneldiği barış ve adalet

idesinin yargılama alanında gerçekleşmesinin her şeyden evvel "Doğru Hukukun Bilgisi"⁽¹¹¹⁾ yanında "Hukukun Kültürü" dayalı bir etkinlik olduğunun farkında olarak, davranışları gerekmektedir.

Ancak, bunun adına ister "istenç" ister "paradigma" densin mutlaka bir uygulama iradesine gereksinim vardır. Uygulama iradesi ise özellikle ve öncelikle bir özeleştirinin varlığını gerektirir. Özeleştirisi ise, Yargıçların 'duruşma anlayışından yargılama anlayışına'⁽¹¹²⁾ geçişi sağlayacak ve haklara erişmeyi kolaylaştıracak, güvence altına alacak, bilgi temelli etkinliklerini artırmaları, iddia makamının ise gerek kendisi gerekse adına görev yapan kişi ve kurumlar aracılığı ile 'argüman çokluğundan ziyade argüman ağırlığını esas alan'⁽¹¹³⁾ hızlı, etkili ve sonuç alıcı delil elde etme yöntemini geliştirmeleri, yargının bağımsız ögesi olan savunmanın ise savunma tekelinin vermiş olduğu yetki ve sorumluluk bilinci ile 'sürece özenli aktif bir savunma konsepti' ile katkıda bulunmaları ile olanaklıdır.

Söz konusu anlayışın benimsenip yerleşmesi adil ve güvenli yargılanma hakkı ile amaçlananların gerçekleşmesine sayısız katkı sunacaktır.

Dolayısı ile yargılamada sürecinde her birinin farklı ancak inkar edilemeyecek etkinlik ve katkısı bulunan bu dinamiklerin somut uyumsuzluğu, Strazburg Yargı Kararlarının norm ve olaya ilişkin yorumları ile bu yorumun özündeki ilkelere dayanarak gidermeyi amaç edinmeleri, adaletin kolektif bir çabanın

ürünü olduğu savının da gereği olacaktır.

Bu amacın gerçekleşmesi, büyük ölçüde yargıç ve diğerlerinin öncelikle, nitelikli bir hukuk eğitimi yanında yoğun, uygulamaya dönük ve makul süreli bir mesleki hazırlık dönemi geçirmelerine bağlı görünmektedir.

Bu bağlamda, hukuku mayalandıran ve tatlandıranın, hukukun felsefe ve sosyolojisi ile yorum bilimi olduğu bir kez daha anımsanarak ve bu bilimlerin yenden kürsülerde hak ettikleri etkinlik ve konuma kavuşturulması sağlanarak, felsefe ve sosyolojiye yönelik bu ikincil ve ilgisiz tutumun da terk edilmesi gerekmektedir.

Hukuk eğitiminin değişik aşamalarında ve özellikle yargıç eğitiminde bu eksikliğin giderilmesi yargıçların felsefe ve sosyolojideki argümanlara⁽¹¹⁴⁾ başvuru gereksiniminin de dolaylı karşılanmasına hizmet edecektir.

Hukuk pratiği ile yorum öğretisi arasındaki yoğun ilişki de akılda tutularak, yorum öğretisinden fazlası ile yararlanılmasının kapıları mutlaka aralanmalıdır. Yorum metodolojisi anlamlandırma ve nitelendirmede kaçınılmaz bir değere sahiptir. Zira bu kararlardaki hukuksal kavramların açık yada gizlenen anlamları ve normatif düzenleme ile hedeflenen nihai amacın belirlenmesi yargıcın yorum metodolojisini bilip etkili kullanımı ile olanaklıdır.

Bu bağlamda, yorum metodolojisi Genelde Strazburg, özelde de Türk Yargısının geleceğin hukukunun tasarlanmasında sık sık başvuru alanı algılama tanımlama, nitelendirme ve değerlendirme araçlarındandır. Geçmişten günümüze değin geline süreçte insan hakları-

nın ve özgürlüklerinin henüz gelişmelerini tamamlamamış oldukları gözetildiğinde, baş vurulan genişletici ve amaçsal yorum yöntemlerinin anılan gelişimin tamamlanmasında katılımcı ve kurucu bir işlev üstlenecekleri kesindir.

6-Bu anlamda gerekçe de anılan misyonun edinilmesinde insan hakları alanındaki katkılarının bileşeni olarak önemsenmeli bu önem, Strazburg Mahkemesinin temel içtihatlarının referans alınmasında kendini bulmalıdır. Ancak, gerek öğreti ve gerekse Yüksek Yargının ayrık pratikleri bir yana Avrupa Mahkemesinin temel içtihatları ve insan hakları anlayışı ile uyumlu biçimi gözetildiğinde bu alandaki argümanlardan da yeteri ve gerektiği kadar alınarak karşılıklı etkileşimin kanalları açık tutulmalıdır. İnsan haklarının gelişimi de bu bileşenlerin katkıları ivme kazanacaktır.

7-Gelinen noktada gerekçeli karar hakkı konusunda iç hukuk sisteminin Strazburg yargı organının temel kabul ettiği ölçülerle bir iki ayrıntı dışında örtüştüğü ve kimi zamanlarda da ötede olduğu bir gerçektir.

8-Yargıçların bir yönüyle hukuk uygulayıcısı öteki yüzü ile bir sosyal/hukuk tasarımcı kimliği taşıdıkları, gelecekteki sosyal düzen ve bu düzenin dayandığı normatif alanın, odağına insanın değer olarak oturtulması, bu kimlik sayesinde olacaktır. Hukuk bu kimlikte adaletle dönüşecektir!..

9-Sonuç olarak ifade edilebilir ki;Gerekçeli karar alma hakkı koruyucu düzeneğinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa ve yargılama yöntemine ilişkin yasalar, öğreti ile bunların pratiğinden oluştuğu, bu mekanizmanın niteliği itibarı ile hakkın kullanımını kolay-

(111) H.Ökçesiz,HFSA,S.8,İST.barosu yay,İst.2003,s.120

(112) Bu deyim Sayın Yargıtay Onursal Başkanı Sami Selçuk'un hatırlanamayan bir konuşmasından alınmıştır.

(113) Orjinali "argumente non sunt numeranda sed ponderanda-Argümanları saymamalı,tartmalıdır "olan bu deyiş ,insanlığa ait 2000 yıllık ortak hukuk kültürünün bir kuralı olup,Sayın Profesör H.Ökçesizden alınmıştır.

(114) Bu deyim Sayın Doç.Dr.Yasemin Işıktaç'dan ödünç alınmıştır. HFSA 8,s.127

laştıracak ve koruyacak ve geliştirecek bir konseptte sahip olduğu, bu anlamda Türk Yargısının yeterli donanım ve argümana sahip olduğu söylenebilir ise de, ilk seviye yargı yerleri, hazırlık tahkikatı makam ve uzantıları ile yargılamanın diğer ögesi savunma kurumunun bu konseptte tamamıyla uygun pratiklerinin olmadığı belirtilen sapma biçimleri ile ortadadır. Bu konudaki savın Türk Devleti aleyhine açılan ve sona eren mahkumiyet rakamları ile de sabittir.

Anılan durumdan kurtulmanın şimdiye dek anlatılanların yanında uygulayıcıların (dinamiklerin) kimi ve neyi temsil ettiklerinin bilincinde olarak, insan haklarında somutlaşacak bir adalette, katılımcı kimlikleri ile öne çıkmalıdır.

Kaynakça

- 1- Yıldırım, Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İst.
- 2- Kuçuradi, İoanna, Etik, Ankara 1990
- 3- Aşçıoğlu, Çetin, Hukuk Yargılamaında Yargıç ve Avukatların Etkinliği, Ank. 2003
- 4- Kaboğlu, İbrahim Özden, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1996
- 5- Ökçesiz, Hayrettin, HFSA
- 6- Kant, Emmanuel, Aydınlanma nedir? sorusuna yanıt.
- 7- Yücel, Mustafa Tören, Hukuk ve Gerçekler Ank. 2001
- 8- Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, İst. 2002
- 9- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İst 2002

10- Gözübüyük, A. Şeref-Gölcüklü, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Ank. 2003

11- Werges Jacques, Savunma Saldırıyor

12- Işıktaş Yasemin, Hukuk felsefesi ve Sosyolojisi Argümanlarının Hukuk Uygulanmasında Kullanma Olanakları

13- Sancar Mithat, Devlet Aklı Kısacında Hukuk Devleti, İst 2000

14- Haydar Erol, İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu, Ank. 2002

15- Mole Nuala-Harby Catherina Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. mad. uygulamasına ilişkin Kılavuz, Strazburg 2001

16- Aktan Hamdi Yaver, Yargıtay Uygulamasında Adil Yargılanma, Ank 2003

17- Yurtcan Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Şerhi, İst., 1988

18- Kuru Baki, Hukuk Usulü Muhakemeleri el kitabı Ank. 1995

19- Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemeleri Hukuku

20- Reid Karen, Adil Bir Yargılanmanın güvenceleri

21- Tomlinson Hugh, Adil Yargılanma Hakkı

22- Kutlu Mustafa, Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri,

23- Yorgancı Nihat, www.adalet.org

24- Duman, İlker Hasan, Konu ve Sorunlarla Hukuk Devleti İst., 2003

25- Milliyet Gazetesi 04. 01. 2004

26- Birinci Ali, Atatürk'ün cumhuriyet savcılarına seslenişi 1988

Hukuki Yöntem^(*)

Klaus Adomeit
Çeviren: Altan Heper

I. Determinizmin Eleştirisi

Kelsen "hukuk öğretisi"nin bir bölümüne nitelendirici bir biçimde "sözüm ona yorum yöntemleri" başlığını vermiş ve şöyle yazmıştır:

"Yorumun bilinen teorisi, somut olaya uygulanan yasanın daima sadece bir doğru kararı verebileceğini ve bu kararın pozitif hukuksal 'doğruluğunun' bizzat yasada kendi kendini gerekçelendirdiğine inandırmak istemektedir... Sadece pozitif hukuka yönelik bir bakış açısından hareket eden, uygulanan hukuk çerçevesinde varolan imkanlardan birini diğerine tercih etmeyi sağlayan bir ölçüt bulunmamaktadır... Şimdiye kadar geliştirilen bütün yorum yöntemleri daima sadece bir olası, fakat hiçbir zaman tek başına doğru bir karara ulaşmayı sağlamaz.(S.349 vd.)

Kesin bir şekilde açıklıkla ifade ederssek, burada hukuki endeterminizm öğretisi ile karşı karşıya kalmaktayız. Bu öğretiyi, yasa ile somut hukuki durumun - yani en hukuki nedir - zaten önceden belirlenmiş olduğunu inkar etmektedir. Kesinlikle bu öğretiyi bunu harcılamak olaylar dışında, yani tam da hukuk yönteminin görevini yapacağı kısım için inkar etmektedir. Böyle bir yöntem olanlığı konusunda hukuki endeterminizm

kendi içinde tutarlı olarak tam bir şüpheci, hatta nihilist bir düşünceyi savunmaktadır. Böyle bir cevap yoktur ve böyle bir cevap olamaz. Yasanın içerdiği birden fazla anlama gelme hali bilgi yoluyla tek anlama gelmeye indirgenemez, çünkü yorum sadece mümkün anlamların çoğunluğunu mükemmelleştirici bir biçimde şekillendirmektedir. Kendi kendisini sunan seçenekler arasında bir karar artıyorsa koyucunun değil, yorum yapanın iradesine tabi bir seçim işlemidir.

Kelsen bizzat kendini bir pozitivist olarak (pozitivizm) nitelendirdiği için, yanlış anlamalara yol açması nedeniyle, öğretiyi burada hukuki endeterminizm olarak adlandırılacaktır. Böylece Kelsen, dünya görüşüne veya dini (doğal hukuka ait) anlayışların içeriklerini geçerli hukukun değerlendirilmesinde dikkate almayı reddettiğini ifade etmek istemektedir. Kelsen'in tersine „gerçek“, pozitivistler determinist bir bakış açısını savunmaktadır. "Gerçek" pozitivistlere göre ya yasa yoluyla (yasa pozitivismi), kavramlarla ve hukuk dogmatizminin sistem yapısı ile (bilimsel pozitivism) veya felsefi anlayışla, örneğin doğal hukuk veya marksizm (idealist veya materyalist pozitivism anlamında) anlamında

(*) Makale Klaus Adomeit'in „Normlogik-Methodenlehre-Rechtspolitikologie" isimli kitabından (Berlin 1980) S.160-168 çevrilmiştir. Makale ilk önce A.Cörlitz tarafından hazırlanan Handlexion zur Rechtswissenschaft (Hukuk Ansiklopedisinde) 1972 „hukuk yöntemi" maddesinde yayımlanmıştır.

felsefi anlayışla hukukun içeriği başlatıcı olarak önceden belirlenmiştir ve teşhis edilebilir.

Hukuk biliminin tarihi gelişimine göre, determinist bakış açısının gittikçe zorluklarla karşılaştığı ve bugün geçerliliğini kaybetmesine şaşmamak gerekir. Can alıcı soru, hukuki yorum sanatında yorum nerede bitiyor ve nerede "kanıtlama" başlıyor, tahminen sanatın kendisi kadar eskidir. Belirleyici dönem Kant'ın eseridir ve Kant bunu olan ve olması gerekeni ayıran ve birbirleriyle karşılaştırarak, olanın bilinmesi ve normatif içeriklerin oluşturulması arasında bir ayrımı zorlayarak yapmıştır. Burada bir dizi hukuk biliminin (jurisprudenz) kendine güvenine karşı yöneltilmiş mütalaalar ve hücumlar başlamaktadır. 1848'de Julius von Kirchmann", bilim olarak hukuk biliminin değersizliğini" şikayet etmiştir ve hukukçuyu pozitif hukuk gibi, tesadüfi bilgi seviyesine bağlı tutmanın tatmin edici olmadığını ve hukukçuyu bu bağlılıktan kurtarmanın ne kadar sorunlu olduğunu göstermiştir. Jhering'in „Hukuk Biliminde şaka ve Ciddiyet" inde (1860 vd.) hukukçuların düşünce ve çalışma tarzı konusunda çok sayıda kinayeden sonra şu düşünce yer almaktadır: "dialektik-hidrolik yorum presi yardımı ile her yerden neye ihtiyaç varsa, o çıkarılır."

Bu anlayış sonraları yüzyılın başlarında serbest hukuk okulunun programı haline geldi. Bu anlayış iradi unsurun hukuki karar sürecinde ne kadar güçlü olduğunu göstermektedir. Sadece "iyiliğe yönelik etkilenme" hukukçuya verdiği "kararı" doğru, karara uygun bir hukuk normunu baştan beri belirleyici bir güç olarak göstermektedir. Önceden belli bir karara varma isteği, o kararın gerekçelendirilmesinde yasa hükümleri-

nin seçimini gerçekte yönlendirmektedir. (Kantorowicz). Gustav Radbruch daha keskin bir ifadeyi kullanarak "yorum neticedir, yorumun (işleminin) neticesidir" demektedir. Yargıca yasaya karşı özgür bir pozisyon temin etmenin mücadelesini veren serbest hukuk okulunun programı, hukuk uygulaması tarafından kabul edilmemiştir (böylece konu itibarıyla aslında kendini kabul ettirmiştir). Buna karşılık hukuki karar sürecinin serbest hukuk okulunun analizinin yanlışlığı hiçbir zaman ortaya çıkarılmamıştır. Tam tersine bu analiz genel felsefi temelden zamanımıza kadar daha da gelişen bilim teorisi aracılığıyla tam olarak teyid edilmiştir. Olanı gerekene ait emirler, normatif içerikler buna göre sadece normatif içeriklerin, olması gerekene ait emirler vazedildiği ana kalıplar içinde tanınabilir, belirsiz normlar da bu yüzden belirsiz normlar olarak tanımlanabilir ve bir soyut normdan bir somut uygulamaya geçiş şimdiden bir yeni vazih veya bir vazih önerisi teşkil eder. Vazihın bu anı hukuki yorumu, edebiyat biliminin yorumlama sanatından (hermeneutik) ayırır.

II. Aktüel Durum

I. bölümde açıklanan ifadeler hukuk bilimine akıntıya karşı yüzdüklerinin bilincinde olan, dışarda kalanların başlatıkları hücumlardır. Mesleğin sırlarını açıklamak ve tahrir etmek. Hukuk biliminin bugünkü anlayış bu eleştiriye entegre etmiştir. Viehweg'in kitabı „Topik und Jurisprudenz"dan beri, hukuki karara iradi unsurlar iştirak etmektedir, bir yorumun sonucu mantiki bir biçimde zorunlu olarak yasaya dayandırılmayabilir, yargıç esas itibarıyla yaratıcı olarak şekil koyucu bir biçimde faaliyet gösterir ve hukuk dogmatikliği ve yargı

hukuk politikasında söz sahibidir dendiğinde kimse darılmamaktadır. Gerçi Hukuk Yargılama Usulü Yasasının (ZPO) 550. maddesi yasa pozitivizmini anlayışından hareket etmektedir ve bir normun uygulaması ya yanlış ya da doğrudur, hala bugün temyiz mahkemelerinin bozma kararlarında ilk derece mahkemelerinin "hukuki hata"sından bahsedilmektedir. Uygulamada önceden tahmin edilemeyen yargıç iradi kararlarının oranının ne kadar yüksek olduğunun farkına varılmıştır ve doktrinde de yargıçların takdir alanındaki hareket sınırlarının varlığını kabul etmek zorunda kalmıştır. Hukuk eğitiminde doğru / yanlış yetersiz alternatifleri yerini üçlü ayırım,, doğru / savunulabilir/ savunulamaz almıştır.

Fakat özellikle yasa koyucu bizzat kendisi yüksek yargı kararlarına hukukun geliştirilmesi görevini yüklemiştir. Yargı ve doktrin görevlerini, yasa koyucunun iradesini mümkün olduğu ölçüde sadık olarak dile getirmek olarak anladıkları sürece, katı belirlenmenin "iyiliksever etkilenmesi" kendisini idame ettirebilmiş ve yönetime ait talimat postulası olarak kendini gösterebilmiştir. Bu amaca uygun olmayan (parlamentar) yasa koyucuyu çok sıkıntıya sokan bir görev dağılımı olarak ortaya çıkmıştır. Bu görev dağılımı hukukun koşullarının ve bakış açılarının değişimine uyum sağlamasını geciktirmiş, genel olarak yetersiz olarak algılanan bir çok mahkeme kararlarına yolaçmış ve yargının işlev koşullarını bozmuştur. Bu yüzden daha pozitivist anlayış döneminde de "objektif yorum" adı altında bir gizli, hukuku geliştirme uygulanmıştır. Bu "objektif yorum", yasa koyucunun iradesini değil, "yasanın iradesi" sormak-taydı ve gerçekte yasa değişikliği ol-

maksızın değişen adalet anlayışlarının üstlenilmesi için transformation koşulu-ydu .

Buna karşılık mahkemelerin hukuku geliştirme yetkisini tanıma, yöntem yerindeliğinde bir ilerleme anlamına gelmektedir. Böylece yasa yorumu usulunu -asıl hukuk geliştirme de daha çok fikri bakımdan, pratik olarak farklı olan -tarafsız ve gerçekçi görmeyi önleyen ilk engel aşılmış oldu. „Bütün yorum araçlarının tüketilmesinden sonra somut olayda yasa koyucunun değerlendirilmesi konusunda şüpheler varolabilir ve bu şüpheler sadece yargıcın yaratıcı faaliyetleriyle ortadan kalkabilir" (Nippert-dey). Bir başka deyişle "yargıcın bir karar vermek zorunda olduğu birçok olayda, bilimsel yöntem yargıcı güvenilir bir sonuca götürmemekte, "kararda takdir" bir belirli serbest hareket sahasını açık bırakmaktadır, bu kararda takdire sadece yargıcın şahsi değer algılaması damgasını vurabilmektedir" (Larenz). Bu alıntılarda hukukun değişikliğe uğramış bir anlayışı ortaya çıkmaktadır: Hukuk artık (tüm olarak) önceden belli olan, teşhis edilebilen gerçek değil, sorumlu biçimlendirme için bir görev olarak anlaşılmaktadır.

Theodor Geiger hukuk sosyolojisinin bir bölümünde yargıç faaliyetinin hukuk politikası unsurlarını açıkladığında, sinice bir başlık altında bu soruyu yönelttiğinde: "Hukukçular bunu biliyorlar mı?", bugün ona evet hukukçular bunu biliyorlar cevabı verilebilir.

Bu bilgi bir hukuki yöntemi, bir yorum öğretisini (geniş anlamda) geliştirme görevini hiç bir şekilde kolaylaştırmamaktadır. Bu ancak hukukçuların için sık sık farklı görüşlere sahip olduğun anlamaya yardımcı olur. -çünkü söz konusu olan bilgi sorunu değil (sadece)

sosyal, politik görevlerin düzenlenmesi- dir- fakat bu tür fikri ayrılıkların üstesinden gelmeye yetmemektedir. „yasanın mantiki donanımı sadece tayin edici değer sorunlarının ortaya çıktığı.... seviye- ye kadar varır...” (Weinkauff) bu doğ- ruysa, bir bilimsel yöntem bu seviyenin üstüne ulaşabilecek değildir. çünkü de- ğer sorunları bilim teorisinin seviyesine göre genel geçerli karar verilebilecek sorunlar değildir. Yasaların yorumuna ve daha güçlü olarak yasaların geliştiril- mesine hukuk politikası unsurlarının katıldığı doğruysa, bu usuller için katı bir yöntem sadece, hukuk politikasının bir yöntemi olarak varolabilir. Böyle bir durumun varlığı da görünmemektedir. Doğru hukuk konusundaki insanlığın en eski sorusu, çok sayıdaki çabalara ve anlayışlara rağmen genel kabul gören bir sonuca ulaşmamıştır ve bugünkü si- yaset bilimi kayıtsız-şartsız fiil talimat- ları vermekten vazgeçmektedir (aynı şe- kilde çağdaş ahlak bir materyal değer sisteminden vazgeçmiştir). Doğal hu- kuk düşüncesi geri dönüş içindedir. Tek- rar aktüel olan dialektik yöntem ileri sürdüğü talepleri açıkça yerine getire- memektedir. Böylece kendi kendini eleştiren bir metodoloji gerçekten, Kel- sen'in önerdiği gibi, değerlerle ilişkili şüpheli sorunların çözümünden vazgeç- meli, ve yasanın içerdiği yorum alterna- tiflerinin biçimlendirilmesiyle yetinmeli gibi görünmektedir. Fakat şimdi bunun- la kimseye yardımcı olmuş olmazsınız, hangi hukuki duruma göre hareket et- mesi gerektiğini bilmek isteyen vatan- daşa kesinlikle hizmet etmiş olmazsınız, nasıl karar vermesi gerektiğini bilmek isteyen yargıca da hizmet etmiş olmaz- sınız. Yasanın yorumu görevi hep ortaya çıkacaktır ve hukukçunun bu göreve bir çözüm getirebilen kişi olarak tanımlan-

ması devam edecektir. Böylece konuya göre değil, ama adlandırmaya göre bir vazgeçme zorunludur: Prestij kelimesi sayılan “bilimsel bilgi” daha fazla kulla- nılamaz. Yorum faaliyeti “subjektif ve objektif, bilimsel ve bilimüstü, repro- duktif ve produktif, teşhis edici ve yara- tıcı, teorik ve pratik unsurların çözüle- meyecek bir karışımıdır” (Radbruch). Bu cümlede sadece, böyle bir karışımın ayrılamayacak olduğu şüphesi haklıdır.

Sonunda hukuk biliminin eski formü- lünün gerçekliği, iyi ve adil bir sanat olarak (ars boni et aequi), önceden bir teori tarafından belirlenemeyecek bir sanat, şiirin şiir teorisi, güzel sanatların estetikçe önceden belirlenememesi gibi, kendini teyid etmektedir. Yorum örne- kle öğretilbilir ve pratikle iyice kayna- şından öğrenilebilir. Uygulamacılar haklı olarak tecrübe unsurunu vurgular- lar.

III. Hukuk Yöntemlerinin işlevleri

Bugün hukuki yorum doktrini, yo- rumcuya emin bir yolla sağlam bir so- nuca ulaşma sözünü verememektedir. Bu doktrin gelenek içinde kendini ispat- lamış olan tavsiyelerin ve yol gösterme- lerin bir topluluğu olarak mümkün kal- maktadır. Bu nispileştirme koşuluyla “sözüm ona yorum yöntemleri”, örne- ğin klasik yorum kriterleri (lafzi, bağ- lam içinde yorum, ortaya çıkış koşulla- rı, amaç) tamamen kendini haklı kıl- maktadır.

Metodoloji tavsiyelerin bir topluluğu olarak anlaşıldığında, burada önemli bir sınırlama ortaya çıkmaktadır: Metodo- loji kayıtsız-şartsız eylem talimatları vermeye çalışmayacaktır.

Bu ana kadar varolan yorum doktrin- lerinin çoğunluğu - Kelsen'in çekin- genliği nedeniyle pek verimli olmayan

yorum doktrini dışında- normatif anla- yışlarla, talepler içermekte, yorumcuyu başlatmaktadır. Bu an eleştirisel refleksi- yonlara dayanamaz. Yasa yükümlülüğü yorumcusuna değil, muhataplarına yü- kümlülük getirmektedir. Yorumcu her- şeyden önce yasa anlayışlarını geliştir- mek özgürlüğüne sahiptir. Yargı uygula- malarında ve politikada sürekli çok ken- dine özgü yorumlar verimli yeni düşün- celer getirmese bile, bu konuya işaret et- mek gereklidir. Metodolojik cümleler sadece koşullu talimatlar olarak, eğer- bu takdirde talebi olarak ortaya çıkar: yorumcu hukuk geleneğine bağlı kal- mak isteğinde, yorumcu için optimal inandırıcılık şansı önem taşıyorsa, bu takdirde sunulan yorum tekniklerinden yararlanmalıdır. Metodoloji hem yasaya yakın, ısrar edici, muhafazakar hem de yasayı aşan, ilerlemeci argumentasyon biçimleri için emre amade olur, ancak çelişki böylece çözümlenmektedir. Han- gi argumentasyon biçiminin kullanıl- cağı- yahut bunlar yerine devrimci bir yıkışı savunma- siyasi yapının seçimi- nin sorunudur ve buna metodoloji yo- luyla önceden karar verilemez.

Kuşkusuz hukuk düzenimizde yargıç için -yorumcunun özel bir olayı- „yasa- ya ve hukuka bağlılık“ geçerlidir. Ana- yasa md.20/3. Bu „gizemli formül“ (Nipperdey) ama kendi açısından büyük ölçüde yorumu gerektirir ve bu formül çok farklı yorumlanmıştır.

Kendi içinde tutarlı bir sınırsız yasa pozitivismi (yargıç bütün saçma sonuç- ların bir tehdit oluşturmaya itibar et- meden yasanın lafzı ile bağlıdır) veya sınırsız bir biçimde sersest hukuk oku- lunun düşüncesi (yargıç yasaya itibar et- meksizin kendi adalet algısına göre ka- rar verebilmelidir). bu „saf“ pozisyon- lar“ aslında hiç savunulmamıştır, bunun

yerine az ya da çok pragmatik çekince- lerle bu pozisyonlara yaklaşımlar ol- muştur. Bir istisna durumun varlığına ilişkin ibaret yoksa, ve sadece bir sub- jektif hukuk algılamasına bir atıf varsa, yargıcın „kural olarak hep“ yasayı uy- gulamakla yükümlü ve sadece „özellik- le çok büyük istisnai nitelik taşıyan olaylarda“ yasadın ayrılabilirliğini söy- lemek metodolojik olarak pek verimli değildir. Bildiğimiz gelişmiş hukuk kül- türleri karmaşık biçimler olarak tezahür eder. Bu biçimlerde ya yargıç daha çok hukuka bağımlıdır, ya da hukuk yargıca daha çok bağımlıdır (Anglo-Sakson hu- kuk çevrelerinde Austin'den bu yana „yargıcın yaptığı hukuk“ formülü her- hangi bir ürperme olmaksızın kullanıl- maktadır. Burada yasaların „anayasaya uygun yorum“ zorunluluğu, yorumda hareket sahasının genişlemesine ve yar- gıcın durumunun kuvvetlenmesine yo- laçmaktadır. Diğer yandan parlamenter irade oluşumunu ve yasamanın üstüne çıkan bir yagıç gücü kesinlikle anayasa- ya uygun düşmemektedir.

Yargıç meşru, ama metodik olmayan sorular yönelteceği için, yargıç için ka- rar sürecinin metodik olarak kazanılan sonuçlarının, daha tamamlanmamış ola- cağını hatırlatmak gerekir: yargıç taraf- ların daha fazla masraf yapmasını önle- mek için, iyisimi yüksek mahkemelerin içtihatlarını, uymalıdır; davayı „haklı“ olarak kazanan taraf, kararı telafisi mümkün olmayacak biçimde suistimal etmeyecek midir?; veya karar kaybeden tarafı çok sert bir şekilde etkilemeyecek midir?; kararın gelecekteki olaylar için hangi etkileri olacaktır? Daha az mut- lakiyetçi ve daha çok pragmatik hukuk anlayışından hareketle, bu tür soru yö- neltmelere geçiş, bugün çok daha kolay kavranabilir ve kabul edilebilirdir.

Karar veren, bir siyasi çatışma durumuna girer girmez, hiç bir metodolojinin yardımının dokunamayacağını, sonuç olarak itiraf etmek gerekir. Örneğin yargıcın bir nasyonal sosyalist yasanın hakimiyeti altında hukuku çiğnemesi mi yoksa boyun mu eğmesi gerektiği konusunda, kişisel-ahlaki veya genel-siyasi açıklamalar yapılabilir, fakat bu açıklamalar metodolojik bir açıklama değildir. Anayasanın geçerliliği olduğu alanda, bu tür çatışma tehlikesi Anayasa Mahkemesine olayı götürme hukuki imkanı ile azaltılmıştır. Şimdiden son on yıldaki birçok üniversite, lise ve dengi okul öğrencisinin kısmen anarşist protesto biçimleriyle tartışmalar ne kadar hızlı bir şekilde burada hukuk güvenliğinin kaybolduğunu göstermiştir. (önemli bir örnek:Bremen Sulh Mahkemesinin 22.4.1968 tarihli kararı, Juristen-Zeitung 1969, S.79).

IV. Hukuku Bulgulamanın 12 İşlem Modeli

Katı bir sınırlama olmadan hukuku bulgulama görevleri içersinde aşağıdaki grup ayrımı yapılabilir: 1. ortaya çıkan problemlerin azlığı nedeniyle herhangi bir metoda ihtiyaç duymayan basit hukuk uygulaması bölümü. 2.Karmaşık, fakat sonuç olarak neticede açıklığa sahip hukuk uygulaması bölümü, örneğin tipik olarak ipotek hukukuna, vergi hukukuna ait hukuki sorunlar. (Burada modern mantığın, analitik hukuk teorisinin ve kompüter tekniğinin kullanılması gelecekte rahatlamalara ümit vermektedir.) 3. Hukuki kararlar bölümü. Burada problemler farklı görüşlerle, birbiriyle rekabet eden yorumlarla ilgilidir. 4.Hukukun ilerleme bölümü, bu bölümde geçerli hukukun üstünde gelişmeler söz konusudur ve bu bölüm için bir yöntem

doktrini yapmak zor olmaktadır. (kri. Bu konuda ayrıntılı bir makalem ZPR 1070, S.176 ve devamı bakınız.). Bu karar bölümü her hakim doktrinin takipçisi talimatlarla 2. bölüme aktarılamadığı sürece, burada gösterilen basamak sırası karar bölümü için düşünülmüştür. (kri. Bu konuda ayrıntılı bir makalem ZPR 1070, S.176 ve devamı bakınız.)

Çıkış noktası, problem bu şekilde kendini gösterdiğinde hangi tipik operasyonların yapılması gerekir: hukuki durum nasıldır? Problemin farklı her bakış açısına göre farklı olarak ortaya çıktığını, bu objektivist formüle ediş unutturmamalıdır. Nasıl karar vermeliyim?

Hangi kararı önermeliyim?-Hangi kararı beklemek zorundayım?-Bana (müvekkilime) bir uygun karara en çabuk nasıl ulaşabilirim?-Hangi kararı verirsem, kararın yüksek mahkemece bozulması tehlikesi en az olur?

Özel hukukda, bir kişinin diğer kişiye karşı sık sık kullanılan genel formülün yardımı ile işin başında, somut hukuki sorunu izole etmek gerekir: Kim kimden ne istemektedir?

Bir olası hak dayanakları temelinde bu menfaatin subsumsiyonu ile çözülecek problem budur.

0. Hukuki yer belirlenmesi: Problem nereye aittir?

1. Metinden çıkarılan bilgi: Yasa ne söylüyor?

2. Bağlam analizi: Bu sistematik bağlamda ne söylemektedir?

3. Motif bilgisi: Yasa koymaya yetkili kişilerin niyetleri konusunda ne söylebilir?

4. Fikir seviyesine ilişkin bilgi: Doktrin ve uygulama ne diyor?

5. Doktrin ve karar eleştirisi: Doktrinde ve mahkemelerce savunulan gö-

rüşler ve kararlarda konusunda ne düşünülmelidir?

6. Dogmatik yorum: Yasa nasıl anlaşılır? veya hem de: Hangi görüş hukuk gelişmesi seviyesine uygun savunulabilir?

7. Sonuçların Analizi: Savunulan görüşlerin kabul edilmesinin her birinin sosyal etkisi ne olurdu? (Burada sosyal bilimlerle işbirliği düşüncesi)

8. Karar Prognozu: Yargıç (işe nihai olarak bakan) nasıl karar verecektir? (Hukuk müşavirinin tipik görevi)

9. Savunma. Karar en etkili biçimde müvekkilimin lehine nasıl etili olabilir? (Avukatın tipik görevi)

10. Karar öncüsü. Hakim stajyerinin, heyet mahkemesinde raportörün tipik görevi, bir hukuk öğrencisinin ev ödevi-

nin çözümünde öğrencinin de fiksiyon olarak görevi.

11. Karar. Tipik yargıç görevi., birden fazla savunulabilecek çözümlerden birinin tercih edilmesinin hukuki kesinlik kazanmasına sağlayabilecek bir otorite, yetkiyi koşulu söz konusudur.

12. "Muhalefet Şerhi". Federal Anayasa Mahkemesinde izin verilmesinden bu yana şimdiden pratik önemi büyük olan özel bir yargıç görevi.

Burada sayılan aşamalardan 1-7 aşamalar genel geçerli ve birbirlerine üzerine inşa edilebilecek aşamalar olarak anlaşılmalıdır, 8-12. aşamalar işlevlerine ilişkin farklılaşmış, fakat hukuki görevlerin bütün tam boyutlarını düşünsel olarak baştan tasavvur etmeyi içermektedir.

Hukuk Devleti Açısından Yasaların Metrukiyeti Uygulanmazlığı ve Uygulanamazlığı Sorunu

Adil Bingöl^(*)

Giriş

Toplumsal yapı, toplumsallığı paylaştıran kişiler ve gruplar arasındaki bilinç-dışı şekilde yapılaşmış iletişim sistemidir. Her toplumsallık, üretim ilişkilerini içeren bir materyal kültüre dayanmaktadır. Bu, gelenekşelleşmiş bir terimle "altyapı" olarak adlandırılmaktadır. Bunun üzerinde, mevcut altyapının sürdürülmesine yönelik "üstyapı" vardır. Hukuk, bir anlamda altyapıyı korumaya yönelik üstyapının bir ögesidir. Hukuk altyapıyı korurken, kendisini ve iktidar yapısını da koruma altına almakta, bir bakıma status quo'yu sürdürmeyi amaçlamaktadır. Öte yandan, yeni bir toplumsal yapının inşa edilmesi veya mevcudun değişikliğe maruz bırakılması için araç rolü de oynayabilmektedir⁽¹⁾.

Kavram

Yalnız, değişimin çok hızlı olduğu günümüzde, hukukun geleneksel tutucu yapısının oluşturduğu "sağlamlık" işleyemez duruma gelebilmekte, sosyal ilişkiler, hukuki olanın önüne geçmekte ve zaman içinde hukuk etkinliğini kaybetmektedir (Metrukiyet olgusu)⁽²⁾.

Holmes'un belirttiği gibi, "bir hukuk kurallarının varlık nedeni olarak, IV. Henry'nin zamanında va'z edilmesinin ötesinde daha iyi bir neden gösterilme-

mesi tiksindirici gelmektedir. Hele, o tarihte, dayalı bulunduğu temellerin geçerliliğini kaybetmesi karşısında, körü körüne, eskinin taklidinde ısrar edilmesi daha tiksindirici olmaktadır."

Ülkemizde metruk yasa örnekleri

Kural, rijit olduğu için geri tepebilir. So-mut olaylara uygulanması yanlış sonuçlar doğurabilir. Nitekim, bazı ülkelerde, şehir içinde, acil hizmet ambulansına veya suç-luyu olanca hızıyla takip etmekte olan po-lis aracına 50 km. lik hız limiti konulması gibi bir garipliğe tam olunmuştur.

Önemli bir sorun olarak, ülkemizde de, buna benzer haller, hiç de azımsan-mayacak ölçüde fazladır ancak, doktrin-de bu konu üzerinde şimdiye dek fazla-ca durulma gereği hissedilmemiştir.

Örnek verecek olursak, 1938 tarihli "pazarlıksız satış mecburiyetine dair ka-nun", 1992 tarihli "tüketicinin korunması hakkındaki kanun" kabul edilinceye kadar yürürlükte idi. Bu yasaya muhalefet halin-de, muhalefet edenler hakkında, savcılık soruşturması, açılması öngörülmüyordu.

Ayrıca, 1938 tarih ve 3517 sayılı "ya-zılı ve basılı kağıtların kese kağıdı ola-rak kullanılmamasına dair kanun" halen yürürlükte. Bu yasanın 1. Maddesinin ilk fıkrası uyarınca, "yazılı ve basılı ki-tab ve defter yapıları ile, kağıtlardan

kese ve torba kağıdı yapılması, satılma-sı ve bu gibi, kese ve torba kağıtlarının satıcılar tarafından kullanılması yasak-tır." 2. Maddede ise, muhalefet halinde verilecek ceza öngörülmüştür. Buna gö-re, "birinci maddedeki memnuiyet hila-fına hareket edenlerden tutulacak zabıt varakaları üzerine belediye encümenle-rince ... liraya kadar hafif para cezası alınmasına karar verilir."

Bir yasanın, yukarıda verilen örnek-lerde olduğu gibi, tümüyle metrukiyeti sözkonusu olabileceği gibi, bazı madde-lerinin de uygulanmaz hale gelmesi mümkündür. Nitekim, temel yasaları-mız olan, Türk Ceza Kanunu (Nitekim,

TCK. 419 md. de düzenlenen "Hayasız Hareketler"⁽³⁾, 426 Md. de düzenlenen "müstehcen Hareketler"⁽⁴⁾, 427. md. De düzenlenen "Müstehcen Şey yazma ve Yayınlama"⁽⁵⁾, 428. md. De düzenlenen "Müstehcen Şarkı; haysiyete Dokunacak Şekilde Matbuat Satış"⁽⁶⁾, 544. md. de dü-zenlenen "Dilencilik Yapmak"⁽⁷⁾ suçları-nın günümüz koşullarında ya hükmün tamamıyla, ya da bir kısmıyla uygulan-bilmesi imkansız hale gelmiştir.), Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu gibi yasalarımızda bu duruma uygun örnekler mevcuttur.

Ashında, özel hukuka ilişkin yasalar-da (TMK. TTK. BK. Vb.) metrukiyet

(3) TCK. 419. md. : Alenen hayasızca vaz'u harekette bulunanlar ... günden ... aya ve o suretle cinsi münasebette bulunanlar ... aydan ... seneye kadar hapis ve bu fıkrada yazılı hallerde ... liradan ... liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

(4) TCK. 426. md. : Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı;

1. her nevi kitap, risale gazete, mecmua, varaka, makale, ilan, resim, tasvir, plak, afiş, pankart, televizyon ve teyp bantları, fotoğraf, sinema veya projeksiyon filmlerini veya, diğer anlatım araç ve gereçleri ile, eşyayı teşhir eden veya ettirenler, bilerek dağıtanlar, satanlar veya dağıttıran veya satıranlar, veyahut ticaret veya dağıtım veya teşhir kastıyla tersim, tasvir, hak, imal veya tab veya teksir veya imla eden veya ettirenler yahut ithal veya ihraç veya Türkiye dahilinde bir mahalden diğer mahale nakleden veya ettirenler ve bunlar üzerinde her ne suretle olursa olsun muamelede bulunanlar veya bunların ticaretini kolaylaştırmak maksadıyla bu fiilleri icra edenler veya bu kabil anlatım araç ve gereçlerini vasıtalı veya vasıtasız şekilde tedarik edenler, tedarik edebileceğini bildirenler veya tedarik edeceğini ilan edenler veya ilan ettirenler,

2. Eser ve mevzuları tiyatro veya sinema veya radyo yahut televizyonlarda veyahut umumi mahallerde temsil eden veya ettirenler,

3. Hitabeleri umuma açık yerlerde veya umumi mahallerde irad edenler ... Liradan ... liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Bu fiillerin 5680 sayılı Basın Kanununun 3. maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtasıyla işlenmesi halinde sahiplerine, mevkute bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiili satış miktarının aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının toplam satış bedeli tutarının yüzde doksani kadar ağır para cezası verilir. Ancak bu ceza ... liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır.

(5) TCK. 427 Md. : (Müstehcen şey yazma ve yayınlama) Neşir veya tevzii edilmek üzere, halkın ar veya haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı kitap. Makale, varaka ve ilan yazanlar ile bu kabil makale, yazı ve resimleri ihtiva eden gazete ve mecmua gibi mevkutelerin sahiplerine ve mevkute tanımına girmeyen basılmış eserler yayınlatılan hakkında 426. maddedeki cezalara hükmolunur... 426. madde ile bu maddede yazılı evrak ve eşya müsadere ve imha olunur.

(6) TCK 426. Md. : halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte, genel ahlaka aykırı şarkıları alenen söyleyenler veya plakları, teyp bantlarını çalanlar veya umumi adaba aykırı veya bir şahıs veya bir heyetin, namus ve haysiyetini muhıl beyanat ve sözlerle gazete, risale ve diğer evrak satanlar ... liradan ... liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

(7) TCK. 544. Md. : Her kim çalışmaya muktedir olduğu halde dilencilik ederken tutulursa ... haftadan ... aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılır.

Tekerrürü halinde hafif hapis cezası ... aydan aşağı olamaz.

(*) Avukat, Antalya Barosu

(1) YÜCEL, Hukuk ve hakikat, Ankara, 2001, S.29

(2) YÜCEL, Hukuk ve hakikat, Ankara, 2001, S.29

olgusuna rastlanıyor olması, çok da önemli bir problem olarak karşımıza çıkmamaktadır. Bu sorun TMK. 1. maddesi hükmüyle giderilebilmekte, hakim, önüne gelen meseleyi bu hüküm doğrultusunda ve takdir yetkisini kullanmak suretiyle çözüme kavuşturabilmektedir.

Asıl sorun, kamu hukukunun alt dalını oluşturan yasalarda bu durumun belirlenmesindedir. Çünkü, asıl bu yasalar, kişi hak ve özgürlükleri ile yakinen ilişkilidir. Ayrıca, örneğin, ceza hukukunda yorum ve kıyas yasağı ilkesi kabul edilmekte, tipiklik ilkesi uyarınca da, eylemin yasada tanımlanan suç tipine uyması halinde suç saymak zorunluluğu karşımıza çıkmaktadır.

Örneğin, Türk Ceza Kanununun 428. Maddesinde "Müstehcen Şarkı; Haysiyete dokunacak şekilde matbuat satışı" başlıklı suç düzenlenmiştir. Buna göre, "halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte, genel ahlaka aykırı şarkıları alenen söyleyenler veya plakları, teyp bantlarını çalanlar veya umumi adaba aykırı veya bir şahıs veya bir heyetin namus ve haysiyetini muhil beyanat ve sözlerle gazete, risale ve diğer evrak satanlar ... cezalandırılır." Günümüzde, teyp bandı ya da plak bir yana, televizyonlarda, bu yasaya aykırı görüntü de içeren şarkı icralarına sıkça rastlamak mümkündür. Yasa maddesi, önemli ölçüde uygulanabilirliğini kaybetmiş durumdadır. Diğer bir örnek, yine Türk Ceza Yasasının 544. Maddesindedir. "dilencilik yapmak" başlıklı bu maddede, "her kim çalışmaya muktedir olduğu halde, dilencilik ederken tutulursa, ... cezalandırılır. Tekerrürü halinde, ceza ... dan aşağı olamaz." Hükümü getirilmiştir.

Yukarıdaki her iki suç da, Cumhuriyet savcılığınca re'sen koğuşturulacak suçlardan olup, takibi şikayete bağlı suçlardan değildir.

Metrukiyet olgusunun hukuk devleti anlayışı ile ilişkisi

Peki, artık uygulanma kabiliyetini yitirmiş ve fakat Anayasada belirtilen yollarla yürürlükten kaldırılmayarak "yürürlükteki kanunlar" külliyyatı içerisinde adeta rafa kaldırılmış yasa ya da, yasa hükümlerinin hukuk devleti açısından olumsuz etkisinin bulunduğu söylenebilir mi?

"Çağdaş demokrasi anlamında hukuk devleti idisiyle ve oluşturulması düşünülen hukuk devleti kavramıyla, müdahaleci devlet anlayışına karşı amaçları bireysel özgürlükleri yalın hukuk kuralları ile düzenlemek ve bu kuralları uygulamakla sınırlı olan devlet anlatılmak istenir. Hukuksal açıdan hukuk devleti terimi ile, amacı sadece hukuk düzenini kurmak, uygulamak ve korumak olan devlet anlaşılır⁽⁸⁾."

Anayasamızın 2. Maddesi, "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlığı altında, "Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" hükmünü getirmektedir.

Devletin tabelasında, "cumhuriyet" ya da "hukuk devleti" ifadelerinin bulunmasının, başlı başına, devleti hukuk devleti haline getirmeyeceği daha önceki konularda görülmüş idi. Eğer devlet, "hukuk devleti" kriterlerini taşıyor ise, anayasasında, yönetim şeklinin monarşi olarak belirtilmiş olması halinde dahi, o

devleti hukuk devleti olarak tanımlamak gerekecektir.

Türkiye Cumhuriyeti, Anayasasında belirtildiği üzere, bir hukuk devletidir. Ancak, konumuz açısından önemli olan husus, yukarıda açıkladığımız hallerin hukuk devleti kriterlerine uyup uymadığıdır.

Hukuk devletinde önemli olan, bireysel özgürlüklerin, toplum huzurunun ve refahının, yani toplum düzeninin hukuk normları ile sağlanmasıdır. Doktrinde, Hukuk devletinin üç önemli ayağından söz edilmektedir⁽⁹⁾. Bunlar sırasıyla;

1. İnsan haklarının gerçekleştirilmesi,
2. Adaletin sağlanması ve
3. Hukuki güvenliğin temin edilmesidir.

Hukuk normları ile ulaşılmak istenen üç ayak bunlardır. Hukuk normları ile mevzuat anlaşılmalıdır. Hukuk normları, toplum düzeninin hali hazırdaki ihtiyaçlarını karşılar nitelikte olmalıdır. Bu doğrultuda mevzuat, günün değişen koşullarına uygun hale getirilmek, kısaca "update" edilmek (güncellenmek) zorunluluğunu içerisinde barındırmaktadır. Yasa yapma teknikleri ya da iyi bir yasada bulunması gereken özellikler hususları ayrıca incelenmesi gereken konular olduğundan, burada değinmenin yarar taşımayacağı düşüncesindeyim.

Şu kadarını belirtmek gerekirse, ceza hukukuna ilişkin normların toplumun önünde, özel hukuka ilişkin normların ise toplumla paralel düzenlemeler getirmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Normlar, aşırı ayrıntıya girmeksizin, genel esasları belirterek çerçeve niteliğinde düzenlemeler getirmelidir. aksi halde, toplumsal ayrıntılara ilişkin düzenle-

melerin kısa sürede uygulanmaz hale gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

Kurallar uygulanmak içindir. Hukuk kurallarının yürürlükte ve fakat uygulanmaz halde bulunması hukuk devleti mantığıyla çelişir bir görüntü yaratmaktadır.

Nitekim, böyle bir halin varlığı, kanun uygulayıcıları açısından da bir insiyatif hali yaratmakta ve muhtemel bir keyfiyete de yol açabilmektedir. Daha açık bir ifade ile, günün koşullarının çok gerisinde kalmış kuralların, bir yasa uygulayıcısı tarafından kötü niyetle uygulanması mümkün hale gelmektedir.

Biraz önce açıkladığım üzere, ülkemizde "basılı kağıdın kese kağıdı olarak kullanılmaması hakkında kanun" halen yürürlüktedir. Bu yasa tarafından belirlenmiş uygulayıcının, herhangi bir kuruyemiş satıcısı aleyhine, yine yasada öngörülen müeyyideleri uygulaması mümkündür. Kaldı ki, bu halde, kuruyemiş satıcısının, yasanın metruk olduğuna dair iddiası dinlenmeyecektir⁽¹⁰⁾. Çünkü, metrukiyet olgusu, hukukumuzda, olması gerektiği üzere, kabul görmemektedir.

Peki bu halde yapılması gereken nedir? Yasama organınca, ya yeni düzenlemelerle günün koşullarının gerisinde kalmış normlar ilga edilmesi ya da, yeni düzenleme yapılmaksızın yürürlükten kaldırılmalıdır. Bu husus, devlet bireylerinin hukuk düzenine ve uygulayıcılarına olan güvensizliğinin ortadan kaldırılmasında, kısaca, toplumun adaletle olan güven ve saygısının sağlanmasında çok büyük önem taşımaktadır. Bu durumda, hukuk devletinin üç ayağından ikinci ve üçüncülerinin sağlanmış olacağı kuşkusuzdur.

(9) bkz. ÖZTÜRK, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara-1994, S.6

(10) bkz. ÖZTÜRK, Ceza Hukuku ve emniyet tedbirleri hukuku, Ankara, 1994, S.34-35

Yasa uygulanmazlığı ve yasa umursamazlığı

Kısaca değinilmesi gereken diğer bir husus, metrukiyet olgusu dışında, yasaların uygulanmazlığı (çocuk düşürme suçlarında olduğu gibi) ya da yasa umursamazlığı (rüşvet suçlarında olduğu gibi) sorunlarıdır. Nitekim bazı yasalar, ya da yasa maddeleri, günün koşullarının gerisinde kalmalarının ötesinde, va'z edildikleri tarihten itibaren uygulanmamakta ya da, uygulanmamaktadır. Oysa, metrukiyet olgusunda, norm uygulanmakta iken, zaman içerisinde uygulanamaz hale gelmektedir. Yasa uygulanmazlığı ya da yasa umursamazlığının sebepleri olarak, ispat güçlüğü, (çocuk düşürme, intihara teşvik ya da meşhut cürümde yardımdan kaçma suçlarında olduğu gibi)⁽¹¹⁾ ya da, yaptırım yokluğu (tütün mamüllerinin zararının önlenmesine dair kanunda olduğu gibi)⁽¹²⁾ ön plana çıkabileceği gibi, uygulayıcının ilgisizlikleri ya da ihmalleri de etkili olabilmektedir⁽¹³⁾. Erem'in belirttiği gibi, "bu hallerin varlığı, toplum-

da ikinci bir düzen yaratmakta ve toplum için böyle bir düzen olağanüstü tehlikeli olmaktadır". Halkın hukuka ve adalete katkısı bu çeşit tehlikeleri önlemekte faydalıdır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu hallerin varlığı, toplumun hukuk düzenine olan güven ve saygısını önemli ölçüde yitirmesine, daha da ötesinde hukuk kurallarının ve adalet yapısının ciddiye alınmamasına neden olmaktadır. Hatta, devletin adalet yapısına olan güvensizlik, beraberinde, alternatif hak arama yöntemlerini getirmekte, bu yöntemler genellikle, meşruluk sınırlarının dışına çıkmaktadır. Hukuk devleti içerisinde böylesine bir yapının varlığı düşünülemez.

Hukuk devleti, kendi kriterlerine uygun olarak kuralları koyar ve uygular. Kuralların toplumsal yapıya ve ihtiyaçlarına uygun olarak va'z edilmesi ve bu kuralların uygulanmasında hiyerarşik denetim mekanizmalarının sağlanması bu sorunların çözümünde önemli ölçüde etkili olacaktır düşüncesindeyim.

(11) Ayrıca bkz. "TCK. 454. md.:Birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse müntehirin vefatı vuku bulduğu takdirde ... seneden ... seneye kadar ağır hapis cezasına mahkum olur", "TCK 527. md. : Her kim, bir musibet ve felaket veya karışıklık veya hürme meşhut vukuunda makbul bir öze müstenit olmaksızın lazım gelen hizmet ve yardımı yapmaktan kaçınır yahut vazifesini yaptığı sırada kendisine müracaat eden memurlara lazım gelen malumat ve tarifi vermektan imtina eyleser ... liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur..." Ayrıca, "TCK. 476. md.: Bir kimse yedi yaşından aşağı bir sabiyi veya müptela olduğu akıl mahkum olur..." Ayrıca, "TCK. 476. md.: Bir kimse yedi yaşından aşağı bir sabiyi veya müptela olduğu akıl mahkum olur..." Ayrıca, "TCK. 476. md.: Bir kimse yedi yaşından aşağı bir sabiyi veya müptela olduğu akıl mahkum olur..." Ayrıca, "TCK. 476. md.: Bir kimse yedi yaşından aşağı bir sabiyi veya müptela olduğu akıl mahkum olur..."

Bir mecruha veya sair tehlikede bir kimseye yahut ölü veya ölüye benzer bir cesede tesadüf edip de mümkün olan yardımı yapmakta veya derhal ait olduğu daireye veya hükümet memurlarına malumat vermekte ihmâl eden kimse hakkında dahi aynı ceza tertip olunur." şeklinde düzenlenen "Terk edileni Haber Vermemek" suçu da bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

(12) Nitekim anılan yasanın / . md. sinde 18 yaşından küçükler tütün mamüllerinin satışının yasak olduğu ifade edilmekte, ancak bu hükme aykırı davranış halinde ne gibi bir cezanın uygulanacağı gösterilmemektedir.

(13) Bu duruma örnek olarak tarih ve s.11 "Kıyı Kanunu" gösterilebilir. Sahil bölgelerinin çoğunda, bu yasanın bazı maddelerine aykırı hareket edildiği, ancak buna karşılık yetkili mercilerce gerekli yasal işlemlerin ihmâl edildiği, ya da ancak müracaat üzerine yasal işlem yapıldığı açıkça görülmektedir.

Edebiyat ve Hukuk

Hüseyin Öntaş^(*)

Giriş. I. Hukuk ve edebiyatın bağları noktası olarak dil. II. Hukuk ve edebiyat arasındaki benzerliklerin varlığında iletişimin rolü. III. Hukuk ve edebiyat dersleri. IV. Hukuk ve edebiyatın teorik içeriği: A) Edebiyat olarak hukuk. B) Edebiyatta Hukuk: 1) Yaşayan hukuku belirleyen unsurlardan biri olarak edebiyat: a) Doğrudan doğruya "hukuk olarak edebiyat". b) Dolaylı yoldan "hukuk olarak edebiyat": i) Bir hukuk düzeni kurmayı amaçlamaksızın sosyal mühendislik aracı olarak kullanılması. ii) Hukukta reform yapılmasına yönelik olarak kullanılması. iii) Belirli bir amaç gütmeksizin toplumsal kültürü dolayısıyla da hukuku değiştirmesi. 2) Toplumun hukuka ve hukukçulara bakış açısının değerlendirilebilmesini sağlayan bir veri olarak edebiyat. 3) Hukukçuların hukuku etkileyen ve oluşturan olgu ve süreçlerle hukuki olayların aktörleri hakkında bilgi edinmesini sağlayan bir araç olarak edebiyat. 4) Hukuk tarihini incelemede yararlanılacak bir araç olarak edebiyat. Sonuç.

GİRİŞ

Fizikçi, matematikçi, kimyacı, jeolog ve antropologdan oluşan bir heyet bir araştırma için arazide bulunmaktadır

.Yağmur bastırır ve yakındaki bir eve sığınır. Ev sahibi misafirlerine bir şeyler ikram etmek için biraz ayrılır. Dik-katler soba üzerinde toplanır. Soba, yerden bir metre kadar yukarda, altındaki dizili taşların üzerindedir. Sobanın niçin böyle kurulmuş olabileceğine dair bir tartışma başlar. Kimyacı, "adam sobayı yükselterek aktivasyon enerjisini düşürmüş, böylece daha kolay yakmayı amaçlamış"; fizikçi, "adam sobayı yükselterek konveksiyon yoluyla odanın daha kısa sürede ısınmasını sağlamak istemiş"; jeolog, "burası tektonik hareketlilik bölgesi olduğundan deprem anında sobanın taşların üzerine yıkılmasını sağlayarak yangın olasılığını azaltmayı amaçlamış"; matematikçi, "odanın geometrik merkezine kurmuş, böylece de odanın düzgün bir şekilde ısınmasını sağlamış"; antropolog ise "adam ilkel topluluklarda görülen ateşe tapmanın daha hafif biçimi olan ateşe saygı nedeniyle sobayı yukarıya kurmuş" diyerek çeşitli varsayımlarda bulunur. Bu sırada ev sahibi içeri girer ve ona sobanın yukarıda olmasının nedenini sorarlar. Adam cevap verir: "Boru yetmedi."⁽¹⁾

Yukarıdaki küçük öykü, bir algıda seçicilik örneği olarak yorumlanabileceği

(*) Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

(1) Bkz.: <http://www.google.com/search?cache:xeG9p4v-Pzlj:www.guneyege.net/yazar/jeanne-1006.htm+%22Fizik%C3%A7i,+matematik%C3%A7i,+kimyac%C4%B1,+jeolog+ve+antropologdan+olu%C5%9Fan+bir+heyet+bir+ara%C5%9F%C4%B1rma+i%C3%A7in+arazide+bulunmaktad%C4%B1r+%22&hl=tr&ie=UTF-8&inlang=tr>

gibi; her disiplinin, her olayı kendi ilgi alanına göre yorumlayabileceğine ya da teorik olarak açıklanmaya çalışılan pek çok olgu veya olayın pratikte çoğu zaman belli bir amaç gütmeksizin yapıldığı şeklinde de yorumlanabilir. Aslında, bu küçük öykünün anlatmak istediğinin ne olduğuna dair daha pek çok farklı yorum yapılabilir. Ancak, çalışma konumuzla ilgili olarak, bir akademisyenin, hangi disiplinle ilgileniyor olursa olsun her olayda, olguda ya da disiplinde kendi uzmanlık alanı ile ilgili noktaları öncelikle algıladığı (algıda seçicilik) ve bu noktalar aracılığıyla ilgili olayı, olguyu ya da disiplini kendi akademik disipliniyle bağlantılandığı sonucuna ulaşmasını sağlayan yorum tercih edilebilir. Örneğin; hukuk eğitimi almış birisi, bir romanda öncelikle hukuki olguları fark ederek, bu olgular üzerinde yeniden ve farklı bir pencereden bakarak düşünecektir. Benzer biçimde hukuki olgular ve hukuk kuralları ise bir edebiyatçıyı bu olgu ve kuralların edebiyatla bağlantısı hakkında düşündürür. Bu yorumu, hemen her disiplin için örneklendirmek mümkündür. Örneğin; Ionesco, "Ders" adlı oyununu bir aritmetik kitabından esinlenerek yazmıştır⁽²⁾. Bir başka deyişle; aka-

demik eserler yazarlara esin verebileceği gibi, akademisyenler de edebi eserlerden esinlenerek disiplinler arası çalışmalar yapmaya yönelebilirler. Bu çalışmalar da ise disiplinler arasındaki bağlantıları tespit ederek ortaya koymayı, disiplinlerin geliştirilmesi çabasında diğer disiplinlerden yararlanmayı hedefleyebilir. Özellikle, çeşitli sanat dallarının değişik disiplinlere kaynaklık etmesi de sık rastlanılan bir olgu olarak değerlendirilebilir⁽³⁾. Heli-kopter, başta olmak üzere pek çok teknolojik aletin icat edilmesine esin kaynağı olan Jules Verne'nin romanları⁽⁴⁾, robotun icat edilmesini muhtılayan Karel Čapek'in RUR adlı romanı⁽⁵⁾, edebi eserlerin, fen bilimlerine olan katkılarına örnek teşkil ederken, sivil itaatsizliği, ilk defa gündeme getiren Sophocles'in Antigone⁽⁶⁾ adlı trajedisi ise sosyal bilimlere katkısına örnek teşkil edebilir.

Aslında, bu kısa yazının konusunu oluşturan "hukuk ve edebiyat" arasındaki ilişki, düşünce tarihinin oldukça eski dönemlerinden beri üzerinde durulan bir alandır. Hukuk ile edebiyat da aralarındaki bağlantılar araştırılarak geliştirilmeye çalışılan iki disiplin olup, "Hukuk ve Edebiyat" adı verilen bir başka disiplinin doğmasına neden olmuşlardır⁽⁷⁾. Bu

yazıda amaçlanan ise hukuk ile edebiyat arasında özgün bağlantılar kurmaktan ziyade, şimdiye kadar kurulan bağlantıları mümkün olduğunca derli toplu bir şekilde sentezleyerek, Türkçe bir kaynak üretmektir.

Hukuk ve Edebiyat'ın öncelikli ilgi alanı, iki disiplin ve ilgilendikleri konular arasındaki ilişkidir. Her hangi iki olay, olgu, görüntü vb. arasındaki ilişki ya da ilişkiler değişik açılardan farklı şekillerde kurulabilir. Ancak hukuk ile edebiyat arasında bağlantı kurulurken, hem hukukun hem de edebiyatın, dil aracılığıyla aktarılan bilgilerden oluştuğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Bağlantı noktası olarak dili alan hukuk ve edebiyat arasındaki ilişki, düşünce tarihinin oldukça eski dönemlerinden beri hukukçular ve edebiyatçılardan da önce, filozoflar tarafından üzerinde durulan bir konudur. Bu alanda araştırma yapılırken anımsanması gereken ilk düşünürlerden biri, Platon'dur.

Platon'a göre, doğru okuma ve yazma becerisinin kullanımıyla oluşturulan metinler, toplumsal düzenin sağlanmasına yönelik araçlar olarak değerlendirilmelidir. Şiir ise hukuku oluşturan kaynaklardan biri olarak düşünülmeli ve bir şair toplumun adalet, iyilik, güzellik gibi değer yargılarıyla çelişen eserler üretmemeli ve hiç kimse kanun koruyucular tarafından bu özelliklere uygunluğu onaylanmadıkça, ürettiği eserleri bir başkasına göstermemelidir⁽⁸⁾. Elbette bu sözlerin içerdiği sansürü (otosansür olarak uygulanmasını önerse de), meşrulaştırabilecek görüşü desteklemek müm-

kün değildir. Ayrıca bu görüşü benimsemek, totaliter yönetimlerin, edebiyat ve hukuk aracılığıyla "meşrulaştırılmasına" da yol açabilir. Ancak, gerek "ifade özgürlüğünün sınırları" üzerine bir yorum içermesi, gerekse hukuk ve edebiyat arasında bir bağlantı kurması bakımından, Platon'un bu sözleri önemlidir. Hukuk ve edebiyatı dil aracılığıyla bağlantılandıran bir başka düşünür olan Konfiçyüs ise, elinde fırsat olsa ilk düzeltceği şeyin dil olduğunu belirterek, adil yönetim ile dil sanatının, dolayısıyla da edebiyatın etkin kılınması arasında bağlantı kurmuştur:

"Eğer dil yanlışsa söylenen, söylenmesi kast edilene uygun olmaz; ve söylenenle kast edilen arasında uyumsuzluk varsa yapılmak istenen etki sağlanamaz. Eğer istenen etki sağlanamazsa töreler ve müzik sağlıklı bir şekilde gelişmez. Eğer töreler ve müzik sağlıklı bir şekilde gelişmezse bozulmalar baş gösterir ve bunların yetersiz bir şekilde cezalandırılması doğru yoldan sapılmasına neden olur ve böylece insanların yaşayabilecekleri hiç bir yer kalmaz"⁽⁹⁾.

Benzer bir biçimde, Hint mitolojisinde en üstün tanrı olan dildir (Vak)'ın ve dil hep var olan yasanın ilk doğurduğu şeydir⁽¹⁰⁾.

Edebiyatın temel taşı olan dilin hukuk, toplum düzeni ve hukuki olgularla bağlantısı çok eski dönemlerden beri düşünürlerin üzerinde durduğu konulardan biridir. Aslında hukuk ile edebiyat arasındaki ilişki, bir iletişim aracı olan dilin⁽¹¹⁾ hukuk ve edebiyatla olan ilişkisine göre belirlenmiştir.

(2) Bkz. Eugène Ionesco, *Toplu Oyunları -2-*, çev. Hasan Anamur, Mitoş Boyut, İstanbul, 1997, s.31.

(3) mchumakin@list.ru, Let's turn arts into science(sanatları bilime dönüştürelim), e_mail, e-nass@yahooogroups.

(4) Jules Verne'nin eserlerinin esin kaynağı olduğu diğer bilimsel ve teknolojik gelişmeler için bkz. <http://iv.gilead.org.il/FAQ/index.html>.

(5) Robot sözcüğünün mucidinin de Karel Čapek olduğu yaygın bir sanıya da, aslında bu sözcüğü bulan Karel Čapek'in ağabeyi kûbisti ressam ve yazar Jozef Čapek'tir (sözcüğü ilk kez 1920'de yayınlanan RUR'dan üç yıl önce yayınlanan *Opilec*'te kullanmıştır; bkz. <http://capek.misto.cz/english/robot.html>; karşı görüş için bkz. <http://www.knihovna.upm.cz/spolecnost/sbc/>).

(6) bkz. Marcin Zaleski, *Using Ethical Dilemmas*(Etik İkilemleri), http://www.idebate.org/magazines/vol2issue2/042ethical_dilemmas.pdf.

(7) Aksi görüş için bkz. Tim Morawetz, *Law and Literature*(Hukuk ve Edebiyat), , , , s.451. Tim Morawetz'e göre hukukun bir disiplin olup olmadığı sorunu bir kenara bırakılacak olsa bile edebiyat kural tanımayan yapısı nedeniyle bir disiplin olarak değerlendirilemez. Ancak TDK sözlüğünün "edebiyat bilimi" başlıklı maddesine göre edebiyatı diğer sosyal bilimlerin yöntemlerinden yararlanarak inceleyen bilime edebiyat bilimi denir. Bu çalışmanın konusu hukukun ya da edebiyatın tanımı sorunuyla birincil düzeyde ilişkili olmadığından ve çalışmayı yapan kişinin seviyesi bu kadar önemli bir sorunu çözümleyecek akademik seviyede olmadığından bu konu üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

(8) Plato, *The Laws*(Kanunlar), Trans. and introd. Trevor J. Saunders, Penguin, Harmondsworth, 1970, s.289.

(9) Dennis Klinck, *The Word of The Law*(Hukukun Sözü), Carleton UP, Ottawa, 1992, s.8; Türkçe'de: Nermi Uygur, *Dilin Gücü*, YKY, İstanbul, 1997, s.23.

(10) Nermi Uygur, *Dilin Gücü*, YKY, İstanbul, 1997, s.20.

(11) ibid.s.22.

Edebiyat ve hukuk arasında bir bağlantı kurmaya çalışmadan önce, ikisi arasındaki temel bağlantı noktasının irdeelenmesi gerekmektedir. Bağlantı noktasının, bir iletişim aracı olma vasfından dolayı dil olarak belirlenmesi halinde, öncelikle, dilin işlevlerine ve ortaya çıkış nedenlerine göz atmak yerinde olacaktır.

İ. HUKUK VE EDEBİYATIN BAĞLANTI NOKTASI OLARAK DİL

İnsan, tek tek nesneler ve bunlar arasındaki ilişkilerden doğan olaylar dünyasında yaşar⁽¹²⁾. İnsan, içinde yaşadığı bu dünyayı anlayabilmek için, bu nesneleri ve aralarındaki ilişkileri dil aracılığıyla kendi algı kapasitesine uygun olacak şekilde yeniden anlamlandırmış ve dünyayı kendi oluşturduğu gerçekliğe uyacak bir şekilde yorumlamaya çalışmıştır⁽¹³⁾. Bu nesneler arasındaki ilişkilere yüklenen anlamlar ise, insanın toplumsallaşmasına paralel olarak insanların ortak eylemlerde bulunurken birbirlerini yönlendirebilme zorunluluğunu doğurması nedeniyle toplumun fertleri tarafından ortaklaşa belirlenmiştir. Ortak anlamlandırma, ortak değer yargılarını ve kolektif kültürü belirleyen bir unsurdur⁽¹⁴⁾. Öte yandan kültür de, geliştikçe, dili ve dil aracılığıyla yapılan iletişimi belirler. Denilebilir ki; iletişim ilişkileri ile toplumsal kültür karşılıklı etkileşim içindedir⁽¹⁵⁾.

(12) Betül Çotuksöken, *Felsefeyi Anlamak Felsefe ile Anlamak*, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2001, s.122.

(13) Rita L. Atkinson, Richard C. Atkinson, Edward Smith, Ernst Hilgard, *Psychology (Psikoloji)*, HB, San Diego, 1985, s.280-305.

(14) *ibid*

(15) Server Tanilli, *Yaratıcı Aklın Sentezi*, Adam, İstanbul, 1997, s.67.

(16) İonna Kuçuradi'den aktaran Betül Çotuksöken, *Felsefeyi Anlamak Felsefe ile Anlamak*, İnkılap yayınevi, İstanbul, 2001, 149-150.

(17) Brent Ruben, *Communication and Human Behaviour (İletişim ve İnsan Davranışı)*, Mac Millan, New York, 1984, s.296.

Toplumu oluşturan insanlar ve toplumsal ilişkiler ağı da kültür ve kültürü oluşturan unsurlar tarafından sürekli olarak değiştirilerek belirlenir ve onları belirler. Toplumun kültür tarafından oluşturulup bir yandan da kültürü belirleyebilmesi ise, toplumu oluşturanların birbirleriyle iletişim kurarak ilişkiye girmesi koşuluna bağlıdır. Böylece, bu bireylerin tamamıyla etkileşim içinde bulunan toplumsal kültür oluşacaktır. Toplumsal kültür ise toplumu oluşturan bireylerin kültürlerinden farklı ve daha geniş kapsamlıdır. Toplumsal kültür bir grupta belirli bir süre canlı olan, nerdeyse bilinçsiz, ama o grubun yaşamının bütün ifadelerine sinmiş anlayışlardan oluşur⁽¹⁶⁾ ve bireylerin iletişim etkinliği aracılığıyla yaratılıp sürdürülür⁽¹⁷⁾.

Gerek hukuk gerekse edebiyat, toplumsal kültür tarafından belirlendiklerinden, toplumsal yapıyı yansıtmakta ve aynı zaman da toplumsal kültürün etkin birer bileşeni olduklarından, toplumsal kültürün değişimine katkıda da bulunmaktadırlar. Aralarındaki fark ise, bunu yaparken, hukukun toplumsal düzeni sağlamayı hedeflemesine karşın, edebiyatın temel kaygısının çoğu zaman mevcut toplumsal yapıyı ve bu yapı içinde bireylerin konumlarını resmetmek olmasıdır.

Eğer hukuk, konusu göz önünde bulundurularak, toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücüyle

desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünü⁽¹⁸⁾ olarak tanımlanırsa ve edebiyatın da toplumsal yapıdan bağımsız olarak var olamayacağı göz önünde bulundurulursa, bu bağlantı daha da belirginleşecektir.

Toplumsal yapı, toplumsallığı paylaşan kişi ve gruplar arasındaki bilinç dışı şekilde yapılaşmış iletişim sistemi olarak tanımlanabilir⁽¹⁹⁾. Toplumsal yapının niteliğini belirleyen kültür de, insanlar arası iletişim ilişkilerinin bir ürünüdür⁽²⁰⁾. İletişim kurmayı olanaklı sağlayan araç ise dildir⁽²¹⁾. Dil, iletişimin temel amacıyla ilişkili bir çok işleve sahiptir. Bunlardan belki de en önemlisi, sosyal ilişkilerin zorunlu unsuru olan anlam üretim ve iletimini sağlamasıdır. Dil; niyet, eğilim, duygu ve inançların ifade edilmesini sağladığı gibi, istek ve emirlerin iletilmesini de sağlar⁽²²⁾. Bir başka deyişle dil, toplumun ekonomik, kültürel, siyasal yapısından kaynaklanan ve aynı zamanda toplumun yaşam biçimini de etkileyen ortak iletişim aracıdır⁽²³⁾. Bu iletişim aracı, hukuku besleyen bir kaynak olarak değerlendirilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, hukuk

da, dili beslemektedir⁽²⁴⁾. Aynı ilişki, dil ile edebiyat arasında da kurulabilir.

Hukuk kuralları da edebi metinler de, dil aracılığıyla bildiri iletişimi sağlayan araçlar olarak değerlendirilebilir. Hukuk kuralları, bireylere önermeler sunarak (özellikle borçlar hukuku alanında), emirler vererek (özellikle ceza hukukunda), açıklamalarda bulunarak (özellikle usul hukuku alanında) toplumsal düzenin nasıl sağlanacağı konusunda bireylere bilgi vermektedir. Böylelikle de, hukuki ilişkilerin, toplumsal ilişkiler ağının bir unsuru haline gelmesi sürecini etkilemektedir. Öte yandan edebi metinler ise, müelliflerinin duygu ve düşüncelerini toplumun diğer üyelerine belli bazı estetik kurallara uygun olarak iletebilmelerini sağlamaktadır⁽²⁵⁾.

Hukuk ve dil arasında yakın bir ilişki vardır. Hukuk, dile gereksinim duyar⁽²⁶⁾. Anlam taşıyıcısı olarak dil, hukuk normlarının da taşıyıcısı ve iletilme aracıdır⁽²⁷⁾. Ayrıca, hukuki uyumsuzlukların, çözümlenebilmesi için hem uyumsuzluğun hem de ilgili hukuk normlarının yorumlanması gerekmektedir ki; bunun için kullanılması gereken başlıca araçlardan biri, daha önce de belirtildiği gibi

(18) Hukuk Başlangıcı, Turhan, Ankara, 1999, s.12.

(19) Tevfik Özcan, *Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım, Adalat Kavramı*, Ed. Adnan Güriz, TFK, Ankara, 2001, s.88.

(20) Brent Ruben, *Communication and Human Behaviour (İletişim ve İnsan Davranışı)*, Mac Millan, New York, 1984, s.296.

(21) Henry C. Ellis - R. Reed Hunt, *Fundamentals of Cognitive Psychology (Algısal Psikolojinin Temelleri)*, Wm. C. Brown Communications, Inc., Dubuque, 1993, s.327.

(22) *ibid*, s.305.

(23) Özcan Köknel, *İnsanı Anlamak, Altın Kitaplar*, İstanbul, 1993, s.87.

(24) Gerard-René de Groot, *Language and Law (Dil ve Hukuk)*, <http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres/01809180/15/b2.pdf>

(25) bkz: <http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?kelime=Edebiyat&submit=Ara>: "Olay, düşünce, duygu ve imajların dil aracılığı ile biçimlendirilmesi sanatı, yazın."

(26) Gerard-René de Groot, *Language and Law (Dil ve Hukuk)*, <http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres/01809180/15/b2.pdf>

(27) Hayrettin Ökçesiz, *Hukuk ve Dil, Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Alkım, İstanbul, 1997, s.472.

dildir⁽²⁸⁾. Ancak iletişim kurma, anlamlandırma ve yorumlama aracı olan dil, insanlar tarafından yaratılmasına rağmen insanlar üzerinde paradoksal bir iktidara sahiptir. Bir başka deyişle; dilin, neyin adil neyin adil olmayan olduğunu belirlenmesindeki rolü, onu iktidar öznesi haline getirirken; hâkim söylemi iktidarın belirlemesi ve şekillendirmesi ise yine onu iktidarın nesnesine dönüştürmektedir⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾. Zira, hukuki metinlerin anlamı, yorumlayanın iradesine, değer yargılarına ve geçmiş deneyimlerine vb. göre birçok farklı etkenden dolayı farklı şekillerde ortaya çıkabilir⁽³¹⁾. Bunun nedeni, hukuk metinlerinde edebi metinlere benzer bir şekilde anlam belirsizliklerinin bulunmasıdır⁽³²⁾. Ayrıca, hukuk toplumsal yapının bir bileşeni olarak değerlendirildiğinde, sosyal, kültürel ve politik vb. pratikten bağımsız olarak düşünülemez⁽³³⁾. Dolayısıyla, hukuk da edebiyat gibi dil aracılığıyla kurulan iletişim ilişkilerinden bağımsız değildir.

Belirtilen tespitlerden sonra, hukuk ve edebiyat arasındaki benzerliklerin "iletişim"⁽³⁴⁾ aracılığıyla ortaya konması, bu çalışmanın buraya kadarki bölümün-

de ortaya çıkan bilgi karmaşasını biraz olsun çözümleyebilecektir.

II. HUKUK VE EDEBİYAT ARASINDAKİ BENZERLİKLERİN VARLIĞINDA İLETİŞİMİN ROLÜ

Dil aracılığıyla kurulan bildiri iletişimi, hukukun ve edebiyatın varlık koşuludur. Zira, gerek kanun koyucu gerekse edebiyatçılar, ancak toplumsal yapının öznelerine bildirimde bulunarak toplumsal kültür ile etkileşim içine girebilirler. Bu bağlamda hukuk ve edebiyat arasındaki benzerlikler, bu ikisi arasındaki bağlantı noktalarına (dil ve bildiri iletişimi) göre belirlenebilir.

1) Bir sanat dalı olan edebiyatın, hâkim maddesi dil olan bir kitle iletişim aracı olmasına benzer şekilde⁽³⁵⁾, hukukun (hukuk literatürünün) da olması gerekeni dil aracılığıyla bildiren bir kitle iletişim aracı olduğu ileri sürülebilir.

2) İnsan, kendisi ile içinde bulunduğu çevre arasındaki özgün ilişkiyi değiştirmek, başka bir deyişle, dış güçlerin he-defi olmak yerine kendini etkili bir güç

durumuna getirmek amacıyla iletişim kurar⁽³⁶⁾. Edebiyat aracılığıyla hukuk kurallarının meşrulaştırılması ve insanların belirli şekilde davranmasının sağlanması mümkündür. Öte yandan edebiyat, tarih boyunca, özellikle şiddet tekeline sahip kurumsal siyasal iktidarların olmadığı dönemlerde, uyulması gereken davranış kurallarını, bir başka deyişle hukuk kurallarını bildiren bir iletişim aracı olarak da kullanılmıştır.

3) İletişim ilişkileri sürekli, hatta incelenmekteyken bile değişmektedir. Bu nedenle de iletişim bir etkileşimdir⁽³⁷⁾. Bir başka deyişle, hukuk ya da edebiyat yoluyla kurulan iletişim ilişkileri, toplumsal yapıyı değiştirirken, bu toplumsal değişimin etkileriyle hukukun ve edebiyatın da değişmesine neden olur. Böylece hukuk kurallarının ve edebi eserlerin yorumlanış ve anlamlandırılış biçimi de değişecektir. Bir başka deyişle, edebi nitelikteki bildiri iletişimi, toplumsal yapıyı, dolayısıyla da toplumsal yapının bir bileşeni olan hukuku değiştirip dönüştürürken, hukuk alanındaki bildiri iletişimi de, aynı şekilde, edebiyat alanındaki eğilimleri etkileyerek değiştirebilme gücüne sahiptir.

4) İletişim, insan ilişkilerinin var olmasına ve gelişmesine yarayan bir mekanizmadır⁽³⁸⁾. Dolayısıyla, olması gerekeni ileten tüm araçlar da, insan ilişkilerinin geliştirerek var olmasını sağlar. Hem edebiyatın hem de hukukun amaçlarından biri de bu değil midir?

5) İletişimin en geniş anlamdaki bir tanımını, bilgi-paylaşma etkinliği⁽³⁹⁾. Daha

önce de belirtildiği gibi, edebi eserlerin ve hukuki metinlerin ortak yönlerinden biri de, bilgi paylaşımını sağlamalarıdır. Hukuk kuralları ve edebi metinlerin içerdikleri bilgiler, bildiri iletişimi yoluyla topluma iletilmemeleri halinde, toplumsal yapı içinde etkili olamazlar.

İletişim süreçlerinde üstlendikleri roller bakımından hukuk ve edebiyat arasında daha pek çok bağlantı kurulabilir. Ancak, tüm bu bağlantıları da birbirinden ayırt edebilmek için bu bağlantıların hangi noktalarda yer aldıklarını belirlemek gerekir. Bu belirleme de, "hukuk ve edebiyat"ın alt başlıklarının incelenmesiyle yapılabilir. Hukuk ve edebiyatın alt başlıkları teorik olarak belirlenmeden önce, uygulamada hukuk ve edebiyat derslerinin inceleniş şekline göre belirlenebilir.

III. HUKUK VE EDEBİYAT DERSLERİ

Dünyanın pek çok yerinde giderek yaygınlaşan hukuk ve edebiyat dersleri, bir görüşe göre, üç farklı şekilde yapılmaktadır. "Edebiyatta Hukuk" olarak adlandırılan birinci şekil, kurgudan yararlanılarak ve ders içeriği tematik olarak organize edilerek, hukuk sisteminin ve hukukçuların, yazar ya da şairin bakış açısından öğrencilere yansıtılması esasına dayalıdır. "Hukukta Edebiyat" olarak adlandırılan ikinci tür ise, hukuk kuralları ve yargı kararlarının edebi özelliklerinin gösterilmesine ve incelenmesine yöneliktir. Üçüncü tür ise "Hukuki İmgelem" dersleridir⁽⁴⁰⁾ ki bu ders-

(28) Viola Heutger, *Plain Legal Language (Yalın Hukuk Dili)*, Paper to be presented at the Fifth Benelux-Scandinavian Conference on Legal Theory: European Legal Integration and Analytical Legal Theory, Maastricht, 28.-29.10.2002

Theme: Legal Justification and Integration, <http://www.rechten.unimaas.nl/ozic/LegalIntegration/paper%20Heutger.pdf>

(29) Jill Stauffer, *The Language of Law/The Law of Language: A Critique of the Adjudication of Expression (Hukukun Dili/Dilin Hukuku: Söylemin Hükümlerinin Eleştirisi)*, <http://criticalsense.berkeley.edu/archive/spring1999/stauffer.pdf>, s.1.

(30) bkz. Desmond Manderson, *From Hunger to Love: Myths of the source, interpretation, and constitution of law in children's literature (Açlıktan Aşka: Çocuk edebiyatında hukukun kaynağı, yorumu, oluşumu)*, <http://www.law.mcgill.ca/faculty/manderson-hunger.pdf>

(31) Sanford Levinson, *Law as Literature (Edebiyat olarak Hukuk)*, *Interpreting Law And Literature (Hukuku ve Edebiyatı Yorumlamak)*, ed. Sanford Levinson and Steven Mailloux, Northwestern University Press, Evanston, s.155-174.

(32) Bkz. Law and Language (Hukuk ve Dil), <http://www.plato.stanford.edu/entries/law-language/>

(33) bkz. Gerard L. Burns, *Law and Language: A Hermeneutics of the Legal Text (Hukuk ve Dil: Hukuki Metnin Hermeneitiği)*, 7, 1, 2, s.33.

(34) Sözcük burada çift anlamlı olarak kullanılmaktadır.

(35) Abdullah Kaygı, *Edebiyat ve Varlık*, Kebikeç, 1998, s.108 içinde Lurji Lotman, *Die Struktur literarischer text (edebi metnin yapısı)*, Wilhelm Fink Verlag, München, 1986, s.29.

(36) Aysel Usluata, *İletişim, İletişim Yayınları*, İstanbul, 1995, s.12.

(37) ibid

(38) ibid.

(39) Kenneth Andersen, *Introduction to Communication (İletişime Giriş)*, University of Illinois, Illinois, 1972, s.4.

(40) Elizabeth Villiers Gemmette, *Law and Literature: An Unnecessarily Suspect Class in the Liberal Arts Component of the Law School Curriculum*, 23 Val. U.L. Rev., 267, 1989; aktaran William Domnarski, *Legal Studies Forum*, Vol.27, Number 1, 2003; <http://www.law.utexas.edu/pop/text/lsf/domnarski27.htm>.

lerde hukuki süreçler (Ör.yargılama) dramatize edilerek, öğrencilerin hukuki süreçleri yaşayarak(!) öğrenmeleri amaçlanır⁽⁴¹⁾.

Thomas Morawetz'in, Hukuk ve Edebiyat'ın içeriği ve hukuk ve edebiyat derslerine ilişkin görüşleri ise biraz daha farklıdır. Hukuk ve Edebiyatın ayrı bir disiplin olmadığı görüşünü benimseyen Morawetz'e göre, hukuk ve edebiyat arasında her biri ayrı bir akademik ders konusu olabilecek pek çok verimli etkileşim söz konusudur. Bunlardan dördü Edebiyatta Hukuk, Edebiyat Olarak Hukuk, Edebiyat Hukuku, Edebiyat ve Hukuk Reformu olarak adlandırılabilir⁽⁴²⁾. "Hukuk ve Edebiyat"ın "edebiyatta hukuk" ve "edebiyat olarak hukuk" şeklinde adlandırılabilir iki alt başlığı olduğunu düşünenlerin sayısı da az değildir⁽⁴³⁾.

"Hukuk ve Edebiyat" derslerinin işlenişinde ortaya çıkan bu fiili ayrımın hukuk ile edebiyat arasındaki ilişkinin işlevsel boyutu olarak ele alınması halinde sözü edilen ilişkinin teorik boyutunu da belirlemek yerinde olacaktır. Teorik bağlamda, hukuk ve edebiyat arasındaki bağlantı, iki ana başlık altında incelenebilir: a) edebiyat olarak hukuk b) hukuk olarak edebiyat.

IV. HUKUK VE EDEBİYAT'IN TEORİK İÇERİĞİ

A) EDEBİYAT OLARAK HUKUK

Hukukun edebiyatla bağlantılandırılması çabaları, hukukun kimi zaman hu-

kuki metinlerin yorumunda, edebi metinlerin yorumunda kullanılan bazı tekniklerin kullanılıp kullanılmayacağını tartışma konusu yapmaktadır. Bu tartışma konusu "edebiyat olarak hukuk" başlığı altında incelenmektedir⁽⁴⁴⁾. Bu alt başlık altında dil felsefesi, mantık, sözdizimi, anlambilim gibi disiplinlerin de yardımıyla edebi metinlerin incelenmesinde kullanılabilecek kuralları yorumunun çözümünde kullanılması, hukuk ve edebiyat arasındaki benzerlikler ve farklılıkların belirlenmesi, kanunlaştırma sürecinde, sonrasında ve kanunların uygulanması sırasında bu kuralların yorumlanmasıyla ilgili olarak yapılan tartışmalar vb. incelenir⁽⁴⁵⁾.

İletişim süreçlerinde, iletilerin, her zaman iletilmek isteneni ilettiği ya da iletinin iletilmediği gibi algılanıp anlamlandırıldığı söylenemez. Georgias'tan beri dile getirilen iletinin, ileten iletilene ulaşması sırasında anlam değiştirilmesi sorununa Ruben de değinmiştir: "Söylediğimi sandığını, anladığını inanıyorum; ancak duyduğunun, benim demek istediğim olmadığını, kavradığından kuşkuluyum"⁽⁴⁶⁾. Bu sözden hareketle denilebilir ki; çoğu zaman anlatılmak istenenle anlaşılanın örtüşmemesi, metinlerin anlamlandırılması sürecinde anlaşmazlıklara yol açabilmektedir.

Kanunlarda ya da vasiyetname, kira sözleşmesi gibi hukuki metinlerde anlatılmak isteneni aynen algılamak, kimi

zaman pek mümkün olmadığından, kanun veya sözleşme maddelerinin anlamlandırılması zorlaşmaktadır. Zira, algılama anlamla varolabilir; algılanan anlamlandırmayı etkileyen etkenleri ise kişinin kendi geçmiş deneyimleri ile içinde yaşadığı andaki amaçları oluşturur⁽⁴⁷⁾. Üstelik kişi, kendi gerçeğini yaratmasa da, algıladıklarını kendi ilgi ve çıkarı yönünde yorumlayabilmektedir⁽⁴⁸⁾. Bu da, hukuki metinlerin yorumlanarak anlamlandırılması sorunsalı bağlamında değerlendirilmesi gereken bir durumdur⁽⁴⁹⁾. Bir başka deyişle, hukuk kurallarının yorumu sorunu ayrı bir ders olarak işlenebilecek kadar önemlidir. "Edebiyat Olarak Hukuk" ise edebi metinlerin yorumlanmasında kullanılan yöntemlerin hukuk metinlerinde uygulanabilirliğinin öncelikli olarak tartışıldığı bir alandır.

Bir başka düşünme biçimiyle, hukuki metinlerin, kurgusal nitelikte olan edebi metinler olarak tanımlanması da mümkündür. Unutulmamalıdır ki; tüm hukuki metinlerin olmasa da, en azından kanunların kahramanları genellikle, geçmiş gibi kurgulanan farazi bireyler değil "herkes"tir. "Herkes" ise bir isim değil, belirli bir siyasal iktidarın hüküm sürdüğü egemenlik alanında yaşamış, yaşayan ve yaşayacak olanların tümünü imleyen belgisiz bir zamirdir: "Herkes"

alanında, her kimse, ötekidir ve hiç kimse kendi değildir. Günlük insanın kimliği sorusunun karşılığı olan 'herkes', insanın ötekilerle -birlikte- olma'sında kendi varoluşunu teslim ettiği 'hiçkimse'dir'⁽⁵⁰⁾. Bir başka deyişle, gerçekte var olmayan kişileri varmış gibi kurgulayan ya da gerçekte var olan kişileri olduklarından farklı kurgulayan edebiyatın tersine, hukuk, gerçekte var olmuş, var olan ya da var olacak kişilerin varlıklarını belirsiz hale getirerek kurgular. "İdeal" olan toplumsal yapıyı belirleyen hukuk metinleri, bu "ideal"e ulaşmak için uyulması gereken kuralları belirlese de, bu kurallar mutlak uygulanabilirlikte / uyulurlukta olmadıklarından hukuki metinler ideal olduğu varsayılan toplumsal düzeni anlatan ütopya/disütopya olarak nitelendirilebilecek edebi metinler olarak da düşünülebilirler. Zira, (hukukun da tıpkı) bir sanat türü olan edebiyat (gibi), bir yandan toplumsal "gerçekliği" taklit ederken⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾, bir yandan da olanı değil, olması gerekeni ya da olanaklı olanı kurguladığı⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾ iddia edilebilir. Zira, hukuk kuralları bu kuralları koyanlara göre ideal bir toplumda insanların nasıl davranmaları gerektiğini belirleyen; ancak gerçeklikte yüzde yüz uygulanabilir/uyulabilir olmayan davranış kuralları olarak tanımlanabilir.

(47) *ibid.*s.48.

(48) *ibid.*s.13.

(49) Yorum sorununa ilişkin değişik görüşler için bkz. Elizabeth Wright, *Reading and Interpretation, in Modern Literary Theory*, ed. by Ann Jefferson and David Robey, B. T. Batsford Ltd., London, 1992, p.122 – 144; ayrıca bkz. Sanford Levinson, *Law as Literature, in Interpreting Law and Literature*, ed. by Sanford Levinson and Steven Mailloux, Northwestern University Press, Illinois, 1991, p.155 – 175.

(50) Martin Heidegger'den aktaran Betül Çotuksöken, *Felsefeyi Anlamak Felsefe ile Anlamak*, İnkılap yayınevi, İstanbul, 2001, s.232.

(51) bkz.Aristoteles, *Poetika*, çev: İsmail Tunali, Remzi, İstanbul, 2002, s.11.

(52) bkz.Platon, *Kritias*, Çev: Erol Güneş&Lütfi Ay, Sosyal, İstanbul, 2001, s.10.

(53) bkz.Aristoteles, *Poetika*, çev: İsmail Tunali, Remzi, İstanbul, 2002, s.30.

(54) bkz.Abdullah Kaygı, *Edebiyat ve Varlık*, Kebikeç, 1998, s.322.

(41) Bu yöntemin örnekleri ülkemizde yavaş yavaş uygulanmaya başlanmıştır.

(42) Thomas, Morawetz, *Law and Literature*(Hukuk ve Edebiyat), s.450-453.....

(43) bkz. Dick Dunlop, www.dickdunlop.law

(44) bkz. Dick Dunlop, www.dickdunlop.law

(45) William Domnarski, *Legal Studies Forum*, Vol.27, Number 1, 2003; <http://www.law.ute-xas.edu/lpop/etext/1st/domnarski27.htm> ; ve Thomas, Morawetz, *Law and Literature*(Hukuk ve Edebiyat), s.450-453.....

(46) Aysel Usluata, *İletişim*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995, s.6.

"Edebiyat olarak Hukuk"un başlıca araştırma alanları;

1) hukuki metinlerin yorumu sorununun çözümünde, edebi metinlerin yorumunda kullanılan yöntemlerin kullanılıp kullanılmayacağına incelenmesi,

2) yargı kararlarının taşıdığı biyografik ve belgesel özelliklerin incelenmesi,

3) yargı kararlarında, tarafların iddiaları, hükmün gerekçesi ve karşı oy yazılarının tartışılmasında kullanılan eğretilme vb. edebi niteliklerin incelenmesidir.

Sonuç olarak denilebilir ki, hukuk sisteminde yer alan kurallar bir bütün olarak, "olması gereken" düşsel bir toplumsal yapıya uygun davranılmamasının, siyasal iktidar tarafından cezalandırılmasını meşrulaştıran bir edebi eser(hem yazılı hem de sözlü bölümlerden oluşan) olarak da değerlendirilebilir.

B) EDEBİYATTA HUKUK

"Edebiyat Hukuk", edebi metinlerin yorumlanıp tartışılması ile, hukuk, hukuki olgular, hukuku uygulamakla görevli olanların bu görevlerini nasıl yerine getirdikleri, ve toplumun şimdiye kadar sayılanlar hakkındaki düşüncelerini vb. inceler.

"Edebiyat Hukuk", işlevleri ve konuları bakımından dört alt bölüme ayrılabilir:

1) Yaşayan hukuku belirleyen unsurlardan biri olarak edebiyat

Edebiyat, kimi zaman, yaşayan hukukun içeriğini belirleyen davranış kurallarının ne olması gerektiğine yönelik önermelerin iletimini sağlayarak yaşayan hukuku belirler. Bu durum genellikle, uyulması istenen davranış kuralları-

nın, edebi metinlerle doğrudan bildirilmesi sonucu gerçekleşebileceği gibi, dolaylı olarak, uygun görülen davranış biçimlerinin işaret edilmesi suretiyle de gerçekleşebilir.

a) Doğrudan doğruya "hukuk olarak edebiyat" ⁽⁵⁵⁾

"Bir zamanlar hukuk miti" ⁽⁵⁶⁾

Kimi zaman, yaşayan hukuku oluşturan davranış kuralları, (pozitif hukuk kurallarının yanı sıra ahlâk kuralları, spotane hukuk vs.) edebiyat eseri niteliğine sahip olduğu tartışılmayan metinlerle iletilir. Özellikle bu durum, modern devletin ortaya çıkışından önce etkin olan ve toplumsal ilişkiler ağındaki etkinliğini zayıf da olsa devam ettiren din kaynaklı davranış kuralları açısından söz konusudur. Örneğin; eski ahit'in tamamı (tevrat ve zeburun yanı sıra diğer bazı kutsal kitapları içeren antoloji olarak tanımlanabilir), özellikle, İbrani tarihini anlatan öykülerden oluşmaktadır. Bu öykülerin içinde, topluma, uyulması halinde öte dünyada yaratıcı güç tarafından hesabının sorulacağı belirtilen davranış kuralları bildirilmektedir. Keza, yeni ahit de, Hz. İsa'nın başından geçenleri öyküleyici bir dille anlatarak, Hz. İsa'nın ağzından, uyulması gereken davranış kurallarını bildirir ⁽⁵⁷⁾. Edebi nitelikli bildiri iletişimini sağlayan bu eserlerin hepsi uyulması gereken davranış kurallarını kimi zaman açıkça, kimi zaman da eğretilmelerle ima etme yoluyla topluma iletmektedir. Aynı bağlamda, şiirsel bir anlatımı olan ve uyulması gereken davranış kurallarını bildiren Kuran- Kerim ⁽⁵⁸⁾ de anılabilir. Aynı-

ca, yine Kuran-ı Kerim'in büyük bir bölümünde, Eski Ahit'te ve Yeni Ahit'te anlatılan öykülerin pek çoğunun değiştirilerek de olsa yinlendiği görülmekte ve kimi dinlerin değişik yorumlarında, edebiyat yoluyla davranış kuralları üretilmeye devam edilmektedir. Bu kurallar, her ne kadar belli gruplara mensup kişilerin uymakla yükümlü olduğu ve uyulmaması halinde dünyevi, somut yaptırım uygulanma ihtimali bulunmayan kurallar (laik bir hukuk düzeninin bulunduğu hallerde) olsalar da, toplum tarafından benimsenip uyuldukları takdirde yaşayan hukuku oluştururlar. Zaten, meşruluk kıstası dini içerikli olan siyasal iktidarların hüküm sürdüğü devletlerin pozitif hukuk kuralları da, çoğu zaman bahsi geçen kitaplarda bildirilen kurallar ve bunların değişik yorumlarından oluşur.

Kimi alt kültürlerin ve dinlerin değişik yorumlarının yapıldığı grupların uyduğu davranış kuralları da, genellikle edebi eserlerle bildirilmiş kurallardır. Örneğin Mevlana'nın Mesnevi'sinde, Alevi kültürünü oluşturan deyiş ve nefes adı verilen halk şiirlerinde ⁽⁵⁹⁾, uyulması gerektiği ileri sürülen davranış kurallarının edebiyat yoluyla, okuyucunun kıssadan hisse çıkarması beklenerek veya dolaysız olarak bildirildiği anımsanabilir. Bu kurallar, dini içerikleri bir yana bırakılsa bile, ahlâk kuralları olarak yaşayan hukukun kapsamında kalmaya devam etmektedirler. Tüm bu durumlar, genellikle başlangıçta alternatif bir hukuk düzeni kurmaya yönelik olarak eko-

nomik ve siyasal olguları belirleyen davranış kurallarının, edebiyat alanında ki bildiri iletişimi aracılığı ile toplumsal ilişkiler ağında etkili ve uygulanabilir kılınmaya çalışıldığı, ancak zaman içinde toplumsal yapının değişmesiyle bu kuralların pozitif hukuk kuralları olmaktan çıkarak yaşayan hukuk kurallarına dönüştüğü hallerde söz konusu olur.

b) Dolaylı yoldan "hukuk olarak edebiyat" ^{(60),(61)}

Edebiyat, kimi zaman da yaşayan hukuk kurallarının meşrulaştırılmasına ya da toplumsal kültürün, bazı yaşayan hukuk kurallarına uygun davranmasının önlenmesine yönelik olarak bildiri iletişiminde bulunarak ekonomik ve siyasal olgular alanının değiştirilmesine hizmet eder. Daha da önemlisi, insanlarda hukuk bilinci, hayata bakış açısı ve değer yargılarıyla birlikte henüz hayata dair çok fazla bilgisinin bulunmadığı yaşarlarda dinlediği efsaneler, kıssadan hisseler, masallar vb. tarafından şekillendirilir ⁽⁶²⁾ (Örneğin, çocuk bir kabahat işlediğinde cezalandırılacağı gerçeğiyle ilk defa burnu uzayan Pinokyo'nun başından geçenleri dinlediğinde karşılaşabilir). Böyle durumlar, edebi eserin müellifinin ya da anlatıcısının, bu sonucu amaçlamış olup olmamasına ve mevcut hukuk düzeni karşısında takındığı tavra göre farklı başlıklar altında sınıflandırılabilir:

i) Bir hukuk düzeni kurmayı amaçlamaksızın sosyal mühendislik aracı olarak kullanılması

(59) Örneğin "eline, beline, diline hakim ol" ya da "incinsen de incitme" vb.

(60) bkz. Desmond Manderson, *From Hunger to Love: Myths of the source, interpretation, and constitution of law in children's literature*, <http://www.law.mcgill.ca/faculty/manderson-hunger.pdf>

(61) Bkz. CYNTHIA G. HAWKINS-LEON, *Syracuse University - College of Law, Temple Law Review*, Vol. 72, P. 381, 1999

(62) ibid

(55) bkz. Desmond Manderson, *From Hunger to Love: Myths of the source, interpretation, and constitution of law in children's literature*, <http://www.law.mcgill.ca/faculty/manderson-hunger.pdf>

(56) Elias Canetti, *Auto da Fe*, trans C. V. Wedgwood, Continuum, New York, 1981.

(57) Örneğin "hükmetmeyin ki hüküm olunmayasınız" ya da "sağ yanağına vurana sol yanağını uzat" vb.

(58) Örneğin defalarca belirtilen ahde vefa ilkesi vb.

Edebi eserler aracılığıyla yapılan telkinlerin, toplumun belli kesimleri tarafından uyulması gereken davranış kuralları olarak benimsenmesi de; toplum tarafından benimsenmiş olan ahlak kurallarının edebi eserlerde hatırlatılarak bu kuralların güncelliklerini korumalarının sağlanması da mümkündür.

Bu durum, edebi eserin müellifinin, yeni bir hukuk düzeni kurmaya yönelik davranış kuralları dikte etmeksizin, tabii hukuk kurallarını anımsatarak ve bu kurallara uymayı telkin ederek toplumsal yapıyı edebiyat aracılığıyla değiştirmeye çalıştığı hallerde söz konusu olabileceği gibi, pozitif hukuk kurallarına uyulmasının sağlanmasına yönelik olarak, siyasal iktidarın benimsetmeye çalıştığı hukuk ideolojisinin, edebiyat aracılığıyla topluma empoze edilmeye çalışıldığı durumlarda da söz konusu olabilir.

Tolstoy'un "Diriliş", Dostoyevski'nin "Suç ve Ceza" adlı romanlarında gözlenen ve kişinin davranışlarını, vicdanın sesine uygun olarak belirlemesi gerektiğini öneren tavırları birinci durumu örnekler⁽⁶³⁾. Aynı bağlamda Aziz Nesin'in "Bir Şey Yap Met" adlı oyunu ise, hukuk bir toplumsal mühendislik aracı olarak kabul edildiği taktirde, hukuk fakültesi öğrencilerine, toplumu ileriye götürme amacının aşılmasına yönelik olarak incelenebilecek bir oyundur⁽⁶⁴⁾.

İkinci durumun örnekleri olarak ise şunlar belirtilebilir; bir zamanlar reel sosyalizm denemesinin yapıldığı doğu bloku ülkelerinde toplumsal gerçekçi

edebiyat akımını benimseyen edebiyatçıların çoğunun eserleri; Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulduğu yıllarda milli egemenlik anlayışının ve laiklik ilkesinin benimsetilerek ümmetçi anlayışın ortadan kaldırılmasında Milli Edebiyat Akımı'na mensup edebiyatçıların milliyetçiliği öven eserleri; Cumhuriyet Devrimleri'nin benimsetilmesinde batılılaşmayı öven edebi eserler vb.⁽⁶⁵⁾...

ii) Hukukta reform yapılmasına yönelik olarak kullanılması

Hukuk sistemini edebiyat yoluyla eleştirerek, toplumu ve siyasal iktidarı hukuk kurallarında reform yapılması gerektiğine ikna ederek veya meşru olmayan kanunlara ve idari işlem ve eylemlere karşı edebiyatı bir sivil itaatsizlik aracı olarak kullanarak, hukuk sisteminde reform yapılması gerektiği düşüncesini ileri sürmek mümkündür. Bir başka deyişle edebiyat yoluyla hukukta reform yapılması gerektiği fikrini, çeşitli şekillerde ileri sürmek mümkündür.

Örneğin, Türkiye romanının 1950'den 12 Mart dönemine kadarki süreçte ana sorunsalı toplumsal yapıdan kaynaklanan haksız düzen sorunlarıdır⁽⁶⁶⁾. Bu dönemde romanlarda göze çarpan ilk özellik eylem (aksiyon) öğesinin egemen olmasıdır. "Ezen/ezilen çatışması üzerine kurulmuş bu romanlarda, eylemin, karakter ve düşün öğelerinden daha önemli rol oynaması doğaldır. Üstelik bu bağlamda "ezmek" fiili yönetici ve zengin sınıfın genel anlamda halkı sömürmesi dışında, kaba kuvvete dayanarak yapılan hareketleri, yani şiddet (dayak, işkence, adam öldürme)

içerir. Buna karşılık başkaldırının da sivil başkaldırı olması zorunludur, çünkü ezilenin hakkını araması için başvurabileceği yasal yollar tıkalıdır⁽⁶⁷⁾.

Getirilen bu eleştirilerin bir yansıması olarak 27 Mayıs Anayasası'nın basın özgürlüğüne, yargının bağımsızlığına, sendikal haklara, üniversite özerkliğine ilişkin yasalarla kısa bir süreliğine de olsa bu sorunu büyük ölçüde çözdüğü belirtilebilir⁽⁶⁸⁾.

Edebiyatın sivil itaatsizlik aracı olarak kullanılmasının en tipik örnekleri ise, muhtemelen yakın geçmişte "Düşünceye Özgürlük" kitabı, tarihte ise Pir Sultan Abdal'ın, idam cezasından kurtulması için şah adı geçmeyen üç deyiş söylemesi istendiğinde söylediği ve içinde defalarca şah kelimesi geçen üç deyiştir⁽⁶⁹⁾. Şahın iddia edilen aksine İran Şahı değil de, yüzyıllar önce ölmüş olan ve dine dayalı siyasal bir düşüncenin kutsallaştırdığı bir kişi olmasının, bu olayın ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalara karşı girişilen bir sivil itaatsizlik eylemi olarak değerlendirilebilmesini sağladığı belirtilebilir.

Edebiyatın hukuki reformlara yol açması, sadece mevcut hukuk düzenine doğrudan karşı çıkılması sonucu gerçekleşmemektedir. Mevcut siyasal iktidardan ve hukuk düzeninden yana olan edebiyatçıların eserleri de, hukuk anlayışının değişmesine yol açmıştır/açmaktadır. Örneğin, 16. yy.'da yaşayan ve köklü toplumsal değişimlere karşı olan Montaigne'nin, "Denemeler"i ifade öz-

gürlüğü ve vicdan özgürlüğü gibi kavramların yaygın olarak benimsenmesinde etkili olmuştur⁽⁷⁰⁾.

Hukukta reforma yol açan edebi eserlerin bir kısmı ise, özellikle süreli yayınlarda karşılaşılan makale, fıkra, mektup gibi türlerdir. Bu edebi türlerin hukuk sistemini etkilemesi, genellikle, önemli yasa değişikliği tasarılarının gündemde olduğu dönemlerde ya da topluma mâl olan ceza davalarının görüldüğü dönemlerde karşılaşılan bir durumdur. Ünlü Dreyfus davasının görüldüğü dönemde Emile Zola başta olmak üzere⁽⁷¹⁾, edebiyatçıların antisemitizme ve ayrımcılığa karşı verdiği mücadelenin bu davanın sonuçlarını değiştirmesi belirtilen duruma bir örnek olarak verilebilir.

iii) Belirli bir amaç gütmeksizin toplumsal kültürü dolayısıyla da hukuku değiştirerek

Toplumsal kültürü değiştiren bir etken olarak edebiyat, toplumun olayları ve olguları anlamlandırma biçimlerini değiştirerek toplumsal yapıyı da değiştirmektedir⁽⁷²⁾. Toplumsal kültürün bir unsuru olan hukukun da, toplumsal yapıdaki ve kültürdeki değişimlere paralel olarak, yayınlanan her edebi eserle biraz daha değiştiği belirtilebilir. Ayrıca tersinden bakılırsa edebi eserin, toplumsal yapıyı dolayısıyla hukuki süreçleri, yazarın yapmak istediklerini kurgusal kahramanlarına yaptırarak bilinç altındaki yükü boşaltmasını sağlayıp suç işlemesini engelleyerek, olumsuz yönde değişmekten alıkoyduğu da iddia edilebilir⁽⁷³⁾.

(63) Bu konuda bkz. Berna Moran, cilt 3, s.54.

(64) ayrıntılı bilgi için bkz: Behçet, Necatigil, Edebiyatımızda Eserler Sözlüğü, Varlık Yayınları, İstanbul, 1997.

(65) 1950'ye kadarki Cumhuriyet Türkiye'si edebiyatında batılılaşma ana motifinin yeri ve önemi hakkında bkz. Berna Moran, Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış -1-, İletişim, İstanbul, 1998, s.9-20.

(66) Berna Moran, Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış -2-, İletişim, İstanbul, 2002, s.7.

(67) Berna Moran, Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış -2-, İletişim, İstanbul, 2002, s.315.

(68) Berna Moran, Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış -3-, İletişim, İstanbul, 2002, s.11-12.

(69) Bunlardan birinde: "Sizde şah diyeni asarlarsa ben de bu yayladan şaha giderim" demıştır; bkz. www.dosthane.de/pirsultan.html

(70) Montaigne'nin bu konulardaki yazıları için bkz. Montaigne, Denemeler, çev. Sabahattin Eyuboğlu, Cem, İstanbul, 1997, s.261-269.

(71) Bkz. Emile Zola, Suçluyorum, Çev. Tahsin Yücel, K Kitaplığı, 2002.

(72) Dr. Isobel M. Findlay, <http://www.usak.ca/english/colloquifindlay.htm>.

(73) Bkz. Nejat Bozkurt, Sanat ve Estetik Kuramları, Ara, İstanbul, 1992, s.182-183.

2) Toplumun hukuka ve hukukçulara bakış açısının değerlendirilebilmesini sağlayan bir veri olarak edebiyat

Hukuku ve hukukçuları, olumlu ya da olumsuz bir bakış açısıyla konu edinen edebi eserler, toplumun hukuktan ve hukukçulardan beklentilerini ortaya koyar⁽⁷⁴⁾. Hukukçuları konu edinen edebi eserler, bir okuyucu olarak hukukçunun kendi statüsünü sorgulamasını sağlar. Ancak, bunun için, edebi eserleri bir taraf olarak değil de (hukukçu gözüyle değil), her hangi bir entelektüel gibi tarafsız bir bakış açısıyla okumak gerekmektedir⁽⁷⁵⁾.

Bu bağlamda, Necip Fazıl Kısakürek'in "Reis Bey" adlı oyunu; kanıtların çokluğu ve sağlamlıklarına rağmen, kimi zaman suçlu olarak doğru kişiyi işaret etmeyebileceğini; katı pozitivist anlayışın "adalet dağıtımının" insani yönünü ortadan kaldırdığını; hüküm verme esnasında ve suçla mücadelede, vicdanın ve önyargılardan arınmanın gerekliliğini; adil ve yaşanabilir bir dünyanın, insanların ancak vicdanlarının sesini dinlemeleri ve sevginin yüceltilmesi sayesinde kurulabileceğini düşündürmesi bakımından göz önünde bulundurulabilir⁽⁷⁶⁾.

Hukuk sistemlerinin eleştirisine dayalı bir eser de, George Orwell'in "Hayvan Çiftliği" başlıklı alegorik romanıdır. Romanda özgürlük ve eşitlik savaşının nasıl olup da eşitsizliğin meşrulaştırıl-

masına yol açabileceği/açtığı anlatılarak, totaliter düzenler eleştirilmiştir⁽⁷⁷⁾.

Böylece, edebi eserlerde hukuk ve adalet kavram görüngülerinin araştırılması, ahlâk, iktidar, özgürlük, cezalandırma gibi hukukla ilgili olguların anlamlandırılmasına yönelik olarak değerlendirilebilir. Bu tarz çalışmalar, bir hukukçunun sahip olması gereken temel nitelikleri edinmek ve hukukçunun mesleki sorumluluklarıyla bir entelektüel olarak sorumluluklarının çatışması halinde tercih edeceği seçeneğin olası sonuçlarının farkında olabilmeye yol açabilir⁽⁷⁸⁾.

3) Hukukçuların hukuku etkileyen ve oluşturan olgu ve süreçlerle hukuki olayların aktörleri hakkında bilgi edinmesini sağlayan bir araç olarak edebiyat

Bir hukukçunun diğer insanlarla iletişim kurma yetisi, bir savaşçının aksine silahların gücü tarafından değil; kelimelerin gücü tarafından belirlenir. Hukukçu, sözcüklerin hayati önemini kavramalı ve sözcüklerin değişik kullanım biçimlerinin etkilerini bilmelidir⁽⁷⁹⁾. Edebiyat, hukuki olayların diğer aktörleriyle empati kurmayı sağlayarak, hukukçunun onlarla empati kurmasını kolaylaştırır. Bu bağlamda adaletin sağlanabilmesi için, edebiyat aracılığıyla hukukçuların, sahip oldukları önyargıların, büyük ölçüde ortadan kaldırılarak, yargının tarafsızlığı ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin gerçek anlamda hayata geçirilmesi gerektiği belirtilebilir⁽⁸⁰⁾. Ayrıca hukukçula-

rının, hukuki süreçlerde etik davranma gereklilikleri göz önünde bulundurulduğunda, etik kavramının neye göre anlamlandırılacağı sorunu ortaya çıkar. Öte yandan insanlar-ve birer insan olan hukukçular- neyin "etik" olduğunu insanlar arası ilişkiler içinde diğer insanlardan öğrenirlerken bu ilişkileri anlatan edebi metinler de dolaylı olarak "etik" kavramını anlamlandırmalarında rol oynar⁽⁸¹⁾.

4) Hukuk tarihini incelemede yararlanılacak bir araç olarak edebiyat

Edebi metin incelemeleri yoluyla hukukun gelişimini incelemek, hukukun gelişimini sağlayacak fikirler verebileceği gibi, zamana ve mekana bağlı olarak değişen hukuki anlayışının hangi koşullarda nasıl şekillendiğinin öğrenilebilmesini de sağlayabilir. Özellikle "olması gereken"i inceleyen bilimsel çalışmaların tarihi koşulları kimi zaman göz ardı ettiği ileri sürülebilir. Edebiyatçılar tarafından akademik çalışmaların en fazla eleştirilen yönü de budur⁽⁸²⁾. Ancak bu eleştiri dikkate alınırken unutulmaması gereken edebiyatın da olanı değil olanaklı olanı konu edindiğinden edebi eserlerin tarihi olayları birebir yansıtmadığı⁽⁸³⁾ da göz önünde bulundurulmalıdır. Yine de mahkeme tutanaklarından faydalanılarak yazılan edebi eserler, özellikle de ceza davalarının aktörleri tarafından yazılan anı-romanlar ya da mahkumlar tarafından yazılan edebi eserler, belli dönemlerin adalet anlayışı hakkında ipuçları verebilirler.

SONUÇ

Sonuç olarak denilebilir ki; disiplinlerarası çalışmalar yaygınlaştıkça, hu-

kuk ile edebiyatı bağlantılandırma çabaları da artmakta ve "hukuk ve edebiyat" dersi verilen üniversite sayısı da çoğalmaktadır. Şüphesiz ki "hukuk ve edebiyat" üzerine yapılan çalışmalar ve tartışmalar pek çok nedenle yararlı, hatta gereklidir. Zira, Hukuk ve Edebiyat çalışmaları;

1- hukukta yorum sorununun çözüm yöntemlerinin geliştirilebilmesine katkıda bulunmaktadır,

2- hukuku belirleyen toplumsal faktörlerin daha etkin incelenmesini sağlamaktadır,

3- Hukuk fakültesi öğrencilerinin, hukuki imgelem ve soyutlama yeteneklerinin geliştirilmesine yardımcı olmaktadır,

4- toplumun hukuka ve hukukçulara bakış açısının değerlendirilebilmesini kolaylaştırmaktadır,

5- pozitif hukukun, edebiyat aracılığıyla nasıl meşrulaştırılabildiğinin sağlanması anlaşılabilmesine katkıda bulunmaktadır,

6- yargı kararlarının hükmün gerekçesi bölümleri ile süreli yayınlarda yayınlanan makaleler başta olmak üzere, edebi söylem aracılığıyla hukuki reformların önünün açılabilme ihtimalinin değerlendirilebilmesine yol açmaktadır vb...

Şüphesiz ki; hukukun incelenmesi ve hukuk eğitimi sırasında hukuka mümkün olduğunca çok sayıda farklı açıdan yaklaşılması hukuk sisteminin gelişmesini sağlayabilir. Bu bağlamda, edebiyat ile hukuk arasındaki ilişkinin araştırılmasının da hukuk sisteminin geliştirilmesine ve hukuk eğitiminin çokyönlü-

(74) Thomas Morawetz, *Law and Literature*, s.450-453.

(75) William Domnarski, *Legal Studies Forum*, Vol.27, Number 1, 2003; <http://www.law.utexas.edu/pop/text/ist/domnarski27.htm>

(76) Eser hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Behçet Necatigil, *Edebiyatımızda Eserler Sözlüğü*, Varlık Yayınları, İstanbul, 1997, s.308.

(77) Aksi görüş için bkz: İsmail Kaplan, *George Orwell'in Hayvan Çiftliği'nde Sömürgeci Söylem*, Evrensel Kültür, sayı 132, Ocak 2004, s.8-11.

(78) William Domnarski, *Legal Studies Forum*, Vol.27, Number 1, 2003; <http://www.law.utexas.edu/pop/text/ist/domnarski27.htm>

(79) Ibid.

(80) Thomas Morawetz, *Law and Literature* (Hukuk ve Edebiyat), s.450-453

(81) İonna Kuçuradi, *Etik*, Meteksan, Ankara, 1988, s.7-28.

(82) bkz. Aldous Huxley, *Literature and Science* (Edebiyat ve Bilim), Ox Bow Press, Connecticut, 1991, s.20.

(83) bkz. Bahriye Çeri, *Tarih ve Roman*, Can, İstanbul, 2001; ayrıca bkz. Abdullah Kaygı, *Edebiyat ve Varlık*, Ke-bikeç, 1998

leştirilmesine katkıda bulunacağı açıktır.

KAYNAKÇA

Abdullah Kaygı, Edebiyat ve Varlık, Kebikeç, 1998.

Aldous Huxley, Literature and Science (Edebiyat ve Bilim), Ox Bow Press, Connecticut, 1991.

Aristoteles, Poetika, çev: İsmail Tunalı, Remzi, İstanbul, 2002.

Ayseli Usluata, İletişim, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995.

Bahriye Çeri, Tarih ve Roman, Can, İstanbul, 2000.

Behçet, Necatigil, Edebiyatımızda Eserler Sözlüğü, Varlık Yayınları, İstanbul, 1997.

Berna Moran, Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış -1-, İletişim, İstanbul, 1998.

Berna Moran, Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış -2-, İletişim, İstanbul, 2002.

Berna Moran, Türk Romanına Eleştirel Bir Bakış -3-, İletişim, İstanbul, 2002.

Brent Ruben, Communication and Human Behaviour (İletişim ve İnsan Davranışı), Mac Millan, New York, 1984.

Betül Çotuksöken, Felsefeyi Anlamak Felsefe ile Anlamak, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2001.

CYNTHIA G. HAWKINS-LEON, Syracuse University - College of Law, Temple Law Review, Vol. 72, P. 381, 1999

Dennis Klinck, The Word of The Law (Hukukun Sözü), Carleton UP, Ottawa, 1992.

Desmond Manderson, From Hunger to Love: Myths of the source, interpretation, and constitution of law in child-

ren's literature (Açlıktan Aşka: Çocuk edebiyatında hukukun kaynağı, yorumu, oluşumu),

<http://www.law.mcgill.ca/faculty/manderson-hunger.pdf>

Dick Dunlop, www.dickdunlop.law
Elias Canetti, Auto da Fe, trans C. V. Wedgwood, Continuum, New York, 1981.

Elizabeth Villiers Gemmette, Law and Literature: An Unnecessarily Suspect Class in the Liberal Arts Component of the Law School Curriculum, 23 Val. U.L. Rev.

Elizabeth Wright, Reading and Interpretation, in Modern Literary Theory, ed. by Ann Jefferson and David Robey, B. T. Batsford Ltd., London, 1992.

Emile Zola, Suçluyorum, Çev. Tahsin Yücel, K Kitaplığı, 2002.

Eugène Ionesco, Toplu Oyunları -2-, çev. Hasan Anamur, Mitos Boyut, İstanbul, 1997.

Gerard L. Burns, Law and Language: A Hermeneutics of the Legal Text (Hukuk ve Dil: Hukuki Metnin Hermenetiği).

Gerard-René de Groot, Language and Law (Dil ve Hukuk), <http://www.library.uu.nl/publarchief/jb/congres/01809180/15/b2.pdf>

Hayrettin Ökçesiz, Hukuk ve Dil, Çağdaş Hukuk Felsefesi Ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Alkım, İstanbul, 1997.

Henry C. Ellis - R. Reed Hunt, Fundamentals of Cognitive Psychology (Algısal Psikolojinin Temelleri), Wm. C. Brown Communications. Inc., Dubuque, 1993.

<http://capek.misto.cz/english/robot.html>

<http://www.knihovna.upm.cz/spolecnosti/sbc/>

<http://jv.gilead.org.il/FAQ/index.html.tu>

<http://www.tdk.gov.tr/tdksozluk/SOZBUL.ASP?kelime=Edebiyat&submit=Ara>

<http://www.google.com/search?q=cache:xeG9p4v-PzIJ:www.guneyge.net/yazar/jeanne-1006.htm+%22Fizik%C3%A7i,+matematik%C3%A7i,+kimyac%C4%B1,+jeolog+ve+antropologdan+olu%C5%9Fan+bir+heyet+bir+ara%C5%9F%C4%B1rma+i%C3%A7in+arazide+bulunmak+tad%C4%B1r+%22&hl=tr&ie=UTF-8&inlang=tr>

İsmail Kaplan, George Orwell'in Hayvan Çiftliği'nde Sömürgeci Söylem, Evrensel Kültür, sayı 132, Ocak 2004.

İonna Kuçuradi, Etik, Meteksan, Ankara, 1988.

Isobel M. Findlay, <http://www.usak.ca/english/colloqu/ifindlay.htm>.

Jill Stauffer, The Language of Law/The Law of Language: A Critique of the Adjudication of Expression (Hukukun Dili/Dilin Hukuku: Söylemin Hükümlerinin Eleştirisi),

<http://criticalsense.berkeley.edu/archive/spring1999/stauffer.pdf>

Kenneth Andersen, Introduction to Communication (İletişime Giriş), University of Illinois, Illinois, 1972.

Law and Language (Hukuk ve Dil), <http://www.plato.stanford.edu/entries/law-language/>

mchumakin@list.ru, Let's turn arts into science (sanatları bilime dönüştürelim), e_mail, e-nass@yahoogroups

Marcin Zaleski, Using Ethical Dilemmas (Etik İkilemler),

http://www.idebate.org/magazines/vol-2issue2/042ethical_dilemmas.pdf

Montaigne, Denemeler, çev. Sabahattin Eyuboğlu, Cem, İstanbul, 1997.

Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, Turhan, Ankara, 1999.

Nejat Bozkurt, Sanat ve Estetik Kuramları, Ara, İstanbul, 1992, s.182-183.

Nermi Uygur, Dilin Gücü, YKY, İstanbul, 1997.

Özcan Köknel, İnsanı Anlamak, Altın Kitaplar, İstanbul, 1993.

Plato, The Laws (Kanunlar), Trans. and introd. Trevor J. Saunders, Penguin, Harmondsworth, 1970.

Platon, Kritias, Çev: Erol Güneş & Lütfi Ay, Sosyal, İstanbul, 2001.

Rita L. Atkinson, Richard C. Atkinson, Edward Smith, Ernst Hilgard, Psychology (Psikoloji), HBJ, San Diego, 1985.

Sanford Levinson, Law as Literature (Edebiyat olarak Hukuk), Interpreting Law And Literature (Hukuku ve Edebiyatı Yorumlamak), ed. Sanford Levinson and Steven Mailloux, Northwestern University Press, Evanston, s.155-174.

Server Tanilli, Yaratıcı Aklın Sentezi, Adam, İstanbul, 1997.

Tevfik Özcan, Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım, Adalat Kavramı, Ed. Adnan Güriz, TFK, Ankara, 2001.

Tim Morawetz, Law and Literature (Hukuk ve Edebiyat)

Viola Heutger, Plain Legal Language (Yalın Hukuk Dili), <http://www.rechten.unimaas.nl/ozic/LegalIntegration/paper%20Heutger.pdf>

William Domnarski, Legal Studies Forum, Vol.27, Number 1, 2003; <http://www.law.utexas.edu/lpop/etext/lfsf/domnarski27.htm>

Hukukun Kökeni Sorunsalına Rasyonalist-Doğal Hukuksal Bir Bakış: Ebu Hanife -Aşkın Değerler ve İdeler ile Pozitif Hukuk Arasındaki İlişkinin Evrensel Niteliği-

Muharrem KILIÇ^(*)

I. Giriş

Tarihsel süreçte hukuk, doğasında içkin bulunan dinamizm ve devingenliğe paralel biçimde bir oluş ve evrilme süreci içerisinde var olagelmıştır. Bir anlamda 'bugünün hukuku, geçmişin hukukundan geleceğin hukukuna bir geçişi' temsil eder.⁽¹⁾ Bu dinamik yapının temelinde, hukukun toplumsal yaşam ile olan varoluşsal ilişkisi yer almaktadır. İşlevselliği açısından, toplumsal yaşamı düzenlemeyi amaçlayan bir normlar bütünü olması yönüyle hukuk, sosyal değişim olgusunun bir gereği olarak tanımlanması konusunda farklı yaklaşımların doğmasına zemin hazırlamıştır. Kant'ın ifadesiyle 'hukukçular hala hukukun tanımını aramaktadırlar'.⁽²⁾ Ancak hukuk kavramı, 'adalet, düzen, ve sosyal gereksinimlerin karşılanması' işlevlerini içerir biçimde "adalete yönelmiş bir toplumsal yaşam düzeni" olarak tanımlanabilir.⁽³⁾

Hukukun tanımlanması, kökeninin ve işlevinin belirlenmesine ilişkin yürütülen zihinsel çabalar, insanlık için ortak bir kültürel zemin oluşturmaktadır. Hukukun kökenine ilişkin farklı kuramsal yaklaşımlar var olmakla birlikte, temelde toplumsal yaşamı düzenleme amacı

noktasındaki işlevsel birliktelik, hukuk kavramının tanımlanması ve kökeninin belirlenmesi çabalarının ortak bir alanda yürütülmesine imkan tanımıştır. Tarihsel ve modern hukuk sistemlerinin tümünde -seküler ya da dinsel nitelikli olsun- köken sorunsalı kadim bir tartışma alanı olarak varlık kazanmıştır. Nitekim hukuk kavramına herhangi bir nitelme ya da aidiyet ifadesi eklemeksizin kaleme aldığımız tebliğimizin konu başlığı da, bu anlayışı yansıtır niteliktedir. Diğer hukuk sistemleri ile olan bu işlevsel ortaklık, benzer sorunlar düzeneğinin, Müslümanların kendi tarihsel dönemlerinde ürettikleri hukuk kültürü için de geçerli olduğunu ifade etmemize olanak sağlamaktadır. Bu bağlamda farklı kuramsal yaklaşımlar ortaya çıkmakla birlikte bunların belirli ortak nitelikleri temelinde sınıflandırılması mümkündür. Bu kadim sorunsal, toplumsal yaşamın bir gerekliliği olarak insanlık tarihinde var olan hukuk kavramı ile birlikte ortaya çıkmıştır. Zira, toplumsal ilişkileri düzenleyecek olan hukuk kurallarının, meşruiyeti ve bağlayıcılığı hukukun kökenine ilişkin öne sürülen kuramlarla yanıtlanmaya çalışılmıştır. Bir anlamda hukukun kökenine ilişkin bu kuramlar,

hukukun ontolojik ve epistemolojik düzlemde temellendirilmesi çabalarıdır.

Konunun ele alınışında öncelikli olarak, hukuk tarihinde hukukun kökeni konusunda ortaya çıkan kuramsal yaklaşımlara kısaca değineceğiz. Daha sonra sunulan bu teorik bilgiler ışığında İslam coğrafyasının yetiştirmiş olduğu büyük hukuk teorisyeni ve uygulayıcısı olan Ebu Hanife'nin konuya ilişkin yaklaşımını ele alacağız. Ebu Hanife'nin hukukun kökeni konusundaki yaklaşımının rasyonalist nitelmesi ile sunulmasının yerindeliliğinin altını çizerken, bu hukuk anlayışının pozitif hukukla aşkın değerler arasındaki evrensel ilişkinin yadsınmaz gerçekliğini de ortaya çıkardığını ifadelendirmeye çalışacağız. Burada rasyonalist nitelmesi, Batı felsefe geleneğindeki akıl merkezci kuramsal yaklaşımlara karşılık gelir bir biçimde kullanılmamıştır. Daha çok, İslam hukuk tarihinde 'akliligi' ya da orijinal deyişle 'rey' merkezli düşünüş biçimini vurgulayıcı bir biçimde ifade edebilmek için böyle bir kavramsal tercihte bulunulmuştur. Ayrıca, Ebu Hanife'nin hukukun kökeni konusundaki yaklaşımlardan rasyonalist doğal hukuksal kurama benzer bir tutuma sahip olduğu yönündeki kanımız da bu tercihin temel nedenini oluşturmuştur. Hukukun kökenini bilinçli bir iradede ya da pür Tanrısal iradede mi, yoksa irade dışında arayan yaklaşımlardan rasyonalist karakteri baskın olan 'doğal hukuksal' kuramda mı aradığını tartışma konusu yapacağız.

II. Hukukun Kökeni Konusundaki Yaklaşımlar

Hukukun kökeni kavramı, tüm insanlığın ortak akıl ve vicdanında adalet,

doğruluk ve ve hakkaniyete ilişkin oluşan hukuksal kanıları deyimler. Toplumların belleklerinde yer eden bu hukuksal inançlar ve kabullerin somutlaştırılmasında bir araç olarak, hukukun kaynakları karşımıza çıkmaktadır. Hukukun kaynakları, pozitif hukukun varlık kazanabilmek ve yürürlüğe girebilmek için büründüğü biçimleri ifade eder.⁽⁴⁾ Dolayısıyla, köken ve kaynak kavramları arasında temel bir ayrılık söz konusudur.

Hukukun kökeni, dayanağı, temeli ya da maddi kaynağı konusunda farklı teorik yaklaşımlar olduğunu görmekteyiz. Doğal hukuk, ilahi hukuk ve hukuksal pozitivizm gibi kuramlar hukukta köken sorunsalını çözümlemeye dönük yaklaşımlar olmuşlardır. Hukukun kökeni konusunda ortaya çıkan bu yaklaşımlar, salt teorik kaygıların değil, dönemin birey, toplum ve devlet ilişkilerinin düzenlenmesinde ortaya çıkacak belirleyici çerçevenin meşruiyet zeminini oluşturma gibi siyasal kaygıların da bir ürünüdür. Bu kuramları başlıca iki ana gruba ayırabiliriz. Bunların ilkinin, hukuku bilinçli bir iradenin ürünü olarak gören yaklaşımlar oluşturmaktadır. İkincisini ise, hukukun kökenini irade dışında arayan yaklaşımlar oluşturur.⁽⁵⁾

A. Hukukun Kökenini Bilinçli İradede Arayan Yaklaşımlar

Hukukun kökenini bilinçli bir iradede arayan bu yaklaşımların temelde birbirinden ayrılmalara rağmen, tek bir başlık altında sınıflandırılmalarına esas oluşturan ortak yön, her bir kuramın bir irade ürünü olarak ortaya çıkmasıdır. Hukukun kökeni olarak kabul edilen

(*) Dr., Araştırma Görevlisi, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

(1) Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 145.

(2) Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, s. 5.

(3) Bkz., Çağıl, O. Münir, *Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş*, s. 23. Aral, Vecdi, age., s. 13.

(4) Bkz., Çağıl, O. Münir, age., s. 94. Aral, Vecdi, age., s. 94.

(5) Bkz., Gözübüyük, Şeref, age., s. 15. Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, s. 184.

iradelerdeki değişkenlik ise, bu kuramların ayrışan yönlerini belirtmektedir.⁽⁶⁾

1. Tanrısal İrade Kuramı

Köklerini antikitede bulabileceğimiz iradeci hukuk kuramlarının ilk şeklini tanrısal irade kuramı oluşturur.⁽⁷⁾ Tüm varlıklar gibi hukukun da Tanrı tarafından yaratıldığını ve onun iradesine bağlı olduğunu öngören bu kuram, dinsel bir doğal hukuksal yaklaşım olarak nitelendirilebilir. Bu kurama göre, toplumsal düzeni belirleyen pozitif hukuk kurallarını belirleyen irade tanrısal bir iradedir.⁽⁸⁾ Hukukun kökeni konusunda Kitab-ı mukaddes ve Kur'an'ın benimsemiş olduğu kuramın, tanrısal irade kuramı⁽⁹⁾ olduğunu ileri sürmek ise genelleme ve indirgemeci bir yaklaşımın yansımasıdır.

2. Kişisel İrade Kuramı

Hukukun kökenini egemen olan siyasal gücün iradesinde ya da devlet iradesinde arayan bir kuramdır. Hukukun varlığını siyasal güç ile tanımlayan bu yaklaşım, totaliteryen devlet anlayışını besleyen bir kuramsal yaklaşımdır.⁽¹⁰⁾ Bu yaklaşım biçiminin iradeci pozitivizm ve normcu pozitivizm olmak üzere iki ayrı kuram olarak ortaya çıktığını görmekteyiz. Hukukun kökenini devletin ya da egemen gücün iradesinin oluşturduğunu öne süren iradeci pozitivizme göre, hukuk verili irade tarafından konulmuş olan (vaz' edilen) bir normlar sistemidir. Normcu pozitivizme göre hukuk kendiliğinden oluşan bir şey de-

ğil, başka hukuk normları (temel norm/Grundnorm) ile varlık kazanan bir normlar bütünüdür.⁽¹¹⁾

3. Genel İrade Kuramı

Toplumsal sözleşme kuramı olarak da bilinen bu kuram J. J. Rousseau (1702-1778) tarafından geliştirilmiştir. Bu kurama göre hukuk, insanların birbirleri ile uzlaşan iradelerinin bir ürünüdür. İnsanlar uzlaşma sonucunda oluşturmuş oldukları bu hukuk kurallarına uyma konusunda bir ödev bilinci geliştirmişlerdir. İnsanlar doğal yaşamdan toplumsal yaşam evresine geçerken bir takım hak ve özgürlüklerinden bu sözleşmeye bağlı olarak vaz geçmişlerdir. Hukuk kurallarının özgür insanlar arasında eşit koşullara dayanarak yapılan bu toplumsal sözleşmede temellendiği öngörülmüştür.⁽¹²⁾

B. Hukukun Kökenini İrade Dışında Arayan Yaklaşımlar

Hukukun kökenini belirli bir iradede aramanın yanlışlığını öne süren bu yaklaşıma göre, hukuk doğada ya da toplumun belleğinde var olan bir olgudur. Hukukun toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar biçiminde ortaya çıkış sürecinde bireyin etkinliği yalnızca var olanın açıklanmasıdır.⁽¹³⁾

1. Doğal Hukuk Kuramı

Doğal hukuk düşüncesinin hukuk felsefesi tarihinin her döneminde var olduğunu görmekteyiz. İnsanların yürürlükteki hukukun (pozitif hukukun) üstünde

genel, soyut ve değişmez nitelikli hukuk arayışına bir cevap olarak doğal hukuk akımları var olagelmışlerdir. Doğal hukuk adalet, eşitlik ve özgürlük gibi apriorik nitelikli etik değerler temelinde kuramsallaşan bir hukuktur.⁽¹⁴⁾ Olan ile olması gereken hukuk arasındaki düalizm üzerine kurulu olan doğal hukuk kuramı, hukuk idesinden pozitif hukuka giden yolu ifade eder.⁽¹⁵⁾

Doğal hukukun belli tarihsel dönemlerde farklı yorumlanış biçimlerinin olduğunu görmekteyiz. Hukuk felsefesinde bu tarihsel dönemlerin üçlü bir sınıflamayla ele alındığı görülmektedir.

a. İlk Çağda

İnsanların zihinsel ürünleri ile düşünce ve kültür düzeyleri arasında paralel bir gelişimin varlığı söz konusudur. Her kuram kendi tarihsel koşulları çerçevesinde belirli sorulara yanıt aramak amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede ilk çağda da tabiat felsefesine dayanan bir doğal hukuk anlayışının olduğunu görmekteyiz. Bilinçli, amaçlı, değişmeyen ve yanılmayan bir doğa düzeni anlayışı, bütün düşünce alanları üzerinde egemen olmuştur. Doğanın bir parçasını oluşturan insan topluluklarının ilişkilerini düzenleyen yasaları da doğa düzenine hakim olan kurallar düzenler. 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.⁽¹⁶⁾

b. Orta çağda

Doğayı yaratan ve idare eden bir Tanrı kavramının egemen olduğu orta çağda, hukuksal olay ve emirler Tanrının buyrukları olarak algılanmıştır. Zaman ve mekana bakılmaksızın yürürlüğü söz konusu olan bu tanrısal buyrukların hukuk kurallarını oluşturduğu anlayışı egemen olmuştur. Böylece, doğal hukukun tanrısal hukukla eşleştirildiği görülmektedir.⁽¹⁷⁾ Dinsel nitelikli bu doğal hukuk anlayışının en önemli temsilcilerinden biri Aziz Augustinus'tur (354-430). Hukukun dinden ibaret olduğunu öne süren Augustinus'a göre hukuk, "Tanrının iradesinin ifadesi olan ebedi bir kanundur". Bu kuramın diğer önemli temsilcisi olan Thomas Aquinas (1226-1274) ise, beşeri kanunların ebedi ve ilahi olan yasalara uygun olması gerektiğini öne sürer. Böylece Aquinas hukukun kökeninin beşeri iradeye değil, ilahi iradeye dayandığını öne sürmüştür.⁽¹⁸⁾

c. Yeni çağda

Teolojik nitelikli doğal hukuksal anlayışın onyedinci yüzyılın başlarında etkinliğini yitirdiğini görmekteyiz. Hukukun kökenini ya da yaratıcı kaynağını ilâhi iradede aramak yerine, genel ve soyut olan beşeri akılda aramak gerektiği öne sürülmüştür. Tüm insanlar için geçerli ve evrensel hukuksal ilkelerin varlığı kabul edilmekle birlikte, bunun kökeni akılda aranmıştır. Bu doğal hukuk kuramının önde gelen temsilcisi Hollandalı hukuk bilimcisi Hugo Grotius (1583-1645) olmuştur. İnsanlığın tümü

(6) Bilge, Necip, age., s. 184.

(7) Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, s. 188.

(8) Bkz., Gözübüyük, Şeref, age., s. 15. Bilge, Necip, age., s. 184.

(9) Gözler, Kemal, age., s. 188.

(10) Bilge, Necip, age., s. 185.

(11) Gözler, Kemal, age., s. 189-191.

(12) Bilge, Necip, age., s. 185-186. Gözübüyük, Şeref, age., s. 16.

(13) Bilge, Necip, age., s. 186-187.

(14) Bkz., Çağır, O. Münir, age., s. 401. Güriz, Adnan, age., s. 149. Öktem, Niyazi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi, s. 52.

(15) Aral, Vecdi, age., s. 43.

(16) Hırş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 74-78.

(17) Hırş, Ernest, age., 78-79.

(18) Gözler, Kemal, age., s. 196-197.

için geçerli olan apriorik nitelikli evrensel ve değişmez ilkeler insanın akli ve sosyal doğasından kaynaklanır. Grotius'a göre bu temel ilkelerin başında 'söze bağlılık/ahde vefa' (pacta sunt servanda) esası yer alır. Bu ilkelerden diğer bazıları ise şunlardır: 'kişinin kendi kusuru ile meydana gelen zararı ödemesi ilkesi'; 'Her insana hak ettiği cezanın uygulanması ilkesi'; 'başkasına ait olan şeyin geri verilmesi ilkesi'. Evrensel nitelikli olan bu ilkeler göz önünde tutularak pozitif hukukun üretilmesinin gerekliliği öngörülmüştür. Grotius, doğal hukukun beşer aklının bir emri niteliğinde olduğunu ve insanın akli ve sosyal doğasına aykırı olan her şeyin ahlaki anlamda kötü olduğunu ve Tanrı tarafından da yasaklandığını öne sürer. İlahi iradenin de doğal hukuka bağlı olduğunu öne süren Grotius, doğal hukuk ilkelerinin matematiksel aksiyomlar gibi değişmez ve değiştirilemezliğinin altını çizer.⁽¹⁹⁾

2. Tarihsel Hukuk Kuramı

Friedrich Carl von Savigny'nin (1779-1861) kurucusu olduğu tarihsel hukuk ekolünün savunduğu bu yaklaşıma göre, hukukun kökeni bilinçli bir iradede değil halk ruhunda (volksgeist) var olur. Dilin gelişimine benzer biçimde hukuk, halk ruhunda bilinçsiz bir biçimde oluşup gelişen bir fenomendir. Bu bağlamda Savigny, kanunlaştırma/kodifikasyon etkinliklerine halk ruhundaki bu doğal gelişimi bozduğu gerekçesi ile karşı çıkmıştır.⁽²⁰⁾ Savigny hukukun temel kaynağını örf ve adet hukukunun oluşturduğunu ve icthatlarla

geliştğini öne sürer. Örf ve adet hukukunun manevi ögesini ise, halk inancı ya da halk ruhu oluşturur ve hukuku devlet değil halk ruhu yaratır. Tarihsel süreç içerisinde doğal gelişimini sürdüren hukukun kodifikasyonu, hukukun gelişim dinamiğine aykırı düşer.⁽²¹⁾

3. Sosyolojik Hukuk Kuramı

Hukukun kökenini toplumsal olgularda ya da toplumsal gerçeklikte arayan bu akıma göre, hukuk pozitif hukuktan daha geniştir. Devletten önce var olan toplumsal düzenin kaynaklık ettiği hukuk yine devletten bağımsız olarak varlığını sürdürür. Hukukun farklı alanlarına ilişkin -örneğin aile hukuku- kurumların toplum düzeni içerisinde varlık kazanmasından sonra hukuk kuralları yaratılır.⁽²²⁾

III. Ebu Hanife'nin Hukukun Kökeni Sorunsalına Yaklaşımı

A. Hukukun Kökenine İlişkin Kuramsal Yaklaşımın Teolojik/Değersel Temelleri

(Değer-Hukuk ya da Din-Hukuk İlişkisi)

Bir değer teorisi içermeyen hukuk felsefesinin ya da değer kaygısı gütmeyen bir hukuk konseptinin yetersizliği yadsınamaz bir gerçektir. Nihai amaç olarak insani değerleri gerçekleştirmeyi hedefleyen hukuk, biçimsel ya da formel bir kalıp olmanın ötesinde, insani değerlerle bezeli bir içeriğe sahip olmak durumundadır.⁽²³⁾ Zira, hukuksal meşruiyetin köklerinin yer ettiği zemin değerler alanıdır. Toplum vicdanında huku-

kun bağlayıcılığını ve meşruiyetini temellendiren ve peçinleyen tinsel gücün kaynağının da değerler alanı olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu değerler alanının temel kaynak ya da kökenlerinden birini de din kavramının oluşturduğunu ifade edebiliriz.

Nitekim tarihsel süreçte müslüman toplumların yaşamış oldukları coğrafyalarda ürettikleri hukuk kültürünün kökeninde en genel anlamıyla insani değerleri içeren dinsel değerler yer almıştır. Bu dinsel değerler, doğal hukuk kuramının adalet, eşitlik ve özgürlük gibi apriorik nitelikli etik değerleri kuramsallaştıran bir hukuk anlayışını öngörmektedir. Yine bu dinsel değerler, müslüman toplumun oluşturduğu pozitif hukuk kültürüne yön veren doğal hukuksal bir arkaplan ya da referans zemini oluşturmuştur. İslam tarihinin yetiştirdiği büyük hukuk bilginlerinden biri olan Ebu Hanife'nin hukuk anlayışı da bu doğrultuda şekillenmiştir. Bu bağlamda Ebu Hanife, 'din-hukuk' ya da 'değer-hukuk' ilişkisinin çerçevesinin belirlenmesinin, formüle edilen hukuk anlayışı için bir önkoşul olması nedeniyle, teolojik konuları içeren monografilerinin birinde temel bir ayırıma gitmiştir. Ona göre, din kesinlikle değişmez bir niteliğe sahip iken, hukuk tarihsel süreç içerisinde sürekli olarak değişime açık, dinamik bir olgu olmuştur. Ebu Hanife din kavramının, Allah'ın birliğine, peygambere ve ahirete iman gibi inanç ilkelerini kapsadığını öne sürer. Diğer yandan hukukun ise, insanların ameli yükümlülüklerini içerdiğini belirtir. Nitekim peygamberlerin getirmiş oldukları dinlerin özsel anlam-

da farklılık arzemediğini, yalnızca hukuk sistemlerinin tarihsel ve sosyal değişime koşut olarak birbirlerinden ayrıldıklarını ifade etmiştir.⁽²⁴⁾ Ebu Hanife'nin din ile hukuk arasında yapmış olduğu bu kesin ayırımdan, onun değer-bağımsız bir hukuk anlayışına sahip olduğu düşüncesinin çıkarılması mümkün değildir. Bu ayırım, doğal hukuksal kuramların temel dayanağını oluşturan 'olan hukuk'-olması gereken hukuk' ayırımını anımsatmaktadır. Ebu Hanife'ye göre dinsel alan ya da değerler alanı değişmez apriorik ilkeleri içerirken, pozitif hukuk toplumsal şartlara koşut olarak değişir. Bu yönüyle de, Ebu Hanife aşkın değerler veya idealler ile pozitif hukuk arasında kurulan bu ilişkinin evrensel niteliğini vurgulamaktadır.

Yine bu bağlamda Ebu Hanife'nin din-hukuk ayrışmasına temel oluşturan, teolojik kuramında yer alan bir diğer konu ise, inanç ya da iman ile amel/eylem arasındaki ilişkidir. İnanç ya da iman ile amel/eylem arasında zorunlu bir ilişkinin olmadığını öne süren Ebu Hanife, insani eylemin ya da davranışların kişinin inancını olumlu ya da olumsuz biçimde etkileyen bir unsur olmadığını belirtmiştir. Kişisel davranışlar ya da eylemlerin varlığı zorunlu olarak değerlere ilişkin bir inanç doğurmaz. Bunun tersine, kişinin değerlere inancı beşeri eylem ve davranışların o değerler düzleminde biçimlenişine yol açar.⁽²⁵⁾

'İyiliğin' araştırılması etkinliği olarak tanımlanabilecek olan hukukun sürekli bir biçimde toplumsal ilişkiler bağlamında daha iyi çözümlerin izini sürüyor olması gerekmektedir. Etik değerler te-

(19) Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, s. 189-191.

(20) Gözler, Kemal, *age.*, s. 199.

(21) Öktem, Niyazi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, s. 307.

(22) Gözler, Kemal, *age.*, s. 200.

(23) Gürbüz, Ahmet, *Hukuk ve Meşruluk*, s. 68.

(24) Bkz., Ebu Hanife, *el-İlim ve'l-Müteallim* (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 12-13. Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic jurisprudence*, s. 7.

(25) Bkz., Ebu Hanife, *el-Fikhu'l-Ekber* (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 57. Yavuz, Yusuf Şevki, "Ebu Hanife", *mad. DİA*, X, s. 141.

melinde geçerlilik kazanan her bir hukuk kuralı evrensel değerler doğrultusunda bir işlev görmeye yönelmek durumundadır.⁽²⁶⁾ Bu evrensel değerlerin ya da 'iyi'nin belirlenmesi konusundaki ('hüsn-kubh' konusu) kuramsal yaklaşımlar, İslam hukukunun kökeni tartışmalarının yürütüldüğü ana eksen oluşturmuştur. Bu doğrultuda, 'iyi'nin arayışı içinde olan hukukun kökeninin belirlenmesinde aklın rolünün tartışılması temel tartışma konusunu oluşturur.

Sözlükte 'hüsn' kavramı, güzellik ve iyilik anlamlarını içerirken, 'kubh' kavramı, kötülük ve çirkinlik anlamlarına gelmektedir.⁽²⁷⁾ Terminolojide hüsn, bilgi gibi bir olgunluk niteliğini içeren ve insanın değerini yükselten nitelikleri deyimlerken; kubh cehalet gibi bir eksiklik niteliğinin gerektirdiği özellikleri ifade eder. Yine insan doğasına uygun olan ve onun amaçlarına uygun düşen nitelikler ya da şeyler -adalet, iyilik, doğruluk vs.- güzeldir/hüsn'dür. Bunun tersine insan doğasına uygun olmayan ya da aykırı olan şeyler ise, -yalan ve nankörlük gibi- çirkindir/kubh'tur. Bu anlamda iyi ve kötünün dinsel bir bilgiye başvurulmaksızın, akıl yoluyla bilinebileceği konusunda görüş birliği söz konusudur.⁽²⁸⁾ Ancak, dini bilgi/vahiy olmaksızın aklın beşeri eylemlerin iyilik veya kötülük niteliklerini belirlenmesindeki rolü -hukukun kökeni sorunsalı-temel tartışma konusunu oluşturmuştur. Yine vahyi bilgi formunda ortaya çıkan normların özünde içkin olan iyilik niteliğinden ötürü mü, yoksa, bu tür bir formda ifadelendirildiği için mi, hüsn

niteliğine sahip olduğu -benzer biçimde yasaklayıcı normlar da- konusu bu bağlamda tartışılan ana konulardandır.⁽²⁹⁾

Hukukun kökenine ilişkin olan bu temel tartışmanın taraflarını Mutezile, Eşariyye ve Maturidiyye'den oluşan ekoller oluşturmaktadır. Bunlardan Mutezile ekolüne göre, güzellik/hüsn ve çirkinlik/kubh nitelikleri eşya ve fiillerin özünde var olurlar. Aklın bu nitelikleri keşfedebilmesi için vahyi bilgiye gereksinim duymadan rasyonel bir zorunluluk veya araştırma ya da deneyim sonucu olarak anlayıp kavrayabileceğini savunurlar. Örneğin, doğru sözlülüğün iyi/hüsn, yalanın ise kötü/kubh olması gibi. İyilik ve kötülüğün akıl tarafından kavranmadığı ya da akla gizli kaldığı durumlarda vahyi bilgiye başvurulabilir. İyilik ve kötülüğe ilişkin daha sonra gelen vahyi bilginin akli bilgiyi onaylayıcı türde olacağını ileri sürerler. Akli bilgi ilc iyi/hüsn olduğu kabul edilen bir eylem, vahyi bilgi tarafından da normatif bir biçimde yapılması istenen bir emir niteliğindedir. Buna karşın, akli bilginin kötü/kubh gördüğü eylem ise, yine vahyi bilginin yapılmasını istemediği ve cezai yaptırım gerektiren bir eylemdir.⁽³⁰⁾

Bu konuda tartışma taraflarından bir diğeri olan Eşari ekole göre, eşya ve fiillerde iyilik/hüsn ve kötülük/kubh özsel nitelikler olmadığı için, bunların akıl tarafından kavranabilmesi imkanı yoktur. Bu niteliklerin belirlenmesinde vahyi bilginin açıklamasına gereksinim vardır. Zira vahyi bilgi ile iyiliği belirlenen ya da emredilen şeyler iyidir/hüsn. Yine vahyi bilgi ile kötü veya çirkin olarak

nitelenen veya yasaklanan şeyler de kötü ya da çirkindir. Bu noktada vahyi bilgiye dayanan hükümleri anlamada aklın araçsal bir rolü söz konusudur.⁽³¹⁾

Hanefi ekol tarafından benimsenmiş olan diğer yaklaşımın temsilcisi olan Maturidi ekolüne göre, eşya ve fiillerde aklın kavrayabileceği özsel iyilik/güzel-lik ve kötülük/çirkinlik vardır. Vahyi bilgi bu özsel niteliği ortaya çıkarır ve bunu bir norma dönüştürür. Vahyi bilgi fiilleri güzel oldukları için isterken, kötü olanları da kötü oldukları için yasaklamıştır.⁽³²⁾ Maturidi ekole göre akıl davranışların ya da fiillerin güzellik veya çirkinliklerini kavrayabilir; ancak, vahyi bilgi olmaksızın bu fiillere normatif değer -vacip, haram gibi- yükleyemez. Aklın kavrayış gücünün sınırlı oluşu ve aklın eğitim, öğretim, kültürel altyapı ve duygular gibi bir çok değişken faktörün etkisiyle değer hükmü verme konusunda yanılabilirliğini öne sürerler.⁽³³⁾

Maturidi ekolün sistematize ettiği teolojik kuramın ön habercisi olan Ebu Hanife, rasyonel bir 'iyi/doğru' ve 'kötü/yanlış' kuramının düşünsel temellerini atmıştır. Ebu Hanife vahyi bilgi olmasa da insanların akıl yoluyla Tanrı'nın varlığına dair bilgiye ulaşmalarının zorunlu olduğunu öne sürmüştür.⁽³⁴⁾ Ona göre 'iyi' (iman) ve 'kötü' (küfr) insanlardan bağımsız bir biçimde yaratılmış ve bu ikisi arasında yapılacak tercihte beşeri akıl özgür iradesiyle sorumlu kılınmıştır. "Allah insanları küfür ve imandan hali olarak yaratmış, sonra on-

lara hitap ederek emretmiş ve nehyetmiştir. ...Allah kullarının hiçbirini iman veya küfre zorlamamış, onları mümin veya kafir olarak yaratmamıştır. Fakat onları şahıslar olarak yaratmıştır. İman ve küfür kulların fiilleridir."⁽³⁵⁾ Ebu Hanife'ye göre, ilahi ezeli bilgi, oluşundan önce eşyanın bilgisini içerir niteliktedir. "Allah eşyayı oluşundan önce, ezelde biliyordu. O, eşyayı takdir eden ve oluşturanıdır. Allah'ın dilemesi, ilmi, kazası, takdiri, Levh-i mahfuzdaki yazısı olmadan dünya ve ahirette hiçbir şey vaki olmaz. Ancak onun Levh-i mahfuzdaki yazısı, hüküm olarak değil vasıf olarak yazılıdır."⁽³⁶⁾ Ebu Hanife ilahi ezeli bilginin varlığını kabul etmekle birlikte, bunun insanın irade hürriyeti ve davranış özgürlüğü ile çelişen bir şey olarak değerlendirmez. Bu ilahi ezeli bilginin takdiri, cebri ya da iradi değil, tavsifi olduğunu kabul eder.⁽³⁷⁾ Yine Ebu Hanife, bireyin iyilik ya da kötülük yapma konusunda bir seçim hakkı ve gücüne (istitâat) sahip olduğunu şöyle ifadelendirir: "Şüphesiz ki, kulun kendisiyle kötülüğü işlediği güç (istitâat) bizatihi kulun iyiliği işlemesi için de müsaittir..."⁽³⁸⁾

İyilik/hüsn ve kötülüğün/kubh salt vahyi bilgi temelinde anlaşılabilirliğini öne süren kuramlar, metodolojik tutumlarını ve hukuk uygulamalarını da bu doğrultuda belirlemişlerdir. Bunun sonucu olarak, örneğin istihsan gibi akli temel alan icthad yöntemlerini reddetmişlerdir. Akli bilginin iyilik/hüsn ve kötülük/kubh, yararlı/maslahat ve zarar-

(26) Gürbüz, Ahmet, age., s. 101.

(27) İbn Manzûr, Lisânü'l-Arab, (h-s-n) mad., XIII, s. 114-118; a.g.e., (k-b-h) mad., II, s. 552.

(28) Şevkani, İrşâdül-fühûl, s. 7.

(29) Sadru's-Şeria, Tavzih, I, 332

(30) Şevkani, age., s. 7.

(31) Cüveyni, el-İrşâd, s. 258.

(32) Şevkani, age., s. 9.

(33) Maturidi, Ebu Mansur, Kitâbu't-tevhîd, s. 180-183.

(34) M. M. Şerif, İslam Düşüncesi Tarihi, I, s. 284-285.

(35) Ebu Hanife, el-Fikhu'l-Ekber (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 56-57.

(36) Ebu Hanife, age., s. 56.

(37) Güler, İlhami, Allah'ın Ahlakiliği Sorunu, s. 90.

(38) Ebu Hanife, el-Fikhu'l-Ebsat, (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, s. 38.

lı/mefsedet yönleri kavrayabileceğini öne süren kuramlar ise, istihsan ve istislah gibi akıl yürütme yöntemlerini benimsemişler ve kullanmışlardır.

B. Hukukun Kökenine İlişkin Kuramsal Yaklaşımın Metodolojik Temelleri

İslam hukuk ilmi/fıkıh, 'tafsili şeri delillerden çıkarılan şeri-ameli hükümler' olarak tanımlanmıştır.⁽³⁹⁾ Yaygın olan bu tanımlama gerçekte, yaşamın tüm alanlarını kuşatıcı bir hukuk varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımın gerçekliğinin olmaması nedeniyle, dinsel hukuk ve seküler hukuk ayırımının benimsenmesi ya da kişisel görüşlerin/ictihadların 'şeri delillerin' bir ifadesi olarak sunulmasına imkan tanıyacak biçimde bu delillerin kapsamının genişletilmesi sonucu ile karşılaşılacaktır. Diğer yanda Ebu Hanife'ye atfedilen fıkıh/hukuk tanımı ise şöyle ifadelendirilmiştir: fıkıh "kişinin lehine ve aleyhine olan şeyleri bilmesidir." Bu tanımlama fıkıhın, tarihsel seyrine uygun düşen bir biçimde müslüman toplumun hukuk kültürü olarak değişken ve dinamik yapısını vurgulamaktadır.⁽⁴⁰⁾ İslam hukukunun kökenine ilişkin iradeci ve pozitivist bir kuramsal yaklaşıma zemin hazırlayan yaygın ya da yerleşik fıkıh tanımının dışında, Ebu Hanife'nin fıkıh tanımını, hukukun kökenine dair genel doğal hukuksal bir çerçeve çizmektedir. Ona göre fıkıh, bireyin lehine ve aleyhine olanı yani bir anlamda 'iyi/güzel' ve 'kötü/çirkin' olanı bilme çabasıdır. Bu çaba hukukun kökenini, pozitif hukuk

formunda biçimlenen tanrısal iradede arama çabası olarak değerlendirilemez. Daha çok, pozitif hukuka köken teşkil eden değerler alanının ya da doğal hukuksal alanın belirlediği 'iyi' ve 'kötü'nün bilgisine ulaşma çabasıdır. Ebu Hanife'ye göre bu çaba, yalnızca hukuk evrenine dönük bir çaba değil, yaşamın bütününe yönelik bir etkinlikler.

Dolayısıyla Ebu Hanife'nin hukukun kökenine ilişkin öngördüğü kuramın, tanrısal irade kuramı olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim, Tanrısal irade kuramı metafizik bir yanının olmasına rağmen, hukuku açıklayış biçimi itibarıyla, pozitivist kuramlarla benzeşmektedir. Zira bu yaklaşıma göre hukuk, bir irade tarafından konulmuş (vaz edilmiş) pozitif hukuk olmasına rağmen, doğal hukuk kuramına göre, hukuk konulmuş bir şey ya da bilinçli bir irade ürünü değildir.⁽⁴¹⁾ Bu yüzden, onun hukuk tanımının ve hukukun kökenine ilişkin yaklaşımının rasyonel doğal hukuksal anlayış ile benzeştiğini söyleyebiliriz.

Normatif bir düzeni ifade eden hukuk, olanı değil olması gerekeni gösterir. Bu yüzden hukukun betimlediği bu düzen, gerçekleşmesi gereken ya da amaçlanan ideal bir düzeni, yani daha 'iyi' bir dünya hedefleyen düzeni deyimler. Hukukun deontolojik özelliğinin anlamını ifade eder biçimde, hukukun varlık nedeni, 'olanın' 'olması gereken' doğrultusunda belirlenmesidir.⁽⁴²⁾ Bu yaklaşımın bir göstergesi olarak, Ebu Hanife'nin hukuk doktrinin şekillenişin-

(39) Şaban, Zekiüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, (çev. İ. Kafi Dönmez), s. 23.

(40) Aktan, Hamza, "Çağdaşlaşma Sürecinde İslam Hukuku", (İslam ve Modernleşme Sempozyumu, İstanbul 1997), s. 168-170. Bardakoğlu, Ali, "Çağdaşlaşma Sürecinde İslam Hukuku", (konu başlıklı tebliğin müzakeresi), s. 181-182.

(41) Gözler, Kemal, age., s. 188-189.

(42) Gürbüz, Ahmet, age., s. 18.

de rasyonalist doğal hukuksal bir anlayış metodolojik tutumuna egemen olmuştur.

Nitekim, Ebu Hanife hukukun kökenine ilişkin bu rasyonalist doğal hukuksal yaklaşımın metodolojik temellendirimini, hukuk uygulamasında yer verdiği akli deliller olarak adlandırılan çıkarım (istidlâl) yöntemleri ile gerçekleştirmiştir. Akli deliller, hukuk bilgininin hukuksal metinlerin (nakli deliller), genel ilke ve amaçlarını ya da düzenleme konusu yapmadığı alanları gözetererek, hukuk normlarına ulaşmada kullanılan çıkarım (istidlâl) yöntemlerini deyimler. Kıyas olarak adlandırılan bu zihinsel etkinliğin ictihad, rey, istinbat, istidlâl, istihsan, istislah, ve istishab gibi terimlerle de karşılandığını görmekteyiz.⁽⁴³⁾

Ancak kıyastan farklı olarak, daha esnek ve dinamik bir niteliğe sahip olan, ve hukuksal sorunları, hukukun ruhu, genel amacı, hikmet ve adalet ışığında hükme bağlamayı deyimleyen rey⁽⁴⁴⁾, Ebu Hanife'nin hukuk metodolojisinde merkezi bir konumdadır. Hukukun kökeni konusunda iradeci değil, rasyonel doğal hukuksal kuramının metodolojik bir yansıması olarak, rey'e başvurmuştur. Öyle ki, Ebu Hanife rey ile özdeşleşen bir hukuk bilgini olarak ün salmıştır.⁽⁴⁵⁾ Nitekim, Ebu Hanife'nin damgasını vurduğu İslam hukuk ilminin ilk gelişim döneminde hukuk alanında yorum-

lama özgürlüğünün hakim olduğu görülmektedir.⁽⁴⁶⁾

Genelde Hanefi hukuk ekolünün özelde ise Ebu Hanife'nin, hukuk metodolojisinde istihsan yöntemine yer vermeleri hukukun kökeninin belirlenmesinde akla ya da aklın iyi/güzel olarak kabul ettiklerine verdiği önemi göstermektedir.⁽⁴⁷⁾ İstihsan, Ebu Hanife'nin şahsında Hanefi hukuk ekolünün metodolojisi ile özdeşleşen bir hukuksal akıl yürütme yöntemidir.⁽⁴⁸⁾ Sözlükte, "bir şeyi iyi ve güzel bulmak" anlamında kullanılan⁽⁴⁹⁾ istihsan kavramı, 'olan ve olması gereken hukuk' düallitesi temelinde şekillenen ve bu ikisi arasında köprü kurmayı amaçlayan doğal hukuksal yaklaşımın metodolojik düzlemdeki yansımasıdır.⁽⁵⁰⁾ Nitekim hukuku değerler sisteminin bir parçası olarak kabul eden doğal hukuk kuramı 'olan ile olması gereken hukuk -değer- arasında bir köprü kurma işlevini üstlenir. Öyle ki, doğal hukuk mutlak ve soyut olan bir takım değerlerin normatif bir dile ya da biçime dönüştürülmesi çabasıdır.⁽⁵¹⁾ Terminolojide genel bir anlatımla istihsan, hukuk bilgininin bir hukuksal sorunu çözerken daha özel ve güçlü hukuksal delillere -zaruret, örf ve maslahat gibidayanarak genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp hukukun genel amaçlarına uygun başka bir hüküm vermesi olarak tanımlanabilir.⁽⁵²⁾ Hukuk teorisinde ve uygulamasında sıklıkla kıyas yöntemine baş-

(43) Bardakoğlu, "Delil", mad. DİA, IX, s. 139.

(44) Hasan, Ahmad, age., s. 124.

(45) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Kılıçer, Esat, *İslam Fıkıhında Rey Taraftarları*, s. 65-108, Ankara, 1994.

(46) Hasan, Ahmad, age., s. 221.

(47) Bardakoğlu, "Hüsn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Maturidi", EÜİFD, s. 73.

(48) Bkz., Hasan, Ahmad, age., s. 145-146.

(49) İbn Manzûr, age., "h-s-n" mad., XIII, s. 114, 117.

(50) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Bardakoğlu, Ali, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü", EÜİFD, sy. 3, s. 111-138.

(51) Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", s. 32-33, AÜHFD, c. 47, sy. 1-4, 1998.

(52) Bardakoğlu, Ali, "İstihsan" mad., DİA, XXIII, s. 339.

vuran Ebû Hanife, bu yöntemle ulaştığı hükmün hukukun ruhuna, genel ilke ve amaçlarına uygun düşmediği durumlar da, daha güçlü bir hukuksal delile dayanarak istihsan yöntemini uygulamıştır.⁽⁵³⁾

Hukukun genel amaçları, pozitif hukukun şekillenmesine yön veren doğal hukuksal değerlerdir. Nitekim başta İslam hukuku olmak üzere tüm hukuk sistemlerinde pozitif hukuk için çerçeve çizecek bir üst-normlar veya tümel ilkelerin varlığını görmekteyiz. Bütün hukuk sistemlerinin evrensel ortak paylaşım alanını deyimleyen bu doğal hukuksal değerler alanı her bir hukuk sistemi için geçerliliğini sürdürür. Diğer bir ifadeyle hukuk sistemlerinin doğal hukuksal zeminde amaçsal ve fonksiyonel ortaklıkları veya evrensel birliktelikleri söz konusudur. Ebu Hanife'nin öngördüğü bu metodik araç (istihsan), pozitif hukuk alanında adalet, hakkaniyet ve eşitlik gibi tümel ilkelerin belirleyici ve yönlendirici bir işleve sahip olmasının yolunu açmıştır.⁽⁵⁴⁾ Nitekim tarihsel süreçte düşünsel ve yönetsel benzerlikle benzer kurumlara ulaşmış olan farklı toplumlar da özdeş kurumların varlığını görmekteyiz. Öyle ki, her ulusun hukukunda insanlığın ortak değerlerini yansıtan evrensel öğeler var olmuştur.⁽⁵⁵⁾

Tanrı inancına sahip olan tüm dinlerin teorik ana vurgusu özdeştir. Bunlar, inanç, ibadet ve yaşama ilişkin temel kavram olan adalettir. İlk iki ana vurgu birey-Tanrı ilişkisini düzenlerken, üçüncü temel vurgu olan adalet birey-Tanrı ve birey-yaşam (hukuk) ilişkisini düzenler. Dinin yaşama ilişkin üçüncü ana vur-

gusu olan adalet kavramı, 'evrensel hukuksal değerler' olarak adlandırılan insanlığın değersel kazanımlarını ifade eder. Tam da bu noktada 'insanlığın hukuku' ile 'dinsel hukuk' çakışmaktadır. Nitekim 'evrensel hukuksal değerler', insanlığın 'Tanrının adalet dediği şeyin' ayrıntılarının ortaya konulmasına ya da somutlaştırılmasına dönük etkinliklerinin adıdır. Hukukun ve dinin temel amacı ve vurgusu da 'adalet' dışında bir şey değildir. Bu yüzden teorik açıdan 'evrensel hukuksal değerler' ve dinsel hukukun özünde, özdeş ve ortak yaklaşımlar biçiminde değerlendirilmesi zorunludur.⁽⁵⁶⁾

Bu zorunluluğun bir sonucu olarak yapılabilecek bir değerlendirme ilçe, dinin ilkesel normlar düzeyinde getirdiği düzenlemelerle doğal hukuk anlayışının tarihi süreçte ortaya koyduğu evrensel ilkelerin birliğinden söz edebiliriz. Bu evrensel birliğin bilincinde olarak, Ebu Hanife'nin değerler alanı ya da din ile hukuk arasındaki ilişkiye dair öngördüğü kuramsal bakışın pozitif hukukun değişkenliğini ve dinamizmini vurgular niteliktedir. Ancak, hukukun kökeninin belirlenmesinde bu aşkın değerler ile pozitif hukuk arasındaki evrensel ilişkinin gerçekliğini de ortaya çıkarır bir hukuk anlayışına sahiptir. Değerler alanı ile pozitif hukuk arasında kurduğu rasyonel doğal hukuksal ilişkinin hukuk uygulamasında başvurduğu metodik araçlarda -istihsan gibi-, kaynak teorisinde kendisini ortaya koyduğunu görmekteyiz.

Sonuç Yerine

Hukukun kökenine ilişkin kuramsal yaklaşımlar bağlamında Ebu Hanife'nin

yaklaşımı irdelendiğinde, hukuku bilinçli bir iradenin ya da pür Tanrısal iradenin ürünü olarak görmediği ifade edilebilir. Değerler alanı ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiye dair öngördüğü çerçevenin rasyonel doğal hukuksal bir temele dayandığını söyleyebiliriz. Din-hukuk ilişkisi, iyi ve kötü ya da güzel ve çirkinin değersel boyutunun belirlenmesi, inanç-eylem ilişkisi ve irade özgürlüğü gibi konulara ilişkin teolojik yorumları bu bakış açısını temellendirmektedir.

Ebu Hanife'nin değerler alanı ile hukuk alanı arasında kurduğu bu rasyonel doğal hukuksal ilişki, hukuk uygulamasında rey merkezli bir yöntembilimsel bakış açısını benimsemesine yol açmıştır. Onda yaşamın dinamik ve değişkenliği karşısında gereken değişimi sağlayacak yönetsel refleksleri olan bir hukuk tasavuru görmekteyiz.

Hukukun kökenine ilişkin kuramlardan olup, antikiteden günümüze kadar varlığını devam ettiren doğal hukuk kuramı, pozitif hukukun üstünde bir 'olması gereken hukuk' tasarımına sahip olmuştur. Bu doğal hukuksal tasarım, evrensel hukuksal değerleri içeren ve tüm toplumlar için ortak olan bir zihinsel vasattır. Ebu Hanife'nin hukuk anlayışının ve uygulamasının da bu doğal hukuksal perspektifi yansıtır niteliktedir. Bu perspektifle, insanlığın tarihsel süreçte edinmiş oldukları deneyimler sonucu içeriklendirdikleri evrensel doğal hukuksal ilkelerin -insan hakları, temel hak ve özgürlükler gibi- hiçbir ayırım olmaksızın tüm hukuk sistemleri için ortak olduğunun bilincine varırız. Ebu Hanife aşkın değerler ve ideler ile pozitif hukuk arasındaki bu ilişkinin evrensel niteliğini vurgulayan bir hukuk tasarımı öngörmüştür.

Sonuç olarak, hukukun kökeni konusunda Ebu Hanife, yerleşik kanının tersine, hukuku bilinçli bir iradenin ya da pür Tanrısal iradenin ürünü olarak görmemektedir. Onun hukukun kökenini irade dışında arayan yaklaşımlardan rasyonalist karakteri baskın olan 'doğal hukuksal' kurama benzer bir tutumu benimseydiğini söyleyebiliriz. Nitekim konunun ontolojik, epistemolojik ve metodolojik temellendirimi bağlamında Ebu Hanife'ye yapılan referanslar bunu kanıtlar niteliktedir.

Bibliyografya

Aktan, Hamza, "Çağdaşlaşma Sürecinde İslam Hukuku", İslam ve Modernleşme Sempozyumu, İstanbul 1997.

Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1979.

Bardakoğlu, Ali, "Hüsn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Matürîdi", EÜİFD, sy. 4, 1987.

-----, "İstihsan" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), XXIII.

-----, "Delil" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), IX.

Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1990.

Cüveynî, Ebu'l-Meâli Abdülmelik b. Abdullah, el-İrşâd ilâ Kavâinî'l-edille fi usûliddîn, Kahire, 1950.

Çağıl, O. Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, İstanbul, 1966.

Ebu Hanife, el-Alim ve'l-Müteallim (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

-----, el-Fıkhü'l-Ekber (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

-----, el-Fıkhü'l-Ebsat, (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

(53) Uzunpostalcı, Mustafa, "Ebû Hanîfe", mad. DİA, X, s. 136.

(54) Bkz., Kılıç, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 1, 2003.

(55) Gürbüz, Ahmet, age., s. 86.

(56) Gürbüz, Ahmet, "Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine", HFSA, sy. 5, s. 16-18.

vuran Ebû Hanife, bu yöntemle ulaştığı hükmün hukukun ruhuna, genel ilke ve amaçlarına uygun düşmediği durumlarda, daha güçlü bir hukuksal delile dayanarak istihsan yöntemini uygulamıştır.⁽⁵³⁾

Hukukun genel amaçları, pozitif hukukun şekillenişine yön veren doğal hukuksal değerlerdir. Nitekim başta İslam hukuku olmak üzere tüm hukuk sistemlerinde pozitif hukuk için çerçeve çizecek bir üst-normlar veya tümel ilkelerin varlığını görmekteyiz. Bütün hukuk sistemlerinin evrensel ortak paylaşım alanını deyimleyen bu doğal hukuksal değerler alanı her bir hukuk sistemi için geçerliliğini sürdürür. Diğer bir ifadeyle hukuk sistemlerinin doğal hukuksal zeminde amaçsal ve fonksiyonel ortaklıkları veya evrensel birliktelikleri söz konusudur. Ebu Hanife'nin öngördüğü bu metodik araç (istihsan), pozitif hukuk alanında adalet, hakkaniyet ve eşitlik gibi tümel ilkelerin belirleyici ve yönlendirici bir işleve sahip olmasının yolunu açmıştır.⁽⁵⁴⁾ Nitekim tarihsel süreçte düşünsel ve yöntemsel benzerlikle benzer kurumlara ulaşmış olan farklı toplumlar da özdeş kurumların varlığını görmekteyiz. Öyle ki, her ulusun hukukunda insanlığın ortak değerlerini yansıtan evrensel öğeler var olmuştur.⁽⁵⁵⁾

Tanrı inancına sahip olan tüm dinlerin teorik ana vurgusu özdeştir. Bunlar, inanç, ibadet ve yaşama ilişkin temel kavram olan adalettir. İlk iki ana vurgu birey-Tanrı ilişkisini düzenlerken, üçüncü temel vurgu olan adalet birey-Tanrı ve birey-yaşam (hukuk) ilişkisini düzenler. Dinin yaşama ilişkin üçüncü ana vur-

gusu olan adalet kavramı, 'evrensel hukuksal değerler' olarak adlandırılan insanlığın değersel kazanımlarını ifade eder. Tam da bu noktada 'insanlığın hukuku' ile 'dinsel hukuk' çakışmaktadır. Nitekim 'evrensel hukuksal değerler', insanlığın 'Tanrının adalet dediği şeyin' ayrıntılarının ortaya konulmasına ya da somutlaştırılmasına dönük etkinliklerinin adıdır. Hukukun ve dinin temel amacı ve vurgusu da 'adalet' dışında bir şey değildir. Bu yüzden teorik açıdan 'evrensel hukuksal değerler' ve dinsel hukukun özünde, özdeş ve ortak yaklaşımlar biçiminde değerlendirilmesi zorunludur.⁽⁵⁶⁾

Bu zorunluluğun bir sonucu olarak yapılabilecek bir değerlendirme ille, dinin ilkesel normlar düzeyinde getirdiği düzenlemelerle doğal hukuk anlayışının tarihi süreçte ortaya koyduğu evrensel ilkelerin birliğinden söz edebiliriz. Bu evrensel birliğin bilincinde olarak, Ebu Hanife'nin değerler alanı ya da din ile hukuk arasındaki ilişkiye dair öngördüğü kuramsal bakışın pozitif hukukun değişkenliğini ve dinamizmini vurgular niteliktedir. Ancak, hukukun kökeninin belirlenmesinde bu aşkın değerler ile pozitif hukuk arasındaki evrensel ilişkinin gerçekliğini de ortaya çıkarır bir hukuk anlayışına sahiptir. Değerler alanı ile pozitif hukuk arasında kurduğu rasyonel doğal hukuksal ilişkinin hukuk uygulamasında başvurduğu metodik araçlarda -istihsan gibi-, kaynak teorisinde kendisini ortaya koyduğunu görmekteyiz.

Sonuç Yerine

Hukukun kökenine ilişkin kuramsal yaklaşımlar bağlamında Ebu Hanife'nin

yaklaşımı irdelendiğinde, hukuku bilinçli bir iradenin ya da pür Tanrısal iradenin ürünü olarak görmediği ifade edilebilir. Değerler alanı ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiye dair öngördüğü çerçevenin rasyonel doğal hukuksal bir temele dayandığını söyleyebiliriz. Din-hukuk ilişkisi, iyi ve kötü ya da güzel ve çirkinin değersel boyutunun belirlenmesi, inanç-eylem ilişkisi ve irade özgürlüğü gibi konulara ilişkin teolojik yorumları bu bakış açısını temellendirmektedir.

Ebu Hanife'nin değerler alanı ile hukuk alanı arasında kurduğu bu rasyonel doğal hukuksal ilişki, hukuk uygulamasında rey merkezli bir yöntembilimsel bakış açısını benimsemesine yol açmıştır. Onda yaşamın dinamik ve değişkenliği karşısında gereken değişimi sağlayacak yöntemsel refleksleri olan bir hukuk tasavvuru görmekteyiz.

Hukukun kökenine ilişkin kuramlardan olup, antikiteden günümüze kadar varlığını devam ettiren doğal hukuk kuramı, pozitif hukukun üstünde bir 'olması gereken hukuk' tasarımına sahip olmuştur. Bu doğal hukuksal tasarım, evrensel hukuksal değerleri içeren ve tüm toplumlar için ortak olan bir zihinsel vasattır. Ebu Hanife'nin hukuk anlayışının ve uygulamasının da bu doğal hukuksal perspektifi yansıtır niteliktedir. Bu perspektifle, insanlığın tarihsel süreçte edinmiş oldukları deneyimler sonucu içeriklendirdikleri evrensel doğal hukuksal ilkelerin -insan hakları, temel hak ve özgürlükler gibi- hiçbir ayırım olmaksızın tüm hukuk sistemleri için ortak olduğunun bilincine varırız. Ebu Hanife aşkın değerler ve ideler ile pozitif hukuk arasındaki bu ilişkinin evrensel niteliğini vurgulayan bir hukuk tasarımı öngörmüştür.

Sonuç olarak, hukukun kökeni konusunda Ebu Hanife, yerleşik kanının tersine, hukuku bilinçli bir iradenin ya da pür Tanrısal iradenin ürünü olarak görmemektedir. Onun hukukun kökenini irade dışında arayan yaklaşımlardan rasyonalist karakteri baskın olan 'doğal hukuksal' kurama benzer bir tutumu benimsediğini söyleyebiliriz. Nitekim konunun ontolojik, epistemolojik ve metodolojik temellendirimi bağlamında Ebu Hanife'ye yapılan referanslar bunu kanıtlar niteliktedir.

Bibliyografya

Aktan, Hamza, "Çağdaşlaşma Sürecinde İslam Hukuku", İslam ve Modernleşme Sempozyumu, İstanbul 1997.

Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1979.

Bardakoğlu, Ali, "Hüsn ve Kubh Konusunda Aklın Rolü ve İmam Matürîdi", EÜİFD, sy. 4, 1987.

-----, "İstihsan" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), XXIII.

-----, "Delil" mad., Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), IX.

Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1990.

Cüveynî, Ebu'l-Meâlî Abdülmelik b. Abdullah, el-İrşâd ilâ Kavâtin'l-edille fi usûliddin, Kahire, 1950.

Çağıl, O. Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, İstanbul, 1966.

Ebu Hanife, el-A'im ve'l-Müteallim (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

-----, el-Fıkhü'l-Ekber (İmam-ı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

-----, el-Fıkhü'l-Ebsat, (İmamı Azam'ın Beş Eseri içinde) çev. Mustafa Öz, İstanbul, 1992.

(53) Uzunpostalcı, Mustafa, "Ebû Hanife", mad. DİA, X, s. 136.

(54) Bkz., Kılıç, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 1, 2003.

(55) Gürbüz, Ahmet, age., s. 86.

(56) Gürbüz, Ahmet, "Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine", HFSA, sy. 5, s. 16-18.

Hasan, Ahmad, The Early Development of Islamic jurisprudence, Islama-bad, 1988.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 1998.

Gözübüyük, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankar, 1993.

Güler, İlhami, Allah'ın Ahlakiliği So-runu, Ankara, 1998.

Gürbüz, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), İstanbul, 1998.

-----, "Felsefe, Din ve Hukuk İlişki-si Üzerine", HFSA, sy. 5,

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, An-kara 1992.

Hirş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hu-kuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara, 1996.

İbn Manzur, Ebu'l-Fazl Cemalüddin, Lisânü'l-Arab, I-XV, Beyrut, 1990.

Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", AÜHFD, sy. 1-4, c. 47, 1998.

Kılıç, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Forma-

lizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 1, 2003.

Kılıçer, Esat, İslam Fıkhiında Rey Ta-raftarları, Ankara, 1994.

M. M. Şerif, İslam Düşüncesi Tarihi, I-IV İstanbul, 1990.

Maturidi, Ebu Mansur, Kitâbu't-tev-hîd, (thk. Fehullah Halif), İskenderiye, tsz.

Şevkani, Muhammed b. Ali, İrşâdü'l-fühûl, Kahire 1937.

Sadru's-Şer'îa, Ubeydullah b. Me-sud, Tavzîh şerhu't-tenkîh, (Teftazâ-nî'nin et-Telvîh şerhi ile), I-II, Kahire tsz.

Şaban, Zekiyüddin, İslam Hukuk İl-minin Esasları, (çev. İ. Kafi Dönmez), Ankara, 1990.

Öktem, N.; Türkbağ, A. U., Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul, 1999.

Uzunpostalıcı, Mustafa, "Ebû Hanî-fe", mad. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), X.

Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak "Cumhuriyetin Nitelikleri" (*)

Mustafa KOÇAK (**)

I. Giriş

Parg. 1. Hak ve özgürlüklerin temel rejimi bağlamında 1982 Anayasasının en çok eleştirilen yanlarından birisi, ya-sama organına istisnasız bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi yetkisini tanıyan bir "genel sınırlama hükmü"ne (md.13/1) yer vermiş olmasıydı^(*). 1982 Anayasasını demokratik anayasacılık-tan uzaklaştıran noktaların başında bu hüküm gelmekteydi. Çünkü böylece, "özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna" olduğu liberal anayasacılık geleneğine ters düşülmekte, sık tekrarlandığı biçimiyle adeta "sınırlılık kural, özgürlük istisna haline" dönüştürülmüş bulun-maktaydı⁽²⁾.

Parg. 2. 2001 Anayasa değişiklikle-riyle genel sınırlama nedenleri kaldırıl-mış (md.13), yeni düzenlemeye göre te-mel hak ve özgürlüklerin "özlerine do-kunulmaksızın" yalnızca anayasanın il-

gili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak "kanunla" sınırla-nabileceği hükmü getirilmiştir. Bu sınır-lamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamazlar. Keza 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen kimi anayasa maddelerinde de değişik-likler yapılmış, daha önce genel sınırla-ma sebepleri (md.13) arasında yer alan-lardan, hak ve özgürlüklerin niteliğine uygun düşenleri bu maddelerde önceden var olan sınırlama sebeplerine eklen-miştir⁽³⁾. Bu paralelde Anayasanın 26/2 maddesi de değiştirilmiş, önceden genel sınırlama nedeni olarak öngörülen "Cumhuriyetin" sözcüğü, "cumhuriye-tin temel nitelikleri", biçiminde "düşün-ceyi açıklama ve yayma hürriyeti" için bir sınırlama nedeni olarak korunmuş-

(*) Bu makale daha önce "e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi" Kasım 2003 sayısında yayımlanmıştır.

(**) Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) 2001 değişikliklerinden önce 1982 Anayasasının 13/1 nci madde metni şöyle idi: "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir".

(2) Bülent TANÖR, İki Anayasa 1961-1982, 2. Tıpkı Baskı, Beta yay., İstanbul 1991, s.135.

(3) Böylece İHAS'nin sistemine uyum sağlamak amaçlanmıştır. Şöyle ki; İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, İHAS'nin bu konudaki sistemini açıkladığı De Becker kararında: "Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından kabul edilen metot, her bir hak ve hürriyeti ayrı bir madde olarak belirtmek ve tanımlamak ve her bir maddeye söz konusu hak ve hürriyetlere ilişkin, kabul edilebilir özel kayıt ve istisnaları ilâve etmekten ibarettir" demıştır. Bkz. Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul 2002, s.137.

tur. Benzer bir hüküm "Bilim ve Sanat Hürriyeti"(Any. Md.27/2) ve "Basın Hürriyeti"nin sınırlama nedenleri arasında (Any. Md.28/3) da yer almaktadır.

1- CUMHURİYETİN NİTELİKLERİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

Parg. 3. "Cumhuriyetin nitelikleri" Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir. Sayılan bu nitelikleri şu başlıklar altında toplamak mümkündür⁽⁴⁾:

(1) Cumhuriyetçilik, (2) Toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet, (3) İnsan haklarına saygılı devlet, (4) Atatürk milliyetçiliğine bağlılık, (5) Başlangıçta belirtilen temel ilkeler, (6) Demokratik devlet, (7) Lâik devlet, (8) Sosyal devlet, (9) Hukuk devleti.

Parg. 4. İki sözcükten ibaret görünen "Cumhuriyetin nitelikleri", gerçekte içinde birçok sınırlama nedenini barın-

dırmaktadır. Bu nitelikler arasında sayılan "Başlangıç ilkeleri" ise daha karmaşık bir içeriğe sahiptir⁽⁵⁾. Başlangıç ilkelerinin neden karmaşık ve içinden çıkılmaz nitelikte olduğu, ilkelerin yakından incelenmesiyle daha iyi anlaşılabilir.

A. Anayasanın Başlangıç İlkeleri

Parg. 5. Bir anayasayı, sadece devletin temel siyasal kurumlarını kuran kurallara özgülemenin (hasretme), gereksiz biçimde sert olabileceği savıyla, 20'nci yüzyılın önde gelen Anayasa hukuku kuramcılarının olduğu kabul edilen Wheare⁽⁶⁾, bir başlangıç kısmının anayasalarda yer almasının arzu edilen bir şey olduğunu söylemektedir. Ancak bu kısım, anayasanın, başka bir deyişle hukukun bir parçası sayılmamalıdır⁽⁷⁾. Yazar buna örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri⁽⁸⁾ anayasasını göstermektedir⁽⁹⁾.

Parg. 6. Anayasaların yapılış nedenlerini ve dayandıkları temel felsefeleri yansıtan başlangıç metinlerinden uygulanabilir hukuk normları belirleyebilmenin kolay olmadığı⁽¹⁰⁾, bir cümleden ibaret karmaşık ve ağır bir metinde, hangi ilkelerin felsefi ve sembolik nitelikte, hangi ilkelerin doğrudan uygulanabilir

ve hangi ilkelerin anayasanın diğer kurallarının yorumlanmasında kullanılabilir nitelikte olduğunun belirlenmesinde büyük zorlukların bulunduğu⁽¹¹⁾ ortadadır. Buna rağmen, doktrin ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına bakarak, başlangıçtaki ilkelerin neler olabileceği sorununa açıklık getirilmesi zorunludur. Çünkü bu ilkeler, düşünce özgürlüğünün sınırlanma nedenleri olarak mevcut yerini koruduğu sürece, hem mevzuattaki "düşünce suçlarına" ilişkin hükümlerin anayasaya aykırılık iddialarının önünü kesmekte ve hem de yasal düzenlemelerle bu alanda yeni düşünce suçları yaratılması ihtimaline açık kapı bırakmaktadır.

Parg. 7. Önce doktrinde, sonra da Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, başlangıç'tan hangi ilkelerin çıkarıldığına bakılması yerinde olacaktır. Doktrinde Soysal, başlangıçta yer alan ilkeleri şu başlıklar altında toplamaktadır⁽¹²⁾: (1) Atatürk'e bağlılık, (2) Ulusal varlığın korunması ve yüceltilmesi, (3) Doğal haklar, (4) Ulus iradesinin üstünlüğü, (5) Gerçek anlamına uygun bir güçler ayrılığı, (6) Lâiklik, (7) Anayasaya bağlılık ve bekkilik.

Parg. 8. Tanör-Yüzbaşıoğlu Başlangıç'taki temel (hukukî) ilkeleri yedi başlık altında toplamakta ve şöyle sıralamaktadır: (1) Atatürk milliyetçiliği, (2) İlike ve inkılâpları, (3) uluslar arası eşitlik, (4) millet egemenliği, (5) bölünmez-

lik, (6) lâiklik ve (7) üstünlük, bağlayıcılık.

Parg. 9. Ergun Özbudun ise Başlangıç ilkelerini şöyle sıralamaktadır⁽¹³⁾:

(1) Atatürk inkılâp ve ilkelerine bağlılık, (2) Atatürk milliyetçiliği, (3) Atatürk medeniyetçiliği, (4) Çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi, (5) Milli egemenlik, (6) Anayasanın ve hukukun üstünlüğü, (7) Hürriyetçi demokrasi, (8) Kuvvetler ayrılığı, (9) Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği, (10) Lâiklik, (11) "Her Türk vatandaşının bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ilkesi.

Parg. 10. Şeref Gözübüyük, bu ilkelere, önceki yazarların listesinde yer alanlara ek olarak "Yurtta sulh, cihanda sulh arzu ve inancı içinde yaşama hakkı bulunduğu" cümlesini de katmaktadır⁽¹⁴⁾.

Parg. 11. Anayasa Mahkemesi de bir içtihadında başlangıçtaki ilkeleri şöyle sıralamıştır⁽¹⁵⁾:

(1) Atatürkçü milliyetçilik anlayışı ve onun ilke ve inkılâpları, (2) Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu, (3) Egemenliğin kayıtsız ve şartsız Türk milletine ait bulunduğu, (4)

(4) Bkz. TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU 2002, s.73-109; Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin yay.*, Ankara 2000, s.69-137; Yavuz SABUNCU, *Anayasaya Giriş*, 9. Baskı, İmaj Yay., Ankara 2003, s.15-150.

(5) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Mustafa KOÇAK, "Cumhuriyetin Temel Niteliklerinin Belirlenmesinde Anayasanın Başlangıcında Yer Alan İlkelerin Hukuksal Değeri", *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı, Genelkurmay Basımevi*, Ankara 1998, s.189-204.

(6) [?], "Sunuş", Kenneth C. WHEARE, *Modern Anayasalar*, Çev.Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Değişim Yay., Ankara 1985, s.vii.

(7) WHEARE 1985, s.65.

(8) ABD Anayasasının başlangıcı şöyledir: "Biz, Birleşik Devletler halkı, daha mükemmel bir birlik oluşturmak, adaleti yerleştirmek, iç huzuru sağlamak, dış karşı ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı yükseltmek ve özgürlüklerin nimetlerinden yararlanmak ve bizden sonra gelecekleri de yarandırmak amacıyla, Amerika Birleşik Devletleri için bu Anayasayı yapıyoruz". ABD Anayasasının tam metni için şu kaynağa bakılabilir: Christopher H. PYLE and Richard M. PIOUS, *the President, Congress, and the Constitution, Power and Legitimacy in American Politics*, The Free Press, New York 1984, s.391-404.

(9) WHEARE 1985, s.66.

(10) ÖZBUDUN 2000, s.71-72.

(11) Nemci YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İÜHF yay., İstanbul 1993, s.116.

(12) Mümtaz SOYSAL, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Onbirinci Baskı, Gerçek yay., İstanbul 1997, s.113-115.

(13) ÖZBUDUN 2000, s.71-72.

(14) Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 10.Baskı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.148. Başlangıçta yer alan temel ilkeler konusunda değişik yazarların listeleri için ayrıca bkz. Kemal GÖZLER, *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi yay., Bursa 2002, s.214; Zafer GÖREN, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İl.Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi yay., İzmir 1999, s.96.

(15) AYM., E.1992/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/1, KT., 14.7.1993, AMKD., sy., 29, C.2, s.1040.

Hiçbir düşüncenin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma görmeyeceği, (5) Din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı, (6) Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarında, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu ilkesidir.

Parg. 12. "Cumhuriyetin nitelikleri" ibaresinin içinde birçok sınırlama nedeni bulunduğu, bunlardan birinin de Anayasanın başlangıç ilkeleri olduğu, başlangıçtan doktrinde çok sayıda ilkeler çıkarıldığı, Anayasa Mahkemesinin içtihadında bunların altı başlık altında toplandığı görülmektedir. Bu hali ile kavram, açıldıkça içinden bir yenisi çıkan Rus bebeklerini (Matrioska) andırmaktadır. Anılan ilkelerin sayısı ve bunların çoğunun cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılanların tekrarı niteliğinde olması bir yana, metinde geçen "Türk milli menfaatleri", "Türklüğün tarihî ve

manevî değerleri", "Atatürk medeniyetçiliği", "toplumun huzuru", "milli dayanışma" gibi ibarelerin pozitif hukuka ve anayasa hukukuna özgü kavramlar olmadığı görülmektedir. Bu sözcüklerin hukuk bilimi açısından hiçbir pozitif içeriğe sahip bulunmadıkları, ideolojik, politik bir seçimi ya da dileği ifade dışında bir anlam taşımadıkları⁽¹⁶⁾, hukuk metinlerinin bu türden yüklemelerle doludurulmasında bir isabet bulunmadığı söylenebilir⁽¹⁷⁾. 1982 Anayasasındaki bu sınırlama sebebinin, yasalardaki "düşünce suçları"nın anayasaya aykırılığı yolundaki tartışmaların önünü kesmek amacı ile konulduğu bilinmektedir⁽¹⁸⁾. Doktrinde haklı olarak bu kavramların tutucu, otoriter ve keyfi yorumlara yol açabileceği endişesi de dile getirilmiştir⁽¹⁹⁾.

Parg. 13. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bu endişeyi pekiştiren içtihatları yok değildir. Yüksek Mahkeme birçok kararında bunları destek ölçü norm olarak değil, bağımsız ölçü norm olarak kullanmış veya asıl gerekçesini bunlara dayandırmıştır⁽²⁰⁾. Örneğin, Anayasa Mahkemesi yabancılara mülk satışı ile ilgili yasayı iptal gerekçesinde doğru-

dan "milli menfaatler" ölçütüne dayanmıştır⁽²¹⁾. Yüksek Mahkeme, TEK'in, teşebbüs, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlayan yasa maddesinin iptaline ilişkin davada da cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan "toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı", "insan haklarına saygılı olma", "kişilerin toplumun refah ve mutluluğu"nu sağlama ilkelerini ölçü norm olarak kullanmış ve davaya konu yasa maddesini cumhuriyetin bu niteliklerine aykırı bularak iptal etmiştir⁽²²⁾.

B. Bir hukuk Normu Olarak "Cumhuriyetin nitelikleri"

Parg. 14. "Cumhuriyetin nitelikleri" kavramı içinde yer alan çok sayıdaki bu sınırlama nedenleri acaba bir hukuk normunda bulunması gereken niteliklere sahip midir?

1- Hukuk Normunun Özellikleri

Parg. 15. K.C.Wheare, "Bir Anayasa Neleri İçermelidir?" sorusunu cevaplandırırken, "bir Anayasa eğer yalnızca hukuk kurallarını ifade edecek ve özellikle de bunlar yürütme ve yargı ile birlikte yaşamayı da bağlayan üst hukuku oluşturan kurallar" ise "o zaman bu kuralların az olması, genel olması ve temel olması gerekir. Bir hukuk kuramı olarak düzenlemeye ve tanımlanmaya uygun ve

doğru düşecek konularla ilgili olmalıdır (...). Son olarak (...) kullanılan dil (...) olanak olduğu ölçüde müphem, coşkulu ve gayeli olmamalıdır" demektedir⁽²³⁾.

Parg. 16. Ünlü Alman hukuk filozofu Güstav Radbruch, da hukuk normunun dilinin nasıl olması gerektiğine açıklık getirmekte ve "Yasanın dili asla gazete, kitap ve alış veriş diline benzetilemez. O, fazladan hiçbir sözcük eklemeyen kısaca bir dil; temellendirmeksizin buyuran tatsız bir lisan; asla coşkulu olmayan soğuk bir deyimdir ve bütün bu özelliklerinde ancak herhangi başka bir üslup biçimi kadar haklıdır" demektedir⁽²⁴⁾.

Parg. 17. Birisi Anglo-Sakson, diğeri Kara Avrupa'sı hukuk geleneğinin iki büyük temsilcisinin yukarıda alıntılanan ifadeleri, ister anayasa, isterse normal yasa olsun, bir hukuk normunun nasıl olması gerektiğini çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Özetlemek gerekirse; (i) kurallar az olmalı, (ii) genel olmalı ve temel olmalı, (iii) bir hukuk kuralı olarak düzenlemeye ve tanımlanmaya uygun ve doğru düşecek konularla ilgili olmalı ve son olarak, (iv) kullanılan dil imkân ölçüsünde müphem, coşkulu ve gayeli olmamalıdır

2- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Cumhuriyetin Nitelikleri

Parg. 18. Cumhuriyetin niteliklerine aykırı düşünce ve düşünce açıklamaları yasak alan içine alınınca, yasağın ihlali-

(16) Hans Kelsen'in de dediği gibi, "ideoloji...kaynağını bilgide değil, arzu ve eğilimde bulmak, dolayısıyla bazı çıkarılara hizmet etmekle gerçeği karartır yada bulandırır". Kelsen'den aktaran Vecdi ARAL, "Kelsen'in Hukuk Anlayışına Eleştirel Bir Bakış", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, sy.2, Kocaeli 2000, s. 282.

(17) Bülent TANÖR, Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği yay., İstanbul 1999, s.53; Mehmet SAÇLAM, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi yay., Ankara 2002, s.251.

(18) Bkz. TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU 2001, s.169. 1961 Anayasası döneminde özel sınırlama sebepleri öngörülmemiş olmakla birlikte yasalarda yer alan çok sayıda "düşünce suçu" nedeniyle yaygın tartışmalar yaşanmıştı. Bu konudaki örnekler için bkz. Bülent TANÖR, Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü yay., İstanbul 1969; Bülent TANÖR, TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, Forum yay., İstanbul 1979.

(19) TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU 2001, s.81.

(20) Anayasa ilke ve kuralları arasında başlangıç ilkelerinin hukuksal değeri konusunda bkz. YÜZBAŞIOĞLU 1993, s.113-130; KOÇAK 1998, s.202-203;

(21) Bkz. AYM., E. 1984/14, K. 1985/7, KT. 13.6.1985, AMKD, sy. 21, s.164-174; AYM., E.1986/18, K.1986/24, KT. 9.10.1986, AMKD, sy. 22, s.254-260. Anayasa Mahkemesinin bu kararı siyasal kadrolara ait olması gereken "milli menfaatler" in takdiri yetkisine yargının müdahalesi ve yerindelik denetimine sapılması olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. Bkz. ÖZBUDUN 2000, s.72.

(22) Bkz. AYM., E.1994/43, K.1994/42-2, KT. 9.12.1994, AMKD, sy.31, C.1, s.292,293. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KOÇAK, Mustafa, Klasik Devlet Kuramı Açısından Özelleştirmenin Kurumsal Yapısı, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Kocaeli 1999, s.145-165.

(23) K.C. WHEARE, Modern Anayasalar, Çev.Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Değişim Yay., Ankara 1985, s.66-67.

(24) Güstav RADBRUCH, Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler, Çev. Vecdi Aral, Kocaeli Üniversitesi yay., Yayın no.71, Kocaeli 2002, s.14.

nin suç oluşturacağı, bunun da bir cezai yaptırıma bağlanacağı düşünüldüğünde anayasanın suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38 nci maddesi gözden uzak tutulamaz. Genel anlamda ceza hukukunun yaptırımları ağır, etkili ve kesindir. Hiçbir hukuk dalının yaptırımları, ceza hukukunkiler kadar kapsamlı, etkili olamaz. Gerçekten söz konusu yaptırımlar kişinin yaşamına, özgürlüğüne, hakları kullanma yoksunluğuna ve mal varlığına yöneliktir⁽²⁵⁾.

Parg. 19. Bu nedenle ceza hukukunda "kanun" kavramına verilen değer artan bir önem kazanmış, buna uygun olarak "suçların kanuniliği" (nullum crimen sine lege) ve "cezaların kanuniliği" (nulla poena sine lege) ilkesi bir anayasa normu olarak somutlaşmıştır (md.38/1,3). Bu norm, aynı zamanda hukuk devletinin temel ilkelerinden birdir. Anayasada yer alan bu ilke, TCK.nun 1 inci maddesinde "Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez." biçiminde somutlaşmıştır⁽²⁶⁾.

Parg. 20. Kanunilik ilkesinin şüphesiz bazı sonuçları vardır⁽²⁷⁾. Ancak bunların içinde en önemlisi "belirlilik"tir.

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için onun kanunen belirlenmesi yeterli değildir. Başka bir ifade ile sadece suçların kanunda düzenlenmesi yetmez. Ayrıca bu düzenlemenin belirsiz olmaması, net ve açık olması gerekir. Aynı durum kuşkusuz cezalar için de geçerlidir. Bu nedenle kanun koyucu suç yaratırken hangi fiillerin suç olarak düzenlendiğini ve onun cezasını açık bir biçimde göstermelidir⁽²⁸⁾.

Parg. 21. Bu ilkeler ışığında ifade özgürlüğünün sınırı olarak getirilen "Cumhuriyetin nitelikleri"ne bakıldığında, kuralların az olmadığı, genel ve temel olmadığı, düzenlemeye ve tanımlamaya uygun düşecek konulara ilişkin olmadığı, kullanılan dil olarak da müphem, coşkulu ve amaçlı olduğu görülmektedir⁽²⁹⁾. Hukuksal emre veya daha başka bir ifade ile genel ve özel nitelikli hukuksal buyruklara "norm" dendiği⁽³⁰⁾, özel normun, genel normdan doğduğu, soyut kuralların, özel norm biçiminde somutlaştırıldığı⁽³¹⁾ hatırlanmalıdır. İç hukukta en genel ve en soyut norm olan Anayasanın düşünce ve düşüncüyü açıklama özgürlüğüne getirdiği "sınırlama" ifadeleri müphemse, her an-

lama çekilebilir nitelikteyse, tanımlamaya ve düzenlemeye uygun düşmeyen konularla ilgili ise, buna dayanarak yapılacak yasal düzenlemelere "kanun" dense bile, "hukuk normu" denemeyeceği, aynı sakatlıkların yasal düzenleme üzerinde de etkili olacağı kuşkusuzdur.

Parg. 22. Kısaca, Anayasanın başlangıç kısmının, hukuk normlarının sahip olması gereken öğelerden büyük ölçüde yoksun olduğu⁽³²⁾, ayrıca bu düzenlemenin Anayasanın 38 nci maddesiyle uyumlu olmadığı görülmektedir. Bütün bu nedenlerle "Cumhuriyetin korunması" yerine "Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması" kavramının kullanılmasının "daha somut ve sınırlamayı daraltıcı bir sonuç doğurduğu"⁽³³⁾ yolundaki düşünce fazla iyimser görünmektedir.

Parg. 23. "Cumhuriyetin nitelikleri" kavramının bir hukuk normu olarak değeri üzerinde durulduktan sonra, şimdi de bu sınırlama sebebinin ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerinde ve özellikle Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi karşısındaki durumu ele alınmalıdır.

II- ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKU BELGELERİ KARŞISINDA DÜŞÜNCEYİ YAYMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK "CUMHURİYETİN NİTELİKLERİ"

A. Genel Olarak

Parg. 24. Ulusalüstü insan hakları hukukunun temel belgelerine göre hakla-

rın sınırlandırılması ancak sınırlama ölçütlerine dayalı olarak yapılabilir. Bu ölçütler hakların keyfi olarak sınırlandırılmasının önünde bir engeldir. Başlıca insan hakları belgelerinde yer alan sınırlama sebepleri şöyle özetlenebilir:

Parg. 25. Başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve saygı gösterilmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, başkalarının şöhretine saygı gösterilmesi, genel ahlâk, kamu düzeni, genel refah, kamu yararı, genel güvenlik yada kamu güvenliği, ulusal güvenlik, genel sağlık yada kamu sağlığı, özel yaşamın korunması, çocukların çıkarlarının korunması, adaletin gereği, ülke bütünlüğünün korunması yada yararı, suçun önlenmesi, gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi, ülkenin ekonomik refahının yararı, vergilerin ya da diğer iştirak ve cezaların ödenmesinin güvence altına alınması, kamu hizmeti nedeni, hukukun ve düzenin korunması, yargının yetke ve yansızlığının devamı, gibi ölçütler hakların sınırlandırılmasında kullanılmaktadır⁽³⁴⁾. Görüldüğü gibi, ulusal üstü insan hakları belgelerinde Cumhuriyetin nitelikleri türünde, mevcut bir siyasal düzeni eleştirilemez, üzerinde düşünce açıklanamaz kılan bir sınırlama nedeni bulunmamaktadır.

B. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açısından

Parg. 26. Soruna daha somut biçimde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) perspektifinden bakıldığında, anılan sınırlama sebebinin Türkiye açısından daha somut sonuçlar doğurduğu

(25) Erol CİHAN, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri-(26-27 Mart 1997), İstanbul 1998, s.5.

(26) Geniş bilgi için bkz. Emin ARTUK, Ahmet GÖKÇEN, Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Seçkin yay., Ankara 2002, s.157-191.

(27) Bu sonuçlar doktrinde şöyle sıralanmaktadır: i. Ceza hukukunun gerektirdiği bir müdahalenin yapılabilmesi için mutlaka kanun tarafından getirilmiş belirli bir sınırlama ve ceza olmalıdır; ii. Ceza hukukunda kıyas yasaktır; iii. Ceza kanunları lehe olmadıkça geçmişe etkili olarak uygulanamazlar; iv. Orf ve adete dayanarak suç ve ceza yaratılması yasaktır. Bkz. Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yay., Ankara 2002, s.109.

(28) Bkz. Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, Veli Özer ÖZBEK, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Teorileri Hukuku, 5.bası, Ankara 2001, s.43; DEMİRBAŞ 2002, s.109.

(29) "Tek bir cümleyle,...hem anayasanın meşruluğunu, hem ana doğrultusunu, hem temelindeki temel inançları, hem benimsenmiş biçimini anlatmaya çalışan bir metin ister istemez çapraşık, ağır, yüklü olur. Üslup akıcı ve berrak değilse, sözcükler iyi seçilmemişse güçlük daha çoğalır; ilkeler seçilmezleşir". SOYSAL 1997, s. 113; Ayrıca bkz. GÖREN 1999, s.97; H. Tahsin FENDOĞLU, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md.13)", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2001, s.184.

(30) Şeref GÖZÜBÜYÜK, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.7.

(31) GÖZÜBÜYÜK 2002a, s.7.

(32) SABUNCU 2003, s.18.

(33) Yılmaz ALİFENDİOĞLU, "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi yay., Ankara 2001, s.156.

(34) Bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4.Baskı, Beta yay., İstanbul 2003, s. 755.

görülmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu bu sözleşme 4 Kasım 1950'de imzalanmış, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiş ve 18 Mart 1954'te Türkiye tarafından onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası olmuştur. Türkiye İHAS'ni imzalamakla, Sözleşmede yer alan bütün hak ve özgürlüklere hem kendi vatandaşları, hem de kendi ülkesinde bulunan tüm yabancılar için uyma yükümlülüğü altına girmiştir (İHAS, md.1, 13, 46). Gerek 1961 (md.65/son) ve gerekse 1982 Anayasası (md.90/son); "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar"ın kanun hükmünde olduğu düzenlemesini getirmiş, ayrıca Türkiye İHAM'nin zorunlu yargı yetkisini 1989 yılı sonunda kabul etmiş ve bu beyanını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine 22.01.1990 depo etmiştir⁽³⁵⁾.

Parg. 27. Pratikte Sözleşmeye taraf devletler, yasama, yürütme ve yargı organları olmak üzere bütün organlarıyla sözleşme hükümlerine uygun işlemde bulunmayı taahhüt etmişlerdir (İHAS, md.1, 13, 19). Bu bağlamda herhangi bir ulusal işlemle Sözleşme hükümlerinden birinin çiğnendiği İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından saptandığında, davalı devlet adı geçen mahkeme kararının gereğini yerine getirecektir. Her türlü mevzuat değişikliği, değiştirilmesi gereken kural bir anayasa hükmü dahi olsa "mahkeme kararının yerine getirilmesi" çerçevesinde görülmektedir⁽³⁶⁾.

Parg. 28. İHAS'nin ve İHAM kararlarının Türkiye açısından önemine kısaca işaret ettikten sonra Sözleşmede ifade özgürlüğünün nasıl düzenlendiğine bakılabilir. İfade özgürlüğü Sözleşme'nin 10 ncu maddesinde yer almaktadır. Buna göre; "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğüne de içerir."

Parg. 29. Bu özgürlüğün sınırsız olmadığı ve olamayacağı kuşkusuzdur. Sözleşmede sınırlama nedenleri de sayılmıştır (md.10/2). Buna göre kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumda gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve ya kamu emniyetinin korunması, nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasa ile öngörülen bazı merasime, şartlara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir⁽³⁷⁾. Sayılan sınırlama ölçütlerinin "cumhuriyetin niteliklerine uygunluk" dışında- Anayasanın "düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü" için öngördüğü sınırlama ölçütlerine büyük ölçüde uyumlu olduğu söylenebilir⁽³⁸⁾.

Parg. 30. Genel anlamda da demokratik ülkelerde ifade özgürlüğü konusundaki kamusal ve akademik söylem, o özgürlüğün sınır bölgeleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Başka bir ifade ile odaklanma, ifade özgürlüğünün merkezi bölgesinden ziyade, dış sınırları üzerindedir. Örnek vermek gerekirse pornografi, ırkçı nefret konuşmaları ve bağnaz dini ifadeler, politikacılara ve özel kişilere iftira, mahkemeye saygısızlık, şiddete tahrik, askeri ve ticari sırların ifşa edilmesi, alkol veya sigara gibi ticari malların ya da kumar ve fuhuş gibi konuları kapsayan durumlar bu türden sınırlama nedenlerinin başlıcalarıdır⁽³⁹⁾. Görüldüğü gibi doktrinde de bir devletin mevcut niteliklerini tartışılmaz kılan bir sınırlama nedeni sayılmamaktadır. Demokratik bir toplumda korunan değerler; gerçeğin peşinden gitmek, bireysel özerklik, demokratik kendi kendini yönetme ve kendile-riyle aynı fikirde olmadığımız kişilere karşı hoşgörü önemli değerlerdir. İfade özgürlüğü düzenlemesi ile bu önemli değerlerin herhangi biri arasında, en azından bir tür ilişki vardır⁽⁴⁰⁾.

C. İnsan Hakları Avrupa

Mahkemesi Kararları Açısından

Parg. 31. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yerleşmiş içtihatlarında düşünce ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasilerin olmazsa olmaz (sine quo non) koşulu olarak merkezi bir yere sahiptir. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olmadan demokratik toplum olmaz. İHAM'ne göre de-

mokratik bir toplumda ifade özgürlüğü, sadece yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, yerleşmiş inanç ve düşüncelere aykırı gelen, dehşete düşüren veya rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanacaktır⁽⁴¹⁾.

Parg. 32. İHAM'nin "devletin nitelikleri" ve "ifade özgürlüğü" bağlamında verdiği daha somut kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Sosyalist Parti-Türkiye kararında:

Parg. 33. "Yayında açıklanan parti programının Türkiye devletinin mevcut ilkeleriyle ve temel yapılarıyla uyumlu olmamasının, parti programını demokratik kurallarla bağdaşmaz duruma getirmeyeceği; demokrasiye bir zarar vermemek şartıyla, devletin mevcut düzenini sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasal programların önerilmesi ve tartışılmasına imkan verilmesinin demokrasinin özünü oluşturacağı" ifade edilmiştir⁽⁴²⁾.

SONUÇ

Parg. 34. AB'ne uyum yasaları içinde düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü önündeki birçok yasal engel kaldırılmıştır. Bir örnek vermek gerekirse, TCK'nun 159 ncu maddesinde değişiklik yapılarak Türklüğü, Cumhuriyeti, hükümeti, TBMM'yi, bakanlıkları, güvenlik güçlerini ve adliye tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmeyecektir⁽⁴³⁾. Zaten

(35) Türkiye'nin Komisyonun bireysel şikayet başvurularını incelemesine ve İHAM'nin zorunlu yargı yetkisini tanımasına ilişkin geniş bilgi için bkz. GEMALMAZ 2003, s.431-434.

(36) Bkz. Feyyaz GÖLCÜKLÜ-A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.22.

(37) Geniş bilgi için bkz. Robert REED-Jim MURDOCH, A Guide to Human Rights Law in Scotland, Butterworths LexisNexis, UK. 2001, p. 441-472; GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK 2002, s.372-391.

(38) 2001 Anayasa değişikliklerinden önceki Any. 26/II'de düzenlenen sınırlama nedenlerinin İHAS md. 10/II'deki sınırlama nedenlerine paralellliği konusunda bkz. TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ, "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor", İnsan Hakları Merkez Dergisi, C.III, sy.1, Ocak 1995, s.6.

(39) SADURSKI 2002, s.xiii.

(40) SADURSKI 2002, s.xv.

(41) Bkz. United Communist Party of Turkey and ors v. Turkey, para 43.

(42) Case of Socialist Party and Ors v Turkey, para 47; KOÇAK, Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları, s.189; Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Ed. Osman DOĞRU, İnsan Hakları Kararlar Derneği, C.3, İstanbul Barosu yay., İstanbul 2000, s.270.

(43) 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı yasa için bkz. RG.09.08.2002-24841.

"tahkir" ve "tezyif" in bir düşünce ve düşünce açıklaması kapsamında değerlendirilemeyeceğinde kuşku bulunmamak gerekir. Böylece düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliği taşıyan düşünce açıklamalarının cezalandırılmaması öngörülmüştür.

Parg. 35. Düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetinin önündeki "cumhuriyetin nitelikleri"ne uygunluk ölçütü, başka bir deyişle bu niteliklere aykırı düşünce ve düşünce açıklamasının engellenmesi, "belli bir anayasanın belli bir tarihte devlete biçtiği modellerle"⁽⁴⁴⁾ sınırlandırılması tehlikesini beraberinde getirmektedir. Böylece mevcut siyasi-hukuki sistem kutsanmakta ve eleştirilemez bir dogma haline getirilmektedir. Türkiye'de 1982 Anayasasına gelinceye kadar hiçbir anayasa, düşünce özgürlüğünün sınırlanabileceğine ilişkin böyle bir kural öngörmemiştir. Osmanlı-Türk anayasacılığında da düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü devletin nitelikleriyle sınırlı sayan bir anayasa olmamıştır.

Parg. 36. Öte yandan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü önündeki "cumhuriyetin niteliklerine uygunluk" sebebi, ne herhangi bir ulusalüstü insan hakları belgesi, ne bunlardan biri olan İHAS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10 ncu maddesi, ne de İHAM'nin yerleşik içtihatları ile bağdaşmamaktadır. AB'ne uyum sürecinde bir kısım yasalarda değişiklik yapılmış, düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliği taşıyan düşünce açıklamaları suç kapsamından çıkarılmıştır. Şimdi ise, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen anayasa

hükümünün, hem bir hukuk normunun sahip olması gereken öğelere, hem de uluslararası insan hakları belgelerinde ve özellikle İHAS'nin 10 ncu maddesinde yer alan düşünce ve düşünce açıklama özgürlüğüne uygun biçimde yeniden düzenlenmesinde zorunluluk vardır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ALİFENDİOĞLU, Yılmaz 2001. "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi yay., Ankara.

ARAL, Vecdi 2000. "Kelsen'in Hukuk Anlayışına Eleştirisel Bir Bakış", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, sy.2, Kocaeli.

ARTUK, Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner 2002. Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Seçkin yay., Ankara.

CİHAN, Erol 1998. "Suçta ve Ceza da Kanunilik İlkesi", Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-(26-27 Mart 1997), İstanbul

DEMİRBAŞ, Timur 2002. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yay., Ankara.

DOĞRU, Osman (ed.) 2000. İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.3, İstanbul Barosu yay., İstanbul.

FENDOĞLU, H. Tahsin 2001. "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md.13)", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref 2002. Avrupa İnsan Hak-

ları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

GEMALMAZ, Mehmet Semih 2003. Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4.Baskı, Beta yay., İstanbul.

GÖREN, Zafer 1999. Anayasa Hukukuna Giriş, II. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi yay., İzmir.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref 2002. Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 10.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref 2002a. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara

GÖZLER, Kemal 2002. Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi yay., Bursa.

KOÇAK, Mustafa, 1999. Klasik Devlet Kuramı Açısından Özelleştirmenin Kurumsal Yapısı, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Kocaeli.

KOÇAK, Mustafa 2002. Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları, Turhan Kitabevi, Ankara.

KOÇAK, Mustafa 1998. "Cumhuriyetin Temel Niteliklerinin Belirlenmesinde Anayasanın Başlangıcında Yer Alan İlkelerin Hukuksal Değeri", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı, Genelkurmay Basımevi, Ankara.

ÖZBUDUN, Ergun 2000. Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin yay., Ankara.

H. PYLE, Christopher and PIOUS, Richard M. 1984. the President, Congress, and the Constitution, Power and

Legitimacy in American Politics, The Free Press, New York

RADBRUCH, Gustav 2002. Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler, Çev. Vecdi Aral, Kocaeli Üniversitesi yay., Yayın no.71, Kocaeli.

REED, Robert-MURDOCH, Jim 2001. A Guide to Human Rights Law in Scotland, Butterworths LexisNexis, UK.

SADURSKI, Wojciech 2002. İfade Özgürlüğü ve Sınırları, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, 1. Baskı, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara.

SABUNCU, Yavuz 2003. Anayasa-yaya Giriş, 9. Bası, İmaj Yay., Ankara.

SAGLAM, Mehmet 2002. "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi yay., Ankara.

SOYSAL, Mümtaz 1997. 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Baskı, Gerçek yay., İstanbul.

TANÖR, Bülent 1969. Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü yay., İstanbul.

TANÖR, Bülent 1991. İki Anayasa 1961-1982, 2. Tıpkı Baskı, Beta yay., İstanbul.

TANÖR, Bülent 1979. TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, Forum yay., İstanbul.

TANÖR, Bülent 1999. Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği yay., İstanbul.

(44) Bülent TANÖR, Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği yay., İstanbul 1999, s.53.

TANÖR, Bülent -YÜZBAŞIOĞLU, Necmi 2002. Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul.

TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ, "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor", İnsan Hakları Merkez Dergisi, C.III, sy.1, Ocak 1995.

WHEARE, Kenneth C. 1985. Modern Anayasalar, Çev.Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Değişim Yay., Ankara.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi 1993. Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF yay., İstanbul.

Hukuki Pozitivizmde Norm Üretme Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler^(*)

Jale KARAKAŞ^(**)

ÖZET

Hukuki pozitivizm, hem teorik hem de pratik düzeyde hala çok etkili bir hukuk felsefesi akımıdır. Hukuki pozitivizm, özellikle "normativizm", hukuk normunun biçimsel yapısı konusundaki araştırmaları ve vardığı sonuçlarla, hukuk bilgi alanına önemli katkılarda da bulunmuştur. Ancak hukuki pozitivizmin, teorik ve pratik düzeylerde aşamadığı bazı temel problemler hala varlığını korumaktadır. Bu problemler esas olarak hukuki pozitivizmin önemli ölçüde etkilendiği felsefi pozitivizmden kaynaklanmaktadır. Felsefi pozitivizmin bilgi-bilim anlayışını kabul eden hukuki pozitivizm, bilimsel bilgi dışında bir bilgi türü kabul etmez. Felsefi pozitivizmde olduğu gibi hukuki pozitivizmde de, sadece ampirik olarak gözlemlenebilen olgular üzerine bir bilim kurulabilir, olgular dışında kalan herşey "bilinemezlik" ilkesine tabidir. Bu nedenle de hukuki pozitivizmde göre, olgu ve değer arasında herhangi bir bağlantı söz konusu edilemez. Olgu ve değer arasında yapılan bu ayırım, toplumsal ve siyasal olan ayırımını da beraberinde getirir. Oysa toplumsal olan siyasal, siyasal olan toplumsaldır. Hukukun ya da hukuk

normunun üretilmesi biçimleri, olgu ile değer, yasal olan ile toplumsal olanın en önemli temas noktalarından biridir. Bu temas noktasını "devlet" temsil eder. Hukuki pozitivizm ise, "devlet"i siyasal olanın içinde kabul etmektedir. Böylece devlet ve onunla birlikte hukukun oluşturulması da "hukuk bilimi"nin konusu dışında kalır. Hukuki pozitivizmin epistemolojik kabulleri sonucu ortaya çıkan problemler şöyle özetlenebilir: hukuki pozitivizmin bilgi-bilim anlayışı, olgu ile değer (toplumsal ile siyasal) arasına aşılma bir ayrılık koymakta, bu da normlara ve norm üretme sürecine dair bir bilgi olanağını ortadan kaldırmakta ve hukukun amaçlılığını, yani "adalet"i, tamamen siyasal tercihlerin konusu olarak kabul etmeyi getirmektedir.

HUKUKİ POZİTİVİZMDE NORM ÜRETME SÜRECİNDE ORTAYA ÇIKAN EPISTEMOLOJİK PROBLEMLER

Hukuki pozitivizmin tarihsel olarak kökleri ondokuzuncu yüzyıla dek geri götürülebilir, ki "iradeci pozitivizm" olarak adlandırılan ilk dönem hukuki pozitivizminin önemli kaynaklarından biri G.W.F. Hegel'dir. Hukuki poziti-

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildirdir.

(**) Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi

vizm özellikle yirminci yüzyılın başından itibaren etkili olmaya başlamış, 1960'lı yıllarda "genel hukuk teorisi" adı altında canlanarak, hem teorik hem de pratik düzeyde neredeyse rakipsiz bir konuma erişmiştir.

Felsefi pozitivizmden önemli ölçüde etkilenen hukuki pozitivizmin amacı, bir "hukuk bilimi" oluşturmaktır. Bu durumda, doğa bilimleri modeline uygunluk en önemli ölçüt olmaktadır. Oysa hukuk hiçbir zaman, sosyal bilimlerin asli bir parçası olarak kabul edilmemiştir.

"Hiçbir zaman tam anlamıyla bir sosyal bilim olamayan üçüncü alan da hukuktur. Bunun ilk nedeni sosyal bilimlerin oluşumundan önce üniversitede hukuk fakültesinin varolması ve ders programının fakültenin birinci işlevi olan hukukçuları yetiştirme amacına yönelmesiydi. Nomotetik sosyal bilimciler içtihadı belirli bir kuşkuyla karşıyorlardı. Onlara çok fazla normatif ve ampirik araştırmaya çok uzak görünmekteydi. Yasaları bilimsel yasalar değildi. İçinde yer aldığı bağlam fazlasıyla idiografikti. Siyaset bilimi, bu tür yasaların analizinden ve tarihinden koparak siyasal davranışa yön veren soyut kuralları çözümlemeye yönelmişti ve savı, akla dayalı yasal sistemlerin ancak bu yolla oluşturulabileceğiydi."⁽¹⁾

Hukuki pozitivizm, hukukun tüm bu eksikliklerini gidermek ve en önemlisi de onun bir bilim olmasını sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. Hukuki pozitivizmin ikinci dönemi olan "normativizm" in tipik temsilcisi olan kuram, hukukun genel teorisidir. Hukukun genel teorisine göre hukuk ve hukuk normu, içeriğinden sıyrılarak sadece bir biçim (form) olarak incelenmelidir. Çünkü hukuk normunun içeriği her zaman bir

"değer yargısı" ifade eder, bir değer yargısı ise, hiçbir bilimin konusu olamaz. Hukuki pozitivizmin içerik ve biçim açısından yaptığı bu ayrım kaçınılmaz bir şekilde, bir bilim olarak tasarlanan "hukuk teorisi" ile "hukuk felsefesi"ni ayırmayı da beraberinde getirmiştir. Hukuk felsefesi adalet vb. değerlerle ilgilidir, bu nedenle de bir bilim değil, felsefedir. Oysa hukuk normunun kendisi "olgu"dur, dolayısıyla bu olgunun üzerine bir bilim inşa edilebilir.

Hukuki pozitivizmin dayandığı temel varsayım, "pozitivist bilim anlayışı"dır. Bu bilim anlayışı, hukuki pozitivizmin temel epistemolojik kabullerini de belirlemektedir. Pozitivizm her şeyden önce, bilim olan ve bilim olmayan arasına aşılmaz bir çizgi çizer. Bilimin alanı olgular dünyasıdır, sadece olgular ampirik olarak bilinebilir. Olgular dışındaki alan için "bilinemezlik" ilkesi geçerlidir. Hukuk alanında ampirik olarak bilinebilecek olgu ise, "norm"dur. Genel olarak hukuki pozitivizm, normun nasıl oluştu-ruğuyla değil, sadece normun kendisi ile ilgilenir. Hukuki pozitivizme göre, yasa (norm) oluşturma süreci hukuk biliminin alanı içinde yer almaz. Yasa oluşturma sürecini belirleyen, yasa koyucunun politik ve etik tercihleridir. Bu tercihler ise, hiçbir zaman bilimin alanında yer almazlar, hatta "bilgi" konusu bile olamazlar.

"Kelsen'in eleştiricilerinden biri, onun hukuk biliminin görevlerine ilişkin bu tavrını, hukukçu ile yasakoyucu arasındaki alaylı bir söyleşi aracılığıyla yansıtmaktadır: 'Ne tür bir yasa çıkarmanız gerektiğini bilmiyoruz, bu bizi ilgilendirmiyor da. Bize yabancı olan yasakoyma sanatına ait bir konu bu. Kendinize iyi görünün yasaları çıkarınız;

bunları çıkardığınızda, biz, size hangi tür bir yasanın söz konusu olduğunu Latince olarak açıklarız.'"⁽²⁾

Doğa bilimleri alanında son derece işlevsel olarak kullanılabilen pozitivist yöntem, sosyal bilimlere alanına olduğu gibi aktarılmaya çalışılınca, hukuki pozitivizmde karşılaşıldığı gibi, bazı ciddi sorunları beraberinde getirmektedir. "Bilim nedir, bilgi nedir?", "Sosyal bilimlerde olgu ve değer nerede ve nasıl çakışır, nerede ve nasıl ayırılabilir?", "Normların bilimsel özellikleri ile norm üretme sürecinin bağlantısı nasıl kurulabilir?" gibi. Bu sorular çerçevesinde baktığımızda hukuki pozitivizm, bir "hukuk bilimi" oluşturma çabasında, bilimsel bilginin dışında bir bilgi türü kabul etmemektedir. Normları inceleme yöntemini formel yöntemle sınırlamasının nedeni de bu bilgi anlayışıdır.

Hukuki pozitivizm norm üretme işini (yasama faaliyetini) tamamen siyasal iktidara havale etmekte ve, ne siyasal iktidarı ne de siyasal iktidarın bu işi nasıl yaptığını sorgulamaktadır. Normativizm olarak da adlandırılan hukukun genel teorisi araştırmalarını norm kavramında odaklaştırmış gibi görünmekle birlikte, aslında sadece hukuk normunun ayırddici özellikleri ile ilgilenir. Hukuk normunun ayırddici özelliği de "organize edilmiş yaptırım" olarak belirlenir.

Hukuki pozitivizmin hukuk normunun ayırddici özelliği olarak belirlediği "organize edilmiş yaptırım" tanımıyla birlikte, olgu-değer sorunu alanına adım atılmış olur. Hukuki pozitivizm, özellikle de hukukun genel teorisi, olgu-değer ayrımını keskin bir şekilde yapar ve olgusal alan dışında "bilinemezlik" ilkesi-

nin geçerli olduğunu ileri sürer. Ancak hukukun ya da hukuk normunun üretilmesi biçimleri, olgu ile değer, yasal olan ile toplumsal olanın en önemli temas noktalarından biridir.

"Sürekli gerçeklikle hesaplaşmak durumunda olan yorum ve yargılama pratikleri, sistemde farklı düzeylere yerleştirildikleri ölçüde, kendi başlarına hukuki bir anlam ifade eden çeşitli öncüller karşısında daha kapalı ya da daha korunaklı bir varoluş sergiler. Hukuki üretim, hukuka yabancı ama ne yazık ki hukukun terazisine vurulması gereken bir dünyaya açılır. ... hukuk bilimi, hukuki üretimin bu nazik durumundan çok çekmiş ve sık sık orada ortaya çıkan sorunları meselenin dışına itmeye çalışmıştır ama boşuna. Tek bir biçimcilik bile yoktur ki fiziksel olarak tarihsel-toplumsal düzen bağlamının damgasını yemiş temel bir norm -en azından- önvarsaymayacak kadar saf olsun."⁽³⁾

Sosyal bilimlerde olgu-değer çakışmasının en önemli temas noktası olan "devlet" konusunda ısrarlı bir kaçınma tavrı gösteren hukuki pozitivizm, modern "düzen" kavramı da olan devletin, asli organizasyon (yani toplumsal yaşam) içinde yer alan ve hiyerarşiye dayanan tüm ilişki biçimlerinin, kuralsal (normatif) ve kararsal işleyiş (yönetim) modeli olduğunu görmezden gelmeye çalışmaktadır. Birden çok boyuta sahip olan bu işleyiş modeli, hukuki pozitivizm tarafından sadece hukuk boyutuyula, yani biçimsel (formel) yöntemle ele alınarak, bir anlamda içeriksizleştirilir ve içeriksiz biçimler olarak devlet ve hukukun özdeşliği sonucuna varılır.

(1) Gulbenkian Komisyonu, *Sosyal Bilimleri Açın*, Çev.: Şirin Tekeli, Metis Yay., İstanbul 1996, s.33.

(2) Evgeny B. Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev.: Onur Karahanoğulları, Birikim Yay., İstanbul 2002, s.46.

(3) Michael Hardt-Antonio Negri, *Dionysos'un Emeği-Devlet Biçiminin Bir Eleştirisi*, Çev.: Ertuğrul Başer, İletişim Yay., İstanbul 2003, s.127-128.

"Kelsen genel Devlet teorisinin tüm sorunlarını, hukuki düzen(lemen)in geçerlilik ve oluşumuyla ilgili, yani hukuki sorunlar olarak görür. Devlet teorisinin bu şekilde silme-hukukileştirilmesi, bu teorisinin bilimsel geleneğinin, sorunlarının ve tematik düzeninin içinin boşaltmasını getirir."⁽⁴⁾

Bu bağlamda hukuki pozitivizmin "temel norm" kavramı ve doğal hukuk teorisinin "toplum sözleşmesi" kavramı aynı işleve sahiptir. "Temel norm" veya "toplum sözleşmesi" ile yapılan, "üstün bir irade" yaratmaktır, yani "kendi başına bir varlık olarak devlet"i yaratmak.. Toplum sözleşmesi teorileri, demokratik toplumların, dolayısıyla insan haklarının gelişmesinde önemli rol oynamıştır. Ancak toplum sözleşmesiyle, toplumu oluşturan bireylerin bazı haklarını "üstün bir irade"ye devretmeleri anlayışı, hukuku uygulamak için gerekirse zora başvuracak bir gücün (devletin) kaynağına ilişkin bir varsayımdır. Hukuki pozitivizmin "temel norm" kavramı da aynı şekilde devletin kaynağına ilişkin bir varsayımdır. Her iki varsayımın altında da aynı kabul vardır: Devlet, organize edilmiş bir yaptırımlar sistemi olan hukuku yaratacak ve uygulayacak "üstün irade"dir. Aralarındaki fark, üstün iradenin yapısı konusunda doğal hukuk teorileri "olan"a alternatif belirli bir toplum-devlet yapısı önermişken, hukuki pozitivizm "olan"ı olduğu gibi kabul etmiş ve genellikle tartışmamıştır. Doğal hukuk teorilerinin önerdiği toplum-devlet yapısı yirminci yüzyıl başından itibaren hızla gerçekleştirilmiş, hukuki pozitivizm de bu yeni oluşumu bir yandan tamamlamaya, diğer yandan tanımlamaya çalışmıştır. Ancak artık hukuki poziti-

vizm, bu tamamlama ve tanımlama işlevinin sonuna ulaşmıştır.

"Hukuki pozitivizm dönemi, siyasi tarihyazımının benimsediği bir deyimle, 'güvenlik çağı' olarak adlandırılabilir -düzenin siyasal ve toplumsal önvarsayımına sağlam bir inanç, hukuki sistemin mevcut mükemmellik derecesinden ya da, diğer bir ifadeyle, sonsuz bir mükemmelleştirilebilirlik kapasitesi taşıdığından eminlik. Farklı bağlamlarda Hegel ve Kant bu çağın koruyucu ruhlarıdır. Öyleyse kaynaklar meselesi denilen bu mesele sistemin inşasından sonra değil önce ortaya çıkar ve sistemin kurulmasından çok onun nihai olarak tanımlanması ihtiyacıyla alakalıdır."⁽⁵⁾

Hukuki pozitivizmin temel epistemolojik kabullerinden biri, toplumsal ile siyasalın ayrımıdır. Oysa toplumsal olan siyasal, siyasal olan toplumsaldır. Hukuk toplumsal-siyasal bütünlüğün dışında, bağımsız ele alınabilecek bir yapı ya da toplumsal-siyasal bütünlüğün kendisinin tam bir yansıması değildir. Hukuk, özellikle yasaların oluşturulması sürecinde toplumsal-siyasal olanla çok yakından bağlantılıdır. Çünkü hukuk her şeyden önce, amaçlılık özelliğine sahip bir insan etkinliğidir.

"Evrensel olan, toplumun özel bir yönü olarak ve onunla ilişkili fakat geri kalan toplumsal yaşamın üstüne yükseltilmemiş yönetim biçimidir (siyasettir). Polis bunun ilk orijinal örneğidir. ... Devletin bir fikir (bir soyutlama) olarak yüceltilmesi, her ne kadar bazı koşullarda gerekli ve hoşgörülebilir bir hile olsa bile, yine de sahtekarlıktır. Daha önce ancak hayalci ve ihtirashlı bazı prenslerin düşündükleri şeyleri, her ne kadar bu hayal geliştirmekte olan gerçekler ve felsefeden

kaynaklandırırsa da, Devlet fikri onamıştır. İktidarı sınırlama olarak anayasacılık, yalnız formelleşmeyi değil, bu yorumdan özel bir anlam çıkarılması gerektiğini de belirtir. ... Hem dünyevi olan hem de yüceltilen bir şeyin ise sınırlanması gerekir; aksi takdirde kişinin toplama kamplarını boylaması kaçınılmazdır. ...sosyo-politik yeniden bütünleşmeyi sağlama -işler ve çağdaş bir polis yaratmak- belki de modern siyasal düşüncenin ve pratiğinin en acil ve önemli (ve yaygın biçimde inkar edilir) görevidir."⁽⁶⁾

Bu görev sadece siyasal düşüncenin değil, aynı zamanda hukuk felsefesinin de görevidir. "Kendi başına bir varlık olarak devlet", ve "üstün irade" kavramında ifade edilen "egemenlik" anlayışları, üstlerindeki sis perdesinden arındırılarak bilgisel olarak ele alınmak zorundadır. Çünkü sözü edilen devlet ve egemenlik anlayışları, toplumsal olan ile siyasal olanın ayırımına dayanmakta ve aynı zamanda bu ayrımı güçlendirmektedir. Hukukun amaçlılığı, hukuki pozitivizm açısından "toplumsal bir düzen" oluşturma olarak ifade edilebilir. Ancak bu toplumsal düzenin içeriğinin ne olacağı konusunda hukuki pozitivizm suskun kalmayı tercih etmektedir. Çünkü hukukun amaçlılığı, "nasıl olursa olsun herhangi bir düzen olsun" şeklinde ifade edilemez. Hukukun amaçlılığı, adalet kavramına başvurmaksızın ortaya konulabilecek bir amaçlılık değildir.

"Devleti herkes her nasılsa kutsal olarak gördü. Fakat asıl görülmesi gereken ise gözden kaçırıldı. Bu düşüncede olanlar kutsal ilkeleri toplumsal adalete eşit saymadılar: Toplumun koşullarına ve safalarına temel 'değerler'in adil dağılımı-

na karar veren iktidarlar. Nasıl ki, bütün toplumlarda tüm toplumsal davranışın düzenlenmesine gereksinim duyuyorlarsa aynı biçimde toplumlar dağılımının adaletli olmasını sağlayacak ilkeye de gereksinim duyarlar. Bunlardan ilki, dünyamızda, artık açıkça 'yeni korporasyonlar'a aittir; diğeri, belki de 'yeni Devlet'i çağırımızı gerektirmektedir."⁽⁷⁾

Hukuki pozitivizmin epistemolojik kabullerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan, norm üretme sürecinde karşılaşılan problemler şu şekilde sıralanabilir: 1) Hukuki pozitivizmin "bilim anlayışı", bilimsel bilgi dışında bir bilgi türü kabul etmemektedir. Bu kabul sonucu, normlara ilişkin genel bir bilgisel araştırma yerine, sadece hukuk normunun ayırdedici özelliği araştırılmaktadır. Böyle bir araştırma hukuk normlarıyla ilgili ayrıntılı sonuçlar sağlamasına karşın, hukukun oluşturulmasına ve bu sürece ilişkin hiçbir söylememektedir. 2) Hukuki pozitivizmin bilim anlayışı aynı zamanda, olgu ve değer arasında aşılabilir bir ayrılık koymakta, olgusal olanın dışında hiçbir şeyin bilinemeyeceğini ileri sürmektedir. Böylece norm üretme süreci tamamen bilgisel alanın dışına çıkarılmaktadır. Çünkü olgu ve değer arasında yapılan ayırım, toplumsal ve siyasal olanın da ayrılması sonucuna yol açmaktadır. Siyasal olan, değer alanına ait kabul edilmekte, böylece de hukuku oluşturan yapı ve hukukun oluşturulması, hukuk "bilimi"nin dışında bırakılabilmektedir. 3) Toplumsal ve siyasal olanın ayrılması, hukukun amaçlılığının ana konusu olan "adalet" in de siyasal olanın alanına, dolayısıyla siyasal iktidarın tercihlerine terkedilmesi sonucunu doğurmaktadır.

(4) a.g.e., s.166.

(5) a.g.e., s.129.

(*) Vurgular bana ait.

(6) Harry Eckstein, "Devlet 'Bilimi' Üzerine", Der. ve Çev.: Mehmet Turan, Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar, Gündoğan Yay., Ankara 1997, s.58.

(7) a.g.m., s.61.

Türk Hukuk Devriminin Felsefesi^(*)

Yasemin IŞIKTAÇ^(**)

I- Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra ilk hukuksal düzenlemeler "var olan hukuk düzeninin yenilenmesi" amacına yöneliktir. Bu nedenle 1923 yılında Adalet Bakanlığı bir talimat çıkarak yürürlükteki kanunların yenilenmesi amacıyla komisyonlar kurulmasını istemiştir. Bu komisyonların çalışmaları sırasında yararlanılacak hukuk kaynakları da aynı talimatta; fıkah hükümleri ve diğer uluslarca benimsenmiş yasal düzenlemeler olarak belirtilmiştir. Anayasalarla birlikte bir hukuk sisteminin asıl taşıyıcı ögesi olan medeni yasalar, bir hukuk düzeninin sistem olarak anlaşılmasında son derece büyük öneme sahiptir. Medeni hukuk alanında Ahkâm-ı Şahsiye ve Vacibat Komisyonları olmak üzere iki komisyon kurulmuştur. Her iki komisyon da eski gelenekçi tutumdan kopamamıştı ve bir çok tartışmadan sonra 19 Mayıs 1924'te yeni bir talimatname ile komisyondan "çok acele hazırlanacak modern kanunlar" istenmiştir. Bu talimat yeni yasalar yapmak için gereken uzun ve meşakkatli çalışmaların yerine uygun yasaların tercümesi yani resepsiyon seçeneğinde karar kalmıştır.

Türk Hukuk devrimini ilginç bir resepsiyon olarak ele alabiliriz. Resepsiyon yani iktibas yabancı ülke hukukunun benimsenmesi yoluyla hukuksal değişimin gerçekleştirilmesidir. Resepsiyon aslında bir reform çabasıdır. Reform ise var olan düzendeki bazı uygulamalardan hoşnut olmayıp sistemin özünü değiştirmeksizin belirli kurum, değer ve faaliyet ya da koşullarda bazı değişiklikler gerçekleştirildiğinde var olan düzenin iyileştirileceği, geliştirilebileceği ya da kurtarılabileceği düşüncesidir. Siyasal, ekonomik ve hukuksal reformlar var olan yapı içinde gerçekleştirilir.

Yabancı hukukun benimsenmesi (Reception, Rezeption) ile belirli bir hukuk düzeninde gelişen bir hukuk kurumu, kavramı ya da olgusunun veya bunların tümünden oluşan bir bütünün, istenerek, başka bir hukuk düzenine alınması anlaşılar. Benimsenmenin başlıca özellikleri, benimsenen hukuk olgusunun benimsenen ülke tarafından istenerek alınıp aktarılması ve benimsenen hukukun ana yurdu ile benimsyen ülke arasında iki yanlış bir ilişkinin bulunmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti geleneksel doğu modelini be-

nimsyen imparatorluk hukukundan modern yaklaşımlı batı-laik hukuk düzenine köklü bir geçiş yaparak salt bir yasal hareketliliği değil aynı zamanda köklü yapısal değişiklikleri de gerçekleştirdiği için bu tutum bir devrim olarak isimlendirilmektedir. Bu bağlamda batılılaşma sadece bir amaç değil, tüm ilkeleriyle birlikte sistemli kalkınma ve aydınlanmanın bir aracı olarak da görülmüştür.

Aslında Osmanlı İmparatorluğu 19.yy.'ın ikinci yarısından itibaren sistemde aksayan yönleri düzeltme arayışına girdiğinde batının başarılı işleyen kurumlarına dikkatini yöneltmiştir. Bu yenileşme çabaları bir devrim olarak değerlendirilemez. Ancak Cumhuriyet'le birlikte zihniyet değişikliğinin de öngörülmesi resepsiyonun anlamını değiştirmiştir. Batı Avrupa'da kanunlaştırma hareketinin kaynağı olan "Doğal Hukuk" akımı, akılcı felsefe, hukuk güvenliğinin sağlaması gibi etkenlerin yerine siyasal ve ekonomik etkenlerin Osmanlı İmparatorluğu'ndaki kanunlaştırma hareketleri üzerinde etkili olduğu görülmektedir. Yeni resepsiyonda ise Cumhuriyet döneminden önceki benimseme hareketlerinden farklı olarak rasyonalizm, millî egemenlik ve laiklik ilkeleleriyle modern ulus devlet yapısına köklü bir yönelim gösterir.

Önemli bir sosyolojik sorun olan toplumsal değişim açısından, reform ya da çalışmanın özgün yönelimi olarak resepsiyonun anlaşılmasında genel toplumsal değişim sorunlarının özgün bir değerlendirmesi yapılmalıdır. Toplumsal değişim içsel ve dışsal değişim biçiminde gerçekleşebilir. Akademik olan bu ayrıma rağmen aslında değişimin kökeni, tümüyle dışsal veya içsel etkenlere bağlı olarak açıklanamaz.

-Toplumsal değişimin nerede başladığı

-Toplumsal değişimi başlatan gruplar

-Değişimin yönü, hızı vb.

Bu üç gösterge toplumların büyüklüğü ya da karmaşıklığı derecesine göre de değişmektedir.

Aslında tüm toplumsal değişimler gibi resepsiyon da bilinçli bir değişimdir. Çünkü bireylerin amaçlı eylemleriyle olur. Ancak amaç ve hedef arasında her zaman tutarlı bir çizginin bulunduğu ileri sürülemez. Çünkü toplumsal yaşamdaki çok sayıdaki girdi beklentilerinin her zaman olduğu gibi gerçekleşmesine olanak tanımaz. Yani amaçlanan şey başka, ortaya çıkan sonuç başka olabilir.

Değişimin amaçlı değişim niteliğini kazanması ortak bir amacın belirli ve planlı bir değişim süreci ile derece derece gerçekleştirdiği modern toplumlarda olmaktadır. Toplumsal kaos dönemlerinde etkin bir hukuk uygulamasından söz edemeyiz. Bir hukuk düzeninin geçerliliği, ancak bu düzene çoğunluğun uyması ile gerçekleşebilir. Çoğunluk var olan hukuk düzenini yadsıdığına, düzen kağıt üzerinde geçerliliğini koruyabilir ama, toplumsal planda artık geçerliliğini yitirmeye başlamış demektir. Kaosun sona erdirilmesi için önce düzenin sağlanması sonrada bu düzenin nitelikli bir hale getirilmesi yani hukuksal sisteme çevrilmesi gerekir. Toplumsal değişim farklı hız ve boyutlarda da olsa her toplumda gözlenen ve o toplumun bütün kurumlarını etkileyen bir süreçtir. Ekonomi, hukuk gibi temel toplumsal kurumların insanların temel gereksinimlerinin karşılanması sürecinde ortaya çıkan yeni gereksinimler yükselen talep ve değişime neden olmaktadır. Hunt, toplumsal değişimi "bir toplumun sosyal yapısındaki ve ilişkilerindeki değiş-

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'na 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildiridir.

(**) Doç. Dr. Yasemin Işıktaç, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

me" olarak tanımlarken⁽²⁾, Moore, toplumsal değişmeyi "normlar, değerler, kültürel ürün ve semboller kapsayan sosyal yapının değişmesi" olarak tanımlar⁽³⁾. Normatif yapıya atfedilen bu önem hukuksal argümanın değişiminin toplumsal açıdan taşıdığı önemi göstermektedir.

Batılı olmayan toplumlardaki değişim sürecini açıklamak amacıyla gerçekleştirilen modernleşme kuramı her şeyden önce modern ve geleneksel olarak nitelendirilen iki toplum tipinin karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Bu tipleştirmede esas olarak modern toplum tipinin ne olduğu ifade edilmiş, geleneksel toplum ise bir tür "modern olmayan toplum" biçiminde algılanmıştır. Bu algılama açısından hukuksal değişimin iki ilginç örneği olarak Japonya ve Türkiye üzerinde durulabilir.

Japonya doğulu bir ülke olarak modernleşme sürecinde hukuksal resepsiyonun ilginç bir örneği olarak durmaktadır. M. S. 660 yılına kadar uzayabilen Japon İmparatorluk geleneği Çin yönetim modeli üzerine kurulmuştur. Feodal bir yapılanma olarak yüzyıllarca iç savaşlar yaşayan Japonya tarihinde sadece iki kez Moğol istilasına uğramış bunun dışında içe dönük bir toplumsal ilişki sürdürmüştür. Avrupalı sömürgecilerin 17. yüzyıl ortalarına doğru Japonya'yı keşfi ve sömürgeci faaliyetler yeni bir içe kapanma sürecini başlatmış ve 250 yıl sürecek bir despotizmi tetiklemiştir. Hristiyan misyonerlerin katli, ülke dışına çıkışı yasaklamak için gemi yapım yasağı ve yabancıların ülkeye girişinin

engellenmesi gibi tedbirlerin konulmasına yol açmıştır. 1868'de Tokugava hanedanının devrilmesiyle yeni bir reform dönemi başlamıştır. "Batının teknolojisi ve doğunun kültürü" sloganıyla Japonya yeni bir açılım sürecine girmiştir. Batının teknolojik gelişimi ve kurumları yavaş yavaş Japon uygulamasına yansımıştır. Daha sonra 2. Dünya Savaşı'ndan yenilerek çıkan Japonya özellikle Amerika'nın da baskısıyla yeni bir batılılaşma ve demokratikleşme sürecine girmiştir. Bu daha çok siyasal yapılanmaya yansımıştır. Japonya tıpkı Türkiye gibi Kıta Avrupası hukukunu özellikle de Alman hukukunu benimsemiştir. Japonya'nın bugün ulaştığı gelişmişlik düzeyi çoğu zaman başarılı resepsiyonu, girişimciliği ve çalışkanlığı ile birlikte değerlendirme konusu yapılmaktadır⁽⁴⁾. Gerek Türk uygulaması gerekse Japon uygulaması bilinen en başarılı resepsiyon örnekleri olarak gösterilmektedir.

Japon Meiji Restorasyon Dönemi hukuk hareketleriyle hem Tanzimat Dönemi yenileşme hareketleri hem de Cumhuriyet Dönemi benimsemeleri arasında bazı ilginç benzerlikler bulunmaktadır. Her iki ülkede yabancı hukukun benimsenmesini batılılaşmak yani çağdaşlaşmak amacıyla yapmıştır. Gönüllü bir seçiş olması açısından da modeller benzerdir. Tanzimat yenileşmesi ve Japon hukuklarının modernleşmesinde dış ticari baskıların etkisi olduğu söylenebilir. Değişikliklerin kapsamındaki genişlik gerek Japon resepsiyonunun gerekse Türkiye Cumhuriyeti resepsiyonunun

devrimsel niteliğini göstermektedir. Belirli bir hukuk sisteminde yer alan ulusal bir hukuk düzeninin, başka bir hukuk sistemine yerleştirilmesi söz konusudur. Her iki ülkede de kendisine özgü bir dünya görüşü, hukuk anlayışı, yönetim biçimi ve gelenekler sisteminin varlığı dikkat çekmektedir.

Sürekli değişim ve gelişim içinde bulunan toplumlar, başka toplumların buluşu ya da ürünü olan bazı kurumları benimseyebilirler. Bir toplumun yaşam biçimini düzenleyen hukuk bu tür değişim konu olan en temel alanlardan birisidir.

Türk hukuku açısından resepsiyonun çok cesurca ve geriye bakılmaksızın yapıldığı bir gerçektir. Bu yolla kabul edilen Avrupa kanunlarının toplumsal yaşamı nasıl ve ne ölçüde etkilediği ise hem hukuk sosyolojisinin hem de hukuk tarihinin en zor sorunlarından birisidir. Sadece resepsiyonla alınan yasalar değil toplumsal yaşama düzeninin programı olarak hukuk alanında yapılacak her türlü değişim, toplumun bütününden ya da yasaların getirdiği düzenlemelerle uyum gösteremeyen çeşitli kesimlerden tepki alabilir. Toplumu oluşturan sınıf ve yapı farkları ile birlikte bulunan birçok toplumsal katmanın her zaman birlikte hareket etmesini beklemek mümkün değildir. Buna ek olarak zihniyet olarak gelenekçi veya yenilikçi oluş da önemli bir etkidir. Bu nedenlerle resepsiyonla ilgili değerlendirmeler yapılırken resepsiyonun sadece hukuksal bir değişim olarak ele alınması yeterli değildir. Bu önemlidir; ancak bunun yanında tarihsel, sosyal ve politik nedenler ve bunlara eşlik eden diğer pek çok şart da göz önüne alınmalıdır. Bu nedenlerle Türk

Hukukundaki bu köklü değişimin temel koşullarını göz önünde bulundurarak ele almak gerekir.

II-Tarihsel Perspektif

Devleti devlet yapan üç temel unsur olan toprak, halk ve egemenliğin 30 Ekim 1918 Mondros Ateşkesi ile bütünüyle parçalanması Osmanlı Devletinin fiilen sonuçlanması anlamına gelir. Kısa bir kargaşa ve kararsızlık anından sonra ortaya çıkan boşluk Sivas Kongresinden başlayan bir süreçle doldurulmuştur. Mustafa Kemal Anadolu ve Rumeli Müdafaa-ı Hukuk Derneklerini de arkasına alarak yeni bir siyasal cephe oluşturmuştur. 1919'da yapılan seçim bu siyasal yapının temellerini sağlamlaştırmışken 28 Ocak 1920'de İstanbul'da toplanan Meclis-i Mebusan'da Anadolu'da hazırlanan Misak-ı Milli Beyannamesi ile bu siyasi yapı yeni bir devlet olma olanağına kavuştu. Türkiye'de 1920'den itibaren kurulmaya başlanan yeni siyasal anayasal rejim Mustafa Kemal'in damgasını çok güçlü bir şekilde taşımakla birlikte ulusal bağımsızlık savaşının koşullarından doğmuştur⁽⁵⁾.

Misak-ı Milli birkaç açıdan son derece önemlidir. İlki ülkenin siyasi gelişiminin önünü açmak, ikincisi bir hukuksal bütünlük sağlamak, üçüncüsü ise mali gelişme için engel oluşturan kapitülasyonları kaldırmak. Misak-ı Milli sadece tam bağımsız bir devlet olma isteğini değil aynı zamanda farklı bir yapılanmanın ortaya çıkarılacağını da göstermektedir. Osmanlı merkezi olan İstanbul 16 Mart 1920'de işgal edilince ortaya yeni bir durum çıkmıştır. O da yeni devletin merkezinin İstanbul olmayacağıdır. 23 Nisan 1920'de o zamanlar küçük bir Anadolu kasabası olan Anka-

(2) C. L. Hunt, *Sociology*, 4. Edition, Tokyo, Tosho Printing, 1976, s. 538 vd.

(3) W. E. Moore, "Social Change", *International Encyclopedia of Social Sciences*, New York, McMillan, 1968, s. 366.

(4) Bozkurt Güvenç, *Japon Kültürü*, 4. Baskı, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1992; Karel von Wolfen, *Japon Gücünün Sırrı*, 2. Baskı, çev. İnci Kurmuş, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1992.

(5) Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişimleri*, 4. Baskı, İstanbul, Y.K.Y., 1997, s. 45 vd.

ra'da TBMM toplanmıştır. TBMM seçim yoluyla kurulmuştur ve verdiği ilk karar da İstanbul hükümetini tanıma-mak olmuştur⁽⁶⁾. Kurulmuş olan bu hukuksal zemin egemenliğin bir aileden alıp doğrudan halka vermiştir. Böylece siyasal kökenli bir hareketle hukuka ilişkin temel düzenlemelerle bir yön çizilmiş oldu. Bu gelişmeleri 20 Kasım 1922'de yapılan Lozan Konferansı izlemiştir. Lozan Konferansı en az kuruluş çalışmaları kadar önem taşır. Yeni cumhuriyetin tam bağımsızlığının asıl uluslararası alanda kabulü anlamına gelir. Bu konferans ile genç cumhuriyetin hukuksal olarak tam bir değişim içine girmesi, ülke topraklarında yaşayan ve o güne kadar çeşitli kapitülasyonlarla ayrıcalıklar elde etmiş olan azınlıklar açısından önemli tartışmalara yol açmıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun dinsel yanı ağır basan hukukunun⁽⁷⁾ tek hukuk olarak kabulü halinde azınlıklara da uygulanacak olması Lozan'daki en büyük tartışmalardan birisidir. Kapitülasyonların bir sonucu olarak konsolosluk mah-

kemeleri ilgili oldukları azınlıkların hukuksal sorunlarını çözümlenmekteydi. Bu yeni devletin tek hukuk altında bütünleşmesi açısından çok büyük bir engeldi ve 17 Aralık 1927 tarihli Başbakan Rauf Bey'in şu telgrafı temel kaygıları ortaya koyuyordu: "... Yabancıların mahkemelerimize başvurmalarını da tabamız gibi hukuk ve özgürlüklere haiz, fakat tamamen yasalara tabi olacaklarını kanunlarımızın çağın gereksinimlerine göre düzeltilmelerine taraftar olduklarını, herhangi bir devletin tebaasından uzmanlara gereksinim duyulduğunda başvurabileceğini ancak adli teşkilatımızda veya hakimlerimizin arasında bir yabancıнын kabulüne izin vermeyeceklerini" bildirmektedir⁽⁸⁾. Lozan'da asıl tartışmaların özel hukuk alanlarında özellikle de aile hukuku alanında çıktığını görüyoruz. Kapitülasyonların kaldırılması tartışılmaktadır. Ancak büyük devletlerin Türk adalet sistemine kapitülasyonlardan daha geniş bir denetim ağı kurmak üzere hazırlıklar yaptıkları da görülmür. Lozan da 31 Ocak 1923'te Türk he-

yetine sunulan "Türkiye'de adaletin yönetilmesine ilişkin bildiri tasarısı"nda Türk adalet bakanlığı ile bazı şehirlerin mahkemeleri ve Yargıtay'a 5 yıl süre ile hukuk danışmanları ataması öngörülmekte ve danışmanlara "Kanunları Adalet teşkilatını ve cezaevlerini çağdaş koşullara uydurmak için gerekli reform tasarılarını hazırlamak görevleri verilmektedir"⁽⁹⁾. Ancak bu konu büyük tartışmalara ve sonuçta konferansın kesilmesine yol açmıştır. Türkiye'nin tezi "Türkiye'deki azınlıkların haklarını diğer anlaşmalarla kabul edilen esaslar içerisinde ve Müslümanlarla aynı şartların sağlanması ile kabul edilir. Azınlıkların korunması, Türk ülkesinin bütünlüğüne ve bağımsızlığına zarar verecek bir bahane olarak kullanılamaz", biçiminde özetlenebilir. Sonuçta Türk devletini din ayrımı yapmaksızın tüm vatandaşlarına uygulanacak bir Medeni kanun çıkarma hakkının korunması bir yıl içinde yeni kanun yayınlanana kadar azınlıkların eski yasal düzenlemelere uyma gereği noktasına varılmıştır⁽¹⁰⁾.

Bu tartışmalarda batı ülkelerinin Türkiye'de yaşayan herkese uygulanabilir genel nitelikte bir kanun hazırlanmasının olanaksızlığı konusundaki düşüncelerine Türkiye Cumhuriyeti üç yıl sonra yeni bir medeni yasa ile yanıt vermiştir⁽¹¹⁾.

Sonuçta Lozan Antlaşması ile sadece azınlıklar değil, ülkede bulunan yabancılar da ayrıcalıklarını kaybetmişlerdir.

Artık yabancılarla, vatandaşlar arasında hukuksal açıdan bir farklılık olmayacaktır. Hukuksal temel olan eşitliktir. Bu kabul hukukta reform hareketlerinin başlaması için uygun ortam yaratmıştır⁽¹²⁾. Öneriler özellikle Avrupa'da eğitim almış aydınların önerisi, hukuka ilişkin daha önce yaşanmış hatalı deneyimlerden sıyrılarak batı hukuk ilkelerinin bilimsel dayanakları ile birlikte bir hukuk birliği sağlayacak biçimde kabulüdür⁽¹³⁾. Bu radikal önerileri 3 Mart 1924 tarihinde halifelüğün kaldırılması, tevhid-i tedrisat kanununun kabulü izlemiştir. Böylece gereksinimlere cevap vermeyen eski hukuk, bütünüyle bırakılacak batıdan resepsiyon yoluyla alınan hukukla sistem yeniden kurulacaktır. Bütün yasalar içinde özel bir yere sahip olan medeni yasalar, başka hukuk dalı tarafından veya özel bir takım kurallarla düzenlenmeyen insanın bir kişi olarak önem taşıyan tüm işlem, eylem ve ilişkilerini düzenleyici bir genelliğe sahiptir. Bu genellik medeni kanunların belli zümre ya da meslek veya yaş grubunu değil tüm toplumu kapsayıcı olduğunu gösterir. Öyle ki bu eşitlik belli ölçüde yabancıları da kapsayabilir. Bu derece önemli bir yasanın ne tür bir yapılanma ile ortaya çıkarılacağı konusu gerçekten de büyük güçlükler arz eder. Bir çok tartışmadan sonra İsviçre Medeni kanunu 17 Şubat 1926'da kabul edilmiştir ve 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiştir⁽¹⁴⁾. Monogami, medeni haklardan yararlan-

(6) İstanbul hükümetini tanımadığına dair ilk karara ek olarak 23 Nisan 1920 tarihli TBMM'nin suret-i teşkil hakkındaki heyet-i umumiye kararı 25 Nisan 1920 tarihli "kuvvet-i icra teşkiline dair heyet-i umumiye kararı" ve 2 Mayıs 1920 tarihli "TBMM icra vekillerinin suret-i intihabına dair 2 Sayılı kanun"la meclis hükümetini oluşturmak için gerekli olan hukuksal zemini de hazırlamış oldu. 28 Şubat 1921 tarihine kadar çıkarttığı 104 yasa ve karamame ile yeni devletin hukuksal yapısı şekillenmiştir. Bkz. Ergun Özbudun, 1921 Anayasası, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 1992, s. 20 vd.

(7) Teokratik bir devlet olan Osmanlı İmparatorluğu, temelde İslam hukukunu uyguluyordu. Ancak Osmanlı hukuku sadece İslam hukukundan ibaret değildir. Kamu hukukuna ilişkin konularda padişah İslam hukukunun temellerine aykırı olmamak veya bu alanın dışında olmak koşuluyla hukuk yaratma yetkisini kullanırdı. Kamu hukuku alanına İslam hukuku kurallarının azlığı, geniş topraklara ve birbirlerinden ırk, din, kültür bakımından büyük farklılıklar gösteren insan gruplarına hükmeden devletin şartlara ve zamana uyma gereksinimi padişaha bu yetkinin verilmesini zorunlu kılmıştır. Padişahın daima bir oluşum ve gelişim halinde bulunan hayatın her gün getirdiği farklı ve yeni gereksinimlere uygun olarak ceza, vergi, toprak hukuku gibi alanlarda koyduğu kurallara "örfi hukuk" adı verilir. Padişahlar şeriat dışı alanda akıl yoluyla ve eski Türk geleneklerinden de yararlanarak koydukları kurallarla Osmanlı Devlet örgütüyle ilgili ana düzenlemeleri yapmışlardır. Bunlar kanunname başlığı altında toplanmıştır. Örfi hukuk sadece kamu alanında geçerli olup özel hukuka ilişkin konular bütünüyle İslam hukuku ilkelerine göre kadılar tarafından fıkıh kitaplarından benzer olaylar araştırılarak kıyas yöntemi ile çözülmüştür. Ülkede yaşayan farklı din ve mezheplerdeki gayrimüslimlere ise yine İslam hukukunun bu konudaki "zimmet" hükümlerine uygun olarak kendi dini hukuk kuralları uygulanmıştır. Bkz. Halil Cin, "Osmanlı Hukuku ve Tanzimat Dönemi Yargılama Usulü", 150. Yıldönümünde Tanzimat, Ed. H.D.Yıldız, Ankara, 1992, s. 2; Haim Berger, "Sharia Law and Custom in the Ottoman Law", The Court Record of the 17. Century, Bursa, International Journal of Turkish Studies, BD. 2, 1981, ss. 131-147.

(8) Bilal Şimşir, Lozan Telgrafları I, No:4, s. 104.

(9) Cemil Bilsel, "Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi", Medeni Kanunun XV. Yıldönümü için Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1944, s. 31 vd.; Seha Meray, Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar, Belgeler, Cilt:1, Ankara, 1972, s. 41-42.

(10) Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayını, 1996, s. 180 vd.

(11) Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s. 181.

(12) Bilsel, "Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi", s. 34.

(13) Ziya Gökalp, Türkçülüğün Esasları, İstanbul, 1970, s. 74.

(14) Bu sırada bazı medeni yasaların da resepsiyon ile ilgili tartışmalar yapılmıştır. Örneğin Alman Medeni Yasası eskiliği, hukuk Almancası'nın güçlüğü ve detaycılığı nedeniyle, İtalyan medeni yasası ise özellikle aile hukukuna ilişkin Katolik tutumu nedeniyle reddedilmiştir. M. E. Bozkurt, "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?" Medeni Kanunun XV. Yıldönümü için Armağanı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1944, s. 7-20.

ma ve onları kullanma, miras, evlilik birliği, boşanma, velayet, kadın erkek eşitliği gibi çağdaş bir çok ilke benimsemiştir. Türk medeni yasası genel, milli, sosyal ve dini farklılıkların hak ehliyetini etkilemesine izin vermediği için de laik özellikler taşımaktadır. Türk Medeni Kanunu bu özellikleri ile demokratikliğini ve devrimciliğini vurgulamıştır⁽¹⁵⁾. Bunun anlamı; “Çağdaş uygarlığın Türk toplumuyla bağdaşmayan yönleri varsa, bunun sebebi Türk milletinin yetersizliği ve bilgisizliğinden değil, onun gereksiz bir biçimde varmış bulunan ortaçağ örgütü ve dinsel düzenlemeler ve kurumlardır”. Medeni Kanun bu gerekçe ile, “geri kalmışlığın ve çağdaş uygarlıktan uzak kalışın sebebinin Türk toplumunun yetenek eğilimine bağlanamayacağını, Türk milletinin yetenekli ve bilgili olduğu, ancak milletin birtakım hürâfelerle aldatıldığını” ortaya koymaktadır. Aynı gerekçede amaç olarak da “çağdaş uygarlığı kendisine değil, kendisini bu uygarlığa uydurmak zorundadır” denilmektedir. Aynı doğrultuda 26.6.1956 tarih ve 6762 sayılı, 1. ocak 1957 de Türk Ticaret Kanunu, 18 Haziran 1927 de Hukuk Muhakemeleri Usulü yasaları da yürürlüğe girmiştir.

Yukarıdaki tarihsel perspektif şu sonuçları gösteriyor;

- Tek tip bir hukuka gereksinim duyulması

- Yenilik ve gelişimleri karşılayabilecek nitelikte bir hukuk sistemi oluşturma istemi

- Tam bağımsızlığın anahtarı olarak ve dış baskılardan kurtulmak için ulusal yapıyı bütünleştirici tek hukukun zorunluluğu.

Bu hedeflerle başlayan Türk hukuk devrimi özü itibarıyla bugüne kadar ay-

nı doğrultuda gelişimini sürdürmüştür. Sistemin özel hukuk alanındaki bu başarisına karşın kamu hukuku alanında özellikle de insan hakları ile ilgili hala eleştiri alıyor olması ise başka bir konudur. Tazminattan beri özlemi çekilen “zamanın ihtiyaçlarına uygun kanunlar”, “çağdaş bir hukuk sistemi yaratma” amacı kamu hukuku alanındaki yasalara da yansımıştır.

Çağdaş hukuk zihniyeti yazılı hukuk kurallarını oluştururken, üstün hukuksal ve insan değerleriyle toplumun ileriye dönük gereksinimlerini göz önünde bulundurmıştır. Hukukun genel ilkelerle biçimlenmiş genel ve soyut yapısı gelecek beklentileri de eklenerek hukuka bir dinamizm kazandırılmıştır.

Atatürk, hukuk devrimini geleneksel doğmalardan kurtarmak için çağdaş batı hukuk sistemlerinde olduğu gibi toplumun ihtiyaçları doğrultusunda gerekli olan yeniliklere açık bir hale gelmesini sağlamıştır.

Tanzimat dönemi yenileşme hareketlerinde farklı bir tutum görüyoruz. Örneğin 1856 Fransız Ceza Kanunu yeni ceza kanunu olarak benimsenirken birinci maddesinde “...her halde Ahkâm-ı Şer’iye’nin mahfuz bulunduğu” hükmü konularak yeni hukukun uygulaması açısından hem zihniyet olarak hem de teknik açıdan oldukça kapsamlı bir istisna getirilmiştir. Oysa Cumhuriyet döneminde hukuk devrimi bu tür tavizleri bünyesinden bütünüyle uzaklaştırmıştır.

Yenilik ve gelişimleri karşılayabilmek açısından “milli egemenlik” kavramının benimsenmesi ulus devlet modeliyle örtüşür ve çağdaş batılı düşünce ile aynı paraleldedir. Gerçi 1876 Anayasasında egemenlik millet ilişkisini kur-

muştur. Ancak 4., 7. ve 87. mad. Ahkâm-ı Şer’iye’ye uygunluğa açık göndermeleriyle sınırlı bir milli egemenlik belirlemesi yapmıştır. 20 Ocak 1921 Anayasasının 1. mad. “hâkimiyet bila kaydü şart milletindir” diyerek net bir yaklaşım göstermiştir.

1937’de açıkça anayasaya girmiş olan laiklik Türk hukuk devriminin temel ilkesidir. 1928 anayasa değişikliğiyle devletin resmi dini ve şariat hükümlerinin uygulamasıyla ilgili maddelerin kaldırılmasıyla fiilen laiklik yerleşmiştir. Laiklik ilkesi Türk hukuk devrimini oluşturan unsurların bir sonucu olarak görülmemelidir. Aksine laikliğin Türk hukuk düzenindeki tanımı hukukun kaynağının rasyonelleştirilmesidir. Kurulmuş olan hukuk düzeni, günlük yaşamda din üzerindeki baskıyı engellemek diğer yandan dini, toplum yapısını ve yaşantısını belirleyen bir unsur olarak değil, kişilerin kendi bünyelerinde bulunan kişisel bir kurum olarak ele alır.

Ceza hukuku alanında 1810 tarihli Fransız Ceza kanunu 1858 yılından beri yürürlüktedir. Bu yasa üzerinde pek çok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin yasanın bütünü üzerinde etkileri ve daha güçlü bir siyasal iktidar yaratmayla ilgili amacı da göz önünde tutulduğunda yeni yönetimin bu yasaya da sıcak bakamayacağı açıktır. Önerilen 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasasıdır. Çeşitli tartışmalardan sonra 1.3.1926 tarih ve 765 Numaralı kanun 13 Mart da yayınlanmış ve 1 Temmuz 1926 da yürürlüğe girmiştir. Bu yeni yasanın en önemli hükmünün “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi olduğunu söyleyebiliriz. Bunun yanında bir çok insan onu-

ruyla bağdaşmayan ceza da ortadan kaldırılmıştır.

1877 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa dayanarak hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve vergi kanunları da hazırlanıp yürürlüğe girmiştir.

Bir bütün halinde ele alındığında Türk hukuk devriminin kapsamının genişliği daha çok anlaşılmaktadır. Hukuk devrimi özelliği gereği diğer tüm devrimlerin hem temelini hem de güvencesini oluşturmuştur. Kemalist devrimin bir aracı olarak hukuk, geleneksel yapının değiştirilmesine yönelik politikaların bir güvencesi de olmuştur. Hukuk devriminin kökeninde Atatürk’ün açıkça belirlemiş olduğu “dışa bağımlılıktan kurtulmak için kalkınma” ve “demokratik toplumlardaki siyasal, sosyal ve ekonomik özgürlüklere kavuşma” istemi asıl itici güçtür. Böylece ülke muasır devletler topluluğuna dahil edilmiş olacaktır⁽¹⁶⁾. Resepsiyon, Türk milletinin kendi kimliğinden vazgeçmesi anlamına gelmemiştir. Resepsiyonla alınan yasaların iktibas öncesi koşullar ve daha sonradan ortaya çıkan gereksinimler doğrultusunda yapılan değişiklikler de hukukun milli karakterini belirginleştirmiştir. Aslında benzer hukuk kurallarının farklı sonuçlar veriyor olmasını bir yandan da olumlu alabiliriz. Benimsenmiş hukukun içselleşmesi uygulamanın milli nitelik kazanması bu farklılaşmalar çerçevesinde de alınabilir. Ancak Türk uygulaması açısından mehz yasadın bütünüyle bir kopuştan söz edemeyiz. Aksine uygulamada örneğin İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını ve doktrinini dikkatle izlendiğini görmekteyiz.

(15) Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, s. 198.

(16) Mustafa Kemal Atatürk, *Nutuk*, C. II, s. 124 vd.

Yargıtay çeşitli kararlarında bunu açıkça göstermiştir⁽¹⁷⁾. Türk Doktrini ve uygulaması ile yabancı yasalar millileşirken, Türk sosyal yaşamındaki yabancı oluş niteliğini de yitirmiştir. Böylece hukukun en başarılı uygulanması olarak benimseme ile ilgili süreçler yürürlüğe girmiştir. Eski hukuk sisteminin mülkiyet ve geliştirilmiş ticari uygulamaları medeni hukukun özellikle borçlar hukuku ve mülkiyete ilişkin konularındaki başarısını garantilemiştir. Resepsiyonun hukuk sisteminin bazı dallarında daha başarılı olması doğaldır. Ticaret Hukuku gibi modern ekonomik ve teknik gereksinimleri karşılayacak bir alanda yabancı kanunların alınması daha kolaydır. Çağdaş koşulların yarattığı gereksinimlerin benzerliği ve hukukun globalleşmesi bu tür benzeşmeleri giderek arttırmaktadır.

Türk Hukuk Devrimi ile hızla yabancı kanunlar tercüme edilmiş, meclisten geçmiş, halktan hemen hiç tepki almadan yürürlüğe sokulmuşlardır. Ancak farklı hukuk ortamlarında, farklı toplumların gereksinimlerine uygun olarak doğmuş, farklı kültürlerin ürünü olan ve birbirleriyle homojenlik içinde olmayan pek çok yasanın yürürlüğe konması kuşkusuz bir şüpheye yol açmıştır. Yeni Hukukun tüm kuralları uygulamada hemen geçerli olmamıştır. Alışkanlıklar, inançlar, pratik gereksinimler, sosyal gerçekler karşısında bazı kurallar aynen uygulanamamıştır. Aile Hukuku ve kısmen Miras Hukuku alanında kadın erkek eşitliğine yürürlük kazandırmak ve özellikle medeni nikah usulünü bütünüyle yerleştirmek ne yazık ki mümkün

olmamıştır. Bu alanlarda bir kısım eski hukukun izi olarak sürdürülen gelenekler, yürürlükteki kanunlara ters düşüyordu. Kanun koyucunun, bu alışkanlıklar sonucu toplumun bir kısmının yeni yasa karşısında uğrayacağı ve bir süre sonra topluma yansıtacak olan zararları azaltmak için ayrıksı hükümler konulması, örneğin resmi memur önünde yapılmış nikaha dayanmayan birleşmelerin - imam nikahı veya başka şekiller altında devam eden beraberlikler gibi- geçerli evlilik ve bu birleşmelerden doğan çocukların da nesebinin sahîh olarak kadınla erkeğe izafeyle tescilinin yapılması gibi- çatışmanın en tipik örneğini oluşturmaktadır. Çeşitli af yasası uygulamalarını da bu önlemlere ek olarak gösterebiliriz. Bu sorunların hukukun iktibas edilen diğer dalların değil, sadece Aile Hukukuna ilişkin olduğuna da dikkat edilmelidir. Üstelik, yeni hukuk kurallarının yerleşmesinde karşılaşılan güçlükler de sadece eski hukukun getirdiği alışkanlıkların devam etmesi değil, yeni kanunun getirdiği ayrıntılı şekil şartları gibi teknik, halkın kültür, eğitim düzeyi gibi sosyal ve nihayet ekonomik koşulların da rol oynadığı unutulmamalıdır.

Eski ve yeni yaşam biçimleri arasındaki çatışmaların bir süre daha yaşanacağı şüphesizdir. Ancak, hukukun itici gücü sosyal geleneklerin oluşumunu yeni bir yola da sokmaktadır. Aslında Türkiye'deki hukuksal değişim arayışları Osmanlı İmparatorluğu'nun yenileşme çabalarına kadar götürülebiliriz. Bu yenileşme çabaları zihinsel açılıma da işaret etmektedir. Osmanlı İmparatorluğunun

gelişen batı karşısında yeni bir pozisyon arayışı söz konusudur. Çöküş döneminin çözümlenmesi için önerilen bu yeniliklere ek olarak bir entelektüel hareket olarak Jön Türkler tarafından ortaya koyulan bir zihniyet değişikliğini de sayabiliriz. Jön Türkler tarafından savunulan, din ve devlet işlerinin ayrılması kadın-erkek eşitliğinin sağlanması gibi düşüncelerin, kurtuluş savaşının olağanüstü şartlarının da etkisiyle radikal bir biçimde laik bir hukuk düzenine dönüştürüldüğünü görüyoruz. Türkiye böylece İslam Hukukunu uygulamayan ilk ve tek Müslüman ülke oluşuyla, Osmanlı İmparatorluğunu içinde çüründüğü hukuk çokluğuna da düşmemiştir⁽¹⁸⁾.

Benimsenen hukukun getirdiği değerlerin milli olmadığı yolundaki, resepsiyonun en temel eleştirisi artık hukukta birleşme eğilimlerinin yoğunluğuna da bağlı olarak önemini yitirmiştir. Bugün için ancak bazı özel kanunların milliliğinden bahsedilebilir. İnsan hakları öğretisi ve uluslararası ticaret hukuku hatta ticari yargılama hukukunun uluslararası oluşu konusu tartışma dışıdır. Ayrıca uluslar arası hukuk alanında resepsiyonla köklü değişim, bir prestij kaybı da sayılmamaktadır⁽¹⁹⁾. Avrupa birliği hukuku gibi, ortak kurallarla yeni hukuksal birlikler oluşturulurken, ülkelerin kendi hukuk kurallarından vazgeçmeleri ya da bazı alanlarda kendi hukuk kurallarını geri çekmeleri de hep gündemdedir⁽²⁰⁾.

Günümüzde en çok üzerinde durulan ve insanın insanca yaşamını sağlayan "insan hakları"nın köklü temelini, Türk hukuku açısından 1926 yılında Türk Medeni Kanunu atmıştır. Eşitlik, insan

haklarının vazgeçilmezliği gibi ilkeler, uluslararası düzeyde en kapsamlı ifadesi ilk kez 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi ile bulmuşken, medeni yaşamız bu ilkeleri 1926'da topluma kazandırmıştır. Medeni Yasa 8. maddesi ile genel eşitliği düzenlemiştir. Bu hüküm sayesinde kadın erkek arasında cinsiyete dayanan, Müslüman olanlarla olmayanlar arasında dine dayanan, yerli ve yabancı arasında ırka dayanan asilzade ve aşiretten olanlarla olmayanlar arasında soy bağına dayanan ayrımlar ortadan kalkmıştır.

Medeni Yasa 8. maddesiyle getirdiği eşitlik ilkesi ile ilgili genel kuralların yanında, özellikle kadın erkek eşitliği konusunda özel düzenlemeler de yapılmıştır. Kadın ve erkeğin eşitliği ve irade serbestliği evlenmeden başlayarak bir çok kurum içinde biçimlenmiştir. Aynı şekilde medeni yasanın 23. maddesi 1. fıkrası özgürlüklerden vazgeçilmeyeceğini 2. fıkrası ile hangi hallerde sınırlandırma getirileceği konusunu düzenler ancak bu sınırlandırmanın sınırları da düzenlenmiştir. İnsanlık tarihi ve deneyimler, çeşitli açılardan zayıf olanların temel hak ve özgürlüklerden çoğu zaman maddi yarar karşılığında vazgeçebildiğini gösteren örneklerle doludur.

Medeni kanun 23. maddesi 2. fıkrası ile yasakoyucu, insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu özgürlüğünden "insanlık onuruyla" bağdaşmayan gerekçelerle vazgeçemeyeceğini düzenlemiştir.

Resepsiyonun iki çağdaş ve başarılı örneği olarak Türk ve Japon uygulamaları bu benimsemekten ortak ve milli bir kültür yaratmış olmakla çağdaşlaşma

(17) Örnek olarak 28.11.1945 ve 13/15 sayılı içtihatı birleştirme kararında "kanunlarımızı yorumlarken kendi memleketimizi gözönünde tutmakla beraber, yorumlamada ilmi içtihatlardan da faydalanabileceğine göre bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz" denilmektedir. Resmi Gazete, 1946, s. 6365.

(18) Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s. 211 vd.

(19) M. Rheinstein, "Types of Reception", Annales de la Faculte droit d'Istanbul, No. 6, 1956.

(20) Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s. 213 vd.

konusunda başarılı bir sınav vermişlerdir.

Günümüzde 78. yılına girmiş olan medeni yasa, geçen bu uzun sürede dil açısından, çalışma, ekonomi ve teknik alanlardaki ve özellikle uluslararası düzeydeki değişiklikler karşısında bazı açılardan erozyona uğramıştır. Mehaz İsviçre Medeni Yasası eşler arası mal rejimi, evlatlık kurumu, kadın erkek eşitliğini zedeleyen hükümler, kişilik hakkının korunması gibi konularda, uluslararası gelişmeler ve sözleşmelere uygun olarak gözden geçirilmiş ve değerlendirilmiştir⁽²¹⁾. Bu değişiklikler daha sonra Medeni yasamıza da yansımıştır. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler anlamında da iç hukukla ilgili düzenleme yapma gereksinimi doğmuştur.

Birkaç örnek vermek gerekirse; örneğin kadın erkek evlenme yaşları açısından medeni kanunumuz farklı düzenlemeler getirmektedir. Oysa kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın giderilmesi sözleşmesi⁽²²⁾, evlenme yaşı açısından da ayırım yapılmamasını öngörmektedir. Bu düzenleme medeni yasanın bu açıdan gözden geçirilmesini öngörmektedir. Aynı sözleşme 16-1. madde ile de "...taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli tüm önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilişkisine dayanarak kadın haklarını sağlayacaklardır" ilkesi getirilmiştir. Aynı şekilde çocuk hakları sözleşmesi⁽²³⁾, açısından da bazı hükümlerin yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Tüm bu çabalar Medeni Yasanın başlangıçtan beri

taşıyıcısı olduğu Türk hukuk devrimini devam ettirdiğini gösteriyor. Bir aydınlanma devrimi olan Türk Hukuk Devrimi toplama bütünüyle yeni bir yapı kazandırma savaşıdır. Hukuk-kültür ilişkisi açısından karşılıklılık, aydınlanmanın hem hukuk eliyle hem de kültürleşmeyle kurulabileceğini gösterir. En temel yapı taşı olarak laiklik hukukun kaynağını kesin olarak rasyonelleştirilmesi olanağını sunar. Bu olanak aydınlanmanın bir proje olmaktan çıkarak gerçeklik olmasını sağlar. Atatürk, bir kültür ögesi olarak hukukun değişmesiyle bir yandan laikliği güvenceye almış diğer yandan yapısal değişikliklerin itici gücüne çevirmiştir. Bir başka ülke hukukunun benimsenmesi, eğer rasyonel gerekçelerle oluyorsa "ülkeler bir çoktur, fakat uygarlık birdir" söyleminin bir ifadesine dönüşebilir.

III- Sonuç

Türk hukuk devriminin felsefi temelini sınırlı doğal hukukçu bir anlayış olarak belirleyebiliriz. Cumhuriyet bu felsefi temeli milli egemenlik görüşü üzerine kurar ve 1789 İhtilali'nin kökenlerine bağlı kalır. 29 Ekim 1923 tarihinde anayasanın 1. maddesi "Türkiye Devletinin hükümet şekli cumhuriyettir" ifadesi ile bu milli egemenlik anlayışını açıkça hüküm altına almıştır. Başlangıçta normativist pozitivist temeller Fransız İhtilali yansımasıydı. Bu nedenle etkin bir pozitivist tavır Türk hukuk uygulamasında ve teorisinde görülür. Bu aynı zamanda anlaşılabilir bir şeydir. Çünkü son derece köklü, sosyolojik bir kırılma olarak yaşanan Kurtuluş Savaşı

ve sonrasındaki gelişmeler yeni zihniyetin yerleşmesi açısından tavizsiz bir uygulamayı zorunlu kılmıştır.

Ancak normativist pozitivist bu tutumun aynı zamanda doğal hukukçu izlenimini de açıkça görebiliriz. 1924 Anayasasının 68. maddesinin ilk fıkrası "Her Türk hür doğar, hür yaşar" ifadesi açık bir doğal hukuk atfıdır. Eşitlik ve özgürlüğün doğuştan sahip olunan haklar olarak tescili aynı zamanda bu hakların vazgeçilmezliğini göstermektedir.

Aynı esasların özellikle Medeni Yasanın 4. maddesindeki açık adalet göndermesinde de görebiliriz. Böylece katı pozitivist uygulamadan çok hukukun amaçsal kavranışı ve sonuç olarak da toplumun düzeninin güvencesi olmasına gönderme yapılmış olmaktadır. Türk hukuk devriminin belkemiğini oluşturan Medeni Yasa, hem rasyonel hem de evrensel oluşuyla belirgin bir felsefi tutum göstermektedir. Medeni Yasanın 1. maddesinin düzenlenmesiyle birlikte kurduğu "hukuk sisteminin boşluk içermeyen bir bütün olduğu" düşüncesi evrenselliğin bir delili olarak kabul edilmektedir. Çünkü hâkim önüne gelen uyuşmazlığı önce hukukun olanaklarıyla, o yeterli olmazsa örf ve âdetle, o da yeterli olmazsa kendisi kanun koyucu olarak çözecektir. Hâkim insanın doğasından kaynaklanan hukuka dayanacaktır. Yani hukukun idesi ve ideali olan adalet çerçevesinde çözüm oluşturacaktır. Burada örf ve âdet hukukuna ikincil bir imkanla başvurulması fazla abartılmamalıdır. Çünkü örf ve âdet ilkelerinin uygulanma kabiliyetleri anayasayla uygunluk çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Yani örf ve âdet anayasaya aykırı olmamak koşuluyla başvurulabilecektir. Sonuçta hukuksal argümanın yetersizliği hâkimi karar vermemeye değil, sis-

temle uyum gösterecek bir boşluk doldurma faaliyetine yönelir. Burada da kriterin adalet olduğunu görüyoruz.

Uygulamanın adaletle sürekli ilişkilendiriliyor olması "adaletin kestiği parmanın" neden acımadığını bize gösterir. Adaleti bir eşitlik düşüncesi olarak tanımladığımızda, geçerli ve yürürlükteki hukuka bağlılık bunu temin edeceğinden yine doğal hukukçu bir tutum ortaya çıkarır.

Adaletle uygunluk düşüncesi her türlü hukuk sisteminde şu üç alanda bir zorunluluk olarak varlığını hissettirir;

-Hukukun uygulanmasında

-Hukukun amaç ve sonuçlarının yorumlanmasında

-Hukukun negatif uygulanmasının sınırında

Eşitlik düşüncesi daha geniş bir anlamda sorumluluk ve karşılıklılık açısından tüm hukuk ilişkilerine yansıtılabilecek genişliktedir.

Hakların pozitif metinlerle güvenceye alınması hatta uluslararası platformda hem normatif hem uygulama ve koruma altına alınmış olması acaba sistem için gerçek bir garanti teşkil ediyor mu? Hukuka niçin uyuyoruz? Hukuka uygun davranışın niçin iyi bir şey olduğunu düşünüyoruz? Ya da milli hukuk açısından okuma yaparsak Kurtuluş Savaşı ile kazanılmış bir ülkede eşit ve hür vatandaşlar olarak laiklik ilkesinin koruması altında demokratik haklar çerçevesinde kurduğumuz cumhuriyetin bize katı pozitivist bir uygulama olarak değil adaletli bir uygulama olarak yansımasını istemek en doğal hakkımızdır. Bu nedenlerle Türk Hukuk Devrimi'nin yarattığı güvenlik ve düzen arayışının aynı zamanda adaleti garantileyen bir model olarak kavranması daha uygun olacaktır.

(21) Ahmet Kılıçoğlu, "Çağdaş ve Laik Bir Toplum Yaratılmasında Medeni Kanunun Rolü", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 200-1, Yıl 57, 2000, s. 7-16.

(22) İlgili sözleşme için kısaltılmış şekilde bakınız Resmi Gazete, 14 Ekim 1985, Sayı. 18898.

(23) İlgili sözleşme için bakınız, Resmi Gazete, 11 Aralık 1994, ss. 22-138.

KAYNAKÇA

- Atatürk, Mustafa Kemal: Nutuk, Cilt: 2.
- Berger, Haim: "Sharia Law and Custom in the Ottoman Law", The Court Record of the 17th Century, Bursa, International Jurnal of Turkish Studies, BD.2, ss.131-147.
- Bilsel, Cemil: "Medeni Kanun ve Lozan Muahedesi", Medeni Kanunun XV Yıl Dönümü İçin Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1944.
- Bozkurt, M. E.: "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?", Medeni Kanunun XV. Yıl Dönümü İçin Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1944.
- Bozkurt, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayını, 1996.
- Cin, Halil: "Osmanlı Hukuku ve Tanzimat Dönemi Yargılama Usulü", 150. Yıldönümünde Tanzimat, Editör: H.D. Yıldız, Ankara, 1992.
- Gökarp, Ziya: Türçülüğün Esasları, İstanbul, 1970.
- Güvenç, Bozkurt: Japon Kültürü, 4. Bası, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1992.
- Hunt, C. L.: Sociology, 4. Edition, Tokyo, Tosho Printing., 1976.
- Kılıçoğlu, Ahmet: "Çağdaş ve Laik Bir Toplum Yaratılmasında Medeni Kanunun Rolü", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 200/1, Yıl:57, 2000, ss. 7-16
- Meray, Seha: Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar, Belgeler, Cilt:I, Ankara, 1972.
- Moore, W. E.: "Social Change", International Encyclopedia of Social Sciences, New York, McMillan, 1968.
- Özbudun, Ergun: 1921 Anayasası, Ankara, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 1992.
- Rheinstein, M.: "Types of Reception", Annales de la Faculte Droit d'Istanbul, No: 6, 1956.
- Şimşir, Bilal: Lozan Telgrafları I, No: 4.
- Tanör, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 4. Bası, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1997.
- Wolferen, Karel von: Japon Gücünün Sırrı, 2. Bası, çev. İnci Kurmuş, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1992.

Hukuk Kültürünün Yapısını "Nomos-Physis" (Toplum-Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi⁽¹⁾

Hayrettin ÖKÇESİZ⁽²⁾

I

Aynı zamanda bir kültür fenomeni olan hukuk; tüm hukuk anlayışlarının birbirlerinden farklı bakışları yanında, özellikle "hukuk kültürü"nü dile getiren yönüyle⁽³⁾ siyasetin pozitif hukuk ile olan ilişkisinin değerlendirilmesinde ölçüt ve zemin oluşturmak işlevini görmektedir.

Dilimizde "Siyaset" in "politika" karşısında insan yaşamını sona erdirmeye - idam cezası - anlamını taşımış olması; tüm egemenlik tartışmalarının ve sürecinin gerçekleştiği siyaset alanının, sözcüklerin anlam benzerliği nedeniyle, meydana - siyaseti (bir zamanlar idam cezasının tatbik edildiği meydana) çağrıştırması, meşruluk irdellemelerinde unutulmaması gereken bir boyutun bulunduğu uyarısını yapmaktadır: Egemenliğin salt siyaset - iktidar alanında tutulması ya da hep bu alana çekilmek istenmesi ve bu alanın yasallıkları ile açıklanma yoğunluğu, daha çok hukuksal bir kavram olarak onun insanlıkdışı

eylemler için kötüye kullanılmasına çok uygun bir ortam hazırlamaktadır.

Hukuk kültürünün yapısını nomos-physis etkileşiminde, "olması gereken" ile "olan"ın ya da "hukuk" ile "iktidar"ın diyalektiğinde bir bireşim olarak, yedi üçüzlü bir kurguyla açıklamanın; "egemenlik"teki değişim, dönüşüm ve meşruluk sorunlarının topik ve etik hatlarını ortaya koymada yardımcı olacağını düşünüyorum.

Buradaki tüm açıklamaların sözkonusu şemada "doğa", "toplum" ve "kültür" öğeleriyle içeriklendirdiğim bir "çevre"de en geniş zeminini bulduğunu belirtmeliyim. Bu kavramların alanlarında çalışan gerçeklik bilimlerinin yardımı ile, tüm önermelerimizin doğruluklarının sınanmasını ve desteklenmesini sağlamak olanağı doğmaktadır. Örneğin bir "doğal hukuka" ve "hukuk kültürü"ne bu bağlamda, bir causa finalis değil, causa efficiens anlamında, "eşyanın tabiatı" bakışıyla yönelmek mümkün olacaktır.

(1) 21. Dünya Felsefe Kongresi'nde (10-17 Ağustos 2003) kısaltılarak sunulan bu bildiri, ilk önce Anayasa Mahkemesi'nin 25-26 Nisan 2003 tarihinde düzenlediği sempozyumda tartışmaya açılmış ve daha sonra Tarih Vakfı'nın 27-28 Haziran 2003 tarihinde düzenlediği "Düşünen Sivil Toplum: Felsefi Yaklaşımlar - Açılımlar" konulu sempozyumunda bir kez daha yinelenmiştir. Burada "Hukuk devletinde Direnme Hakkı" konulu bildiri ile ilişkilendirilerek yayımlanmaktadır.

(2) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(3) Georg Mohr, Zum Begriff der Rechtskultur, b.y.: Kulturen des Rechts (Dialektik, enzyklopaedische Zeitschrift für Philosophie und Wissenschaften) 1998/3, s. 9 vd. Bu bağlamda bir kültür bilimi olarak anayasa kuramının konu edildiği bir eserde hukuk-kültür problematiğine ilişkin bkz. Peter Haeberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin 1998, s. 9 vd. ve 1163 vd.

II

Bu çerçevede, bugüne kadar olan hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi çalışmalarının bana gösterdiği ufukta, insanın varoluşunun hukuk ve siyaset geriliminde, antropolojik temelli yedi üçüzlü bir hukuk kültürü kurgusuna yerleştiğini söyleyebilirim. Burada dönüşümünü kavramaya çalıştığımız "egemenlik" olgusunu ve hukuksal kurgusunu, bildiri metnimin sonuna eklediğim iki şemada⁽⁴⁾ kolaylıkla izleneceği üzere, bu kapsamsal hukuk kültürü yapısına göre açıklamak istiyorum.

Hukuk kültürü yapısını kuran bu yedi üçüzler: öznede üç kimlik, İnsanda üç temel bütünlük ve üç temel gereksinim, hukukta adaletin üç ögesi ve hukukun üç boyutu, devlette üç boyut ve siyasette üç alan olarak belirmektedir.

Bunlar öznede İnsan, birey ve kişi; İnsanda dirimsel, tinsel ve duyuşsal bütünlükler ile özgürlük, güvenlik ve eşitlik gereksinimleri; hukukta hukuk idesinin eşitlik, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği ögeleri ile hukuk kavramının olgu, norm ve değer boyutları; devlette yine özgürlük, güvenlik ve eşitlik boyutları ile nihayet siyasette⁽⁵⁾ özel alan, kamusal alan ve resmi alan olarak birleşmektedir.

Bu üçüzlerin kendi aralarındaki etkileşimleri ve birbirlerini belirleyici nitelikleri insani varoluşun türlü siyasal biçimini açıklamakta ve gelişimine ışık tutmaktadır. Düzen olarak nitelediğimiz ve salt bu özelliği nedeniyle kendisine itaatin erdemli bir davranış olduğunu düşündüğümüz siyasal eylem ve işlem-

ler bu üçüzlerin türlü versiyonlar halinde ortaya koyduğu siyasal yapılarıdır. Bu kurgunun dışına düşen örgütlü ve kapsamsal buyruk düzenekleri bizim anlamadığımız anlamda bir düzeni deyimleyemezler.

Bu yedi üçüz ögelerinin birbirlerini belirleyişinde ideal denge, "insan"da gözlemlenen bütünlük alanlarında bireyin yetkinliğe ulaşmasını sağlayacak bir karşılıklı ve anlamlı bağlar ağında kendini gösterecektir. Bu nitelikteki bir ağda diğer üçüz ögeleriyle birlikte sergilecek örgü ne tür ve ne biçimde bir deseni, ne tür ya da tarzda bir egemenlik dizgesini bize sunacaktır?

Aynı zamanda bir birey ve kişi olarak İnsanın dirimsel, tinsel ve duyuşsal bütünlüklerinde yetkinliğe ulaşabilmesi yolunun açılması ve açık tutulabilmesi için onun özgürlük, güvenlik ve eşitlik gereksinimlerinin en yüksek düzeyde giderilmesi zorunlu görünmektedir. Bu gereksinimlerin giderilmesinin en geçerli yolu bunların devlete nihai amaçlar ve amaç değerler olarak yüklenmesi ve devletin üç boyutu olarak nitelenmesi olacaktır.

Hukuk düşüncesinde ise bunların, yani bu bütünlüklerin yetkinlik ölçütleri ile, bu ölçütlerin karşılanması temel gereksinim olarak gördüğümüz bu değerlerin, "amaca uygunluk" ögesinde nihai hedefler olarak kabulü zorunlu görünmektedir.

Hukuk idesinin diğer ögeleri olan "eşitlik" ve "hukuk güvenliği" ise böylesine bir amaca uygunlukta hukukun diğer (norm ve olgu) boyutlarının ger-

çekleşmesinde bir değer ve anlam taşıyacaktırlar.

İnsan bireyinin bu temel özelliklerinden siyasal anlamda bir "özel", "kamusal" ve "resmi" alan kurgusuna da gidilebilecektir. Siyasetin bu üç ögesinden biri olarak yetkin bir "kamusal alan"ın kurulması, "özel alan"ın içerisini dolduran insani bütünlük ve gereksinim ögelerinin toplumsal denetim kurallarına yine nihai amaçlar ve temel değerler olarak yansımaya bağlıdır. Böylesine bir özel alanın gerekleriyle örülen bir kamusal alan kendi içerisinde, toplumun en kapsamsal siyasal örgütlenmesi ve kabagüç tekeline sahip bir aygıtı olan devleti bir resmi alan olarak tanımlamakta, onun kendisinden doğduğunu ve kendi direktiflerine tabi olduğunu, bu aygıt ile özdeşleşmiş tüm bilinç taşıyıcılarına sürekli anımsatmak durumunda bulunmaktadır.

Hukuk ve siyaset geriliminde gerçekleştirilebilecek bu ideal dengenin, hukuk -şiddet ve siyaset - şiddet ilişkisinde, hukuk ve siyasetin yardımıyla yayılan bir şiddet ortamına karşı işlevsel bir süzgeç oluşturabileceğini söylemelidir. Şiddet kendisine en uygun kuluçka yerleri olarak hukuku ve siyaseti seçmektedir. Şiddet karşısında korkuyu ve suçluluk duygusunu en iyi biçimde, hukuk ve siyaset düşünceleri insanların içerisine yerleştirebilmekte; kurumlarıyla onları sürekli kılabilir. Ya da başka bir deyişle, şiddet karşısında yaşanan korkuyu ve suçluluk duygusunu insanların içerisine yerleştiren düşüncelere, hukuk ve siyaset düşünceleri denmekte; bu duyguları sürekli kılan kurumlar da hukuk ve siyaset kurumları olmaktadır.

Hukukun iktidarın ölçütü olduğunu söyleyecek ve bunu temellendirmeye girişecek olursak; onun siyaset karşısın-

da bir işbirlikçiliğini değil, aksine siyasete ölçü getiren bir kaynak farklılığını ortaya koymamız gerekecektir. Yukarıda sözü edilen ideal dengenin kurulabilmesi için hukuktan siyasete bir yüksek gerilim hattının tasarlanması zorunludur.

Hukuk ve siyaset geriliminde bu yedi üçüzlü kurgu, hukukun siyasete ölçütlüğünün temel taşlarını getirmekte, şiddeti insan için kullanılabilir ve katlanılabilir kalıplara ve kaplara dökmekte bir yapı planı sunmaktadır. Üçüz ögelerinden her biri diğer üçüz ögelerinin her birinin içerisine girerek onun anlamını denetlemekte ve geliştirmektedir.

III

Devlete üç boyut ve üç amaç değer olarak yüklediğimiz eşitlik, özgürlük ve güvenlik gereksinimlerinin tatmini çabası, kamusal alanda bir hukuk devleti tasarımına götürmekte; resmi alan olarak devletin kamuya hakimiyetini - egemenliğini -, kamunun kendisine hakimiyetine dönüştürmektedir. Bu dönüşümün özgürlük, eşitlik ve güvenlik kavramlarını sözkonusu kurgu içerisinde yoğunluktan gerçekleştirebileceğini asla söyleyemeyiz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nı ve yasalarını okurken karşılaştığımız devlet ve insan tasarımının bu kapsamda bir hukuk devletinin insan ve devlet tasarımına ne derecede uygunluk gösterdiğini bu kurgu yardımıyla daha kesin biçimde gözlemleyebiliriz.

Hukuk devleti projesi ile, onun gerçekliğinin örtüşme olasılığını hiç bir ülke için mutlak sayamayız. Bu bakımdan adaletsizliğin adalet adına düşünülmüş ve konmuş olanlardan daha çok, bunlara aykırılıktan kaynaklandığını inanıyoruz.

(4) Sözkonusu şemalar bildiri metninden çıkarılmıştır. Yazarın bu amaçla burada yayımlanan "Hukuk devletinde Direnme Hakkı" konulu yazısında yer verdiği iki şemaya bakınız.

(5) Haebeler bir cumhuriyet alan triası (die republikanische Bereichtrias) olarak "özel (privat)/ kamusal (öffentlich)/ devletsel (staatllich)" üçüzünden söz etmektedir. Bu alan kavramları benim burada kastediğim ile tutkılı göstermemektedir. Daha dar bir kapsama özgülenmiş görünmektedirler.

Bir hukuk kültürü çerçevesinde hukukun temel ilkeleri olarak hukuk metinlerinde sürekli karşımıza çıkan anlam içerikleri ve davranış modelleri, kendilerine uyuldukları takdirde, yanlış sonuçlara götürebilecek düşünceler ve kurallar değildir.

Bütün donanımı ile adaletsizliğin, hukuk kültürü karşısında bir altkültür oluşturduğunu ve bu kültürün taşıyıcılarının istenç ve edimlerinde hukukun tanımında yer verdiğimiz, "adaletle yönelmiş olma"nın ancak bir kılıf olmak değeri taşıdığını söylemeliyim. Bireylerin zaman zaman gösterdikleri haksız davranışları ile burada sözünü ettiğim "donanımlı adaletsizlik" durumunu birbirinden ayrı tutmalıyız. Nasıl oluyor da, bu denli yoğun bir adalet bilinci karşısında insanlık o denli bir zulmü kendi içerisinde yaşıyor diye sorduğumuzda, bunun yine bilinçli bir "donanımlı adaletsizlik altkültürü" nedeniyle mümkün olduğunu söylememiz gerekecektir. Örneğin bir Nazi zulmünü bir devlet edimi olarak hukuksal pozitivizmin açıklama şemasından kaynaklandırmak bu nedenle yanıltıcıdır. Nazizmin ideologları da elbette devlet, hukuk ve insan tasarımları ileri sürmüşlerdir. Ancak bunu kendilerine totaliter bir iktidar sağlamak amacıyla bireyin koşulsuz itaatini elde etmek için gerekli görmüşlerdir.

Hukuk kültürü hiçbir iktidarın hukuku değildir. Tüm iktidarların yargılandığı bir insani varoluş düzlemidir. Bugün sahibi olduğumuz temel hukuk ilkeleri neredeyse ikibinbeşyüz yıllık bir birikimin tanıkları olarak bu sonucu doğrular niteliktedir.

IV

"Egemenlik anlayışındaki değişimler", "küreselleşme sürecinde egemenli-

ğin dönüşümü ve ulusal egemenliğin geleceği", "değişen egemenlik sürecinde meşruluk sorunu", "değişen egemenlik anlayışının hak ve özgürlüklere etkileri" gibi, sempozyum programımızın konu başlıklarında yer alan problem alanlarını, yukarıda anlam çevresini ayrıntılı bir biçimde vermeye çalıştığım bu yedi üçüzlü kurgu yardımıyla da irdelenmek mümkündür.

Oturumumuzun başlığını dikkate aldığımızda, "değişen egemenlik anlayışı"ndan ve "egemenliğin değişen süreci"nden dolayı ortaya çıktığı düşünülen bir "meşruluk sorunu"nu değerlendirmek, bu oturumun konuşmacılarına önerilmiş bulunmaktadır.

Egemenliğin değişen anlayışından ve sürecinden söz ederken, hukuk kültürünün bu yapısal şeması içerisinde, bu değişimin nasıl ortaya çıktığını açıklayacağını düşündüğüm durağan bir "egemenlik alanı" kurgulanabilir. Bir başka deyişle, egemenlik anlayışında ve sürecinde bir değişimin gerçekleşip gerçekleşmediğini gözlemleyebilmek için, şemada yerini bulan egemenlik alanının belirleyicilerinde bir nitelik ve nicelik değişiminin bulunup bulunmadığına bakmak gerekecektir.

Bu şemaya göre de, egemenliğin günümüzde ileri sürüldüğü gibi, "devlet egemenliği", "halk egemenliği", "hukuk egemenliği" gibi türlerinden ya da tarzlarından, ülkesel boyutuyla "ulus egemenliği"nden, iç ve dış egemenliklerden söz edilebilir. Direnme hakkının "hukukun özü" olması ve "insan hakları"nın egemenlik karşısındaki kuvvetli konumu bakımlarından, "insanın egemenliği"nden dahi söz açılabilir.

Bu açıdan bakıldığında burada ilk göze çarpan "meşruiyet sorunu", tüm bu egemenlik tasarımlarının, bir "ko-legiti-

masyon"⁽⁶⁾ düşüncesini zorunlu kıldığıdır. Ortaçağ Latincesinde biçimlenen *superanus* anlamında bir "egemen" niteliğinden yola çıkmak, egemenliğin süreçselliğinin (Habermas)⁽⁷⁾ ön plana geçmesi yüzünden, artık imkansızdır. Bu taşıyıcıların her biri kendi başına "sovereign" olurken, diğerleri için belki bir "suzerain" değerine dahi yükselebilirler. Bu değeri, önemi ve ivediliği, bunların herhangi birinde ya da birkaçında duyumsanan somut kriz durumlarından çıkarılabileceğiz.

Egemenlik; doğa, toplum ve kültür öğeleriyle vurgulanan bir "çevre"de, iktidar, hukuk ve öznenin köşelerini oluşturduğu bir üçgenin siyasal bağlamda ve büyük oranda kamusal alan içerisine yerleşmesiyle, yukarıdaki çoğulculuğa bürünmektedir.

V

Burada bir kültür olarak hukukun; siyasete, iktidara, herhangi bir hakimiyete, devlete üstün ve ölçü olduğu üzerine giriş kısmında sunduğum argümanlar, dar anlamda insan hakları söylemiyle birlikte, demokrasi ve hikmet-i hükümet kuramlarına sınır çeken düşüncelerdir. Hukukun kültür olmak özelliğinden, hukuk devletinin pozitif hukukunun beslendiği düşünüldüğünde, Carl Schmitt anlayışında bir demokrasici⁽⁸⁾liğin elbette çok önemli bir meşruluk sorunu yaşamaya başlayacağı görülebilir. Bu

bakımdan en azından, halk ya da ulus egemenliğinin "kayıtsız ve şartsız" olmadığı, diğer rakipleri nedeniyle ortaya çıkmış oluyor.

Egemenliğin ilk meşruluk nedenini, onun önce insanı onurunda "iç"e ve "dış"a karşı korumasında bulmamız gerekmektedir. Bu koruma hem biçimsel, hem de içeriksel argümanların birlikte sağladığı bir dengede gerçekleşebilir. Makyavelci bakışla iktidarın korunmasında "yarar" ve "zorunluluk" ölçütleri Prens'in içerikten bağımsız iradesine bırakıldığında, Weberci bir biçimsel ussalığın hem devlet aygıtını, hem de sayısal demokrasi'sini (Kaltenbrunner)⁽⁹⁾ düzeltme olanağından yoksun bırakır.

Görülüyor ki egemenlik, hem kavranışında hem kaynağında ve hem de sürecinde değişmiştir. İlk meşruluk sorunu, monolojik açıklamaların egemenlik dogmasına saplanmalarında, muhataplarının yetersizlik itirazı ile yaşanmaktadır. Bu saplanıp kalma, hem "dünya devleti" arayışlarına götüren individualist, evrenselci bakış açısında, hem "devlet egemenliği dogması"na götüren bireyselliküstü, otoriter-totaliter bakış açısında görülebilir. İnsan hakları felsefelerinde gördüğümüz çeşitliliği, egemenlik anlayışlarında ve onların meşruluk sorunlarının tartışılmasında da bulabiliriz. Radbruch'un hukuk idesini açıklamasında⁽¹⁰⁾ ilk ikisini zikrettiğim üç

(6) Hayrettin Ökçesiz, *Ein vorläufiger des zivilen Ungehorsams: Sokrates, b.y.: ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie)*, Vol. 81.1995.1. Quartal, Heft 1, s. 65 vd.

(7) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4. baskı, Frankfurt/M 1994, s. 600 vd. Egemenlik kavramının Luhmann ile Habermas'ın kuramları ile birlikte değerlendirildiği temel bir monografik çalışma olarak bkz. Marcelo Neves, *Zwischen Themis und Leviathan: Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaats in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden 2000, özellikle s. 122 vd.

(8) *İnsan Hakları ve demokrasi bağlamında egemenlik irdelenmesi için bkz. Heiner Bielefeldt, Philosophie der Menschenrechte. Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*, Darmstadt 1998, s. 102 vd.

(9) A.g.y. s. 105 vd.

(10) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, yayına hazırlayanlar: Erik Wolf, Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973, s. 294 vd. (*Das Völkerrecht*) ve s. 300

dünya bakışından sonuncusu olan trans-personal (kişiseliliği aşkın) yaklaşımda, buradaki değişimin başlangıçlarını görebiliriz. Diyalojik ve çoğulcu bir dünyanın insanın özerkliğine dayalı kurgulanmasında anlamlı olabilecek bir "egemenlik", önceki tasarımlarının çok ötesine geçtiği gibi, önceki meşruluk kalıplarının da yetersiz kaldığını göstermektedir. Buradaki meşruluk sorununun değişiminin, weberci biçimsel meşruluk açıklamalarının aşılmasından dolayı değil, içeriksel meşruluk nedenlerinin değişiminden kaynaklandığını söylemelidir.

VI

Kriele⁽¹¹⁾, kurumların kökenlerinin doğru sorgulanmasının Genel Kamu Hukuku'nun temel yaklaşım tarzı olması gerektiğini söylerken, herhangi bir kurumun; ardında hangi hedeflerin, çıkarların ve güçlerin bulunduğunu, hangi tehlikeleri ve kötülükleri önlemeye yardımcı olduğunu, hangi çıkarların ve güçlerin kendisine karşı durduğunu, önceki meşruluk nedenlerinin bugünün değişen koşullarında hala geçerli olup olmadığını, tarihsel deneyimin bu kurumun anlamı, korunması, istikrarı ya da tehlikeye sokulması bakımlarından bize neleri öğrettiğini, bunların yorumu ve muhtemelen reform gereksinimleri bakımından, buradan çıkan sonucun ne olduğunu saptamamız gerektiğini söylüyor.

Bu soruları izlerken, ana hatlarıyla, modern devletin, iç savaş karşısında "barış" için, klasik anlamında bir egemenlik kavramına yöneldiğini; mutlakiyetçi değişkenlerde inançsal, tinsel terör

tehlikesi karşısında "özgürlük" için anayasal devlete, hukuk devletine geçildiğini; toplumsal sefalet, kölecilik, sınıf çatışmalarından "adalet" için, "demokratik sosyal hukuk devleti"ne ulaşıldığını ve bugün dünya barışının güvenceye alınması, insanlığın beslenme sorununun giderilmesi, hava ve suyun kirlenmekten kurtarılması, doğal kaynakların uzun erimli işletilmesi, enerji sorununun çözülmesi, altyapı sorunları, bölgeler arasında dengenin sağlanması, eğitim ve kültüre katılma ve pay alma, yaşam standardının artık arttırılmaması ve mütevazı bir yaşam düzeyi alışkanlığının yerleştirilmesi gibi küresel sorunlar karşısında "dayanışma ve işbirliği"ne gidilmesi; yani devletlerin dış egemenliğini sınırlayan küresel işbirliği sisteminin kurumsallaştırılması gereksiniminin doğduğunu birçok yazar gibi o da eserinde belirtiyor⁽¹²⁾.

Fransız devriminin ünlü sloganında "özgürlük" ve "eşitlik"ten sonra gelen, "kardeşliğin" bu çizgide bugün, patetik olmayan bir ifadeyle, "dayanışmaya ve işbirliğine" çevrilerek, yeni bir dünyanın egemenlik tasarımına içeriksel anlamda taban oluşturmaya gelinmiş bulunmaktadır. Daha kısa bir ifadeyle, "hukuksal egemenlik" tasarımı tarih içerisinde ilk ortaya çıkışıyla "barış", ardından "özgürlük", "eşitlik" ve "kardeşlik" özlemlerini şiddetli biçimde duyumsatan ağır sosyal ve siyasal zorunlukların bize düşündürdüğü "meşruluk" nedenleriyle kurumsal yerini ve değerini kazanmış olmaktadır.

Bu çerçevede, burada egemenliğin irdelendiği hukuk kültürü yapısal şeması; ulus – devlet ile birlikte, ulus ve devlet

ötesi ve üstü, bir başka deyişle yerel ve küresel bakışları içeren bir yorumu gerektirmektedir. Egemenlikte "iç" ve "dış" bu şemada birlikte tartışma bağlamına girmekte, iç ve dış ayrımı ilk önce, yapılmamaktadır. "Ulusal egemenlik"

kavramı, insanın korunması anlamında iç ve dış ayrımını gerektiren bir zorunluluğu dile getiriyorsa, bu kez bu şemayı özellikle "ulusal" boyutuyla düşünmek yerinde olacaktır.

(11) Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Reinbeck bei Hamburg 1975, s. 11 vd.

(12) A.g.y. s. 12 vd.

Hukuk Devletinde Direnme Hakkı⁽¹⁾

Hayrettin ÖKÇESİZ⁽²⁾

I

Direnmenin hak olarak tanındığı yerde, bu hakkı başkasına tanıyanın, uğruna direnilmekte olanın korunmaya değer olduğuna inandığını düşünmeliyiz. Bu hakkı kendisine tanıyanın da uğruna direndiği şeyi kutsadığını bilmeliyiz. Ancak direnmenin her ne uğruna olursa olsun ve henüz hiçbir şey uğruna girilmiş olmaksızın, yalnızca kendisinin insan için bir hak olduğunu kabul ettiğimiz yerde tüm hukuk düşüncesinin ve tartışmasının başladığını görebiliriz. Önceki ilk şıkta, direnmekten ziyade konusu, ona meşruluk irdelemesini getirmektedir. Amaç meşru ise, direnmek de meşru olmaktadır. Bu anlamda bir direnmek ile oportünist bir "itaat" arasında taktik ve strateji değerlendirmesi dışında özsel bir fark yoktur. Direnmeyi ya da itaati seçmenin ölçütü amaca uygunluk dereceleri olacaktır. Aralarındaki fark, itaatin karine olarak meşruluğudur.

Konusuna bakılmaksızın "direnme"nin insan için ne anlama geldiğini düşünmek değişik bir kavrayışı getirmektedir. Bir "hak" uğruna direnmek ile "direnme hakkı"nın bu nedenle ayrı tutulması zorunlu görünmektedir. Bir hak

uğruna direnmek monolojik tutumla, bir ikna etme ve edilmeye açık olma niyetini içermez iken, diğeri bu imkanın ortadan kalktığı yerde ve yine bu iletişimi sağlamak ve korumak için insanın her an güncelleştirebileceği ve sürekli kendi içinde taşıdığı bir gizilgüç olmak anlamındadır. Diyalojik ve süreçsel bir ilişkide gerçekleşen diskurun yerleştiği insani bir zemini dile getirmektedir. Ancak hukuk devletinde anlamlı ve yerinde olan bu direnme hakkı, bize düşünce tarihi içerisinde aktarılagelen ve bir hak uğruna direnme olarak karşımıza çıkan meşruluk temellendirmelerinden oldukça farklı bir yerde durmaktadır. "Konulu" direnme hakkı ile kendisinin insanın öz değeri bakımından söz konusu olduğu direnme hakkını bu zeminde birbirinden ayırmak gerekmektedir.

II

"Konulu direnme hakkı" ya da "bir hak uğruna direnme" olarak nitelediğim meşruluk irdelemelerinde siyasal düşünce tarihi boyunca onay gören direnme konularını ve koşullarını şöyle özetleyebiliriz⁽³⁾:

- 1776 Virginia İnsan Hakları Bildirgesi md. 3:

"(...) Herhangi bir yönetim bu görevi layık olmadığını gösterir ya da bu görevi hiçe sayarsa, toplumun çoğunluğunun, kamu yararına en uygun gördükleri biçimde, bu yönetimde ıslaha gitmek, yapısını değiştirmek ya da ilga etmek hakkı doğar; bu hak vazgeçilemez, devredilemez ve iptal edilemez bir haktır."

- 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi md. 2:

"Her siyasi toplumun ana amacı, hukuki taahhüt altındaki doğal insan haklarını korumaktır. Bu haklar özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir."

- 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi "Başlangıç" kısmı 3. ve 5. paragrafı:

"İnsanın istibdat ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmak zorunda kalması amacıyla insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunması gerekli olduğu için;

(...) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu işbu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini (...) ilan eder."

- Federal Almanya Cumhuriyeti Hessen Eyaleti Anayasası md. 147/1:

"Anayasaya aykırı olarak icra edilen kamu gücüne karşı direnme herkesin hakkı ve görevidir."

- Federal Almanya Cumhuriyeti Bremen Eyaleti Anayasası md. 19:

"Anayasada yer alan insan haklarına kamu gücü tarafından anayasaya aykırı biçimde dokunulduğunda direnme herkesin hakkı ve görevidir."

- Federal Almanya Cumhuriyeti Berlin Eyaleti Anayasası md. 23/3:

"Anayasada yer alan temel haklar açık bir biçimde ihlal edildiğinde herkesin direnmeye hakkı vardır."

- Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası md. 20/4:

"Bu düzeni bertaraf etmeye kalkışan herkese karşı tüm Almanlar başka bir çare bulunmadığı takdirde direnme hakkına sahiptir."

-Türkiye Cumhuriyeti 1961 Anayasası Başlangıç kısmı 2. paragrafı:

"Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti

(...)

(...) bu Anayasayı kabul ve ilan ve onu (...) hürriyete, adalete ve fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet eder."

- Ülkemizde en çok okunan bir siyasi etik metni olarak Atatürk'ün "Türk Gençliğine Hitabesi" de konulu bir direnme görevinden söz eder. Ayrıca Hristiyanlık ve İslam düşüncesinde de hükümlerine itaatın sınırlarının açık biçimde çizilmiş olduğunu biliyoruz. Bu sınırlar da yukarıdaki örneklerde yer aldığı gibi direnme hak ve görevinin konusunu oluşturmaktadır.

Aktif, eylemli ve şiddet kullanarak, pozitif hukuk düzeninin ilke ve kurallarına aykırı biçimde gerçekleştirilecek olan direnmenin içerikten başka stratejik olarak isabetli sayılabilmesi için yine siyasal düşüncede gerekli görülen ölçütlerini de bu meşruluk koşullarına dahil etmek gerekir. Bunlar şunlardır⁽⁴⁾:

1) "Abusus excessivus potestatis" yani devlet gücünün ancak olağanüstü

(1) Bu yazı Ankara Barosu'nun 6-10 Ocak 2004 tarihinde gerçekleştirdiği Uluslararası Hukuk Kurultayı'nda bildirisi olarak sunulmuştur.

(2) Prof. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(3) Bkz. Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik Hakkı*, b.y.: *Sivil İtaatsizlik*, hazırlayan: H. Ökçesiz, İstanbul 1998, s. 46. vd.

(4) Bkz. Max Pribilla SJ, *an den Grenzen der Staatsgewalt*, b.y.: *Widerstandsrecht*, hazırlayan: Arthur Kaufmann, Darmstadt 1972, s. 226 vd.

dercede kötüye kullanılması durumunda,

2) hütün barışçıl ve yasal yolların tüketilmiş olmasından sonra bu zaruret durumu karşısında en son bir çıkış yolu olarak görülmelidir.

3) Direnmenin başarılı olacağı konusunda ahlaki, yani makul olarak temellendirilebilen bir güvencenin bulunması da gerekir. Çünkü kamu yararı ilkesine bağlılık kötülüğü azaltmak yerine çoğaltacak her türlü girişimden kaçınmak gerekliliğini de buyurur.

4) Ancak karşı çıkılan haksızlığı ve kötü koşulları bertaraf etmeye yetecek derecede kabagüç kullanılabilir.

Hukuk Devleti düzenini bertaraf eden ya da etmek isteyen karşı yukarıdaki içerik ve biçimde bir direnmenin meşru sayılacağını ve bunun hukuk devletinin hukuk düzenince tanınabilecek tek "direnme hakkı"nı oluşturduğunu, bu amaçla bu hakkın yukarıdaki örneklerde gördüğümüz üzere bir hukuksal kalıp içerisinde pozitif hukuka alınabileceğini söyleyebiliriz. Böyle bir pozitif hukuk kuralından yararlanmanın ne denli sancılı olabileceğini ve hatta mümkün olup olamayacağını konu dışı bırakmak istiyorum.

III

Ankara Barosu'nun bu kurultayda bana ödev olarak verdiği ve aynı zamanda oturumun başlığını oluşturan "Hukuk Devletinde Direnme Hakkı"nı hukuk devleti hukukunun temelini kuran iki üstün değerden hareketle tasarlamaya çalışacağım. Farklı yazılarımda Dostoyevski'nin Suç ve Ceza'da Ras-kolnikov'a söylediği "Tanrı yoksa her şey mubahtır" sözüne nazire olarak dile getirdiğim iki önermeyi bu hakka çıkış noktası olarak almak istiyorum:

1) Özgürlük yoksa her şey mubahtır.

2) İnsan onuru yoksa her şey mubahtır.

İnsanın "direnme" hakkı, özgürlük ve insan onurunun üstün değerler olarak görüldüğü ve bu nedenle her şeyin kayıtsızca ve sorumsuzca mubah görülmeyeceği bir hukuk düşüncesinin özü demek olmaktadır. İnsan, özgürlüğünü ve onurunu kendinde olan ve kendine hak saydığı bir donanım ile korumak zorundadır. Bu onun direncidir. İnsanın içerisinden direncini çekip aldığımızda, onun her şeyini almış olursunuz. Onu her şeyin aracı yapabilirsiniz. İşe yaramaz duruma geldiğinde bir hurda fiyatında bile olamaz.

Bir hukuk devletinin hukuk düzeni, uğruna direnilen haklar listesi olmaktan ziyade, insanın direncini olanaklı kulan, örgütleyen bir dizge olarak görülmek zorundadır. Bu açıdan bakıldığında bir hukuk devleti aslında böyle bir cihazdır. Hangi ilkesini ele alırsanız alınız, temelinde insanın direncini varsayan ve koryan bir anlam derinliğini muhakkak bulursunuz. Direnerek ulaşılmış olan hukuk devleti direnmeyi, kendi yapı taşı olarak her zaman algılar. Bu yüzden "hukuk devleti" bir düzen olmaktan daha çok bir programdır. Bir protesto programıdır. Hiçbir devlet kendiliğinden ve daima bir hukuk devleti özünü ve biçimini kılğısal olarak taşıyamaz. Onun kendisini bu sınırlar içerisinde tutacak bir dirence gereksinimi vardır. Bu direnç kendi varlık nedeni olan insanın direncidir. Bunun ne adına ve ne uğruna kullanılacak olursa olsun bir potansiyel, bir özgüç olarak tanınması ve korunması gerekmektedir. Bu direncin güncelleştigi somut ve tekil eylem durumlarının meşruluğu tartışması ile insan bireyinin konusuz direnme hakkının meşruluğunu

tartışmanın bir ve aynı şeyler olmadığı yeniden düşünmemiz gerekmektedir.

Eşyanın kendi yapısını şiddete karşı korumak için gösterdiği direnci, insan için elbette evleviyetle olumlumamız gerekir. İnsanın direnerek korumak durumunda olduğu yapısı, onun aynı zamanda birey ve kişi olarak yetkinliğe ulaşmak istediği dirimsel, tinsel ve duyumsal bütünlük alanları ile bu yetkinliğe tam tatmin ile götürecektir olan özgürlük, güvenlik ve eşitlik temel gereksinimlerinde ana çatısını bulmaktadır. Bu yapı elbette doğal ve kültürel özellikler ve sınırlar taşıırken siyaset ve hukukun da temel taşlarını oluşturmaktadır. Bu kısa açıklamayla ortaya çıkan şemada insanın direnme hakkını bu alanların ortak merkezine yerleştirmek gerekecektir⁽⁵⁾ (bkz. ayrıca ekteki şema⁽⁶⁾).

"İnsanın insana tahakkümü" olgusu karşısında yine insanın bu tahakküme direnmesini bir olgu olarak görüp, meşruluk taleplerinde her ikisini de yüksek bir dikkatle değerlendirmek gerekir. Hukuk devleti kendisine kadar gelen hükümlerlik düzenlerinde ilkinin hüküm sürdüğünü, kendisinin bilinç ve olgu olarak toplumsal düzen sahnesine gelmesiyle ikincisinin anlam ve değerinin yeni toplum ve siyasal düzen arayışlarında nirengi noktası oluşturduğunu bize göstermektedir.

Hukuk devletinin dışında kalan hukuk ve devlet anlayışlarında düzen için hareket edilen nokta tebanın itaatidir. Hukuk devleti düşüncesinin gelişimini izleyenler onun hukuk ve devlet düzeni için bunun aksini, kişinin direncini, direnme hakkını esas almakla diğerlerinden ayırdığını görecektir. Bu anlamda hukukun özü direnme hakkıdır⁽⁷⁾.

IV

Hukuk devletinin direnme hakkını böyle algılaması gerektiği yanında, kişinin bu hakkını hukuk devletinde kendi açısından nasıl kavraması gerektiği ve nasıl kullanabileceği üzerine de bazı açılar irdelenmek yerinde olacaktır. Tahakküm ve direnme olgularının hukuk devleti düşüncesinde bir "özgürlük, güvenlik ve eşitlik" düzenine sürekli dönüştürüldüğünü ve bu dönüşmenin kesilmesi durumunda hukuk devleti düzenine özgü bir uyarı ve düzeltme eylem modelinin yurttaşlarca uygulamaya alındığını yine bir olgu olarak gözlemliyoruz.

Buraya kadar söylenenlerden şu gerçek de ortaya çıkmaktadır: Egemenin itaat talebi daima dirençlinin onayına gereksinim duyacaktır. Şu halde itaat kuralı değildir. İtaat talebi, haklılığının temellendirilmesi gerektiği ve dirençlinin göstereceği rıza ile kendisini egemenin tasarrufuna bıraktığı çok ayrıksı ve

(5) Bkz. H. Ökçesiz, *Hukuk Kültürünün Yapısını "nomos-Physis" (Doğa – Toplum – Kültür) Çevresinde Yedi Üçüzlü bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi*, b.y. Anayasa Yargısı, Cilt 20, 2003, s. 119 vd.

(6) Bu şemada gösterilen direnme hakkı, şemanın daha önce yayımlandığı yerlerde şema üzerinde yer almamaktadır.

(7) Buradan, Arthur Kaufmann'ın "hukukun özünün haksızlığa karşı direnme" olduğuna dair görüşünden (Gedanken zum Widerstandsrecht. Ansprache anlässlich der Ermordung von Martin Luther King, b.y.: A. Kaufmann, Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit. Aspekte des Widerstandsrechts von der antiken tyrannis bis zum Unrechtsstaat unserer Zeit, vom leidenden Gehorsam bis zum zivilen Ungehorsam im modernen Rechtsstaat, Heidelberg 1991, s.6) farklı bir biçimde, özerk ve nihai amaç olarak insan bireyinin kendi özdeğerinden dolayı "direnme hakkı"nın herhangi bir konuya bağlanmaksızın hukukun özü olduğu düşüncesi anlaşılmalıdır.

vahim bir durumdur. Bu durumun sürekli ve yeniden onaylanmadığı hukuk ve devlet düzenleri olarak kurgulanması, bir statükoya dönüşmesi, olağanlaştırılması, doğallaştırılması ve tek insani gerçek gibi gösterilmesi yabancılaştırmanın kahredici kanıtlarından biridir.

Bizden itaatin kural olarak istendiği ve bu beklentinin bir buyruk düzeninde koşulsuz yöneltildiği yerde insanın özdeğerinin ve onun amaçsallığı düşüncesinin hiçbir değer taşımadığını derhal duyumsarız. Bu yaklaşımın en ileri sonucu Alman faşizminin insana "sen hiçbir şey değilsin, halkın her şeydir" dediği acı sözdür. Pek çok şey her zaman bu kadar açık bir sözlülükle dile gelmez. Ama niyeti ve sonuçları bakımından taşıyacakları tahribat bu sözünkinden geri kalmaz.

Bize emredilen itaat daima bir kadavra itaati olsa da, biz ancak bir sivil itaat bahsedebiliriz.

"Sivil İtaat" hukuk devletinde direnme hakkının yurttaş tarafından sürekli güncel tutulduğu bir tavrı dile getirir.

Direnme gücünün yitirilmesiyle sivil itaat yerini korku ve heveslerle beslenen bir izlemeye, peşinden gitmeye, güdülmeye bırakır. Direnme gücünün yitirilmesi en başta özerk eyleme bilincinin oluşamamasından veya kaybolmasından kaynaklanır. Bu gelişmede devletin

etkisi kadar tüm toplumsal etkileşimlerin de olumsuz payının olabileceğini düşünmek gerekir. Bilgi sağanağı, beyin yıkama, bilgi kirlenmesi gibi bireyi sersemleten ya da atıl bırakan, emin olabileceği sonuçlara ulaşabilmesini zorlaştıran, onu edilgen bir konuma, bir bilememe durumuna sürükleyen tüm varoluş koşulları onun bu hakkını fiilen kullanamayacağı bir düzeye düşürür. Bu bir eyleyebilme durumu. Bu durumu yaratıp sürdürecektir olan ilk hukuksal-siyasal bakış, insanın direnme hakkını koşulsuz reddetmek tutumudur. Bu hakkı reddettikten sonra insana her şeyi reva görebiliriz. Biraz önce saydığım olumsuz varlık koşullarını fütursuzca yaygınlaştırır ve yoğunlaştırır. Bir yozlaşma her yöne nüfuz etmeye başlar.

İnsana tüm temel haklarını düşüncede ve eylemde gerçekten, içtenlikle tanıyabilmek, hukuk ve siyaset düzenine bunları temel alabilmek için ilk önce bu hakkı, direnme hakkını tanımamız gerekecektir.

V

Hukuk devleti düşünsel olarak kendi temelinde yatan direnme hakkının neredeyse tüm türlerini kendi içerisinde değerlendirmiş ve meşru kılmıştır. Biraz önce saydığım pozitif hukuk metinlerinde görülen ve şiddet kullanımını da içe-

ren direnmeden, yargıcın kendi vicdanından ve bilgisinden hareketle kararında direnmesine kadar, tüm hak arama yolları, hukuksal ve siyasal itiraz ve protesto biçimleri hukuk devletinde gündelik yaşamı oluşturmaktadır. Buraya kadar söylediklerim otoriter siyasal rejimlerde bastırılmış bir bilincin serbest kalmasının ifadesidir. Hukuk devleti düşüncesi, direnme hakkının temel alınarak bir düzene ulaşılabilirliğini bize kanıtlamış bulunmaktadır.

Hukuk devleti, kendisini doğuran konulu direnmeyi pozitifleştirmeye çalışırken, daha ötesini veya başka bir egemenlik düzenini amaçlayan aktif bir direnmeye de kapılarını ağır yaptırımlarla kapatacaktır. Ancak hukuk devleti böyle bir direnmeye dahi belirli bir sınıra kadar düşüncede ve ifade özgürlüklerinin koruma alanı içerisinde dışavurulma olanağını verebilmektedir.

Sistem içi tüm yasal itiraz ve protesto yolları sınılandıktan sonra yine sistem içinde kalan, fakat bu yolların dışına düşecek bir tarzda dile gelen bir başkaldırı, bir karşı koyma, bir uymama, bir dikkat çekme, yeterince etkili olabilmek için yasadışı bir özellik taşımayı gerekli görürse, bunu da daha önce zikrettiğim pozitif hukukun (konulu) direnme hakkı kaidelerinde olduğu gibi yasal sayacak mıyız? Bu soruya ilk bakışta (prima facie) hayır yanıtını vermek gerekecektir. Sistem kendisini yıkacak olan girişimlere karşı direnmeye hak statüsü tanırken, kendi yasalarının ihlalini gerektiren başka bir direnmeye böyle bir sonucu asla bağlamayacaktır.

Biraz önce bir "sivil itaat"ten söz ederken, onun eleştirel, özverili, cesur ve özdiirencini güncelleştirmeye her za-

man ve koşulsuz hazır olan bir onay durumunu söylemeye çalışmıştım. Burada sivil olana da dikkat çekerek, bu itaatin sistem içi bir tutum olacağını eklemek gerekir. Sistemi, bugünün çağdaş hukuk devletin hukuk ve siyaset düzeni olarak görmeliyiz. Çağdaş değerlere bağlılık, onlara aykırılık durumunda beklenen onayı vermemek görevini getirmektedir. Bunun için gerekli olanları yapmanın bir kısmı bazı pozitif hukuk normlarının çiğnenmesi sonucunu doğuracaksa, böylesine bir direnme ilk önce bir hak değil, bir "haklılık" durumunu dile getirecektir. Konusuz, pozitifleşmemiş, belirsiz her direnme önce bir hak değil, daha çok bir "haklılık" olmak özelliğini ve değerini taşıyacaktır. İkinci gruba giren bu direnme her zaman ilk bakışta bir "haklılık" bilinciyle toplumsal ilişkilere yansır ve oralarda sonuç vermeye çalışır. Buradaki haklılık iki kısımdır: İlki, öznenin direnmeye olan temel hakkı ile, ikincisi bu hakkını kullandığı konunun haklılığı... Hukuk düzenince tanınan direnme hakkı, bu ikincisinin alanında önceden belirlenmiş olan bir haklılığı ifade eder.

VI

Buraya kadar söylenenlerden hukuk devleti ve direnme hakkı bağlamında ilginç olan nokta; sivil itaatin sağlayıcı olan ve bir yandan "Sokrates tutumu"⁽⁸⁾ diyebileceğimiz yaklaşım ile diğer yandan "Gandhi" uygulaması biçiminde gerçekleşen eylemlerle açıklığa kavuşan "sivil itaatsizlik" ediminin ilk önce birinci anlamda, biçimsel, içeriksiz direnme hakkına dayandığı ve onun pratiğini oluşturduğudur. Ancak sivil itaatsizlik eylemi gerçekleşirken gözlemlenen konusu onun en çok tartışılan ve sonuç

(6) Hayrettin Ökçesiz, *Ein vorläufiger Entwurf des zivilen Ungehorsams: Sokrates, b.y.: ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie)*, Vol. 81.1995.1. Quertal, Heft 1, s. 65 vd.

(7) Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 4. baskı, Frankfurt/M. 1994, s. 600 vd. Egemenlik kavramının Luhmann ile Habermas'ın kuramları ile birlikte değerlendirildiği temel bir monografik çalışma olarak bkz. Marcelo Neves, *Zwischen Thémis und Leviathan: Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaats in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden 2000, özellikle s. 122 vd.

(8) İnsan Hakları ve demokrasi bağlamında egemenlik irdelemesi için bkz. Heiner Bielefeldt, *Philosophie der Menschenrechte. Grundlagen eines weltweiten Freiheitsethos*, Darmstadt 1998, s. 102 vd.

(9) A.g.y. s. 105 vd.

(10) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, yayıma hazırlayanlar: Erik Wolf, Hans-Peter Schneider, Stuttgart 1973, s. 294 vd. (*Das Völkerrecht*) ve s. 300

(8) Bu kavram için bkz. H. Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, 3. baskı, İstanbul 2001, s. 21 vd.

bağlanan kısmı olmaktadır. Sivil itaatsiz-
zin bu eylemini gerçekleştirirken diren-
meye olan hakkını kullandığının ayırın-
da olmak başlı başına bir sivil kavrayış-
tır. Bir direnmenin sivil olup olmadığını
bilmek ise konusuna verilecek anlam ile
olanaklıdır. Bu sözlerden çıkarılabilecek
sonuç; hem konulu ve hem de konusuz
yönüyle hukuk devletinin direnme hak-
kının "sivil itaatsizlik" hakkı olduğudur.

Bir sivil itaatsizlik edimi; hukuka uy-
gun olup olmadığı önceden bilinmeyen
ve bu yüzden moral bir haklılık zemi-
ninde kamuoyu önüne çıkan ve anayasal
düzlemde pozitif bir hak olarak tanın-
ması⁽⁹⁾, yargılama sonucunda söz konu-
su olabilecek bir direnme biçimidir. Si-
vil itaatsizliğin bir eylem kalıbı olarak
pozitif hukuka uygunluğu tartışması ile,
bir sivil itaatsizlik eyleminin yargılama
süreci sonucunda geriye dönük olarak
hukuka uygun bulunması arasında temel
bir fark vardır. Sivil itaatsizlik meşrulaş-
tırıcı bir hukuksal kalıp olarak pozitif
hukukça (yasama ya da yargı erkleri ta-
rafından) tanımladığı takdirde geriye
ikinci durumun, yani tekil sivil itaatsiz-
lik eyleminin yargıç tarafından meşru
sayılıp sayılmayacağı kalmaktadır. Her
iki sorunlu durumuyla sivil itaatsizlik,
hukuk devletinin hukuk metodolojisinin
bir denek taşı ve temel sorunlarından bi-
ri olmak özelliğini taşımaktadır.

Sivil itaatsizliğin pozitif hukuk bakı-
mından meşruluğu tartışması yanında hu-
kuk devletinin yurttaş olarak insan bire-
yinin bilinç ve eylem bütünlüğü bakımın-
dan taşıdığı ve yine hukuk devletinin bir
hukuksal olgu olarak varlık gösterdiği
toplumun yapı-işlev ilişkisindeki anlamı

ve değeri üzerine düşünmek, hukuk ve si-
yaset felsefeleri ile hukuk sosyolojisinin
çalışma alanına girmektedir. Bu çerçe-
de ilk söylenecek şey, sivil itaatsizliğin
"yurttaş"ın kurgulanmasında ve hukuk
devletinin işlerliğinin denetlenmesinde il-
ginç bir sosyo-psikolojik ve toplumsal
araç olmak niteliği taşıdığıdır. Hukuk
devletinde sisteme içkin direnme hakkı-
nın tek görüngü biçimi olarak ancak sivil
itaatsizliği görüp değerlendirmek, diğer
yasadışı direnme biçimlerini konusuz di-
renmenin güncelleşmesi olarak ayrı bir
kategoride düşünmek gerekecektir.

VII

Sonuç değerlendirmesi olması bakı-
mından; insan bireyindeki direnmeyi bir
değer ve bir sosyo-psikolojik ve sosyo-
lojik olgu olarak göz önünde tuttuğu-
muzda, özetle şu savları ileri sürebiliriz:

1) Hukukun özü bireyin "direnmeye
olan hakkı"dır. Bu hak bireyde her şey-
den önce bir haklılık tutumu olarak gün-
celleşir. Bu direnme hakkı ayrıca alt sis-
temler olarak algılayabileceğimiz her
bir bütünlük alanının birbirleriyle etkile-
şerek var oldukları nomos-physis (doğa-
toplum-kültür) ortamında merkezde yer
almaktadır. Direnme hakkı; "özne",
"hukuk" ve "iktidar"ın "egemenliği"
kurgulayarak devindirdiği siyasetin (ka-
musal, resmi ve özel alanların), yerleşti-
ği bir nomos-physis çevresinde kaynak-
sallık özelliği göstermektedir.

2) Direnme hakkını; İsviçre ve Türk
Medeni Kanunlarının Başlangıç kısmın-
da yer alan ve hukuk düşüncesinin
önemli yapı taşlarından biri olan "hakkın
kötüye kullanılmasının hukuk düzenince

korunmayacağı" ilkesi ile ilişkilendire-
rek, ancak kötüye kullanıldığında huku-
kun dışına düşen bir temel hak olarak
anlamak hukuk mantığına uygun görün-
mektedir. Bu nedenle kişinin direnmeye
olan hakkı ile hukuka olan itaat görevi
sivil bir nitelikte, hukukun kamu yararı
ilkesinde buluşturulmuş olmaktadır.

3) Ancak konulu direnmeler bir hak
olarak pozitifleştirilebilir.

4) Hukuk devleti bir düşünce ve top-
lumsal bir olgu olarak, tüm ilkelerinde
direnme hakkının izlerini taşır.

ŞEMA: 1

HUKUK KÜLTÜRÜNÜN YAPISINI "NOMOS - PHYSIS" (DOĞA - TOPLUM - KÜLTÜR) ÇEVRESİNDE YEDİ
ÜÇÜZLÜ BİR KURGU YLA AÇIKLAMA ŞEMASI

ÖZNE

ÜÇ KİMLİK: İNSAN - BİREY - KİŞİ

İNSAN

ÜÇ BÜTÜNLÜK: DİRİMSEL - TİNSEL - DUYUNÇSAL BÜTÜNLÜKLER

ÜÇ TEMEL GEREKSİNİM: ÖZGÜRLÜK - GÜVENLİK - EŞİTLİK GEREKSİNİMLERİ

HUKUK

HUKUK İDESİNİN ÜÇ ÖGESİ: EŞİTLİK - AMAÇA UYGUNLUK - HUKUK GÜVENLİĞİ

HUKUKUN ÜÇ BOYUTU: NORM - OLGU - DEĞER

DEVLET

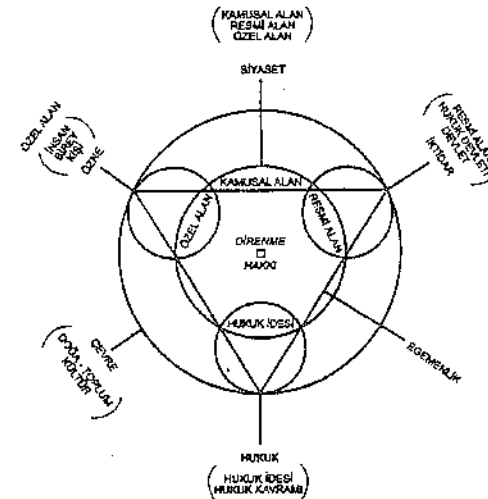
HUKUK DEVLETİNİN ÜÇ BOYUTU: ÖZGÜRLÜK - GÜVENLİK - EŞİTLİK

SİYASET

ÜÇ ALAN: ÖZEL ALAN - KAMUSAL ALAN - RESMİ ALAN

ŞEMA: 2

HUKUK KÜLTÜRÜNÜN YAPISINI "NOMOS - PHYSIS" (DOĞA - TOPLUM - KÜLTÜR) ÇEVRESİNDE YEDİ ÜÇÜZLÜ BİR KURGU YLA AÇIKLAMA ŞEMASINDA
EGEMENLİĞİN İZLENİMLERİ



(9) Ralf Dreier'in; sivil itaatsizlik edimlerinin anayasal düzlemde, temel hakların koruma alanında yer alıp almadıklarının yargılama sürecinde saptanması aşamasına kadar prima facie hukuka aykırı olarak görüleceğini, fakat bu süreç sonucunda bu anlamda hukuka uygunluklarının saptanmasıyla meşruluk kazanacaklarına dair görüşleri için bkz.: H. Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik Hakkı, a.g.y. s. 58 vd.

(10) Bkz. H. Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, a.g.y. s. 123

Ödev Kiplerini "Bir Yaptırım^(*)" Sabiti Kullanarak Gerçel Olanlara İndirgeme İle İlgili Yeni (Andersoncı-Olmayan) Yaklaşım Hakkında^(**)

(Modern yargı ve normlar mantığına yeni bir alternatif)

V. O. Lobovikov^(***)

Çeviren: Ayşegül Çakal^(****)

A. R. Anderson'a göre, ödev kipi "zorunlu" şöyle tanımlanmaktadır: $Op \leftrightarrow L(\sim p \rightarrow S)$. Burada "O" sembolü ödev kipi "zorunlu", "L" gerçel kip "gerçekli" yerine geçmektedir; "p" önerme değişkeni anlamına gelmekte, " $\leftrightarrow$ ", " $\sim$ ", " $\rightarrow$ " işaretleri ise sırasıyla "eşdeğerlik", "değilleme", ve "koşul" ifadelerini simgelemektedir. "S" sembolü, "yaptırım" olarak adlandırılan bir sabiti göstermektedir. Bu sabit, normu ihlal eden bir kişi için bazı olumsuz sonuçlar şeklinde yorumlanabilir. A. R. Anderson, şunu düşünür: Eğer yukarıda bahsedilen "zorunlu" kavramının tanımı uygun bir gerçel kipler mantığı dizgesine eklenecek olursa, bu eklemenin sonucunu yeterli bir ödev mantığı dizgesi olur. Bu nedenle ödev kipleri "yaptırım" olarak adlandırılan sabit ile birleşmiş gerçel kiplere indirgenir. Ödev kiplerinin gerçel olanlara bu indirgenişi gerçeğe midir? Bir taraftan, evet, öyledir, çünkü yeterli bir cezanın kaçınılmazlığı (gerçel gereklilik) her yasal düzen için esastır. Bununla birlikte, diğer taraftan, hayır, değildir, çünkü aslında, normların ihlalcisi cezalandırılmakla sonuçlanmayan bu tür ihlalleri vardır. Bundan dola-

yıdır ki, aslında, zorunluluk ile bu zorunluluğu ihlal etmenin yaptırımı arasındaki ilişki gerçel olarak gerekli bir ilişki değildir. Bu nedenle, benim görüşüme göre, A. R. Anderson'ın düzgüsel (normatif) mantık dizgesi olgusal değil istenen durumları tanımlar. Çünkü gerçek dünyada Op 'nin doğru ve $L(\sim p \rightarrow S)$ 'nin yanlış olması olanaklıdır, A. R. Anderson'ın yukarıda verilen "p zorunludur" nosyonunun tanımını kabul etmek için bir gerekçe yoktur. İncelenmekte olan bu yaklaşımda bulunan gerçekliğin rasyonel dokularını korumak olanaklı mıdır? Sanırım, evet. Fakat bu dokuları nasıl koruyabiliriz? Bu soruya yeterli bir yanıt verebilmek için yukarıdaki yaklaşımın geliştirildiği mantık paradigmasını incelemek rasyonel olacaktır.

Kanımcı, A. R. Anderson'ın görüşü bunun gibi mantık doğrudan uygulanmalıdır anlamına gelen bir mantık paradigmasına aittir. Bu paradigmayı daha iyi anlamak için düzgüsel mantık kuramını ele alalım. XX. yüzyılın ortalarında normlar kuramı, sembolik kipler mantığı temelinde mantıksal olarak formüle edilen bir kuramdı. Düzgüsel nosyonlar

klasik-olmayan (Aristotelesçi-olmayan) kipler olarak düşünülmüştü. O zamandan beri normların kipler mantığındaki dikkat çekici gelişme ideal norm sistemlerini simgelemek için oluşturulan yapay dillerin hem mantıksal sentaks hem de mantıksal semantiklerinde başarılıdır.

Adım adım mantıkçılar modern kipler mantığının bir suçun cezalandırılmasının gerçel zorunluluğu ile ilgili yasal sezginin incelenmesinde tek doğru yol olduğu ortak inanışını ortaya attılar. Hatta avukatlar bile mantıkçıların ortaya attığı bu ortak görüşü kabul ettiler. Bu nedenle, hemen hemen bütün araştırmacılar incelenmekte olan yasal sezginin yeterli formalizasyonu probleminin, normların yeterli bir kipler mantığı kurmadaki gerçek başarı problemi ile kesinlikle kesiştiği kararına vardılar. Burada, gerçek başarının, bir takım yapay dil vasıtasıyla yasal sezginin tam ve kesin bir simgesi ve matematiksel simülasyonu anlamına geldiği ima edilmektedir. Ayrıca başarıya burada olduğu gibi yalnızca mantığın konusu çerçevesinde ulaşılabilirdi (ve ulaşılması gerektiği) de ima edilmektedir. Bu paradigma, başarılı dizgenin klasik-olmayan bir dizge olacağı beklentisine toleranslıdır, fakat ısrarla bunun bir mantık dizgesi olması gerektiği konusu üzerinde durur. Bununla birlikte, soyut metodoloji bakımından, şu sorumalıdır: Bir suçun cezalandırılmasındaki gerçel gereklilik yasal idesinin yapısal-fonksiyonel açıklamasındaki bu somut izahat olanaklı tek yol mudur? Birbirine denk gerçel ve ödevsel kipler arasında bulunan eşaslı bir biçimsel ilişkinin varlığına dayanan bu yasal ideyi yorumlayacak veya şekillendirecek esasen yeni bir görüş bulunabilir veya yaratılabilir mi? Bunun gibi

mantığın doğrudan (dolaysız) uygulandığı bu paradigma çerçevesinde, bu sorunlar ortaya çıkmaz ve tartışılabilir çünkü bunların tartışılması bu paradigmanın yerini başka bir paradigmaya bırakması anlamına gelir. Diğer ne olabilir? Benim görüşüme göre, diğer paradigma mantığın dolaylı (araçlı) uygulanmasından biri olabilir. Dolaylı uygulanan mantık ne anlama gelir? Bence bu, mantığı analogi yoluyla kullanmaktır; şöyle ki mantığı özel olarak değil, analogi yoluyla dolaylı uygulanmasının mantıksal-olmayan alanına analogik bir şey olarak kullanmaktır. Bu tebliğde, mantığın bu tür dolaylı kullanımının somut bir örneğini sunacağım. Bu örneğin rolünü, XX. yüzyılın 70.'sinin benim tarafımdan ileri sürüldüğü aksiyonlar cebri oynamaktadır. 1985'te Helsinki Üniversitesi'nde aksiyonlar cebri üzerine verdiğim bir dersten sonra, J. Hintikka, "bu sık bir mantıklı analogidir" demişti. Sanırım tamamen haklıydı. Sadece analogi! Mantık, aksiyonlar cebriinde dolaylı olarak kullanılıyor. (İngilizce yazılmış olan kitabımda aksiyonlar cebrine bir giriş bulunabilir[2].) Bu tebliğde, aksiyonlar cebri bir suçun cezalandırılmasının gerçel gerekliliği ile ilgili yasal inancı incelemenin şimdiye kadar bilinmeyen bir yöntemi olarak kullanılmakta, ve bu nedenle, A. R. Anderson'ın normların kipler mantığı görüşüne yeni (dolaylı) bir yaklaşım olarak ele alınmaktadır.

Tebliğde kullanılan aksiyonlar cebri dilinin sembollerini tanıtalım. a ve c harfleri (bütün) eylemler, yani (tanım gereği) iki moral-yasal değer'den birine sahip olan serbest işlemler anlamına gelmektedir: ya g (iyi) ya da b (kötü). Na, Ha, Oa, Fa, Sa, Da, Ma, Pa, Ia, Ya sembolleri sırasıyla birli moral-yasal iş-

(*) çev., "sanction"

(**) Türkiye Felsefe Kurumu'na 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildiridir.

(***) Usul Devlet Üniversitesi, Rusya

(****) Akdeniz Üniversitesi Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi

lemler (yargı fonksiyonları): <a'dan kaçınmak>; <a'nın olmayışı (yokluğu)>; <a'yı zorunlu yapmak>; <a'yı yasaklanmış yapmak>; <a'yı gerçel olarak olanaksız bir işlem yapmak>; <a'yı gerçel olarak gerekli bir işlem yapmak>; <a'nın olanaklılığından a üretmek>;

<a'nın bir izni>; <a'ya düzgüsel ilgisizlik>; <a'yı gerçel olarak rastlantısal bir işlem yapmak>. Aksiyonlar cebrinde yukarıda bahsedilen moral-yasal işlemlerin yargı-fonksiyonel anlamları aşağıda tablo.1'de tanımlanmaktadır.

Tablo 1.

a	Na	Ha	Oa	Fa	Sa	Da	Ma	Pa	Ia	Ya
g	b	b	g	b	b	g	g	G	b	b
b	g	g	b	g	g	b	b	B	b	b

<a+=c> sembolü, <moral-yasal biçimi a olan bir eylem, moral-yasal biçimi c olan bir eyleme formal-etikal olarak eşittir> ilişkisinin yerine geçsin. İncelenmekte olan cebirde, eylemler, ancak ve ancak moral-yasal biçimleri eşitse formal-etikal olarak adlandırılmaktadır. Tanım gereği, bir moral yasal biçim olan a, moral yasal biçim c'ye ancak ve ancak bu moral-yasal biçimler (a ve c) bu formlar içinde bulunan değişkenlerin moral-yasal değerlerinin herhangi bir olası kombinasyonu sonucunda özdeş moral-yasal değerleri (g veya b) edinirlerse, moral yasal biçim a, moral yasal biçim c'ye formal-etikal olarak eşittir denir.

Formal-etikal eşitlikler üzerinde çalışırken, sıklıkla bu eşitliklerin paradoksal olduğu yanlışına düşülür. Nedeni ise, doğal dilde "dır", "anlamına gelir", "ima eder", "gerekir" sözcüklerinin "+==" ilişkisinin yerine geçebilmesidir. Doğal dilde olduğu gibi aynı sözcükler mantıksal operasyonlar "eşdeğerlik ($\leftrightarrow$)" ve "koşul ($\rightarrow$)" yerine de geçebildiğinden, oldukça farklı "+==" ve " $\leftrightarrow$ " (ya da "+==" ile " $\rightarrow$ ") nosyonlarının tanımlanması, ve dolayısıyla, birbiri yerine geçmesi ile ilgili bir karışıklığa ula-

şılma olasılığı vardır. Bunun gibi paradoksal sonuçlara neden olan yer değiştirmeler aksiyonlar cebrinde kesinlikle yasaklanmıştır, çünkü bu cebre göre, "+==" ile mantıksal eklemeler arasında mantıksal gereklilik ilişkisi yoktur [2].

Şimdi A. R. Anderson'ın ödev kiplerinin gerçel olanlara indirgenmesi ile ilgili yaklaşımı tartışmasına dönelim. Bu tebliğin başında, bir suçun cezalandırılmasının kaçınılmazlığı yasal ilkesi konusunda A. R. Anderson'ın formalizasyonu ile hareket edildiğinde empirik veriler ile mantıksal bir çelişkinin ortaya çıkacağı gösterilmişti. Bu yasal ilkenin bu tür bir açıklamasını yapmak için olgularla çelişki doğurmayan aksiyonlar cebrini kullanmaya çalışalım. Bunun için, bazı aksiyon-cebir ikili operasyonlarını tanıtmamız gerekir, şöyle ki, Kac – "a ve c'yi bir davranışta birleştirme", KOac – "a'yı c'ye dönüştürme (a'yı c'ye bırakma)", AOac – "a ve c davranışları arasındaki en iyi seçeneği ve uygulamasını dışlama (en çok iyi ya da en az kötü)", Aac – "a ve c ikilisinden en iyi (en çok iyi ya da en çok kötü) davranış seçeneği ve uygulamasını dışlamama", Gac – "a ve c aksiyonlarının değişimi", Cac – "c'yi a'nın uygulanmasına klasik

yanıt (tepki) olarak uygulama", CTac – "c'yi a'nın uygulanmasına Tolstoycu yanıt (tepki) olarak uygulama", CNac – "c'yi a'nın düzenlenmesine Nietzscheci yanıt (kısas-tepkisi) olarak düzenleme",

CEac – "c'yi a'nın düzenlenmesine tuhaf tepki (haksız-eşitleyici-tepki) olarak düzenleme". Aksiyonlar cebrinde, yukarıda bahsedilen ikili operasyonların mo-

Tablo 2.

a	c	Kac	KOac	AOac	Aac	Gac	Cac	CTac	CNac	CEac
g	g	g	b	b	g	g	g	g	g	g
g	b	b	b	g	g	b	g	b	b	b
b	g	b	g	g	g	b	b	g	b	b
b	b	b	b	b	b	g	g	b	g	b

ral-yasal yargı-fonksiyonel anlamı aşağıdaki tabloda tanımlanmıştır.

Yukarıda söylenenlerden yola çıkarak aslında ödev kiplerini "bir yaptırım" sabiti kullanarak (bu sabite dayanarak) gerçel olanlara indirgemek için yeni (Andersoncı olmayan) bir yaklaşım önermenin olanaklı olacağını düşünüyorum. A. R. Anderson'ın yukarıda tartışılan "zorunlu" terimine ilişkin tanımı yerine ben şu eşitliği öneriyorum: $Oa+=DCHab$. Bu tebliğde, DCHab'nin doğrudan bir tanımı verilmese de, DCHab fonksiyonunun değerini yukarıda tanımlanan b sabiti, a değişkeni, ve D, C, H operasyonları yoluyla hesaplamak olanaklıdır. (Benim tanımında, a harfi aksiyon-cebrinin moral-yasal değişkeni, ve b harfi de moral yasal sabit "kötü" yerine geçmektedir. Bu

olumsuz moral-yasal sabit, Ha'nın uygulanmasında "ceza" rolünü üstlenmektedir. A. R. Anderson'ın tanımı ile benimki karşılaştırılırsa yaklaşımın A. R. Anderson'ınki ile benzer olduğu kolaylıkla görülecektir. Ancak bunlar tamamen aynı değildir. $Oa+=DCHab$ 'nin arkasından mantıksal olarak $Op\leftrightarrow L(\sim p\rightarrow S)$ gelmez. Bu nedenle, yukarıda eleştirilen $Op\leftrightarrow L(\sim p\rightarrow S)$ tanımının $Oa+=DCHab$ eşitliği ile bir ilgisi yoktur.

KAYNAKÇA

1. Anderson A. R. The Formal Analysis of Normative Systems // The Logic of Decision and Action. Pittsburgh: The University Pres, 1967. p. 147-205.
2. Lobovikov V. O. Mathematical Jurisprudence and Mathematical Ethics. Ekaterinburg, 1999.

Terörle Mücadele Yasasını Anlamak^(*)

Michael Giudice^(**)
Çeviren: Ayşegül Çakal^(***)

Felsefecilerin daimi görevi bilimlerin yöntemlerine veya gündelik gözleme, örneğin kategoriler, modeller, düşünüş ya da davranış biçimleri..., kesin gibi görünen her şeyi ötekini içsel olarak daha az çelişik ve (buna hiçbir zaman tam olarak ulaşılmasa da) daha az çarpıtılabilir metaforlar, imajlar, semboller ve kategori sistemleri oluşturma amacı ile incelemektir.

Isaiah Berlin, "Felsefenin Amacı"

Terörle mücadele etmenin bir yolu, yaşamayla ilgili önlemlerin (teşrii tedbirlerin) yürürlüğe konması ve uygulanmasıdır. Tipik olarak, bu önlemlerin bir takım amaçları vardır: teröristlerin kimliğini saptamak ve onları tanımlamak, terörist grupların özelliklerini iyice anlamak, ulusal güvenlik yararına hassas bilgiyi korumak, ve olan veya olası terör eylemleri için teröristleri gözaltına almak ve olanaklı olduğu ölçüde kovuşturmak. Terör eylemlerinin yol açtığı hasarların ciddiyeti, güvenliği korumak için her zaman olduğu gibi hızlı, kararlı bir çalışma gerektirmektedir. Liberal demokrasilerde, güvenlik gereksinimi cid-

diye alınmaktadır, çünkü bu çiğnenen bir değer değildir – özgürlükleri korumak için bunun aynı zamanda zorlayıcı gereksinim ile dengelenmesi gerekir. Burada, birey haklarının karşısında duran güvenliğin kolektif amacı ile, denge metaforunun terörle mücadele yasasını anlamada uygun bir yol olup olmadığını inceleyeceğim. Sorunu basitleştirmek için, diğer ülkelerin bir çoğunun terörizme karşı yaşamayla ilgili tepkisini yansıttığı olduğu gözlemlerle, Kanada'nın yeni terörle mücadele yasası üzerinde duracağım⁽¹⁾. Bu yasayı insan ilişkilerini anlamak amacıyla daha az çarpıtılabilir metaforlar aramak üzere Berlin'in içti- nap emriyle daha çok motive olmuş olan Ronald Dworkin tarafından öne sürülen son argümanlar ışığında ele alacağım.

Önceki yasaya göre Kanada'da, memurlar terörizmi araştırabilmekte ve uçak kaçırma, cinayet ve sabotajı da kapsayan genellikle terörizmle ilgili çeşitli eylemlere karışmış kişileri kovuşturabilmekteydi. Oysa biz, yalnızca kimliklerini saptayabildiğimiz ve eylemleri

gerçekleştirildikten sonra suçüstü yakalayabildiğimiz fiili şiddet eylemlerine karışmış teröristleri suçlu bulabilmekteyiz. Bir başka deyişle, önceki yasalar geriye dönüktü (önceyi kapsar nitelikteydi). Açıkça sonra, bir önceki yasada bulunan en büyük boşluk terörist eylemleri önlemenin gerekliliğinden doğdu. Kanada Adalet Eski Bakanı Anne McLellan'ın dediği gibi, "yasalarımız terörist eylemleri önleme amacımızı tamamen yansıtmalıdır."⁽²⁾ Bu amaç, 11 Eylül 2001 olaylarını düşündüğümüzde kolayca anlaşılabilir. Çok açıktır ki, sanırım, yasalarımız bu eylemler gerçekleştirildikten sonra yalnızca bunlarla başa çıkma yollarından çok ilkin böylesi eylemlerin gerçekleşmesini önlememize izin vermelidir. Yine McLellan'ın sözleriyle, "terörizmin içsel doğası yeni önlemlere olan gereksinimi zorunlu kılmıştır. Bu önlemlerin koruyucu bir odağı olmalıdır; çünkü terörist suçları olup bittikten sonra cezalandırmak yeterli değildir. Örgütler uçak kaçırma eylemini gerçekleştirmeden veya güvenlik duyumuzu tehdit edemedenden... bizler örgütleri durdurabilmeliyiz. Terörist örgütlerin peşinden gitmek için düşmanın içindeki mekanizmalara sahip olmalı ve onları işlerinden uzaklaştırmalıyız."⁽³⁾ Ancak ne kadar ileri gitmeliyiz, koruyucu ve büyük bir olasılıkla adaletsiz bir şekilde fazladan gelen yasal önlemler hakkında ne endişelerimiz olmalıdır?

Kanada'nın yeni Terörle Mücadele Yasası'nın pek çok bileşeni vardır⁽⁴⁾. Kısaca, bunlar ayrımcılık ve düşmanlığın üstesinden gelmek için terörist eylemin açık bir tanımı, terörist grupların bir listesini oluşturma süreci, kapsamlı yeni terör suçları, koruyucu tutuklama ve araştırmacı duruşmalar gibi yeni araçları içermektedir. Belki Terörle Mücadele Yasası'nın en fazla dikkat çeken hükmü, koruyucu tutuklamanın yeni gücüdür.⁽⁵⁾ Bu hükme göre, eğer bir polis memuru mantıksal temellerde ciddi bir terör suçunun gerçekleşmek üzere olduğuna inanırsa ve yine mantıksal temelde belli bir kişinin tutuklanmasının bu suçu önleyeceğinden şüphelenirse, o kişi yargılanmadan önce tutuklanabilir. Kişiyi mahkemeye sevk etmenin amacı, mahkeme açısından kişinin eğilim ve arkadaşlıklarında kısıtlayıcı veya denetleyici koşullardan yararlanılıp yararlanılmaması gerektiğini göz önünde bulundurmaktır.

Koruyucu tutuklamanın yeni gücü hakkında bazı ciddi endişeler vardır, ve olmalıdır da. Başlangıç olarak, şu kaba gözlemi yapabiliriz: yasalar koruyucu önlemler olarak görüldüğünde, haklarımızın yok edilebileceğinin özellikle farkında olmamız gerekir. Niçin? Çünkü koruyucu yasal önlemler, doğası gereği, fazladan (gereksiz olarak gelen) ve şüphe güdümlüdür. Daha spesifik olarak, bunlar doğası gereği mantıklı şüphenin

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildiridir.

(**) Mc. Master Üniversitesi, Hamilton, Ontario, Kanada

(***) Akdeniz Üniversitesi Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi

(1) Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri, İsrail, Güney Afrika, Avustralya ve Birleşik Krallık benzer bir yasa koymuş ya da koymayı düşünmektedir.

(2) "Avam Kamarası Adalet ve İnsan Hakları Daimi Kurulu öncesi Adalet Bakanlığı'nın Görünümü'ne ilişkin notlar", http://canada.justice.gc.ca/en/news/sp/2001/doc_27900.html, 20 Kasım, 2001.

(3) "Avam Kamarası Adalet ve İnsan Hakları Daimi Kurulu öncesi Adalet Bakanlığı'nın Görünümü'ne ilişkin notlar", http://canada.justice.gc.ca/en/news/sp/2001/doc_27832.html, 18 Ekim, 2001.

(4) Bill C-36, Ceza Kanunu'nu değiştiren Yasa, Devlet Sırları Yasası, Kanada Kanıt Yasası, Suç Gelirleri (Para Aklama) Yasası ve diğer yasalar, ve hayır kurumlarının kaydını da dikkate olarak terörle mücadele etmek amacıyla önlemlerin yasalaştırılması, 1. Oturum, 37. Parlamento, 2001.

(5) Genel olarak, ss. 83.28; 83.29; 83.3., 'terör eylemi'nin tanımında (s.83.01(1)b) "politik, dinsel, ya da ideolojik amaca" bakmak önemli ölçüde dikkat çekmektedir, çünkü bu bireylerin Çarter-garantili din, demek kurma, ve düşünce ve ifade özgürlüğünün ihlali edilmesi olarak anlaşılabilir.

ötesinde suçu kanıtlanana kadar kişinin masum olduğu temel hakkını tehdit eder. Koruyucu tutuklamanın yeni gücünü tekrar düşünün. Bu hükme göre şüpheli ya da potansiyel bir teröristin tutuklanabileceğini, yargıya havale edebileceğini, ve denetleyici koşulların uygulamaya konulabileceğini hatırlayın. Eğer kişi bu koşulları kabul etmeyi reddederse, mahkeme onun on iki aya kadar hapsini isteyebilir. Dikkat edilirse, bütün bunlar kişi herhangi bir suçtan veya terör eyleminden dolayı suçlu bulunmadan önce yapılabilir. Açıkça, hiç bir suçtan hüküm giymeden on iki ay hapis yatma riski Kanada Çarteri s.11(d) ile tutarsızdır: "herkes adil yasa ve bağımsız ve tarafsız mahkemeye yapılan açık duruşmaya göre suçu kanıtlanana kadar suçsuz varsayılma hakkına sahiptir."⁽⁶⁾ Ayrıca, denetleyici koşullar kişinin kiminle arkadaşlık yapabileceğini ve nereye gidebileceğini kısıtlayabileceği için, aynı zamanda Çarter eğilim ve arkadaşlık kurma özgürlüklerimizin de tehdit edildiği kalıcı bir tehlike de bulunmaktadır. Koruyucu tutuklamanın yeni gücü, anayasal haklar karşısında önemli bir tehdit olarak yer alıyorsa, sorun şudur: Böylesi bir yaklaşım, terörle mücadele yasasının hangi anlayışı ile gerekçelendirilir?

Kanada'nın yeni terörle mücadele yasası genel olarak (i) güvenlik ya da güven, ve (ii) insan hak ve özgürlüklerine saygı arasındaki dengeyi kurmak amacıyla tasarlanmıştır. Yine Anne McLellan'ın sözleriyle, "bize tanıtılan önlemler, bireysel özgürlükler ile ulusal

güvenlik arasındaki doğru dengeyi etkillemektedir."⁽⁷⁾ Terörle mücadele yasasının genel ya da popüler anlayışı kişi hak ve özgürlüklerimize verdiğimiz önem ve değerlerin bazılarında vazgeçmemiz gerektiğini açıkça kabul etmektedir. Amerikan hukuk bilgini Laurence Tribe'in suçluluğu ispat edilene kadar kişinin masum (var)sayılma hakkı üzerine yaptığı konuşmasında da ifade ettiği gibi, "daha normal zamanlarda, bir masum kişinin tutuklanmasından yüz suçlu sanığın serbest bırakılması doğru olabilir ancak suçlulardan birinin Manhattan'ın geri kalanını havaya uçurma olasılığı varsa bu aritmetiği yeniden düşünmemiz gerekir."⁽⁸⁾ Bir başka deyişle, genel ya da popüler anlayışa göre: suçun ciddiyeti ne kadar fazla olursa, haklarımızın daha az korunmasına da o kadar hazırlıklı olmalıyız. Ve terörizm çok ciddi bir suç olduğu için, hakları korumak için gereken dikkatimizi belki de büyük çapta azaltmaya hazırlıklı olmalıyız.

Yine de, terörle mücadele yasasını bir 'denge' olarak görmek, kişi hak veya özgürlüklerinin korunması ile bunların güven ya da güvenliği arasında, terörle mücadele yasasını anlamamanın en iyi yolu mudur? Burada 'denge' benzetmesinin aslında yanıltıcı olduğu ve terörle mücadele yasasının karşılaştığı asıl sorunları gizlediğini iddia eden Ronald Dworkin'in argümanlarını kullanacağım.⁽⁹⁾

Dworkin, denge metaforuna karşı iki argüman öne sürer. İlk olarak, Dworkin genel anlayışın dayandığı suçun ciddi-

yeti ile bizim hak ve özgürlüklere verdiğimiz koruma miktarı arasında ters ilişki olduğu varsayımının, tarihsel gelişim ve yürürlükteki uygulama gereği yanlış olduğunu iddia eder. Dworkin'in gösterdiği gibi, bizler aslında suçlanan kişilere verdiğimiz koruma usulü standardına karşı iddia edilen bir suçun ciddiyetini tartmıyor ve dengelemiyoruz. Sözcükleri sanık katillere sanık dolandırıcı ya da dikkatsiz yürüten yayalarla aynı miktarda koruma verilmektedir. Ayrıca, tarihsel gelişim, temel ya da anayasal hak ve özgürlüklerin değerinin tipik olarak, iddia edilen suçun ciddiyetine göre değişiklik gösteren hak ya da özgürlükleri değil, temel ya da herhangi bir sanığa borçlu olunan esaslı bir minimumu temsil ettiği şeklinde anlaşıldığını göstermektedir.⁽¹⁰⁾

Dworkin'in denge benzetmesine karşı sunduğu ikinci argüman şudur; eğer denge metaforuna güvenirsek, bu durumda, ciddi olaylarla suçlanan kişilere haksız yere terör suçu işlemiş gibi davranıyor olacağız. Dworkin'in sözleriyle ifade edersek, "masum olabilecek herkese eşit ilgi olarak hak, minimal hakların sistem içindeki herkesi kapsayacak şekilde genişletilmesini gerektirir... Mevcut durumumuzda bazı kişileri, ciddi haksızlıkların yol açtığı bir takım tehlikelerle karşı karşıya bırakmamız gerektiğine inanırsak eğer, doğruluğa*, onlara yaptığımızın, adaletsiz [ve haksız] olduğunu kabul ettirmemiz gerekir."⁽¹¹⁾ Bir başka deyişle, Dworkin adalet ve hakkın, denge metaforunun öne sürdüğü gibi, koruma miktarını azalttı-

ğımızda sürdürülmeyeceğini söylüyor, çünkü korumada yapılan herhangi bir azaltmanın, ki adaletsiz mahkumiyet olasılığını artırır, kendisi haksız ve adaletsizdir.

Kanada bağlamında Dworkin'in argümanı oldukça anlamlıdır. Koruyucu tutuklamanın gücünü bir kez daha düşünün. Daha önce de gözlemlediğim gibi, bu gücün uygulanması mantıklı şüphelenmenin ötesinde, suç kanıtlanana kadar suçsuz sayılma yerleşik hakkını tehdit eder, çünkü bu gücün uygulanması memurlara tutuklama, koşullara yön verme ve belki standart bir hükme karşı herhangi bir resmi sorumluluğu olmaksızın terörist ya da potansiyel terörist olarak varsayılanları on iki aya kadar hapsedme izni verir. Daha önemlisi, koruyucu tutuklamanın gücünün, masumiyet karinesini tamamen ortadan kaldırmadan, bu hak ile dengelenemeyeceği açık gibi görünmektedir. Masumiyet karinesi az veya çok değer ya da önem verilebilecek türden bir şey değildir. Bu karinenin değerindeki herhangi bir azalma karinenin değişimi anlamına gelir ki bu benim önleyici tutuklamanın gücünün masum (var)sayılma hakkına yapacağına (bu hakkı azaltacağına) inandığım şeydir: bu azalma hakkı ortadan kaldırır ve yerine suçluluk karinesini bırakır. Bu düşünceler ışığında, akla uygun olarak açık gibi görünmektedir ki terörle mücadele yasasına alternatif bir yaklaşım aranmalıdır, ya da en azından denge metaforunun bir gerekçe olarak kullanımı sona ermelidir.

(6) Anayasa'nın I. Bölümü, 1982, Kanada Yasası B Çizelgesi olarak (U.K.), 1982, c.11.

(7) "Kanada Hükümeti Terörle Mücadele Yasasını Tanıtıyor", http://www.canada.justice.gc.ca/en/news/ni/2001/doc_27785.html, 15 Ekim, 2001.

(8) Laurence H. Tribe, "Trial by Fury," *The New Republic*, 10 Aralık, 18,20'de.

(9) Ronald Dworkin, "The Threat to Patriotism," *The New York Review of Books*, 28 Şubat, 2002.

(10) Dworkin, kolektif ilgi ve amaçlar üzerine 'koz' olarak haklar görüşü ile ünlüdür. Bkz., ayrıca, M.S.

Whittington ve R. J. Van Loon, *Canadian Government and Politics: Institutions and Processes* (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1996) 176-177'de.

* candor (çev.)

(11) Dworkin, "The Threat to Patriotism."

Yapıcı Kuralların Anlamı Üzerine^(*)

Wojciech Zelaniec^(**)
Çeviren: Ayşegül Çakal^(***)

Giriş

'Yapıcı'ya karşı 'düzenleyici' ayrımı en az Kant⁽²⁾ kadar erken bir tarihte bulunmuştur, ancak bu terimlerin Kant'ın düzenleyiciye karşı yapıcı kullanım (salt aklın ideleri) ya da ilkeleri ayrımı ile aslında pek de ilişkisi olmayan modern bir anlamı vardır. Bu nedenle kökünü, - İngilizce yazılı felsefe söz konusu olduğunda- tartışmalı olarak Rawls'da yatmaktadır (1955)⁽³⁾. Rawls, insan davranış ve kurumları alanında temel olarak iki tür kural bulunduğunu iddia eder. Türlerden ilkinin kuralları kurum, eylem, olgu durumları, nesne (kavramlarını) tanımlar. Diğerinin kuralları ise, zaten var olan nesne, olgu durumları, v.s. ile ne yapmamız gerektiğini söyler. Sonradan 'yapıcı' olarak adlandırılanlar ilk tür kurallar iken ikincisi bugün 'düzenleyici' olarak bilinmektedir. Rawlsu

ayrımı kendinde (1969) ve 60'ların başında yayınlanan makalelerinde başlatan John Searle, bu terimsel ve kavramsal gelişmeden sorumludur.

Yalnızca Searle değil, oysa, İtalyan ve Polonyalı hukuk felsefecileri (bkz., örn., Conte (1985), Azzoni (1988), Di Lucia (1997)) yapıcı kural kavramının Edmund Husserl, Max Weber, Johannes Thomae, Ludwig Wittgenstein, Antonino Pagliaro, John D. Mabbott, Ernst Mally, Alf Ross ve Georg Henrik von Wright'ın az ya da çok ayrıntılı katkılarını da içeren, Searle öncesi uzun bir tarihi olduğunu göstermişlerdir. Yapıcı kuralların çok tanınan bir öğrencisi Polonya hukuk felsefecisi Czesław Znamierowski oldu. Znamierowski, 1924'te, bu gibi kurallara ve bunların neden olduğu karmaşık bir teorem sundu. Onun

başlattığı Polonya geleneği, Leszek Nowak ya da Zygmunt Ziembinski gibi bilim adamlarının çalışmalarında yaşama-ya devam edecektir, ve geçtiğimiz on yıl içinde, İtalya'da bu konu ile ilgili Gaetano Carcaterra, Amedeo G. Conte⁽⁴⁾ ve öğrencilerinin çalışmalarını da içeren önemli yayınlar yapılmıştır. Araştırmanın konusu, bu nedenle, hala açıktır ve yakında kapanacağı da benzemiyor. İlgili literatür artıyor, fakat hala araştırmaya açıktır⁽⁵⁾.

Yapıcı kurallar nelerdir?

Zekice yapılmış bir ayrım fırsatının alışılmış cazibesi ve gerçek bir felsefeci kalbi tarafından nadiren direnilebilir bulunan diğer niteliklerden ayrı olarak, yapıcı kuralların toposu, onu çekici kılan ve bir düşünürü 'felsefenin karşılaştığı dünya sorunları' ile ilgili açıklama yapmaya iten pek çok önemli sorunu ortaya koyar. Yapıcı kuralların, daha önce de söylediğim gibi, toplumsal davranış ve kurumlar ile onun yapıcı bileşenlerini tanımladığına inanılmaktadır. Bu kuralların özellikleri ve işleyiş yollarını anlamının, böylece, bunların yönettiği kurumları ve dolayısıyla uygarlık ve kültürü, insan neslinin yazgısını anlamada çok önemli olması beklenebilir.

Spesifik olarak, yapıcı kurallar nelerdir? Bu konuda evrensel bir görüş birliği yoktur, ve çoğu yazar, iyi tanımlanmış veya tanımlanabilir cins ya da doğal türde 'yapıcı kural'ın varlığını açıkça yadsımaktadır. Ancak belirgin ya da diğerlerinden ayrı sınıflandırılacak kadar

yeterli özelliğe sahip olduğuna inanılan kural örnekleri vardır.

Böyle örnekler verilecek favori alan oyunlar ve sporlardır. (Alf Ross gibi bazı bilim adamları, hatta yapıcı kuralların bu alanı sınırladığını da düşünmüşlerdir ve benzer eğilimler başka düşünürlerde de bulunmuştur - bkz. örneğin Carcaterra (1991), 93⁽⁶⁾.) Açıktır ki, örneğin, 'satranç' dediğimiz karmaşık nesne, ontolojik statüsü ne olursa olsun, kurallarından bağımsız bir şekilde var olamaz. Bu, satranç aşk gibi nesnelerden keskin bir şekilde ayırır. Çünkü aşkın elbette bir takım kuralları olsa da (sadece Ovid'i düşün⁽⁷⁾), onun ortadan kalkması için yeterli bir koşul olan unutmamanı ya da silmenin kurallar dizini yoktur.

Satranç kuralları, yine de, satranç oluşturmaya nasıl başarır? Yemek tarifi ya da makine işleyiş kuralları gibi (düzenleyici olduğuna inanılan) kurallardan farklı olarak, satranç kuralları önceden verilmiş spesifik hiçbir şeyi gerektirmez. Yerine, bu kurallar bizi istediğimiz her şeyi almaya davet eder, ister odundan, eboniden, isterse madde olmayan bir şeyden (zihinsel satrançta olduğu gibi) yapar, onu altmış dört kareye böler, sonra A1'den A8'e kadar (A8 dahil), B2, v.d., H8'e kadar (H8 dahil) sınıflandırır ve bütün bunları 'satranç tahtası' olarak adlandırırız. Daha sonra, kurallar bize, yine, gerçek olarak herhangi bir şeyden yapılmış parçaları A1'den H2(dahil)'ye ve A7'den H8(dahil)'e yerleştirmemizi söyler. Sonra da şu şu bölmelere konan taşları 'kale', 'at', 'fil'

(4) Bu makalenin bibliyografik kısmında, Conte'un yapıcı kurallar hakkındaki çalışmalarından -rastgele alınmış- bir seçme verdim.

(5) Örneğin, 'Philosopher's Index' 1940-2002/3 l'de 'yapıcı kurallar' üzerine 42 kayıt bulunmuştur.

(6) Johan Huizinga'nın Homo Ludens'i 'the payful' öğrencileri için insan doğasında hala aşlamaz düzeydedir.

(7) Cerç Denis de Rougemont'un L'amour et l'Occident'i (1939'dan, 1972'nin 'son baskısı') de faydalı bir referans olabilir.

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildiridir.

(**) Zielona Góra Üniversitesi, Polonya

(***) Akdeniz Üniversitesi Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi

(2) Kant, Salt Aklın Eleştirisi'nde, 'yapıcı' (Grundsätze, Prinzipien) ilkelerden başka bu ilkeleri çeşitli yerlerde deneyimin analogileri ile ilişkilendirerek (örn. A180/B223), salt aklın kozmolojik antinomileri ile ilişkilendirerek (örn. A508/B536) 'düzenleyici' ilkelerden de söz eder; fakat onun kastettiği buradaki ilgili sıfatların anlamından çok farklıdır. Kabaca, 'düzenleyici', ona göre, başarının garantisi değildir, 'düzenleyici' yalnızca eylemi belirli bir doğrultuda yönlendirir. Onun çalışmasında, bununla birlikte, başka bir nokta daha vardır, o da 'yapıcı' ile kastettiği şeye biraz daha yakın olduğu yer ve hatta 'yapıcı kural' ('constitutive regel') tanımını kullanmasıdır. Handschriftlicher Nachlaß, Akademie-Ausgabe vol. 16 (Berlin, Leipzig: Walter De Gruyter & Co., 1924), s.779. Profesör Conte, bu noktanın lokalizasyonunu Roma La Sapienza Üniversitesi'nden Prof. Mirella Capozzi olduğunu sanmaktadır.

(3) Yapıcı kural kavramı ilk olarak, Conte'a göre, Antonino Pagliaro tarafından ortaya atılmış gibi görünmektedir.

v.b. gibi adlar vermemizi, onları falan biçimde hareket ettirmemizi, ve 'kazanma durumu' olarak tanımlanan 'mat' adı verilen belli bir duruma ulaşmaya çalışmamızı söyler.

Bu, bize yapıcı kuralların yapıcılığını anlamada bir ön fikir vermeye yeter: bu kurallar, farklı ontolojik kategorilerdeki nesneleri, bu nesnelerin doğası hemen hiç gibi olduğunda, önceden var olan bu nesnelere görevler vererek bu görevleri yerine getirebilmeleri koşuluyla tanımlar. Bu bağlamda, denilebilir ki, çoğu zaman olduğu üzere, yapıcı kurallar kendi nesnelerini 'oluşturur': ex nihilo değil ama onda zaten bulunan bir rol iliştiyerek. Bir parça odun bir satranç oyununda 'piyon' adlı rolünü oynama bağlamında bir piyondur. Bunun gibi 'yaratılmış' bir nesne veya durum bazen - Yunanca 'savlama' ya da bir şeyi başka bir şey olarak sayma' anlamına gelen - 'thetic'⁽⁸⁾ bir nesne olarak adlandırılır. Bu terminolojik aygıt, Searle'un tüm yapıcı kuralların genel formu dediği şeyle tamamen aynı çizgidedir. 'C bağlamında, X, Y gibi görülür'(bkz., örn. Searle (1969), 55)⁽⁹⁾

Yapıcı kuralların amacı nedir?

Bu açıdan bakıldıkta, yapıcı kurallar bağımsız, sürekli ve birbirleriyle uyumlu kurallar olarak görülebilir. Böyle kuralların neden hiç olmadığını, önem ya da anlamlarının ne olduğunu merak edebiliriz. Bu sorunun açık yanıtı şudur: bizler bu kuralların oluşturduğu pratikleri almak isteriz. Evet, ama niçin?

Sıklıkla, yapıcı kuralların, düzenleyicilerden farklı olarak, buyuran olmadıkları (atfeden, ya da nasıl denirse, olduğu) iddia edilir, ve bu nedenle, bu kurallar çiğnenemez ya da suç işlenemez. Bu tezatlığın, varsa eğer, incelenmeye değer olup olmadığından kuşkuluyum. Yapıcı kurallar, bana öyle geliyor ki, yönerge bazında çok iyi formüle edilebilirler, ki bu düzenleyici kuralların standart formüle edilmiş şeklidir. Satrançın kuralları, örneğin, şu şekilde olabilir: 'Satranç oynamak istiyorsan, bölümlere ayrılmış bir şey al, onu altmış dört parçaya böl', gibi gibi. Sanırım, yapıcı ile düzenleyici kurallar arasındaki asıl önemli tezat durumların ontolojik konumu ya da bu durumların izlenmesiyle ortaya çıkan diğer nesnelerdir. Düzenleyici kurallarda, kurallardan kavramsal olarak bağımsız olan şey nesnedir: bir tabak, bir makinenin işleyişi, gibi. Yapıcı kurallarda ise, nesne kurallara kavramsal olarak bağımlı olan bir şeydir: bir satranç oyunu, örneğin, satranç kurallarından soyutlandırıldığında, açıkça, hayal bile edilemez.

Bu nedenle, 'Niçin düzenleyici kuralların başarının aracı olduğu amacına ulaşmak istiyorsunuz?' sorusu sorulduğunda, düzenleyici kural araç olarak kural koyar basamaklarını izlemektense bunun nedenlerini bulurduk. Şunu söylemek iyi bir felsefi şaka olurdu, aslında, - adım adım yemek tarifini izlemek için (bu bir alıştırma olmadığı sürece) kişi yemek pişirmek ister. Ancak yapıcı kurallar söz konusu olduğunda

böyle bir yanıt mükemmel olur -kişi, örneğin, sadece satranç oynamak için satranç oynamak ister. Öyleyse, sadece kurallara uymak için yapıcı kurallar tarafından oluşturulan geleneklerin olmasını istiyoruz gibi görünmeye başlıyor. Bir döngü içinde miyiz?

Hayır, çünkü 'yalnızca' satranç oynamak satrancın bütün anlamı değildir. Bunu daha açık görmek için, yapıcı kuralların bir başka klasik örneğini ele alalım: söz verme örneği. Söz verme işi satranç oynamak kadar 'thetic'tir, ve John Searle söz vermenin yapıcı kurallarıyla ilgili pek çok şeyi anlaşılır kılmıştır. Çünkü hiç kimse, sanırım, sadece söz vermek için söz verme kurumunun olduğunu söylemez, ki bu satranç oynamak için satranç oynuyoruz ifadesine tamamen analogiktir. Açıkça, söz veririz, çünkü söz verme eyleminin dışında olan bir amaca ulaşma isteğimiz vardır - diğerlerine bir tür kesinlik verme, şöyle ki onların bizim tarafımızdan yapılmamasındansa yapılmasını istedikleri şeylerin yapılacağını, sözü. Bu, söz vermenin 'asıl noktası', onun doğru ve gerçek anlamıdır, yemek pişirme ya da bir makineyi harekete geçirmenin anlamı ile her bakımdan karşılaştırılabilir.

Bir anlık düşünce gösteriyor ki, yine de, bu konular, tam olarak özdeş olmasa da, satranç gibi oyun ya da sporlardan tamamen farklı değildir. Normalde, bizler satrancı yalnızca o oyunun yapıcı kurallarına uymak için değil, aynı zamanda kimin kazanabileceğini öğrenmek için de oynamalıyız. Kimin kazanacağını öğrenmek isteyebiliriz çünkü oyunun (içsel, kural-tanımlı) amacı olan mata, yalnızca belirli bir takım zihinsel niteliklerin kullanılmasıyla ulaşılabilir. Dolayısıyla, diğer parti oynama-

nırken, mat kesinlikle satranç oynamanın - 'içsel' bir amacı, hangi oyunda kimin zihinsel niteliklerini daha iyi kullandığını görmek ise bu oyunu oynamanın bir başka amacıdır, 'dışsal' amacı.

Yapıcı kurallar, bu yüzden, iki kat önemlidir: Bir taraftan, kendileri tarafından tanımlanan ve yine kendilerinin oluşturdukları pratiklerin amacı. Diğer taraftan, - verilen örnekler yol gösterici olduyorsa - her zaman bir öncekinin ulaştığı ve kurallarla tanımlanmayan ikinci bir amaç vardır. Yalnızca 'ile' edatının kullanılmasıyla belirtilen bağlantının doğası, bir bakıma anlaşılabilir gibi görünmektedir, ancak sorgulanmakta olan yapıcı kurallar tarafından tanımlanan kurumların değişmezliği, bu kurumların genel olarak insan yaşamındaki işlevselliğinin yanında bağlantının doğasının sağlamlığına da dayanmaktaymış gibi görünmektedir. Bu bağlantının tehlikede olduğu yerlerde, kurumun kendisi bozulma eğilimi gösterir - spordaki dopingi düşünün, örneğin. Doping, öyleyse, o bağlantının güvenliği içinde yer alır. O halde, yapıcı kuralların gerçek anlamının, bu kuralların hem kurum hem de pratiklerinin amaçları arasındaki bağın güvenliğinde yattığının görülmesi gerekir.

Kaynakça

Azzoni, Giampaolo. 'Il concetto di condizione nella tipologia delle regole'. Cedam: Padova, 1988.

Carcatera, Gaetano. La forza costitutiva delle norme. Part 3. Norme giuridiche e valori giuridici. Saggi di filosofia del diritto. Roma: Bulzoni, 1991. First edition as: Gaetano Carcatera. La forza costitutiva delle norme. Roma: Bulzoni, 1979.

(8) 'Thetic' (Yunanca thesis'den gelir) Conte tarafından ortaya atılmış bir sanat-terimi gibi görünmektedir (bkz. örn. Conte (1977), 62). Çok genel bir ifadeyle, bir eylem eğer 'savlama', satrançta çeşitli oyun durumları veya verilen sözlerin getirdiği iddia ve yükümlülüklerde olduğu gibi yeni durumlar yaratmayı içinde barındırıyorsa 'thetic'tir.

(9) Bu Searle'ün 'standart formülasyon'un (Amedeo G. Conte'dan esinlenilmiş) bir eleştirisi için bkz. Di Lucia (1997), 28-29.

- Conte, Amedeo G. 1985. Aspekte der Semantik der deontischen Sprache. In: Amedeo G. Conte, Risto Hilpinen, Georg Henrik von Wright (eds.), *Deontische Logik und Semantik*. Wiesbaden: Athenaion, 1977, 59–73.
- Deontisch vs. Anankastisch. In: Robert Alexy, Ralf Dreier (eds.), *Rechtssystem und praktische Vernunft* ('Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie', Beiheft 51). Wiesbaden: Steiner, 1993, 102–109.
- Dimensions of Nomic Freedom. In: Ian Carter, Mario Ricciardi (eds.), *Freedom, Power and Political Morality. Essays for Felix Oppenheim*. London: Palgrave, 2001, 69–78.
- Eidos. An Essay on Constitutive Rules. In: Pozna_ Studies in the Philosophy of the Sciences and the Humanities. 11(1988). 251–257.
- Erkenntnis von Regeln und Erkenntnis durch Regeln. In: Roderick M. Chisholm, et al., (eds.) *Philosophie des Geistes. Philosophie der Psychologie. Akten des Neunten Wittgenstein-Symposiums* (Kirchberg am Wechsel). Wien: Hölder-Pichler-Tempsky, 1985, 577–579.
- Idealtypen für eine Theorie der konstitutiven Regeln. In: Torstein Eckhoff et al., (eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart/Reason and Experience in Contemporary Legal Thought*. ('Rechtstheorie', Beiheft 10). Berlin: Duncker und Humblot, 1986, 243–250.
- Konstitutive Regeln und Deontik. In: Edgar Morscher, Rudolf Stranzinger (eds.), *Ethics, Foundations, Problems and Applications. Proceedings of the 5th International Wittgenstein Symposium 25th to 31st August 1980, Kirchberg/Wechsel* (Austria). Wien: Hölder-Pichler-Tempsky, 1981, 82–86.
- Konstitutive Regeln und Ontologie. In: *Kurzfassungen des Sechsten Internationalen Wittgenstein-Symposiums: Sprache und Ontologie*. Kirchberg am Wechsel, 1981, 11.
- L'Enjeu des règles. 'Droit et Société', 17–18 (1991), 122–143.
- Materiali per una tipologia delle regole. 'Materiali per una storia della cultura giuridica' 15, 345–368.
- Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein In: Rosaria Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*. Napoli: Guida, 1983, 37–82.
- Regel IV. In: Joachim Ritter and Karlfried Gründer, eds., *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 8, Basel: Schwabe & Co., A.G., 1992, cols. 446–450.
- Regola costitutiva in Wittgenstein. In: Francesca Castellani (ed.), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna. (Materiali del Dipartimento di metodologia, teoria e storia sociale, 7)* Trento: Uomo Città Territorio, 1981, 51–68.
- Semiotics of Constitutive Rules. In: Michael Herzfeld, Lucio Melazzo (eds.), *Semiotic Theory and Practice. Proceedings of the Third Congress of the IASS International Association for Semiotic Studies* (Palermo 1984). Vol. 1. Berlin: Mouton-De Gruyter, 1988, 145–150.
- Variationen über Wittgensteins Regelbegriff In: Rudolf Haller (ed.), *Sprache und Erkenntnis als soziale Tatsache. Beiträge des Wittgenstein-Symposiums von Rom 1979*. Wien, Hölder-Pichler-Tempsky, 1981, pp. 69–78.

- Di Lucia, Paolo. 'L'universale della promessa'. Milano: Giuffrè, 1997.
- Pagliari, Antonino. 'Regole del giuoco', *Idea*, 3 (1951), Second edition in: Antonino Pagliaro, *Il segno vivente*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1952, 53–61.
- Rawls, John. Two Concepts of Rules. 'The Philosophical Review' 64 (1955), 3–32.
- Searle, John R. 'Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language'. London: Cambridge University Press, 1969.
- Znamierowski, Czesław. Basic concepts of the legal theory (in Polish). Pozna_: Fiszer & Majewski, 1924.

Doğal ve İradi Hukuk Arasındaki İlişki^(*)

Gogilaşvili Otar^(**)

Çeviren: Ahmet Açıkan^(***)

(Özet)

İnsan, yeryüzündeki canlı organizmaların en yüksek aşamasıdır. O, toplumsal-tarihi faaliyetlerin ve kültürün öznesidir. Diğer canlı varlıklardan ayrılan insan, savaşın ve emeğin aracını üretir ve çevremizdeki dünyayı etkiler.

İnsan, her varlık gibi, yaşama içgüdüleriyle kodlanmıştır. Yaşamının sonuna kadar o bununla meşgul olur. İnsan mükemmel bir tarzda şu kuralı kullanır: En güçlü hayatta kalır.

İnsanlar, değişik toplumlar, devletler ve hukuki organizasyonlar yaratırlar. Yasalar, kararnameler, kararlar, yönergeler vb. yani iradi yasalar kabul ederler. Fakat tüm bu tedbirler bazen doğal hukuk karşısında güçsüz kalır.

(bildirinin kısa içeriği)

Hukuk felsefesinin görevi, her türlü kültürel durumda yaşama hukukuna yol açan beşeri temel hukuku kavramadır.

İnsan, her varlık gibi, yaşama içgüdüleriyle kodlanmıştır. Yaşamının sonuna kadar o bununla meşgul olur. İnsan mükemmel bir tarzda şu kuralı kullanır: En güçlü hayatta kalır.

İnsanlar, değişik toplumlar, devletler ve hukuki organizasyonlar yaratır.

Yasalar, kararnameler, kararlar, yönergeler vb. yani iradi yasalar kabul ederler. Fakat tüm bu tedbirler bazen doğal hukuk karşısında güçsüz kalır.

İnsanın doğal hukukunun temeli maddi ve manevi tatmindir. Kişi, kendi ihtiyaçlarını karşılayamazsa, o zaman o, iradi yasaları yani bir devletin, devletler grubunun ya da tüm dünyanın yasalarını bozar.

İnsanın doğal hukukunun temeli maddi ve manevi tatmindir. Kişi, kendi ihtiyaçlarını karşılayamazsa, o zaman o, iradi yasaları yani bir devletin, devletler grubunun ya da tüm dünyanın yasalarını bozar.

Uygarlığın gelişmesiyle insanlık, özgürlüğe, hukuka, eşitliğe, adalete doğru gelişiyor.

Diğer canlı varlıklardan ayrı olarak insan, sosyal yaşamın organizasyonunun hukuki ve siyasi biçimlerine vasil olamaz.

Aristo'ya göre (m.ö. 4. yüzyıl) yalnızca Yunanlılar kendi doğalarının kö-

keninin nihayetine vardılar. Geri kalan halklar (barbarlar) ise köleliğin ve despotizmin hukuk öncesi şartlarında yaşıyorlardı. 1500 yıl sonra biz, pek çok hal-kın kendi hukuki doğalarının kökenini sonuçlandırmadığını, yüksek siyasi ve hukuki seviyeye ulaşmadıklarını, henüz hukuk devletini deşifre edemediklerini öne sürebiliriz.

Hukukun kökeninin süreçleriyle insan soyunun gelişimi ve genel kültürün biçimlenmesi aynı zamanda meydana gelir.

Bu hukukun tarihi, insan hukuku hakkında evrimci anlayışlar ve tarihi biçimlendirmedir. Her dönemde, hukuka sahip bir insan olarak, bir derecede varolan hukuku tanıyan ve nüfustan biri hakkında bir yargılama yapılabilir. Antik hukukun kurallarına göre yetkili kişi olarak tüm insanlar tanınmaz. Burada insanlar 3 kategoride bulunuyordu:

Özgürler, köleler ve serbest bırakılmışlar (eski köleler). Atina ve Roma hukukuna göre köle, hukuki olarak insan olarak tanınmaz. Köle yalnızca bir nesnedir, hukukun öznesi değildir.

Köle "eşyadır", "konuşan bir araç"tır. Kölelerin sömürülmesi acımasız, açık ve kabadır.

Köleler, köle sahiplerinin malıdır. Onlar, ağır emekleri için, yalnızca varolmaları için yeterli olanı alıyorlardı. Köle yargılanmaksızın öldürülebilirdi. Yasa göz önüne alınmazdı. Yasa kölelerin hiçbir hakkını saptamazdı. Köle, efendisinin egemenliğindeydi. Köle yalnızca doğal hukuka göre "insan olarak" tanındı ve köleler defalarca ayaklanarak (Örneğin, Spartaküs ayaklanması) kendi haklarını ispatladılar.

Feodal toplumda köle yoktu. Ancak köylülerin yaşamı çok ağırdı. Emeklerinin büyük çoğunluğunu efendilere veri-

yorlardı. Hükümetler, köylüler üzerinde toprak sahiplerinin iktidarını perçinleştiren yasalar yaptılar. Köylüler, baskıdan kurtulmak için girişimlerde bulundular ancak toprak sahipleri, ordu, polis ve jandarma yoluyla onları ezdiler. Yasa, vatandaş olarak toprak kölesinin tüm haklarını tanıımıyordu.

Ortaçağda özel hukukla birlikte kölenin haklardan yoksun olması ve özgürlüğü, hukuk toplumunun ve hukuki yapının daha fazla gelişmesini sağlar. Bu etapta kişi hakları, değişik sınıfların üyelerinin farklı hukuki ayrıcalıklarıyla durur. Tüm tarih boyunca insanların insanileştirilmesi sürüyor. 1789'da Fransa'da tüm insanlığın özgürlüğü ve hukuki eşitliğini ilan eden "Vatandaş ve insan hakları bildirgesi" büyük önem taşıdı. Bu bildiride, amacın, insanın doğal ve kamulaştırılmamış (неотчужденный) haklarının sağlanmasında her bir devletin birliğinin bulunmasının altı çizildi. Bu yasayla, baskıya direnme ve güvenlik, mülkiyet, özgürlük getirildi. İnsani haklar olarak bildirgede, dini sorunlarda dahil olmak üzere fikirlerin ve düşüncelerin özgür ifadesi tanındı. Yasalar önünde tüm yurttaşların eşitliği prensibi ilan edildi.

Hukuk, onların gerçek iktidarı ölçüsünde gerçekleştirilebilir şu ya da bu organizasyonlarla, bu normların müeyyidelerini yerine getirmeyi sağlama koşuluyla, saptanmış şu ya da bu organizasyonlarla norm aracılığıyla, toplumdaki insanların düzenli davranış sistemidir.

Literatürde, felsefe kuramına göre haklar, bu olayın aşağıdaki işlevsel karakteristiklerine ayrılır: 1. Hukuk, egemenlerin iradesini ifade eder; 2) Hukuk, kişinin özgürlüklerinin ölçüsünü ifade eder; 3) Hukuk çıkarları sınırlandırır 4)

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildirdir.

Pedagoji bilimleri doktoru, S.S. Orbeliani Tiflis Pedagoji Üniversitesi Profesörü, Tiflis

(**) Mühendislik ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Rektörü, Gürcistan Eğitim Akademisi Üyesi.

Adres: Bahtrionskaya sokağı No:22 daire 79

Tiflis şehri, 380094 Gürcistan

Tel: (995 32) 380083 (ev); (995 32) 352700 (iş)

(***) Akdeniz Üniversitesi Felsefe Bölümü Yüksek Lisans Öğrencisi

Hukuk, toplumsal ilişkileri düzene koyar.

Hukuk felsefesinin görevi, her türlü kültürel durumda, yaşama hukukuna yol açan beşeri temel hukuku kavramadır.

İngiliz filozof John Locke doğal hukuk ilkelerini hazırladı. O, burjuva sınıfının doğal-hukuki idealini ortaya koymuştu. Locke'a göre kişinin kamulaştırılamaz (неотчужденный) haklarına 3 temel hak aitti: Yaşam, özgürlük ve mülkiyet. Kişinin hukuki eşitliği, 3 kamulaştırılamaz hakkın kabul edilmesi zorunlu sonucunu getirir. Hukuk düzeni herkesin karlı çıkmasını sağlamalı aynı zamanda tüm geri kalanların özel çıkarlarını ve özgürlüğünü gözetmelidir. XVIII. yüzyıl filozofları, eşit bir birey kişisinden önce, yalnız bir birey yerine, yeni hukuki bir evrensellik yaratmayı teklif ederler. Eğitimciler çalışmalarını bu konuya ayırır. Dürüstlük, çalışkanlık, sağduyuluk ve yüce gönüllük, eğitimcilerin dramları ve romanlarında olumlu kahramanın temel meziyetleri olur. "Temiz bir akıl" taşıyan, "dünya vatandaşı" yeni bir kahraman oluşur.

Son on yılda kişi haklarını sağlamlaştırma amacıyla çok sayıda yasa kabul edildi.

"İnsan hakları genel bildirisi" (1948); "Temel özgürlükler ve kişi haklarının korunması Avrupa anlaşması" (1950); "Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar Uluslar arası antlaşması" (1966); "Hel-sinki Toplantısı sonuç bildirisi" (1975); "Avrupa güvenlik ve işbirliği toplantısı devlet temsilcileri Viyana buluşması nihai belgesi" (1989); "Azınlıkların din ve dil, etnik ya da ulusal kişisel haklar bildirisi" (1992) kabul edildi.

11 Eylül 2001 yılında ABD'deki terör eyleminde tüm iradi hukuk ve yasalar ihlal edildi fakat teröristler, kendi

manevi taleplerini, ideolojilerini korumak için insanları kitlesel olarak yok ettiler ve bunun, onların doğal hukuku olduğuna inandılar. Hiç kimse eski Yugoslavya'da barış içinde yaşayanların ölümü için ABD'yi cezalandırmadı çünkü ABD dünyanın zengin, en güçlü ülkesidir ve şu anda iradi yasaları ihlal ettiği için ABD'yi cezalandırabilecek dünya da hiçbir güç yoktur. O en güçlüdür ve doğa yasalarına göre hayatta kalması gerekir. ABD nükleer bir devlettir, hukuk devletidir, O, kendi nükleer silah stoklarıyla tüm dünyayı yok edebilir. Fakat Irak ve Kuzey Kore nükleer silah yapmak istediğinde, ABD bu devletleri tehdit etmeye başladı. ABD, kendisini hukuk devleti sayıyor,

Irak ve Kuzey Kore ise hukuk devleti değil ve onlar nükleer silah yapma hakkına sahip olmuyor. Burada mantık nerede?

Gürcistan'ı örnek alalım. 1991'in sonuna kadar Gürcistan Sovyetler Birliği'nin bir üyesiydi. Sovyet imparatorluğunun dağılmasından sonra Gürcistan bağımsızlığını kazandı. O, BDT üyesi. Fakat Rusya Gürcistan'da kendi etkisini kaybetmek istemedi ve çatışmalar çıkarttı. Resmi olarak Rusya tüm Gürcistan topraklarını tanıyor fakat fiilen Abhazya ve Güney Osetya'yı işgal ediyor. Rusya resmi olarak iradi hukuku destekliyor fakat fiiliyatta doğal yasalara göre davranıyor. O, Gürcistan'dan çok daha güçlü. Rusya'nın nüfusu yaklaşık 150 milyon kişi, Gürcistan'ın nüfusu ise yaklaşık 5 milyon. Rusya'nın 2002 yılında savunma giderleri 9 milyar dolar-
dı, Gürcistan'ın ise 16,5 milyon dolar.

Doğal hukuk, kendi hukukundan daha yüksekte duruyor. Yasalar, her zaman doğal hukuku yansıtmaz. Pek çokları hukuku, her zaman "doğal" ve "insani",

"türemiş" ve bazen "kabul edilemez" yasadaki ayrılan, insanlar arası ilişkilerin gerekli sınır uçlarına sahip, yasadaki daha büyük bir değere sahip olan insan yaşamını düzenleyen sosyal bir fenomen olarak görüyor.

Doğal-hukuki düşüncenin temelleri, doğal hukuku ve yasayı seçme, eskiden ortaya konmuştu. Adil "hukuk", "doğal olarak" isimlendirildi, çünkü O, "doğadan"- insanın, eşyanın, evrensel düzenin doğasından- çıktı.

Bazı araştırmacılar "doğal hakların" biyolojik olarak doğmadığını, insanın sosyal doğasının ise, insana "doğuştan güç" hakkı vermediğini, doğuştan gücün toplumda ve bu hakların toplumun eşit gelişimine bağlı olduğunu düşünüyorlar.

Doğal hukuk teorisinde amaç- bu nesnelliği belirleyen en iyi hak ve faktörlerin arayışı- saygıya değerdir.

Doğal-Hukuk düşüncesi, kendi tarihi içinde önemli bir yol açtı. Günümüzde,

doğal-hukuk görüşlerinin pek çok değişik biçiminde (varyantında), doğal yasalık, değerler, tarih, kültürel antropoloji, sosyal-ekonomi, psikoloji ve diğer etmenlerden oluşması gereken siyasi taleplerde, elverişli (optimal) hukuki bir kararı, yasa koyucunun yönlendirme eğilimi izler.

İnsanlık, yasalara ve hukuka saygı göstermeli, bu talepleri yerine getirmelidir fakat kişinin çoğu hallerde doğal hukuka ihtiyaç duyduğunu hatırlatmak gerekir.

Bundan yola çıkarak, iradi yasalar, talimatnameler, kararnameler, yönergeler vb., tüm olası doğal tepkileri hesaba katarak hazırlanmalıdır. Suçluları cezalandırmak yeterli değildir.

Suçun nedenlerini araştırmak gerekir, eğer suçların nedenleri doğal hukuku ihlal ediyorsa, buna hizmet edenleri cezalandırmak gerekir.

Yöntemsel Problemlerin Işığında Rus Liberalizminin Hukuk Felsefesi^(*)

Pozdnyakov Viktor Petroviç^(**)

Çeviren: Ahmet Açıkan^(***)

Keyfi bir iktidardan kişinin güvenli-ğinin garantisinin devlet tarafından sağlanmasını, örgütsel faaliyette kolektif ve bireyselin hukuki ölçüsü zanneden bas-kın siyasi kültürün oluşumu, dünya top-lumunun açık eğilimini daha da çok oluşturur. Ancak çoğu zaman siyasi pragmatikğin konjektürel üstünlükleri, bugünkü sosyokültürel durumun yol aç-tığı sorunun çözümünü arayıp bulma olanağını içeren hukuk düşüncesinde kazanılıyor. Onların çok çeşitliliği, bir yanda dünyada meydana gelen radikal değişimleri saptarken, diğer yanda bü-yük bir hızla gelişen gerçekliğin "için-den geçen" çelişikliğini su götürmez bir şekilde kanıtıyor.

Toplumsal çıkarların ve iradenin özel, kişisel anlaşmasını hukuki kriter-lerle tatmin etmeyen düzene dünyada oluşan alternatif arayış, toplumun geliş-mesini köktenci doktrinlere yönelmek zorunda bırakıyor. Her şeyden önce, toplumsal ve politik ani değişim dene-melerinde yaratıcı enerji korundu. Bu li-beralizmle ilgilidir. Fakat, benim bakışı-ma göre, kendi yaşayabilirliğini onay-lama yerine, liberalizmin, gerçekliğin reforma tabi tutulmuş pek çok projesi, kendisine her şeyden daha fazla çtrefil-

li bir görünüş katarak sorunların çözü-müne ait listeyi yeniden doğuruyor. Bu her seferinde genel değişmezlerden biri-ni ortaya çıkarır: Varsayımsal (hipote-tik) yapıların siyasi düşüncesi her şey olabilir fakat yöntemsel dizgi, gerçekli-ğin yeni eşbiçimsel mistifikasyonlarıyla duruyor. Böylece Sosyo-politik proble-matiğin araştırılmasında yöntemsel bir özsavunmanın güvenilir bir tarzını bul-ma ihtiyacından önce felsefi-hukuk dü-şüncesi ortaya çıkıyor.

Liberal bir toplumu oluşturma soru-nunu başlı başına ortaya koyan yöntem-sel savunmaya niteliksel olarak özen gösterme mecburiyeti, kültürel-hukuki tasarımların çağdaş dünyanın radikal değişimine uygun üretiminde ısrarlı ta-lebiyle doğrulanıyor. Aksi takdirde gö-rüşler, kurulan yeni mitleri gerçekliğin nesnel betimlemesi yerine koyarak ide-olojinin büyümlü sözlerine dönüşür. Sos-yo-politik anlamın çeşitli teorileri, onla-rın yazarlarının isteklerinden bağımsız, gerçeklikle düşüncenin uyumsuzluğunu benimsetme prensibini kolayca keşfedi-yor. Tümüyle, "eski"nin yıkımı aracılı-ğıyla "yeni"nin oluşturulması pratiğine denk düşerek o, dünya toplumuna siyasi etkinin hiç de liberal olmayan yöntem-

lerini liberal bir söylemle (retorikle) maskeleyerek siyasi iktidarın örgütünü prensip olarak oluşturuyor.

Sovyetler Birliğinin dağılmasıyla, onların üzerinde oluşmamış bir refleks ve onun trajik deneyimini oluşturan 20. yüzyılın hiç de az olmayan "harika kül-lerinin" bilimsel bir tartışmasını sağla-yan "Pandora'nın kutusu", özgün bir dil keşfine yol açtı. Bu "kutunun" "altın-da", kaçınmak mümkün olmayan soru-nu çözme girişimlerine ısrarla direnen bir problem yatıyor. Genellikle bu so-run, "Rusya-Batı" sorunu olarak ifade edilir. Eğer bugünkü dünya gelişim dö-neminin çok yönlü çelişkilerinin ifade-lerine, alabildiğine genelleştirilmiş dü-şüncelerden biri gibi bakılırsa, bu soru-nu, "Rus sorunları" olarak belirlemek olanaklıdır. Bu bakış açısından, tam da bir yazar bakış açısı ya da Rus toplumu-nun gelişiminin bir başka versiyonunda devletler, sosyo-tarihsel imparatorluğu formüle etme anlamında sıkı bir mantık hesabı talep ediyorlar.

Geleceği öngörmek için imkan dahi-lindeki en iyi metot, elbette , şimdiki ve geçmişin sentezinde toplumsal süreçle-rin analizidir. Bununla birlikte, bu kate-gori ve anlam sorununa eşdeğer uygula-ma tarzlarının saptanmasının yanı sıra, hukuki kriterlere yanıt veren bu tanımların kitle bilincinin uyum sorunlarını gözden kaçırmaması gerekir. Ne de olsa toplumsal olayların mantığı, karşılıklı karmaşık ilişkilere bağlıdır. Liberal doktrinin içeriğinde Rus hukuk düşün-cesini getiren tipik farklılaşmaların yön-temsel analizi, farklı kişilerin hukuk dü-şüncesi ve dünya görüşünün bugünkü diyalogunun öylesine zorunluluğu, yeni olanaklar açılmasına hizmet ediyor.

Rus liberalizminde, dönüştürülmüş etkileşimlerin ve düşüncelerin onlarda

hapsolmuş hukuki yorumu ve siyasi dü-şüncenin yönlerinin yapısal ontolojisi-nin teori-pratik paralel sorunları ortaya konmuştur. "Kökü alınmış" (matema-tikteki kök alma deyimi kullanılmıştır ç.n.) böyle bir metod, benim görüşüme göre, "liberalizm" kategorisiyle davran-mayı dikte eden bu aşırı ihtiyatlılığa uy-gun düşer. Ki değişmez kültür sabiti gi-bi hukukun kendinde içeriğini göstere-rek o, yalnızca sosyo-politik faaliyetle-rin anlama tarzını değil aynı zamanda düşünce faaliyetinin tarzının belirtililiğini de geliştirebilir.

Eğer ciddi olarak böyle olduğu gibi, çağdaş devletin yeniden inşasının pren-sipleri, etrafıca düşünülürse, şüphesiz liberal kültür siyasi-hukuk düşüncesi önemli bir değiştirgeçir.

Her türlü sosyo-politik reform, ger-çek bir ölçüte göre değerlendirilebilir, o, bağımsızlığına kavuşan faal insanın olu-şumu ve gelişimine elinden geldiğince yardımcı olur. Bu "taşıyıcı desteği ol-maksızın", insanın ve toplumun kökten problemleriyle boş bir cilveleşme ne ise her türlü reform konsepti de o kadar ha-yırlıdır. Doğal olarak tarihi bir diyalog-da Batı Avrupa liberalizmiyle Rus libe-ralizminin bakışı, yöntem düzeyinde birçok bakımdan onların tarafsızlaşmış karşılıklı bağlantıları, gerçek siyaset ve hukuki sorunların eşdeğer algılanması sonucunu getirir.

"Yöntemsel fetişizm" olarak belirle-diğim istikrarlı bir gelişin tesadüfi özü-Rus siyasetinin kendi bilincini ve özerk-liğini reddetme ve- sonuç olarak- huku-ki düşüncenin liberal tipinin Rus biçim-lerinden atılması (eliminasyonu), onun güçsüzlüğünü vurgular. O, siyasi huku-kun gelişiminin dönüştürülmüş biçimle-rinin anlamının kavranmasını deforme

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'na 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildirdir.

(**) Moskova Devlet Hukuk Akademisi Felsefe Bölümü devlet ve adalet teorisi kürsüsü baş hocası

(***) Rusça aslından çeviren Akdeniz Üniversitesi Felsefe Yüksek Lisans öğrencisi

ederek, bilimsel durumun yerine ideolojik yaratımların geçmesini sağlıyor.

Siyaset ve hukuk düşüncesi alanında "Yöntemsel fetişizm" elbette bunlara ya da başka tercihlere bağlıdır. Fakat onun temel nedeni tam da diğerinde, paradigmanın değişen gerçekliği sürekli olarak, görüşlerin yerleşmiş sistemlere uygun ilişkilerini kurma olanağını düzenleyen eleştirici olmayan bir seçimde daha sık görülür. Son olarak toplumsal-siyasi pratikle teorinin bağımlı oluşturarak, birincisi siyasi-hukuki deneylerin (empiriğin) ve onun teorik redaksiyonunun gerekli işaretleri kurulur. İkincisi, teorinin "aşkın (transandantel)" niteliği belirlenir. Bunların altında, toplumun nesnel gerçekliğiyle, siyasi hukuk düşüncesinin karşılıklı değişim ilişkisinin analizinde dayanağı yeniden düzenleyen doktrinin yeteneğini anlıyorum.

Benzerlikler ya da görünürdeki böyle olaylar kıyaslandığında, düşüncelerin dile getirilişi, kendini tanıtır gibi, "paralellik" durumlarında özel bir önem kazanır. İşte böyle, XX. yüzyılın başlarında Rusya'da, olayların bugünküne benzer durumu görüldüğünde ya da Batının "erken kapitalizm" diye adlandırdığı dönemde, şaşkınlık mazeret doğuruyor. Fakat, bugünkü gelişimin geçmişteki formülünü ana fikirlerde dile getirme arayışlarına sürüklenerek, "benzerlik" prensibini projelendirmek son derece tehlikelidir, gerçekliğin nesnel betimlemesini pratiğe etkili bir şekilde çıkarmayı şüpheli buluyorum. Son yüzyıl içinde, onda Rusya'nın ve dünya durumunun sürekliliğini tanımlayan, özün şartlarını saptamak için, belirli sosyo-kültürel durumların farklı prensiplerle aynı zamanda oluşmasıyla birbiri arkasından gelen temel vektörleri izlemek gerekir.

Böylece, toplumsal gelişimin baskın siyasi hukukunun "durumsal" nitelikleri, saptanmış yöntemsel sorunu ortaya çıkarıyor. Yani, erişilebilir bir geleceğe bakışın, sosyo-tarihsel gerçekliğin gelişim faktörlerini somut olaylara dönüştüren böyle siyasi şeyleri ve hukuki sorunları keşfetme. Dünya da son on-on beş yıl da ideolojik-politik yeniden oryantasyonun bir muhasebesini yaparak, çağdaş liberal modellerin güçlüklerle dolu deneyimini oluşturmak için teorik dayanakların arayışını fark etmemek mümkün değil.

Bununla birlikte, toplumun merkezden uzak yaşamsal ilgilerini sosyal günlük analizin konusu olarak, kişinin hukuki hak iddialarını "yöntemsel fetişizmin" yerinden oynatması ne hemen ne de her zaman ortaya çıkıyor. Bu durumda iktidarın hemen bilincine varlamıyor yani kişiye keyfiliğin sorumsuzluğu "hakkı" veriliyor.

Liberal hukuk anlayışının alt kavramlarının dayanağı olan "özgürlük", "demokrasi", "kişilik", onları, kategorilerin ve kavramların kendine özgü bir "bürokrasiyi" yarattığı yabancılaştırılmış bir karşılıklı işleme götürür. Onun kapalı alanında ki şemalar ve gerçeklik, eşit-karşılıklı yerine geçmelerle kendini gösterir. Siyasi sorunları algılamak, yarı dinsel bir karakter alıyor, kendisinde yoğunlaşan hukuk ise, sosyal çatışmaların etkin çözümü olanağını gerçekleştiremiyor. Hukukun yeteneksizliği, kendi varlığının otoriter kanunlaştırma biçimlerine toplumun eğilimi, açık ya da değil genel de merkezi olarak dönüştürülmüş "yaşamsal özlemi", siyasi sorunların toplandığı bir merkez haline gelir. Tarihi hareketin bu genel bulgusu, toplumun yaşamsal etkinliğinin örgütlenmesinin acımasız yıkıcı bi-

çimini çağırarak toplumsal ilişkilerin yasa dışılaşması (институционализованный) süreçlerinde özellikle açıkça, "keyfi özgürlüğün" ve "hukukun" kutupları arasında liberal değerlerin kendi patlamasını ilan ediyor.

"Yasalık" ve "özgürlük" prensiplerinin kendi siyasi amaç ve beklentilerine, farklı toplumsal hareket ve gruplarla bu dönemlerde ki enerjik uyum, liberal doktrinin hukuki eşliğini alçaltıyor. Doğal-hukuki sorunların çözümünün ortaya konuşunda buna pek çok yöntemsel yıkım hizmet ediyor. Teorik görünüşünden dolayı, sosyal çatışmaların ve karşıtların doğanın kendi özündeki hukuku elinden kayıyor, bireysel-toplumsal çıkarlarla yaratım ne ise, onların uygulanmasının değişik yöntemleri de o kadar hak iddiasında bulunur. Liberalizmin önemi, toplumsal gelişim düşüncesinin hukuki ifadesinin derecesine zaten bağlıdır. Bununla birlikte, toplumun gelişiminin her türlü konsepti, onda gerçekliğin hukuki özelliklerinin niteliksel tasarımına göre belki gerektiği gibi değerlendirilebilir.

Bundan dolayı, liberalizmin incelenmesinde bütünleşme (integral) sorunları, siyasi pragmatizmin talepleriyle, liberal hukuk anlayışının ahlaki üstünlüklerinin karşılıklı oranı aracılığıyla konseptin yöntemsel kaynaklarının araştırılması gibi görünüyor. Bu bağlamda, Rus liberalizminin yöntemsel yönlerinin incelenmesinin pratik öneminin şüphe altında kalabileceğini sanmam. Her şeyden önce ona bu tavır, bence olağanüstü sosyo-politik sorunların temelinde ortaya çıkmış, Rusya'nın Batı'dan "geri kaldığı" yöntemsel klişeleri yeniden canlandırıyor. "Önyargının" yöntemleri, yalnız Rusya'nın değil tüm dünya toplu-

munun liberalleştirilme sorununa özünde yeni hiçbir şey getirmez. Tamamıyla pratik anlayışlarla belirlenmiş böyle bir durum, bir dönemden diğerine geçiş sırasında ortaya çıkan birikmiş sorunlarla aynı zamanda, basit olmayan sorulara basit yanıtlar vermektedir.

Böylelikle, "baumerkezli" kültürün klişeleri yoluyla Rus liberalizminin araştırılmasının yazgısı a-priori bir şekilde karara bağlanıyor.

Kendi uygulamasının sonuçlarını ederek o, ideolojiyi, siyasi elitin çıkarlarına uygun hale getiren bir "liberalizm" kategorisine dönüştürüyor. Karakteristik olarak:

Rusya'da "Sovyet iktidarının" işlevine toplumun muhalefetini sömürerek liberal deyimlerin kullanılması, devletin üzerindeki ekonomik iktidarın kazanımının bayağı ve gerçekçi sürecini gizledi. İdeolojilerle hareket ederek "totalitarizmi" bertaraf eden "yeni dalganın" politikaları, ekonomik determinizmin yeni bütünlüğünü kurdular. Onun, siyasi ikiyüzlülüğü ve suçluluğun taşması şeklindeki ilkel nevroitik kaydı, liberalizmin "eşit özgürlük" prensibini gerçekte "eşit boyun eğmeye" dönüştürdü. Böylece, olup bitenler temeli üzerinde, kişinin "kamuoyuyla" hukuki ilişkisinin değişiminde liberal düşünceler, devletin çıkarlarının ve keyfi iktidarın arasında bürokratik uzlaşmanın rehinelerine dönüşür.

Yasa koyucunun reform faaliyetlerinin hukuki yönelimini keskin bir şekilde daraltan hukuki nihilizm "sendromu", liberal kavramlarla böyle hileli davranışların dolaysız sonucu olarak ortaya çıkar. Buradan, onların hukuki belirlemelerinin özel karakterinin ve azami genelleştirilmiş sosyal ilişkilerden biri olarak "hukuk'un" farklılaşmasında sürekli olarak engeller çıkar. Liberal değerle-

rin düşüşü ve hukuka ilgisiz kalma, emredici-karakteristik hukuki niteliklerin ölçüsünü bozan sosyal yaşamın gereğinden fazla kurallaştırılmasında siyasi eylemleri gerekçelendirmesi qui pro qua hevesini bulmak. Ancak kültürün hukuki ufkunun genişlemesi temelinde, liberal bir devletin ve hukuk toplumunun biçimlendirilmesi tartışılabilir. Böyle, "ayrı olarak ülkelerin zapt edilmesi" ayrıcalığına sahip olamazlar. Onlar, siyasi-hukuki temellerde düzenlenmiş karşılıklı doğruların uluslar arası sonuçlarına ulaşarak, beşeri kültürün deneyiminin derinliklerinde kurulur. Son olarak aynı zamanda toplumsallaştırmanın içkin tarihi deneyimini, kültürel açıklıklar olarak saptamak gerekir.

Rus filozof-hukukçularla liberalizm sorunu dört temel unsorda ele alındı: "özgürlük", "iktidar", "yasa", "genel amaç". Diyalektik bir bütünsellikte onları inceleme, ayrı bir kültürel-hukuki tip olarak liberalizmin özelliğinin büyük yöntemsel bir kesinlikle açığa çıkmasına fırsat veriyor. Rus filozof-hukukçuları konsept olarak, tüm Avrupa'ya Rusya'nın şartlarının kendine özgüllüğünü fısıldayarak, "vatandaş" kategorisinin siyasi-hukuki sorunlarının liberal ifadesinin sentezini yaptı. Sonuncusu, Rus liberalizminde, kendinin böyle bilincine varan bu doğal-tarihsel biçimde, kişiliğinin ölçüsüyle hareket ediyor. "Vatandaşın" prensibi kastediliyor ve buradan, devlet düzeninin organizasyonunun tüm toplumun vatandaş hakları temelinde, pozitif yasaların sistemleri biçiminde doğal olarak hukuk anlayışı çıkıyor.

Böylelikle Rus liberalizminde, Batı Avrupa konseptlerini ayrı tutan saf, vatandaşın ve kişinin karşısına çıkmayı reddediyor ve siyasi-hukuki kamulaştırma sorunu onun örgütlenmesinin içsel

çelişkileriyle benimseniyor. Bu kararda, hukuki reformlar aracılığıyla sorunun her zaman "güncel" ilgisi, Rus düşüncesini doktrinin fetiş haline getirmez, siyasi gerçeklikle onu uyumlaştırma prensibinin arayışını talep eder. Rusya'nın "insan kişiliğiyle vatandaşa" doğru yol alış, Rus liberalizmini temsil etmiş tüm dünyanın kabul ettiği güncel anlama sahip yöntemsel bir sabit, belki böyle formüle edilebilir. Toplumsal ilişkilerin bütününde manevi başlangıcın izdüşümü olarak hukuka bakışı tesis etme, A. F. Lusev'den A. N. Radişev'e kadar Rus düşünürlerinin konseptlerinde büyük boyutlar kazandı. Toplumun gelişimi ve korunmasının herkesçe bilinen tarzlarla hukuki normunu yapan önkoşul, ahlaki sosyo-kültürel bir sistem olarak hukuk anlayışı, Rusya'da, kişinin öznel çıkarıyla nesnel bir önem kazanma sorunun-da toplanmış hukukun felsefe için temeli doğrulandı.

Gerçeğin hukuki değerlendirmelerinin ahlaki şekilsel yöntemi, siyasi akımlarla ve toplumsal hareketlerle onun gerçek oranda Rus düşüncesinin sentetik geleneğinin yaratıcı kaynaklarını doğrulamaya sebep oldu. Sosyo-politik sorunların ideolojik şifrelemesi olarak hukukun liberal felsefesini kullanma, onların hukuki kararlarının zorlu arayışlardan kaçınma tarzı olduğu zaman, toplumun ve iktidarın çatışmalarının çözümlemesinin ahlaki-sentezleme kriterinin anlamı, tam ölçüde XX. yüzyılda meydana çıkıyor. Burada, liberal hukuk anlayışının tekeli, iktidarın toplumsal hukukunu tanımasında ideolojik mecburiyetin farklı biçimlerde paradoksal emsalini de yarattı. Bu, toplu olarak, sınıfsal grupların çıkarılarının hukuki olarak eşitlenmesinin temelsizliğiyle, dönüşürmüş iktidarın ölçütlerinden biri ola-

rak "sınıfsallığın" biçimlerinde toplumun siyasi bilincinin radikalleştirilmesini niteler.

Rus liberalizminde, hukukun ve siyasetin Batı Avrupa ve Rus biçimlerinin ahenksizliğinin ve kavrayışının iç çelişkileri, Marks'ın doktrininin reçetesinde toplandı. Onda, prensibi, - taşıyıcısının toplumsal faaliyet düşüncesinin özdeş ifadesini, siyasi ve hukuki pratiği aktif bir şekilde oluşturan içkin Rus felsefesinin etkin timsalini buldu. Hukukun reformcu potansiyellerinin ve ahlaklılık sentezinin prensibi, XX. yüzyılda toplumsal biçimlerin dönüşümünü açmış totaliter perspektifi yutan tehditlerin koşullarında liberal konseptin, kendi özdeşliğine ilişkin düşüncüyü onaylamış Rus liberalizminin kendine özgü tipik karakterlerini tayin etti. 1917 Rus devriminden sonra Batı ve Rusya, bu sorunlara farklı yöntemsel "gözlerle" baktı. Batı, "Marksist dogmaların" Rusya'sını kabul ederek totalitarizmi açıklamaya çalıştı. Sovyet Rusya'nın resmi ideolojisi ise Baudan ayrılarak, sanki "sosyalist devrimin" zaferleri sonuçlanmış gibi "Marksizmi" sunuyordu. Böylece, 1922'de, liberal düşüncenin taşıyıcısının meşhur hüznü dolu "felsefe gemisiyle" Rusya'dan çıkışı, Rus liberalizmine hüküm verdi.

Oysa, tam da Rus liberalizmi, bu yöntemsel-siyasi "paradoksun" çözümünün temellendirilmesini içinde taşıyordu. Onda aslında yalnızca, toplumsal yapının diğer prensipleriyle karşılaşınca, yenilgiye katlanmış liberal prensiplerin hukuki yetersizliği yansıyor. Sosyal çatışmaların ve uyuşmazlıkların devrimci süblimleşmesinin (сублимация/ süblimleşme: katı durumdan sıvı durumuna geçmeden direkt gaz durumuna geçme, uçunum ç.n.) sorunlarını, hukuki olarak formüle etme teşebbüslerini, gerçekliğin felsefi genel-

leştirmelemlerle, siyasi değerlendirmeleri arasındaki çelişkileri, hukuki analizcinin yönteminin başlıca çizgileri çizdi. Marks'ın eserlerinin ve liberalizmin yöntemsel sezgilerinin karşılıklı girmesiyle, Rus liberalizminde kullanılmış araştırma prensiplerini küçümsemeyi, benim inancımaya göre, çoğu hallerde, konjektürel siyasi tercihler koşulladı. Marks'ın ve liberalizmin muhalefetinin zengin içerikli yıkıcı standardını hayata geçirme, birbirine göğüs germek dahil, anlayışların ayut edilen doğal-rasyonel karşılıklı bağımlılığını bulmaya olanak-verdi. Toplumsal yaşamın siyasi analizinin onun üzerindeki refleksinin yapısal birliğinin odağında, hukuka karşı ahlaki bağnazlığın Marksizm'de oluşan kazanımı, hukukun ahlaki olanaklılığının sınırları sorununu sağladı.

Ne yazık ki, meselenin bu sorunu deşifre eden eleştirel potansiyeli, - totaliter siyasi gerçekliklerin koşullarında yeni hukuk düşüncesini daha iyi bir hale getirmeye (генерировать) muktedir bir liberalizm - gerekli dikkatle kavranmadı. Eğer hukukun sosyal potansiyeli ahlakın öz anı gibi görülsedydi, siyasi iktidardan mutlaklaştırma tehlikesinden toplumu korumanın hukuki olanaklılığını kavrama, çok daha etkili olurdu. Soyut hukuki yapı kendi başına hukukun yeterli korunmasına hizmet etmez. Düşünce ona, ahlaki ve sosyal belirtenimlerin karşıtlığı ve birliğinin hukuki onayını verecek. Bu sonuç, kendi cemiyetinin (korporasyonunun) ilgilerinin hiyerarşisini, sosyal ilişkilerin ahlakça aklanmış koordinatöründen, iktidarın sürekli gerçekleşen dönüşümüne eleştirel bir bakıştan, Rus liberalizmini yaptı. Siyasi iktidar, yalnız kendi örgütsel-faaliyetin devlet ve hukuka bağımlı anlamını onaylar. Bununla birlikte, toplumsal biçimlerin karşılıklı etkisini teşhis ve dile getirmeden hareket ederek, o, katı deter-

minanttan kaçınmaya çalışır. Onu gerçekleştirmenin kişileştirilmiş fonksiyonel yapıları ve sosyal ilişkilerin kendi organizasyonunun bütünleşmiş mekanizmasında nesnel talebin sinerjisi, iktidarın kendi mutlaklaşmış eğiliminde kendini gösteriyor.

Pratik olarak bu süreçlerde, kişinin kendi temelinden, yasallaşmış (институционализованный) kamulaştırma ve toplumsal şartlarla değişen insanın kişisel yaşamının adaptasyonunun mekanik zorunluluğu arasında devletin ikiliği kendini gösterir.

Bundan dolayı liberal sorunların tüm keskinliği, devletin hukuki temeli yardımıyla cemiyet(korporatif) prensibinin aşılmasından ibaret gibi görünüyor. Oysa hukuk, devletin "tasdik" ve onay"ı hakkında zorunlu yalan tasarımlarla, dogmatik mummylaşmış soyutlamalarla, kendi karşıtlığıyla karşısına çıkıyor. Liberal-hukuki doktrine uygun olarak "niyetler hakkındaki bildiri", eğer hukukun iç diyalektiğini izleyerek onun eleştirel bakışına maruz kalmazsa, ancak ortaya çıkabilir. Nesnel ve öznel hukuk nispetinde, devlet örgütünün güçleri ve toplumun ahlaki gereksinmesinin kavramları yakınlaşıyor. Bu düşünsel-faaliyet ilkesinde, toplum ve devlet arasında değil, onların hukuki etkisinin sınırlanmasında ve onların iktidarındaki hak iddialarını dile getiren devlet ve ahlaki durum arasında meydana gelen gerçek çelişkileri görmeyi olanaklı kulan diyalektik-genetik metod gelişti. Ve bu temelde, her özgürlüğün şartı gibi, her kişinin özgürlük idealini geliştiren bir örgüt olarak "liberal devletin - hukuki toplumunun" ilkesi, yöntemsel kararlılığa sahip oldu.

(Özet)

A. N. Radişev'den A. F. Losev'e kadar Rus hukuk felsefesi anlayışlarında gelişen, hukuki değerlendirmelerin ah-

laki-şekilsel yöntemi, Rusya'nın siyasi gelişim biçimlerinde geleneksel olarak eşdeğer olmayan liberal değerlerin kendi özdeşliğini onayladı. Toplumsal ilişkilerin toplamının başlangıcının manevi izdüşümü olarak, Rus liberalizminde hukuka bakış daha büyük önem kazanıyor. Hukuk analizcisi VL. Solovlev'in "Sofya" (софийный küçük harfle yazılmış olmasına rağmen muhtemelen sıfatlaştırılmış bir kadın ismi yoksa kelime yazım kılavuzunda bile yok. ç.n.) sentezi olarak temellendirmesi, gerçekliğin somut siyasi değerlendirmelerle felsefi genelleştirmeler arasındaki çelişkileri kaldırmaya, Rus felsefi düşüncesinin içkin arzularına etkin yöntemsel sonuçlar sağladı. Ahlaki ve sosyal belirlenimlerin karşıtlığı ve birliği olarak hukuki belirlenimlerin gelişimi, kişi, toplum ve devlet arasında değil, onların hukuki etkisinin sınırlanmasında ve onların iktidarında ki hak iddialarını dile getiren devlet ve ahlaki durum arasında meydana gelen gerçek çelişkileri görmeye izin verdi.

Rus hukuk felsefesi düşüncesinin sentetik geleneği, bireyin öznel çıkarlarıyla, nesnelliğin makul olması ve önemliliğini hukukun içinde kazanma sorununda toplanmış "yöntemsel fetişizmin" tuzağından kaçınma olanağını, onun için (sentetik gelenek için ç.n.) yaptı. Prensibin hükmü geçen yapılarının genel nesnelliğiyle, çelişik ilişkilerde öznel insan faaliyetinin hukuki düşünceler yoluyla tekelleşmesinin üstesinden gelme sorunlarının çözümünün araştırılması, Rus hukuk felsefesinin yöntemsel idealini oluşturur. Şöyle ki: Eğer, onlarda hukukun eleştirel bakışı, toplumun ve iktidarın çatışmalarının çözülebilir hukuki ölçütünün öz anıysa, liberal pratik anlayışlar anlamlıdır.

Ortodoks Ülkelerinde Hukuk Duygusunun Doğuş Süreci^(*)

Shevtsov Sergiy^(**)

Çeviren: Gülriz Uygur^(***)

Özet

Bu makale, tarihsel olarak ortodoks geleneğine ait olan ülkelerde insanların hukuku hissetmesini, yani algılamasını, anlamasını ve hukukun insan davranışındaki etkisini incelemektedir. Hukuk bilinci, ilk olarak, bir hukuk kavramına dayanmakta ve ikinci olarak da, hukuka ilişkin belirli bir tutuma, yani bu hukuk kavramının günlük yaşamdaki ve insan davranışındaki yerine dayanmaktadır. Bu makale, kültürün asli mekanizmasını oluşturan Ortodoks görüşün unsurlarını ve bunların Ortodoks kültürdeki ülkelerde hukukun oluşum sürecindeki önemli etkisini ele almaktadır. Bu da, Ortodoks kilisesi ile devletin etkileşimini, ardından Ortodoks doktrinine göre yaşamın anlamı problemini, son olarak da Ortodoks görüşünde, kişiliğin algılanması ve ele alınmasını içermektedir. Ayrıca, bu makale, Ortodoks ülkelerin kültür tarihi boyunca ortaya çıkmış olan Ortodoks görüşün, belirli özelliklerini değerlendirmektedir.

Bugünlerde, Ukrayna'nın gelecekteki gelişmesiyle ilgili hemen çözülmesi gereken sorun, Batı ülkeleriyle ilişkilidir. Entegrasyon fikri, her iki taraf ba-

kımından da ciddi engellerle karşılaşmaktadır. Ancak, araştırmacıların büyük çoğunluğu, sadece taraflar arasındaki zihniyet farklılığından bahsetme düzeyinde kalmaktadırlar. Bu farklılığın, ekonomi, kültür, hukuk gibi alanlardaki farklılığın da belirleyici unsuru olduğu söylenmektedir. Doğu Ortodoks inancına geleneksel olarak bağlı olan bir dizi Doğu Avrupa ülkesinde, hukuka ilişkin özel bir tutum bulunduğu genel bir kanıdır. Bu ülkelerde hukuk, geleneksel olarak, genellikle yabancı ve olumsuz bir şey olarak (devlette değil, kamuoyunda) görülmektedir. Hukuka ilişkin bu olumsuz tutumun en uç örneği, yaşamın bütün hukuki unsurlarını radikal bir şekilde reddettiği aşikar olan L.N. Tolstoy tarafından ifade edilmiştir. Ona göre hukuk, ahlâk ve Hristiyan değerlerini içermeyen bir makine gibidir. Günümüzde bile, benzeri bir durumla karşılaşmaktayız: Ülkelerimizdeki nüfusun çoğunluğu, hukuku, esas olarak devlet gücünün bir aracı olarak değerlendirmektedir. Bu duruma, anarşizmin Rusya İmparatorluğu'ndaki yaygın popülerliğini ve Bolşeviklerin hukukuna (hukuku, "proleter bilinç" ve "sınıf sezgisi"ne dönüştür-

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'na 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildiridir.

(**) Moskova Devlet Hukuk Akademisi Felsefe Bölümü devlet ve adalet teorisi kürsüsü baş hoca

(***) Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

müşlerdi) karşı takınılan olumsuz tutumu da eklersek, hukuka bu şekilde yaklaşmanın rastlantısalıktan uzak olduğunu ve hakiki köklerinin bulunduğunu kabul etmek zorunda kalırız.

Bazı hukuk araştırmacıları, Batı hukuk geleneğinin, iki rakip gücün (İmparator ve Papa, yani Devlet ve Kilise) iktidar için mücadele ettikleri 11. yüzyılda (Gregoryen Devrimi olarak adlandırılan) ortaya çıktığını düşünmektedirler. Bu mücadele boyunca her iki taraf da, diğer tarafa karşı bir mücadele aracı olarak, Roma Hukukuna (Iustinianus'un Bizans Kanunu) başvurmuşlardır. Kilise, Kilise hukukunun hızlı oluşumuna dayalı yeniden örgütlenmesi sayesinde çağdaş bir devlet formunu alırken, Kral da, kiliseye zıt hukuki yapılar yaratmak zorundadır. Bununla birlikte, resmin bütünü, görüldüğü kadar açık değildir. Papa ve İmparator, neden hukuka başvurmuşlardır? İngiliz Hukukunun ve çağdaş İtalya'daki hukukun, gerçekte hukuki ilişkileri ilk başlatanlar olan Vikingler'den derin bir şekilde etkilendiği olgusu, nasıl görmezden gelinebilir?

Ortaya konulacak problemlerin, basit ve oldukça açık bir noktadan hareket etmesi gerekmektedir. "Benim hakkım" kavramını daha yakından incelersek, iki önemli detayı ayırt edebiliriz: ilk olarak, benim hakkım (sübjektif hak), daima bir şeye ilişkin olan hakkımdır ve fenomenoloji bakımından daima bilinçlidir; ikinci olarak, bir şeye ilişkin hakkım, sosyal dünyada kendi doğamı gösterme tarzım anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, dokunulmaz haklarım hakkımda, sadece hukukun objesini benliğimi gerçekleştirmek için zorunlu bir şey olarak ele aldığım da konuşabilirim. Benim hakkım, belirli bir anda kendi özüm ola-

rak ele aldığım şeyi gerçekleştirmemin bir şartıdır.

Hukuk, diğer bir kişiyle karşılıklı etkileşimin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat, hukuk diğer kişi tarafından yaratılmayıp, daha ziyade, kendim, diğer kişi ve hukuk kavramlarının eş zamanlı ve birbiriyle bağlantılı kavramlar olarak ortaya çıkmasıyla oluşmaktadır. Benim hakkım, benliğimi diğer kişi için gerçekleştirmenin ve bu şekilde, onu diğer kişi olarak tutmaktır. Hukuk, bir tür "kendi-öteki" kutupluğu yaratmaktadır ve bu şekilde oluşturulan belirli bir alan, sosyal yaşamın kendisidir. Diğer bir deyişle, sosyal gerçeklik; hukuk, kendim ve diğer kişiyle birlikte oluşturulmaktadır.

Böylece, sübjektif hukuk sayesinde, gerçek dünyanın özel bir boyutunu buluruz: hukukun, kendi benliğimi, asli gerçekliğim olarak inandığım şeyi açıklamanın tek yolu olması gibi. Hukukun iki boyuta sahip olması bu anlamdadır: hukuk, ya ***kendi olmaktır (yanlış olanın zıddı olarak doğru gerçeklik) veya doğruluğunu kaybetmiş gerçekliği, kendi hakiki varlığına döndürmeye ilişkin bir formül olmalıdır. Hukukun bu iki boyutu, en iyi Yunanca kelimelerle adlandırılabilir; varlığın gerekçesi (θέμις, thémis) (varlığı ortaya koyan hukuk anlamına gelmektedir) ve adalet (δίκη, díke) (kayıp varlığa yol gösteren hukuk anlamına gelmektedir). Sonra bazı "yardımcı mekanizmalar" işin içine girmektedir: ideoloji, mevcut hukuk ile varlığın aynılığını ortaya koymaya, yani thémis'i bizatihi varlığın mutlak ifadesi olarak kabul etmeye çalışmaktadır. Antik uygarlık insan doğasını akılcılık yönünden değerlendirmiş ve yasalar aklın (ratio) bir göstergesi olmuştur. Hristiyanlık ise, insanın özü olarak özgürlük

kavramını getirmiş ve o günden bugüne, insanın özü, sürekli artan ölçüde özgürlük olarak değerlendirilmiştir.

Tarihsel geleneğe bakıldığında, Yunan düşünürlerin Neoplatonizm'den itibaren, daha çok, sonraları Ortodoks inancına temel olacak thémis üzerinde odaklandığı görülebilir. Roma geleneği ise, daha sonra Katolik inancında geliştirilmiş olan, díke'ye (latince'deki jus gibi) ağırlık vermiştir. Başka bir ifadeyle, Doğu Hristiyanlığı varlığın gerçekliğine yoğunlaşmışken, Batı Hristiyanlığı onu açıklama ve belirleme yollarını aramaktaydı. Bu, gerçekliği ve varlığı (Tanrı) açıklanamaz olarak ele alan apokatik teolojinin ilkesinde de bulunuyordu. Batıda skolastik ilkeler, göreceli olarak genel eğitimin düşük bir düzeyinde etkili kılınırken, Doğu teorisi, polemiklerin şiddetli olmasına rağmen, soyut ve mantıki kategorilere gitmeksizin ruhani pratiğin bazı kategorilerine indirgenmektedir. Doğu Ortodoks Hristiyanlığındaki, ikonlara tapma gibi eğilimler, Tanrı'nın açıklanamazlığı yaklaşımındaki aynı fikre dayanmaktaydı ve tartışma, sadece, varlığın gerçeklik koşulları hakkındaydı. Bu eğilime yakın olan, Tanrı'nın inayetinin, kategorik veya tözsel yönlerinden çok, enerjiye ilişkin karakterini vurgulayan Heyschasm'dır. Bununla birlikte, Ortodoks inancının merkezi, insan doktrini: bu doktrine göre, insan yaşamının nihai amacı, Yüncası ἀποθεώσις (Tanrılaşma) olan, insanın ve Tanrı'nın doğasının birleşmesidir. Bundan dolayı, Ortodoks inancı ve Katoliklikte azizleri ele alma bakımından farklılık vardır. Bir Ortodoks, bireyselliği olmaksızın da kişiliğini muhafaza etmektedir; Katolik görüş ise, bireyselliği kişiliğin ayrılmaz bir parçası olarak ele almaktadır. Bu, sübjektif kuralla-

rın farklı şekilde konulmasına yol açmaktadır: konu, Katolik (ve daha sonra Protestan) gelenek için çok önemliken, Ortodoks gelenek için çok daha az önem taşımaktadır. Bütün bu faktörler, hukuk doktrinlerine ilişkin görüş farklılıklarının ortaya çıkmasında büyük bir rol oynamaktadır.

Kilise ve Devlet mücadelesi, radikal biçimde farklı sosyal şartlar altında gerçekleşmişti. Roma'daki Papa Konstantinapol'den uzak olduğu için kendi özel konumuna sahiptir. Bu, onun, Frank kralı ve Alman İmparatoru, Langobardy Dükleri veya Sicilya Kralı gibi farklı güçler arasında bir referans noktası olmasını mümkün kılmaktaydı. Bununla birlikte, Konstantinapol Patriği Doğu Kilisesi üzerinde gerçek bir güce sahip değildi, dahası, Kilise'nin resmi başı olan İmparator, Konstantinopol Patriği tarafından yadsınması mümkün olmayan bir yetkiye sahipti. Bu Bizans tipi Kilise-Devlet ilişkisi, sonraları Moskova devletine aktarıldı.

18. yüzyılın ortalarına kadar, Devlet ve Kilise (ve sosyal yapıların) çatışmaları, Moskova devletinde, çatışmanın iki tarafınca da hiçbir zaman haklara veya hukuki ideolojiye ilişkin bir çatışma olarak görülmemiştir. Ayrıca, hukuk bunların birinde etkili olduğunda, pozitif yönünden çok negatif yönüyle ele alınmıştır. Sonraları, inananlar arasındaki birliğin bozulmasına neden olan 17. yüzyılın dramatik olayları bile, hiçbir teoriye konu olmamıştır. Rusya'da, hukukun teorik olarak ele alınmasına ancak 18. yüzyılda rastlanmaktadır ve bu da doğrudan doğruya Batı'nın etkisiyle olmuştur. Rusya İmparatorluğuna hukuk nosyonunu Büyük Petro getirmiş, ancak bu da, onun diğer reformları gibi yapay ve yabancı kalmıştır. Hukuk, toplumsal ya-

şamın organik bir unsuru olarak "aşağıdan" oluşturulmamış, bunun yerine bas-kı ve otoritenin bir aracı olarak "yukarıdan aşağıya" getirilmiştir. Hukukla ilgilenen bütün Rus filozofları, bu kritik durumla yüzleşmek zorunda kalmıştır: hukuk şeklen varken, gerçek yaşamda yoktur. Ünlü Rus tarihçi V.O. Kluchevsky'nin belirttiği gibi, "Büyük Petro'dan sonra Rusya'nın çok sayıda kanunu olmuş, ancak hiç hukuku olmamıştır".

Rus hukuk teorisinin analizi, bu bakımdan oldukça açıktır. Rus hukuk felsefesi, sağlam bir kurallar bütününden değil; birbiriyle bağlantısız birçok konudan oluşmuştur. Burada, Batı hukuk teorisi uzmanlarının durumunun belirtilmesi gerekir. Slavların kendi özel tarihi ve zihinsel gelişimlerine sahip olduğuna inanan Slavofiller (Slavophiles), Ortodoks inancında hukuk geleneğinin olmadığı olgusunu kabul etmişlerdir, ancak bununla gurur duymakta ve bunu büyük bir başarı (yani, soğuk resmi bir anlaşma uyarınca yapılan aksine, kesin çizgilerle belirlenmiş ailevi özellik-

leri de içeren ruhani bir topluluk çerçevesindeki insan varoluşu) olarak görmektedirler. Tek bir Rus felsefecisinin dahi, Doğu Ortodoks görüşünü içeren hukuk felsefesini geliştirmeye çalışmadığını (Batı'dakilerin aksine), burada belirtmeliyiz. Rus hukuk felsefesi, bu problemi çözmede asla başarılı olamamıştır: Batı hukukuna, ya onu Rusya'daki hukukun içine kültürel olarak aşılacak umuduyla sarılmış ya da onu ulusal yaşam ve bilince ithal edilmiş yabancı ve yapay bir hukuk olarak ele almıştır. Her ikisi de bir şekilde uygulanmıştır: Ukrayna'daki hukuk sistemi, bugün bile, iç toplumsal süreçlerin sonucu olmaktan çok, Batılı ortakların (ekonomik ve siyasi amaçlarla) etkisi altında reforma tabi tutulmaktadır. Rusya ve Ukrayna'daki bazı partiler, amaçlarının, belirli grupların çıkarları olmayıp, bu grupları hukuk sükeleri haline getirmek olduğunu açıkça belirtmişlerdir. Diğer bir ifadeyle, absürd bir durum söz konusudur: hakları için mücadele insanlar değil; bir şekilde sükeleri için mücadele eden haklar mevcuttur.

Cezalandırmaya ve Cezalandırmanın Faydacı ve Ödetmeci Rakiplerine İlişkin "Yeni Denge" Yaklaşımı^(*)

Vincent Luizzi^(**)

Çeviren: Gülriz Uygur^(***)

Özet:

Bu çalışma, suç konusundaki başlıca çözümü suçluya kötü davranmada bulunan yaklaşımı, suçluyu iyi davranmaya yönlendirmeyi gerektiren bir yaklaşıma dönüştürme olanağını incelemektedir. Bu yaklaşım, esasen, suçlunun adaletin terazisinin kefelerine koyduğu kötülüğün, yine suçlunun ortaya koyması gereken iyiyle dengelenmesini içerdiğinden, Yeni Denge anlayışı olarak adlandırılmaktadır. Burada üzerinde odaklanılan husus, Yeni Dengenin yolunu açmak için, cezalandırmayla ilgili temel yaklaşımlar olan ödetmeci ve faydacı-önleme teorilerinin önemli eksikliklerini ortaya koymaktır.

Suçla ilişkin cevabımız, başlıca, suçluya kötü şekilde davranmaktır. Çünkü, bu kötülüğün, ödetmecilerin iddia ettiği gibi, suçlunun hak ettiğine inanırız veya faydacıların inandığı gibi, gelecekte suç işlenmesini önleyeceğini düşünürüz. Suçluya kötü davranmakla ilgili eğilimi, suçluyu iyi davranmaya yönlendirmeye dönüştürmemiz gerektiğini tartışacağım. Bu tezi, çeşitli şekillerde tartışacağım. Bunlardan biri, birçok alternatifin, adalet terazisinde suçlunun yarattığı

dengesizliği suçluya zarar vererek düzeltmeye ilişkin tek bir modelin varyasyonları olarak görüldüğünü göstermektedir. Farklı cezalandırma teorilerinin çeşitli olumlu yönlerini dikkate alarak uygulanabilir bir alternatifi nasıl oluşturabileceğimizi, pragmatik bir yaklaşımla değerlendirdim. Ayrıca, bu yaklaşımın akla uygunluğunu ortaya koymak için argümanlar geliştirdim. Bu yazıda, bu tez için farklı bir tartışma çizgisi izlemek istiyorum. Cezalandırmayı haklı gösteren iki ana alternatif olan Kant'ın ödetme teorisi ile Bentham'ın faydacı-önleme teorisinin eksik yanlarını değerlendireceğim. Yapacağım bu eleştiri, işlenilen suçla karşılık vermeye ilişkin yeterli bir teorisinin araştırılmasında gerekli zeminin oluşturulmasını sağlayacaktır. Bunu takiben, iki yaklaşımın her birine ilişkin temel bilgiyi elde ettiğimizde, bunların ne şekilde suçluyu iyi davranmaya yönlendirmeye teziyle bağdaştığını ve bu tezi desteklediklerini ortaya koyacağım.

İlk olarak, Kant'ın görüşünü inceleyelim. Kant'ın cezalandırmaya ilişkin faydacı yaklaşımı kabul etmeyişi, genel olarak faydacılıkta tespit ettiği probleme

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildiridir.

(**) Southwest Texas State University

(***) Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

dayanmaktadır. Topluma yönelik en fazla iyinin, hazzın veya mutluluğun elde edilmesi amacıyla ulaşmak için, faydacı, insanları araç olarak kullanmayı ve onlara obje olarak davranmayı haklı görebilmektedir. Kant'ın etiği, insanlara bizzatihi amaç olarak davranmayı ve amaçlara ulaşmak için asla sadece araç olarak davranmamayı gerektirmektedir. Bu yaklaşım, önleyici etkisi nedeniyle cezalandırmayı haklı gösteren faydacı yaklaşımdaki kusuru ortaya koymaktadır. Çünkü faydacı, suçluya, bir kişi olarak muamele etmekten çok, araç olarak muamele etmektedir. Diğer seçenek ise, Kant'ın görüşüne uygun olarak suçluya bir kişi olarak muamele edildiğinde, bu kişiyi bir suç işlediği için cezalandırmaktır (Immanuel Kant, *The Metaphysical Elements of Justice*, translated with an introduction by John Ladd, New York: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1965, s.100).

Cezalandırmaya ilişkin bu gerekçe, faydacı yaklaşımı reddetmek ve insanlara amaç olarak muamele etmeye çalışmakla tutarlıdır. Ancak bu gerekçe ve Kant'ın ödetmeci cezalandırma görüşünün diğer temelleri, insanlara amaç olarak muamele etmeyi zorunlu olarak beraberinde getirmemektedir. Belirteceğim diğer temeller, şu iddiaları içermektedir: (1) suçlular cezalandırmayı hak eder, (2) hak ettikleri cezalandırma, onlara ıstırap çektilmesidir, (3) hak ettikleri ıstırapın derecesi, verdikleri zarara eşit olmalıdır. Kant, bu iddiaların bütününe ilişkin gerekçeler ileri sürmektedir. Ancak bunlar, hem suça karşılık verme hem de insanlara amaç olarak muamele etmeyi bir bütünlük içinde ortaya koymakta yetersiz kalmaktadırlar. Eğer böyle ise, insanlara amaç olarak muamele etmeye ilişkin temel Kantçı amaç

ile sadece suçluyu cezalandırmamızın üzerinde duran amacın birbiriyle bağdaşacak şekilde bir arada olmasını sağlayan diğer seçenekleri araştırmaya kapımızı açmalıyız. Sonuçta, suçluyu iyi davranmaya yöneltten yaklaşımın, bona fide bir Kantçı ödetmeci tutum olarak nasıl haklı gösterilebileceğini görebileceğiz.

Kant, cezalandırmanın haklı gösterilmesinde, cezalandırmaya ilişkin faydacı mülahazaların kullanılmaması gerektiği üzerinde durmaktadır. Bu nedenle, Kant'ın cezalandırmayı hak eden suçluya ilişkin akıl yürütmesi, büyük oranda insanlara amaç olarak davranma düşüncesine dayanmaktadır. Kant, insanların işledikleri suçtan dolayı cezalandırılmaları gerektiğini belirtmekle, aslında, genelde ödetmeciliğin zorunlu unsurları olarak görülen, suç, hak etme veya sadece hak edenlere yönelik cezalandırma kavramlarını getirmektedir. Kant'a göre: "Hukuki cezalandırma, asla suçlunun kendisine veya sivil topluma ilişkin bir başka iyiyi geliştirmek adına bir araç olarak kullanılmamalı; ceza, her durumda, suçluya sadece bir suçu işlediğinden dolayı verilmelidir. Zira, insan, asla sadece bir başkasının amaçlarına hizmet eden bir araç olarak kullanılamaz ve asla eşya hukukunun konusu olan nesnelerle karıştırılmamalıdır. Gerçekten, insan, sivil kişiliğini kaybetmeye mahkum edilse bile, asli kişiliği (yani bir kişi olarak hak ettiği), onu bu şekilde davranılmaya karşı korumaktadır." (Kant, s.100). Bu akılyürütme, Kantçı yaklaşımın neden faydacı yaklaşımdan daha iyi olduğunu ortaya koymakta, ancak, cezalandırmanın niçin suçlunun özel olarak hakettiği bir muamele olduğundan hiç söz etmemektedir.

Kant, doğrudan, suçluya verilen cezanın veya zararın büyüklüğünü değerlendirmeye geçmektedir. Toplumun suça nasıl ceza vermesi gerektiğine ilişkin olarak Kant'ın işaret ettiği tek husus, yargıçların suçluları cezalandırma hakkına, yani onlara ıstırap çektilme hakkına sahip olduklarıdır: "Ceza hukukunda öngörülen cezalandırma hakkı, yargıcın, suç işlediğinden dolayı bir kişiye ıstırap çektilme hakkıdır." (Kant, s.99). Kant, suçluya verilen zararın, suça ilişkin yegane sosyal tepki olduğunu kabul eder görünmektedir. Aslında, bu çıkış noktası, üç farklı sorunu içeren bir araştırmanın önünü kapamaktadır: (1) toplumun suça tepki göstermesinin gerekli olup olmadığı, (2) bu tepkinin, suçlulara hak ettiklerini veren bir tepki mi olması gerektiği, (3) hak ettikleri şeyin, onlara çektililecek ıstırap olup olmadığı. Böylelikle, Kant'ın cezalandırma hakkına ilişkin bu çıkış noktası, suçluların, onlara çektililecek ıstırapı hak ettiklerine ilişkin görüşün serbestçe tartışılmasına fırsat tanımamaktadır. Hak iddiası, bir gerekçe olarak gösterilebilir. Ancak aslında bu iddia, Kant'ın ileri sürdüğü düşünce ve varsayımların bütününe, suçu ele almanın kaçınılmaz yolu olarak ortaya koymaktadır.

Kant'ın, suçluya verilecek zararın neden kendisinin verdiği zarara eşit olması gerektiğine ilişkin akıl yürütmesine baktığımızda, göze göz mantığını izlediğini görürüz: "Kamusal hukuki adalet, ne tür ve ne ölçüde bir cezalandırmayı ilke ve standardı olarak kabul etmektedir? Bu, eşitlik (adalet terazisinin dengesiyle simgelenen), yani, bir tarafa diğer taraftan daha fazla ayrıcalıklı muamele etmeme ilkesinden başka bir şey değildir. Buna göre, başka bir insana hak etmediği halde yaptığınız kötülük,

kendinize yaptığınız kötülüktür. Başkasına hakaret ederseniz, kendinize hakaret etmiş olursunuz; başkasından çalarsanız, kendinizden çalmış olursunuz; adam öldürürseniz, kendinizi öldürmüş olursunuz." (Kant, p.101). Kant, bu bakış açısına ilişkin bir argüman sunmaktan ziyade, aslında onu başka biçimde ifade etmeye ve cezalandırmaya ilişkin ödetmeci yaklaşıma bağlamaya çalışmaktadır. Adalet terazisinin dengesi, suçlu tarafından verilen zararlar bozulmuştur ve bu bozukluğu, ancak ödetme ilkesini uygulayarak adil bir şekilde giderilebilir. Kant'a göre, "Ancak Kısasa Kısas Hukuku (ius talionis), cezalandırmanın türünü ve derecesini tam olarak belirleyebilir ..." (Kant, s.101).

Terazi benzetmesi kullanıldığında, suçluya zarar vermenin bir gerekçesi olarak, dengenin güvenceye alınması gösterilebilir. Bununla birlikte, terazinin keferlerinde niçin farklı türde bir şeyin yer alamayacağı hususu açık değildir. Kant'ın kendisi de, çaldığı parayı geri ödeyemeyecek durumdaki yoksul bir hırsızın durumuyla ilgilenmektedir; burada, suçlunun bir süre için devletin kölesi haline getirilmesini kabul edilebilir bulmakta ve aslında, kendi katı eşitlik ilkesini esnetmektedir. Ancak Kant, bu tür bir alternatifi adam öldürüne tanımamakta ve bunu cezaların infazına ilişkin olarak sıkça alıntı yapılan şu paragrafta belirtmektedir: "Bununla birlikte, kişi adam öldürmüşse, ölmelidir. Bu durumda, hukuki adaletin gerçekleşmesini sağlayacak başka bir yol yoktur... Bir sivil toplum dağılacak olsa bile, ... hapis-hanedeki son idam mahkumunun cezası önce infaz edilmelidir ki, herkes kendi eylemlerinin hesabını gerektiği şekilde versin..." (Kant, s.102). Bütün bu söylemlerden çıkardığım; dengeli suçluya

zarar vererek tesis etmemiz gerektiği, suçluya verdiği acı oranında ıstırap çek-tirmemiz gerektiği ve cezalandırma ola-rak bir ıstırap yerine diğerini (Kant key-fi bir şekilde onay verdiği) ikame edebileceğimiz iddiasıdır.

Esasen, Kantçı ödetmeci yaklaşım-dan tali veya tartışmasız noktaları çıkar-tırsak, bu yaklaşımın, bir taraftan suçlu-lara kişi olarak muamele edilmesini, di-ğer taraftan yanlış davranışlarına tepki olarak, onların bu davranışlarından so-rumlu tutulmasını ve hak ettiklerinin ve-rilmesini içerdiğini görebiliriz. Bu şekil-de düşünüldüğünde, ödetmeci yaklaşım, bize, suçlunun sebep olduğu kötülüğün yine suçlunun üreteceği iyiyle telafi edilmesini düşünme imkanı vermektedir. Suçluyu zorlayacağımız şey, suçlu-nun hak ettiği şey olarak düşünülebilir. Kant'ın suçlulara kişi olarak muamele etme ilkesine sadık kalarak, onları ibret vasıtası yapamayız. Dahası, yanlış dav-ranışa, suçlulara ıstırap çekirmek niye-tinden ziyade, onları iyiliğe yönelten bir niyetle tepki gösterdiğimizde, onlara da-ha fazla kişi olarak muamelede bulunur ve kendimiz de daha fazla kişi gibi dav-ranırız.

Benzer bir analiz, faydacı-önleme ce-zalandırma teorisi bakımından geliştirilebilir. Çünkü, cezalandırma, faydacı bir hesaplamanın zorunlu sonucu olarak or-taya çıkmamaktadır, ayrıca cezalandır-mayı haklı gösteren bazı faydacı hesap-lamalarda kullanılan kimi düşünceler hatalıdır ve suçlunun iyi davranmaya yöneltilmesi alternatifi pekala faydacı amaçlara hizmet edebilir.

Öncelikle, suçu önlemek için insanla-rı cezalandırmaya ilişkin faydacı temel-lendirme, suçlulara ıstırap verilmesine karşılık gelen cezalandırma sayesinde

sosyal faydanın geliştirileceğine ve top-lumun mutluluğunu artıracamıza iliş-kin sezgisel bir görüşe dayanmaktadır. İnsanlar acı çekmek istemezler, bundan dolayı kurallara uyarlar ve biz de daha az suç işlenen ve daha mutlu bir toplu-mu umut edebiliriz. Şüphesiz, insanları cezalandırmanın suç işlenmesini önle-yip önlemediği, ampirik bir konudur ve bu tezi hangi verilerin doğrulayacağı da belirsizdir. "Hızlı kullanma cezası al-mak istemediğim için hızlı kullanmıyo-rum" denebilir, ancak, "toplumun hır-sızlara ve katillere verdiği cezalandır-mayla karşılaşmak istemediğim için çal-mıyorum ve adam öldürmüyorum" de-mek çok farklıdır. Adam öldürmeyen ve hırsızlık yapmayan insanların, sırf ceza-landırılmamak için böyle davrandıkları-nı nasıl kanıtlayabiliriz?

Acaba suç işleyen insanlar açısından durum nedir? Cezalandırmayla suç işle-meleri önlenememektedir. Faydacı-ön-leme teorisinin savunucuları, hemen ce-zalandırmanın önleyici olduğu (ve böy-lece toplumun mutluluğunu artırdığı) iddiasının istatistiksel bir genelleştirme ol-duğunu ileri süreceklerdir ve bu durum-da, cezalandırmanın önleyici olmadığı ve karşı delil olarak kabul edilemediği durumları beklemeliyiz. Diğer taraftan, her bir cezai davranışın, cezalandırma-nın önlediği veya önlemediği tezine kar-şı-örnek olduğu iddiasını desteklemek için, düzenli olarak işlenen suçların bü-yük ölçekte değerlendirilmesi makul görünmektedir. Bu veriler, cezalandır-manın önlediğine ilişkin doğrudan veri-lerin elde edilmesinin zorluğuyla birleş-tiğinde, cezalandırmaya ilişkin faydacı temellendirme aleyhindeki iddianın bir parçasını oluşturmaktadır.

Cezalandırmanın önleyiciliği iddiası-na ilişkin diğer delil, suç oranının düşük ve cezaların ağır olduğu baskıcı toplum-lardan gelmektedir. Bu bilgi, cezalandır-manın önleyici olduğu iddiasını destek-lemekte ve cezalandırma ile önleme ara-sında bağ kurabilmektedir. Ancak, fay-dacılığın dış rehber olduğu bir alanda bulunduğumuzu ve cezalandırmayı bir önleme vasıtası olarak düşünmekteki amacın toplumun mutluluğunu artırmak olduğunu ve bunun da baskıyla bağlan-tılı Drakonian tedbirlerle başarılmasının mümkün olamayabileceğini hatırlamalıy-ız. Bentham bu problemi kabul etmek-te ve faydacı yasa koyucunun amaçla-rından birini "cezalandırmayla önlen-mesi amaçlanan zarar ne olursa olsun, mümkün olduğunca düşük bir maliyetle önlenmesi" olarak belirtmektedir (Je-remy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *A Bentham Reader*, edited by Mary Pe-ter Mack, New York: Pegasus, 1969, s.121).

Bentham, faydacı bir hukuk sistemi-nin izlemesi gereken başlıca amaca iliş-kin olarak da benzer tavsiyede bulun-maktadır: "toplumun mutluluğunun artı-rılması" (Bentham, s.120). Bentham, cezalandırmanın fayda ilkesiyle nasıl bağdaştığına ilişkin tartışmayı geliştirir-ken, Kant'a benzer şekilde, suça verile-cek en faydalı karşılık olduğunu ortaya koymaksızın, en aşikar cevap olarak ce-zalandırmayı incelemektedir. Yasa ko-yucuya aksi yönde verilen tavsiyeye ba-kıldığında, yasa koyucunun görevi: "toplumun mutluluğunu bozma eğili-minde olan her şeyi olabildiğince bertar-af etmek, bir başka deyişle, suçu bertar-af etmektir." (Bentham, s.120). Daha sonra, Bentham'ın, zarar vermeyi önle-menin bir aracı olarak, bizzatı zarar ve-

rici ve kötü olan cezalandırmayı öngör-düğünü görmekteyiz: "Bununla birlikte, her tür cezalandırma zarar vericidir: her tür cezalandırma bizzatıhi kötüdür. Fay-da ilkesinin gereği olarak, cezalandır-manın, şayet benimsenecekse, sadece daha büyük kötülüğü önlemeye yaradığı sürece benimsenmesi gerekmektedir." (Bentham, s.120). Bentham'ın fayda-cılıkta cezalandırmanın kabul edilme-mesine ilişkin bir olasılığa yer verdiği doğrudur. Ancak bu olasılık çok dar olup, Bentham'ın belirlediği, cezalan-dırmanın "sebepsiz", "etkisiz", "yarar-sız" veya "gereksiz" olduğu dört du-rumla sınırlıdır. Bu dört durum söz ko-nusu olduğunda ceza verilmemelidir (Bentham, s.120). Aksi takdirde, zarar ve ıstırap verici olarak düşünülen ceza-landırma, suçu önleme vasıtası şeklinde bir karşılık olarak değerlendirilmekte-dir. Aslında, yukarıda sayılan dört du-rumda olduğu gibi, sarf edilen çabaya değmeyeceği varsayılmazdıkça, suçu ce-zalandırmaktayız. "Bütün yasaların ge-nel amacının, önlemeye değdiği sürece, zarar vermeyi önlemek olduğunu gör-mekteyiz" (Bentham, s.121).

Her iki kefesine de acıyı koyup, bunu önlemek için kötülük, zarar ve acıyı kul-lanması, adalet terazisinin Bentham ta-rafindan bilinçsiz kullanımının bir unsu-ru olabilir. Terazî, Kantçıların yaptığı gi-bi, suçlunun kötülüğünü suçluya haket-tiğini vermek yoluyla telafi etmede kul-lanılmasa da, önleme amaçlı bir denge-leme eyleminde kullanılmaktadır. Bent-ham'ın, suçu önlemenin ıstırap dışında-ki diğer yollarını araştırmaması, gele-neksel adalet terazisi anlayışının, onun düşüncesi üzerinde çok güçlü bir etkiye sahip olduğunu akla getirmektedir.

Bentham'ın, bizi hazzı arayan ve acı-dan kaçınan, dolayısıyla haz ve acıyla

motive edilen varlıklar olarak betimleyen, insan doğasına ilişkin bir teoriyi açıkça benimsemesinden dolayı, bu eleştirinin haksız olduğuna dair bir itirazda bulunulabilir. Belirli bir davranışta bulunulması durumunda ıstırap verme tehdidi, o davranıştan kaçınmak için doğal bir teşviktir. Ancak, gerek insan doğası teorisi, gerek faydacılık, toplumda belirli davranışları önlemek adına, kasti olarak zarar verme tehdidinde bulunmamızı ve zarar vermemizi gerektirmemektedir. Her ikisi de, doğanın varlıkları için en büyük iyiyi yaratmanın bir vasıtası olarak, suçluyu iyiye yöneltme yaklaşımıyla bağdaşmaktadır ve bu yaklaşımın haklı gösterilmesinin bir parçası olarak kullanılabilirler.

Burada, söz konusu yaklaşımın faydacı haklı göstermeden nasıl yararlanılabileceğini uzun uzun sorgulamadan, bu çerçevedeki bazı değerlendirmelerle yazıyı sonuçlandıracağım. Suçlulara toplum hizmetinde bulunma zorunlulu-

ğu getirmek, bazı suçlar için uygulana gelen bir karşılıktır ve suçluyu iyiye yöneltme konusunda iyi bir örnektir. Bu karşılık, önleyici etki bakımından, ıstırap çektirmekten geri kalmayan bir adaydır. Suçluların, kendilerini farklı gereksinim ve değerlere sahip insanlarla karşılaşılabilecekleri yeni bir çevreye sokabilecek bu deneyimden hoşlanmaları da mümkündür. Alkol ve sigara bağımlılığı programları ve öfke kontrol seminerleri gibi eğitim programları, başlıca amacı suçluyu daha iyi bir vatandaş haline getirerek onu gelecekte iyiye yöneltmek olan iyiye yöneltme yaklaşımının diğer örnekleridir. Bir çoğuna göre, eğitimin hapsetmeye göre avantajları açıktır ve her birinin fayda ve maliyetleri yakından incelendiğinde bu görüş desteklenmektedir. Böylece gerek faydacılar, gerek Kantçılar, bu teorileri suçlulara zarar verme zorunluluğundan kurtardığımızda, pekala suçluyu iyiye yöneltme yaklaşımını destekleyebilirler.

Rusya Federasyonu Üyelerinin Haklarına İlişkin Problemler^(*)

Vera D. Shuverova^(*)

Çeviren: Gülriz Uygur^(**)

ÖZET

Bu makale, Rusya Federasyonundaki federal ve bölgesel yasamanın günümüzdeki dönüşümünün incelenmesi çerçevesinde Rusya Federasyonu üyelerinin haklarına vurgu yaparak, Rusya Federasyonunda gelişen federalizmin yeni formları probleminin kavramsal temelini ortaya koymaktadır. Son on yıldaki Antlaşma-bazlı federatif düzenlemeler ve bunun sonucunda ortaya çıkan federal ve bölgesel yasamanın farklılığı; gerek çatışmaların barışçıl çözümüne, gerek merkezileşme ve merkezilikten uzaklaşma arasındaki uygun dengenin araştırılmasına yönelik bir adım olmuştur. Söz konusu süreç, çatışmalardan ve hatalardan arınmış değildir; ancak demokrasi ve insan hakları çatısı içerisinde kaldığı sürece, federatif çözümlerin yeterince verimli bir şekilde geliştirilmesi ve keşfedilmesine elvermektedir. Rusya Federasyonundaki federalizmin gelişen ilkeleri ve etnik federalizmin evrimi, demokratik devletteki hukukun üstünlüğünü tesis etme işlevini yerine getirerek, işler bir federal sistem mekaniz-

masını ortaya çıkarmada verimli bir zemin hazırlaması gerekmektedir.

1990'ların başlarından itibaren, Rusya Federasyonunun üyelerinin hukuki statüsü ve hakları ile daha genelde yetki paylaşımı, federatif ilişkiler bağlamında acil çözüm gerektiren meseleler olmuştur. Rusya'da halihazırda sürdürülmekte olan devlet reformu, federal ve bölgesel yasaların birbirleriyle uyumlu hale getirilmesini, temel amaçlarından biri olarak ortaya koymaktadır. 2800 bölgesel yasa, Rusya Federasyonu Anayasasına uygun hale getirilmiştir. Bu gelişme, Federasyon üyelerinin statüleri ve hakları problemini, aşağıdaki konular çerçevesinde yeniden siyasi tartışma konusu olarak ortaya çıkarmıştır:

- Rusya'da gelişen federalizmin, temelleri ve ön koşulları da dahil olmak üzere, doğası ve özü;

- Rusya'da ki federalizmin yapısal modeli;

- Rusya Federasyonundaki federatif düzenlemelerin türü ve yetki paylaşımına ilişkin mevcut model;

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yimibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildirdir.

(**) Rusya Devlet Akademisinde Danışman Profesör, Moskova, Rusya.

Tel.: (095) 206-98-41.

Adres: 428015, Anisimov Street 4-9, Russia.

(***) Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim üyesi

- Yasa koyma problemine vurgu yapılarak, Rusya'da ki etnik federalizmin evrimi ve değerleri.

Rusya Federasyonunda son on yıldaki önemli değişiklikler ve son gelişmeler -Rusya'nın Avrupa ve dünyadaki bütünleşme hareketleri (Dünya Ticaret Örgütü, NATO ve Avrupa Birliği) ile güçlü bir etkileşime girmesi- açıkça, Rusya halkının, sosyal ve siyasal bütünleşme problemlerine demokratik bir çerçevede federal çözümler aradığı olgusuna tanıklık etmektedir. Oldukça açıktır ki, federalizm, günümüzde, "siyasal adaleti belirleyen, siyasal davranışı şekillendiren ve insanları bu ikisinin uygun medeni bir sentezine doğru yönelten bir düşünce olarak görünmektedir. Anlaşmaya dayalı temelleri vasıtasıyla, federalizm, önem bakımından, adaleti tanımlayan doğal hukuk ve siyasal toplumun kökenlerini ve oluşumunu belirleyen doğal hak ile kıyaslanabilecek bir düşüncedir"(1).

Siyasal bir örgütlenme şekli olarak federalizm, günümüzün değişen dünyasının sosyal çeşitliliğini dikkate almada ki etkililiğini kanıtlamıştır. Dünya nüfusunun yaklaşık yüzde 40'ı, resmi olarak federasyon olarak tanımlanan toplumlarda, aynı oranda bir kısmı ise bir şekilde federal düzenlemelerin uygulandığı toplumlarda yaşamaktadır. Farklı federal düzenleme modellerinin mevcudiyeti, federalizmin birden fazla uygulama şeklinin bulunduğuna işaret etmektedir. Güçlü uluslarüstü bütünleşme eğilimleri bulunan ve ekonomik işbirliği ve demokratik gelişmede büyük başarı kaydeden Avrupa Birliğinin onbeş üye devletinden sadece üçü (Almanya, Avusturya ve Belçika) federal bir yapıya sahiptir. Geri kalanlar, değişen derecelerde, bölgeselleşmeye ve merkezi olmayan

yapılanmaya yer vermektedir. İspanya, özerk toplulukları (comunidades autonomas) ile yarı federaldir. Fransa ve İtalya, bölgeleri aracılığıyla merkezi olmayan yapılanmaya doğru gitmektedirler. Öte yandan Birleşik Krallık, yakın zamanda Kuzey İrlanda, İskoçya ve Galler'e devrettiği yetkilerle diğer bir modeli uygulamaktadır (2).

Federal düzenlemelerin kavramsal temeli, Rusya Federasyonu Anayasasıyla düzenlenen devlet egemenliği (madde 5), toprak bütünlüğü ve sınırların ihlal edilemezliği ilkelerinde yer almaktadır. Rusya Federasyonunun toprak bütünlüğü, Federasyonun egemenliğinin maddi temelini oluşturmaktadır (3).

Rusya Federasyonunda Federal otorite ile Federasyonun üyeleri arasında yetkilerin paylaşımı ve devletin federal ve bölgesel organlarının karşılıklı sorumluluğu; bir taraftan Rusya Federasyonu Anayasasıyla, diğer taraftan Federasyon üyelerinin anayasaları ve kanunları ile belirlenmektedir.

Rusya Federasyonu Anayasasının 71. maddesi, Federasyonun münhasıran yetkili olduğu alanları, 72. maddesi ise üyeleri ile ortaklaşa yetkili olduğu alanları belirlemektedir. Federasyonun üyelerinin yetkili olduğu alanlar ise, bu iki grup alan dışında kalan alanlar olarak belirlenmektedir (madde 73).

Rus federalizmi, bölgesel yasama organlarının ve mevcut anayasal gelişmenin dinamik dönüşümünün bir sonucu olarak, henüz tamamlanmamış bir görünüm sunmaktadır. Söz konusu federalizm, aşağıdaki nedenlerden dolayı ender karmaşıklıkta bir yapı ortaya çıkarmaktadır:

- etnik-topraksal ve idari-topraksal paylaşım ilkelerinin bileşimi,

- üç düzeyli federal yapı hiyerarşisi: federal düzey, federasyonun üyelerinin düzeyi ve Anayasanın Federasyonun bütün üyelerinin eşitliğine ilişkin hükümleri bakımından şüpheli olan, üyeleri oluşturan unsurların düzeyi (bileşik üyelerde)(madde 54).

1990'ların başından itibaren, Tataristan ve Çeçenistan'nın başını çektiği "egemenliğe doğru" olarak adlandırılan güçlü etnik hareketler ve bölgesel ayrılığa ilişkin derin eğilimler, Federasyonun üyelerinin hukuki statüsü ve yetkilerin paylaşımı problemlerini ön plana çıkarmıştır. Eşitlik ilkesine dayalı Rusya Federasyonu Anayasası, Federasyonun 89 üyesinin hepsine eşit statü tanımaktadır. Bununla birlikte, federal düzenlemeler bağlamında eşitlik ilkesinin uygulanması, bazı belirsizlikler taşımaktadır. Bunun en az iki nedeni vardır. İlk olarak, üç düzeyli hiyerarşi, Federasyonun bileşik, bileşik olmayan üyeleri ve bunları oluşturan unsurlar için farklı statüler getirmektedir.

İkinci neden, Rusya Federasyonunun üyelerinin ve Federal Anayasanın yasa koyucusunun farklılığından kaynaklanmaktadır. Rusya Federasyonunun etnik cumhuriyetlerinin anayasalarının çoğu, Rusya Federasyonunun Anayasasından daha önce veya onunla aynı zamanda kabul edilmişlerdir (Tataristan: 30.11.1992, Çeçenistan: 12.03.1992, Tuva: 21.10.1993, Başkurdistan: 24.12.1993, vs.). Bunun sonucu olarak, Rusya Federasyonu Anayasasıyla olabilecek farklılıklar, ancak söz konusu anayasaların değiştirilmesi yoluyla giderilebilecektir. Birçok yasama işlemi (Egemenlik Kararnameleri, etnik cumhuriyetlerin Dil Yasaları), etnik cumhuriyetlerin anayasalarına göre öncelik taşımaktadır.

Federasyon üyelerinin anayasalarının en tereddüt uyandıran hususlardan birisi, "egemenlik ibaresi"dir. 1992-1994 yıllarında kabul edilen birçok etnik cumhuriyetin anayasası, Rusya Federasyonu Anayasasının 5. ve 65. maddeleriyle çelişkili olarak, söz konusu cumhuriyetleri egemen devletler olarak ilan etmiştir. Diğer taraftan, çelişkiler, etnik cumhuriyetlerin egemen statüleri ile Rusya Federasyonuna üyelik statüleri bir arada içeren cumhuriyet anayasalarında da açıkça mevcuttur (Başkurdistan, Yakutistan, Komi, Mary-El, İn-guş Cumhuriyeti ve Kalmukya Anayasaları).

Kasım 1992'de kabul edilmiş olan Tataristan Anayasası, 59-62'nci maddelerinde yer alan somut ifadelerle, Tataristan Cumhuriyetinin hukuki statüsünü bağımsız olarak belirleyeceğini, egemen bir devlet olduğunu, uluslararası hukukun bir süjesi olduğunu ve Rusya Federasyonunun bir parçası olduğunu (madde 61) belirtmektedir. Bu maddeler, Federasyon üyelerinin statüsünün Rusya Federasyonu Anayasasıyla belirlenmesini öngören Rusya Federasyonu Anayasasının 66. maddesinin birinci fıkrasıyla çatışmaktadır. Ayrıca, Tataristan ve Yakutistan, federal ve ulus-altı vatandaşlık modelleriyle fiilen çelişen cumhuriyet vatandaşlığını getirmiştir. Bazı cumhuriyetlerin anayasaları, federal yasaların söz konusu cumhuriyetlerin hükümetleri tarafından onaylanması ve bu yasaların cumhuriyetlerin çıkarlarını zedelemesi halinde askıya alınması kuralını getirmiş, böylelikle federal yasaları sınırlamışlardır. Rusya'nın gelişen federatif yapısındaki yeni kuralları kodifiye eden Başkurdistan Anayasası (1993), konfederatif ilişkilerin antlaşmaya dayalı yeni bir konfigü-

rasyonu olarak, Rusya'yla ilişkilerinin antlaşmaya dayalı olduğunu (madde 70) belirtmiştir.

Federal yasalar ve cumhuriyet yasaları arasındaki farklılıklar, bu farklılıkları karşılıklı anlaşma temelinde giderme ihtiyacını doğurmuştur. "Rusya Federasyonu ve Tataristan Cumhuriyeti Arasında Yetki Paylaşımı ve Devri Hakkında Antlaşma" (15.02.1994), bu yöndeki ilk, ancak son olmayan, adımdır. Bu Antlaşma, yetki paylaşımını tesis etmiş ve dibacesinde "Tataristan, bir devlet olarak Tataristan Cumhuriyeti Anayasası ve Rusya Federasyonu Anayasasıyla Rusya Federasyonu ile birleşmiştir" ifadesine yer vermiştir. Yasal çözümün aşkar yetersizliği ve Antlaşmanın 1 ve 2. maddelerinin Tataristan devlet otoritesi tarafından spesifik yorumu ve egemenlik ibaresindeki sözcüklerle oynanarak "birleşik" ve "bütünleşmiş" kelimeleri ile arasında özel bir fark yaratılması suretiyle Tataristan'ın egemenlik talebini hâlâ muhafaza ettiği göz önünde tutulduğunda, Antlaşmanın kayda değer yararı, çatışmanın barışçıl yoldan çözümü ve Rusya Federasyonunun birliğini sürdürmesi olmuştur.

1990'larda etnik cumhuriyetler ve bölgelerle, 40 civarında iki taraflı anlaşma imzalanmıştır. Bu anlaşmalar, yerleşik uygulamaları içeriyor ve yetkinin devredilmesi riskini de taşıyarak, konfederatif gelişme yoluna dönüşe ilişkin güçlü bir eğilim gösteriyorlardı. Rusya Federasyonunun sosyal, ekonomik ve dini özellikleri çeşitlilik gösteren 21 farklı etnik cumhuriyeti kapsadığı göz önüne alındığında, görüldüğü kadarıyla işleyen ve mevcut yasal ve teamüli gelişimle de güçlendirilmiş Antlaşma-bazlı çerçeve, şayet antlaşmalar Anaya-

sayla çelişmiyorsa, yenilerini yaratmak-sızın çatışmaları giderme konusunda bir ihtiyaç olarak değerlendirilebilir. Bu, Rusya Federasyonunun günümüzdeki federatif düzenlemesinin spesifik özelliklerinden biridir.

Rusya'nın federatif ilişkilerinin özel niteliği ve tarihsel, sosyal ve ekonomik özellikleri gereğinden fazla abartılmamalıdır. Geleneksel topluma, radikal bakış açısı ve psikolojisiyle (karizmatik lider imajı, "anavatana kurtarma" düşüncesinin hukukun üstünlüğüne öncelik taşıması gibi) (4) beraber özel bir vurgu yapılması, Rusya'nın etnik farklılığını avantaja dönüştürecek çokkültürlülüğün çoğulcu değerlerini içeren demokratik bakış açısının gelişimini engelleme riski taşımaktadır.

Federal ve bölgesel yasamanın evriminin, federal ilişkilerin temeli olarak incelenmesi, bunun son on yıldaki gelişiminin, federatif modernleşme sürecinde, etnik sorunlara özel bir önem verilerek, merkezileşme ve merkezilikten uzaklaşma arasındaki uygun dengenin gözetilmesi olduğunu göstermektedir. Söz konusu süreç, çatışmalardan ve hatalardan arınmış değildir; ancak demokrasi ve insan hakları çatısı içerisinde kaldığı sürece, federatif çözümlerin yeterince verimli bir şekilde geliştirilmesi ve keşfedilmesine elvermektedir. Rusya Federasyonundaki federalizmin gelişen ilkeleri ve etnik federalizmin evrimi, demokratik devletteki hukukun üstünlüğünü tesis etme işlevini yerine getirerek, işler bir federal sistem mekanizmasını ortaya çıkarmada verimli bir zemin hazırlaması gerekmektedir.

Dünya deneyimi, federalizmin etkili ve çok verimli bir sistem olduğuna tanıklık etmektedir. Sistem, iyi oluşturul-

duğu ve kullanıldığı zaman, gerçekten başarılıdır. Uzun yıllara dayanan deneyimiyle Avrupa Birliği, devletteki farklı yetki düzeylerinin bir arada varolmasının ve bütünleşmesinin, belli ölçüde basitleştirmeyle, iyi oluşturulmuş bir sistem olarak, federalizmin başardıklarının açık örneklerini artık ortaya koyabilir.

Kaynaklar

1.Elazer D.J., Exploring Federalism, Alabama, 1987,1.

2.Forum of Federations Documents, Annual Report, 2001, 4.

3.Kozlova E.I., Kutaphin O.E. The Constitutional Law of the Russian Federation, 1995.

4.Kara-Murza S.G., Ayzatulin T.A., Tugarinov I.A. The Crisis in Russia in the Light of National Policy // Eurasian Bulletin, The journal of Theory and Practice of Euroseanism N 1. 1999-2000.

Politik Toplumun Ahlâki Varlık Nedeni^(*)

Constantin Despotopoulos^(**)
Çeviren: Gaye Çankaya^(***)

Politik toplumun ahlaki varlık nedeninin ne olduğu sorusu, Dünya Felsefe

Kongresine katılanların ilgisini çekmeye layık bir konudur. Ve ben bu konuda yeni ve değerli bir öneride bulunduğuma inanıyorum.

Sunumuma az çok kabul edilmiş olan bir noktayla başlıyorum: her birey, her şeyden önce sadece hayatını korumak için -ki bu da özgürlüğün ahlâk buyruğunun temel olarak karşılığıdır-, ve en çok da hayatının güvenliği için insanlar arası ilişkilere kaçınılmaz olarak ihtiyaç duyar. Aynı zamanda birey eylemlerde bulunmalıdır ve başkalarının eylemlerine de ihtiyacı vardır; ayrıca farklı farklı durumlar, eylemler ve eylem olasılıkları yalnızca toplum tarafından ve toplum içerisinde etkili olarak hazırlanarak her bireye atfedilebilir; toplum bunu ekonomik, teknik ve başka türlü kaynaklarıyla yapar, bunları sağlayabilecek yegane kaynak toplumdur ve aynı zamanda bütün alanlarda iş bölümünü de toplum sağlamaktadır.

Ancak bundan sonra birey -özgürlüğün ahlâki buyruğuna göre-, sadece yaşamaya değil aynı zamanda "iyi yaşamaya" yönelir ve yönelmelidir; yani bi-

rey kültür eserlerinden (şiir, sanat ve felsefe eserlerinden) ve bazı yüce duygulardan keyif alarak, saf değerlerin yayılmasından faydalanarak kültür yaratımında olduğu kadar kendi özel nitelikleri açısından da dış dünyaya açılır, bu saf değerlerin destekçisi olan özellikler de ancak toplum içinde ve toplum tarafından sağlanır. Kaldı ki sadece toplum, özellikle iş bölümü sayesinde bütün bu saydıklarımız için gerekli olan boş zamanı sunar. Böylece elinde bulundurduğu zaman ve canlı ruh güçleriyle birlikte birey, bu anlamda iyi yaşayabilir ve bu anlamda aklını ve duyarlılığını toplum aracılığıyla geliştirebilir.

Yine de, insan için toplumun önemi sadece bu yapıcı ve onarıcı katkıdan ibaret değildir. Öte yandan toplum kendi içerisinde insanın varlığı için büyük tehlikeler barındırır ve hatta bunlardan yenilerini doğurur. Bireye hizmet eden bütün "araçlar" kadar, her bireyin vücut bütünlüğü, sağlığı ve hatta yaşamı da, toplumdan kaynaklanan büyük tehlikelere açık durumdadır.

Böyle tehlikelere bireyin özgürlüğü ve bununla beraber saygınlığı da açıktır.

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nun 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da gerçekleştirdiği "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi -Dünya problemleri Karşısında Felsefe" konulu etkinlikte sunulan bildirdir.

(**) Atina Akademisi Eski Başkanı

(***) Galatasaray Üniversitesi Öğretim Elemanı

Bu değişik tehlikeler hiç kuşkusuz ahlâk eksikliğinden, diğer bir deyişle toplumdaki bazı bireylerin ahlâk özgürlüğü açısından eksik olmalarından kaynaklanır. Bu bireyler, girişim özgürlüklerini ahlâksızlık yolunda kullanarak toplum tarafından hazırlanan etkileri kullanırlar. Yani toplumun geliştirdiği güç ve araçlardan, silah ve zehirlerden, makine ve araç gereçlerden, iletişimin ve tele-iletişimin kamuya açık ağlarından ve para ile diğer toplumsal kökenli "özellikler"den faydalanırlar. Ne yazık ki toplumun böyle hüznü bir yanı vardır. Bütün çağlarda, toplum her tür suçun ve kötülüğün ortaya çıktığı ve sahnelendiği yer olmuştur: kıyımlar, işkenceler, gasp, yağmalar, aynı zamanda köleleştirme, sömürü, yabancılaştırma, katliam ve insanların aşağılanması, ve daha- sı kültür ve uygarlık alanında saptırma- lar, bozmalar, yanlışlıklar.

Ama ne olursa olsun insanın yaşaması için vazgeçilmez koşul toplumdur. Öte yandan insanın özgürlüğünün gelişmesi için olduğu kadar, bireyin eylem alanı bulması için de toplum en iyi sidir. Hiç kuşkusuz doğa da eylem alanıdır, ve hatta insanın gelişmesi ve özgürlüğü için de gereklidir ama insan doğa üzerine her zaman toplumsal varlığı üzerinden etkide bulunur, birey özgürlüğünü asla arı ve çıplak bir doğada değil, her zaman toplumun işlediği ve geliştirdiği bir doğa üzerinde gerçekleştirir.

Şimdi konuşmama, geçerli olan ve yeni olduğuna inandığım fikirlerle devam edeceğim. Toplumun insan varoluşuna katkıları ne kadar kesin olursa olsun, bu katkılar kendi başlarına, tam anlamıyla insanın ahlâk nedenini oluşturmazlar. Olsa olsa, ahlâk açısından eksik olmasa bile yetersiz olan, toplumun iki varlık nedenini oluştururlar. Toplum, in-

san bireyinin varlığına kesin katkısı açısından ele alınırsa sadece bencil bir yararcılığın belirlediği bir bireyler toplumu olarak karşımıza çıkar ve dolayısıyla tam ahlâkın uzağında kalır. Gerçekten de böyle bir toplum anlayışı çerçevesinde, kendinde bir amaç olarak ele alınan bireyin dışındaki diğer tüm bireyler, toplum tarafından belirli bir bireyin hizmetine sunulmuş olan basit birer araçtır. Kaldı ki bu toplumsal durum açısından bütün olgun bireylerin en etkin karşılıklı- lığı bile onlar arasındaki ahlâki eksikliği gidermeye -biz inanıyoruz ki- yetmemektedir.

Dünya ülkelerinin bir çoğundaki toplumsal rejimler günümüzde, üstü kapalı bir şekilde böyle bir ahlâk doktrinini toplumun varlık nedeni olarak geçerli görmektedir, ama bu sadece bu ülkelerin yönetici sınıflarının ahlâk açısından az gelişmişliğinin bir tanığıdır. Toplumun ahlâki varlık nedeni ancak ve ancak ahlâk alanında özgürlük işlevinin zafer kazanması durumunda sahici ve tamdır; zorunluluk olarak her bireyin bilincinde derinleştirilmiş ve bütünleşmiş bir ahlâklılıktan ileri gelmektedir. Zaten bu ahlak bütünlüklü bir erdem olarak adaletle özdeşleşmiştir.

Gerçekten de, eğer birey kendi hayatını korumak ve onu en iyi şekilde sürdürmek durumundaysa, bu sadece bireyin bunu istemesi ile değil, aynı zamanda nesnel olarak geçerli olan, bireyin sadece insan olduğu için kendinde taşıdığı varoluş potansiyeline içkin değer ile temellendirilmiş bir ahlak buyruğu ile mümkün olur. Böylelikle, temel olarak bunu aldığımızda bu ahlâk buyruğu sadece belirli bir bireyi değil diğer tüm bireyleri de kapsar.

Onların da hayatlarının korunmasını ve hayatlarını en iyi şekilde yaşamalarını gerektirir.

Oysa eğer bir birey kendinden başka hiç bir şeye önem vermezse, sadece kendi hayatını sürdürme amacıyla yaşayıp, hareket ederse, varoluşunu devam ettiren nedenlerin dışında, doğa, kültür, arkadaşlık ve aşka dair soylu ve güzel olan ne varsa bunlardan zevk almakla yetinirse, başka bireylerin bu şekilde davranmasını engellemekten kaçınsa bile, kendi hayatını gerçekleştirmede kaçınılmaz bir şekilde başarısız olur. Eğer bu hayatı ahlâk açısından, eylemlerin ve dışlamaların (l'omission) cebirsel bir bütünü olarak değerlendirsek, bu nokta neredeyse apaçık olarak ortaya çıkar. Gerçekten de hayatın içindeki eylemler ne kadar kıymetli olursa olsunlar, onlara bağlı dışlamaların olumsuz ahlâk yükünü dengeleyemezler. Çünkü bu dışlamalar da, diğer eylemler de aynı global ahlâk buyruğu ile ilgilidirler, yani insan hayatının muhafazası ve en iyi düzeyde gerçekleşmesi belirli bir bireyin olduğu kadar diğer bireylerin de varoluş potansiyeliyle de ilgilidir; bireyin dışlamalarının bütününe negatif ahlâk yükü, eylemlerinin bütününe olumlu olduğu varsayılan ahlâk yüküne göre çok daha ağırdır. Çünkü sadece bir durumda bireyin eylemleri global ahlâk buyruğunu gerçekleştirir, oysa buna benzer bir çok durumda da bireyin eylemeyi dışladıkları ahlâk buyruğunu gerçekleştirmez. Bütün bu nedenlerden dolayı birey hayatını en iyi şekilde, yani ahlâki açıdan doyurucu bir şekilde, ancak ve ancak global ahlâk buyruğunun gerçekleşmesinin peşinden koşarsa yaşayabilir. İnsan hayatının en iyi şekilde gerçekleş-

mesi yalnızca bireyin kendi sürdürdüğü hayat içinde değil, bütün diğer bireylerin durumlarında da geçerli olmalıdır. Ancak bu büyük ve kendisine tepeden indirilen görev yüzünden birey ahlâk açısından kendini bir çıkmazda bulur: Bir yandan tükenmez bir görev yükümlülüğü altındadır öte yandan eylem olasılığı çok sınırlıdır. Bu ahlâk çıkmazı karşısında birey için bir tek çıkış yolu kalır: çalışması ve kaynaklarıyla ve varoluşunun bir kısmıyla, hatta bütün varoluşuyla, politik toplumun oluşumuna katkıda bulunmak. Ama bunun bir şartı da, toplumun son hedefinin bütün bireylerin hayatlarının korunmasını sağlaması ve onların en iyi şekilde yaşamalarını sağlamasıdır. Bu böyledir, çünkü sadece politik toplumun sahip olduğu olasılıklar sayesinde bu büyük görev gerçekleştirilebilir.

Ayrıca birey böyle bir toplumun varlığı için katkıda bulunarak ve bunun sürekliliğini sağlayarak, ahlâki görevini de yerine getirmiş olur; çünkü bu şekilde bu tükenmez görev gerçekleşir; öyle ki, artık birey kendi hayatının mahrem boyutlarına dönse bile, kendini saf değerlerin yayılmasının keyfine teorik ve estetik alanlarda bıraksa bile ahlaki eğilimine ihanet etmiş olmaz.

İşte politik toplumun ahlâki varlık nedeni budur: Politik toplum, bireyin yaşayabilmesi için, yaşarken topluma katkıda bulunması ve hayatını en iyi şekilde sürdürebilmesi için ve bunu sadece en masum ve en nitelikli keyiflere kendini bırakarak değil, aynı zamanda her insanın varlığına karşı aktif bir dayanışma içinde yapabilmesi için zorunlu koşuldur. Bu da yalnızca politik toplumda etkinlik kazanır.

Uluslararası Hukuk ve Gelecek Nesiller

Kemal Başlar^(*)

Giriş

21. yüzyılın uluslararası hukuk dağarcığı⁽¹⁾ önceki yüzyıllardakinden farklı kelime ve kavramlarla zenginleşmektedir. Klasik Vestfalya sisteminin alışık olduğumuz terminolojisi, yerini daha önce hiç alışık olmadığımız kavram, düşünce ve tartışmalara bırakmakta; devlet-merkezci sistemin etkileri giderek azalmaktadır⁽²⁾. Egemen ve eşit devletler arasındaki ilişkilere dayalı olarak kurulan uluslararası hukuk, Avrupa-merkezci (eurocentric) ve Batı-merkezci (westerncentric) kimliğini kaybederken, giderek insan-merkezci (anthropocentric) bir kimliğe bürünmektedir. Geleceğin "insanlık hukuku" (ius inter gentes), klasik devletler umumi hukukunun esasını açıklayan temel teorilerden, olduk-

ça farklı yeni teoriler ve o teorilerin kazandırdığı yeni kavramlarla şekillenmeye başlamıştır. Bu kavramlardan birisi "gelecek nesiller"dir.

1648 Vestfalya Barışı sonrası ortaya çıkan⁽³⁾ "devletler(in) hukuku", birey-merkezli bir hukuk düzeni olarak tasarlanmamıştı. Uluslararası hukuk, 20. yüzyılın ortalarına kadar yalnızca devletlerin aralarındaki ilişkilerden kaynaklanan bir hukuk dalı olarak kabul edilirdi⁽⁴⁾. 1949 yılında Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesi konusundaki Danışma Görüşü'nde,⁽⁵⁾ Birleşmiş Milletler'in işlevsel anlamda uluslararası kişiliğe sahip olduğunu söylemesiyle, uluslararası örgütler de "devletler"

(*) Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü, kbaslar@anayasa.gov.tr.

(1) Bknz. MURPHY, Ewell E., "The Vocabulary of International Law in a Post-Modern World", *Texas International Law Journal*, 23, (1988), 233-249.

(2) Bknz. MURPHY, Ewell E., "The Diminishing World of Western Law", *Texas International Law Journal*, 16, (1979), 1-10.

(3) Bu dönemi anlatan bir çalışma için, bknz. ATALAY, A. Haluk, *Uluslararası Hukukun Oluşumu: İlk Küreselleşme Dönemi 1492-1648*, Göçebe Yayınları, İstanbul, 1997.

(4) OPPENHEIM, Lasa, *International Law* (Longmans, Green, and Co., London etc., 1905, vol. 1, para. 13 (zikreden: HARRIS, David, J., *Cases and Materials on International Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 1983, 12.): 1927 tarihli Bozkurt-Lotus kararında, Uluslararası Daimi Adalet Divanı, uluslararası hukuku egemen devletler arasındaki ilişkiyi düzenleyen hukuk dalı olarak tanımlamıştır: "Prof. Charles Rousseau, 1944 yılında yayınladığı eserinde, Milletlerarası Hukuku «Devletlerin karşılıklı ilişkilerini düzenleyen hukuk» olarak tanımlıyordu. Oysa, 1953 den bu yana yayınladığı kitaplarında, şu tanımlı vermektedir: «Milletlerarası Hukuk, ... Milletlerarası Hukuk kişileri arasındaki ilişkileri düzenler» (alıntı yapan: ÇELİK, F. Edip, *Milletlerarası Hukuk*, 1. Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, 11).

(5) 11 Nisan 1949, *Reparation for Damages Suffered in the Service of the United Nations/ Advisory Opinion*, ICJ Reports 1949, 174. <http://www.icj-cij.org/icjwww/decisions/issummaries/issummary490411.htm>

hukukunun kişisi olarak kabul edilmeye başlandı.⁽⁶⁾

İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, devletler ve uluslararası örgütler dışında kalan aktörlere de uluslararası kişilik tanıyan uluslararası hukuk modellerinin geliştirildiği gözlenmektedir.⁽⁷⁾ Örneğin, uluslararası şirketler ve gerçek kişilere uluslararası ilişkilerde yer veren Jessup, 1956 yılında "Transnational Law" (Ulusötesi Hukuk) teriminin isim babalığını yaptı.⁽⁸⁾ Buna göre, ulusların arasındaki hukuk, uluslararası örgütlerin arasındaki ilişkileri kapsayan, karşılaştırmalı hukuka yer veren ve çok uluslu şirketlere uygulanan kuralları da içine alan bir kavramdır.⁽⁹⁾ 1958 yılında Haas, "The Uniting of Europe" (Avrupa'nın Birleşmesi) adlı kitabında, Avrupa Ekonomik Topluluğu gibi sui generis (kendine özgü) uluslararası kuruluşlar için "supranasyonal- ulusüstü" terimini kullanarak, uluslararası hukukun yanında "ulusüstü hukuk" adlı yeni bir yaklaşımın doğmasına öncülük etti.⁽¹⁰⁾

Yeni bir uluslararası kişilik olarak "insanlık" kavramı 1960'lı yılların başlarında ortaya çıkmıştır. 1963 yılında Friedmann, "The Changing Structure of International Law" (Uluslararası Hukukun Değişen Yapısı) adlı önemli eserinin 18-21. bölümleri arasında insanlık kavramına özel yer vererek, klasik devlet-merkezci yapıya yeni bir bakış açısı kazandırmaya çalışmıştır.⁽¹¹⁾ Jenks, "The Common Law of Mankind" (İnsanlığın Ortak Hukuku) adlı çalışmasında "insanlık hukuku" terimini Uluslararası Hukuka kazandırmıştır.⁽¹²⁾ 1960'lı yılların sonlarında ortaya çıkan ve uluslararası hukukun birçok alanında etkisini gösteren "İnsanlığın Ortak Mirası" (the Common Heritage of Mankind) kavramının düşünsel temelleri insanlık kavramının dile getirildiği bu dönemde atılmıştır.⁽¹³⁾

Geride kalan yarım yüzyılı aşan süre içerisinde, uluslararası hukuk hem yatay düzlemde hem de dikey düzlemde oldukça genişledi. Diğer bir deyişle, uluslararası hukuk yatay düzlemde İnsan

Hakları, Çevre Hukuku ve Uzay Hukuku gibi yeni dalların ortaya çıkmasıyla kendisini farklı alanlarda göstermeye başladı. Uluslararası Hukuk, devlet dışı aktörlerin (non-state actors) ortaya çıkmasıyla dikey boyutta da genişleme gösterdi.⁽¹⁴⁾ Devlet-merkezci yaklaşımın simgeleyen 'Devletler Umumi Hukuku' terimi, artık eskisi kadar sık kullanılmamaktadır. Bunun yerine yaygın olarak kullanılan 'milletlerarası hukuk'⁽¹⁵⁾ ve 'uluslararası hukuk'⁽¹⁶⁾ kavramları da son zamanlarda söz konusu disiplini tam ifade edemediği gerekçesiyle değiştirilmek istenmektedir. Örneğin, Head, günümüzde değişik kültürlerle bağlı halklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarını en iyi karşılayan terimin "supranasyonal hukuk" olduğunu savunmaktadır.⁽¹⁷⁾ Khan, uluslararası hukukun insan hakları ve küresel pazarları da içine alan "küresel hukuk"la değiştirilmesini tavsiye etmektedir.⁽¹⁸⁾ Delbrück, "dünya hukuku" terimini öner-

mektedir.⁽¹⁹⁾ Allott, değişik parçalardan oluşmuş "evrensel hukuk sistemi"ni tercih etmektedir.⁽²⁰⁾ Bu arayışlar, ilk olarak Francisco de Vitoria (1486-1546) tarafından uluslararası hukukun doğmasından önce kullanılan "ius inter gentes" (insanlık hukuku) teriminin yeniden doğuşuna işaret etmektedir.⁽²¹⁾

"İnsanlık" kavramı uzun süre tek boyutlu bir kavram olarak algılanmıştır. Eş deyişle, belli bir dönemde yaşayan insanların tamamını kapsayan nesil-içi (intra-generational) boyutuyla insanlık kavramı, mekanlar-arası (inter-spatial) bir kavram olarak algılanagelmıştır. Uluslararası hukukun dönemler-arası (inter-temporal) sorunları ele aldığı durumlar da olmakla birlikte, bunlar genellikle geçmiş nesil ile şimdiki nesil arasındaki ilişkilere yöneliktir. Geçmişte, dönemler-arası doktrin toprak iddiaları ve diğer örf ve adet hukukuna ilişkin kurallarda uygulanmıştır. Uluslararası Daimi Adalet Divanı Başkanı Yar-

(14) Uluslararası hukukun yatay ve dikey gelişmesi terimleri için bkz. FRIEDMANN, (dn. 11), 60 et seq. (cited in HARRIS, ibid., 17).

(15) Edip Çelik, "Devletler Umumi Hukuku terimi bu hukukun bugünkü gelişimine uygun düşmemektedir" diyerek "Milletlerarası Hukuk" teriminin kullanılmasını daha doğru bulduğunu ifade etmiştir. ÇELİK, (dn. 4), 214.; Aslan Gündüz ve Sevin Toluner de eserlerinde bu terimi tercih etmektedirler. Öm. TOLUNER, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi, Beta, İstanbul, 1996.

(16) Seha Meray, Hüseyin Pazarıcı ve Yüksel İnan gibi uluslararası hukukçular bu terimi tercih etmektedirler. (Uluslararası hukuk kavramı ilk olarak Jeremy Bentham (1748-1832) tarafından ortaya atılmıştır. Bkz. Jeremy Bentham: "Principles of International Law, Classic Utilitarianism Web Site, <http://www.la.utexas.edu/research/poltheory/bentham/pil/>

(17) HEAD, John W., "Supranational Law: How the Move toward Multilateral Solutions is Changing the Character of International Law", The University of Kansas Law Review, 42/3, (1994), 605-666, 621-622.

(18) KHAN, Ali, "The Extinction of Nation-States", American Journal International Law & Policy, 7/2, (1992), 197-234, 234.

(19) DELBRÜCK, Jost, "A More Effective International Law or a New 'World Law'? - Some Aspects of the Developments of International Law in a Changing International System" Indiana Law Journal, 68/3, (1993), 705-725, 707.; DELBRÜCK, Jost, "Prospects for a 'World (Internal) Law?': Legal Developments in a Changing International System", Indiana Journal of Global Legal Studies, 9, (2002), 401-431.

(20) Philip Allott'a göre, bu sistem uluslararası anayasa hukuku, uluslararası kamu hukuku, uluslararası ceza hukuku, uluslararası ekonomi hukuku ve ulusötesi hukuk olmak üzere beş parçadan oluşmaktadır. Bkz. ALLOTT, Philip, "The Emerging Universal Legal System", International Law FORUM du droit international, 3, (2001), 12-17, 16-17.

(21) Bu terimi Cocca'dan ödünç alarak kullanıyoruz. COCCA, Aldo Armando, "The Law of Mankind: Ius Inter Gentes Again", Annuaire de Droit Maritime et Aero-Spatial, 12, (1993), 507-550.

(6) PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 2. Kitap, Turhan, Ankara, 1992, 3-4.

(7) Gerçekçi Okulun en ünlü temsilcisi olan Georges Scelle, 1945 öncesi dönemde uluslararası toplumun salt gerçek kişilerden oluştuğunu söylemiştir. Düşünür, devlet-merkezci yaklaşımın hakim olduğu İkinci Dünya Savaşı öncesi dönemin bir istisnasını oluşturmaktadır. SCELLE, Georges, *Precis de droit des gens; principes et systematique*, Paris, Recueil Sirey, 1932.

(8) JESSUP, Phillip C., *Transnational Law*, Elliot's Books, 1956, 15-16.

(9) GÜNDÜZ, Aslan, *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Olaylar*, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2000, 6.; Ulusötesi hukuk, ulusal sınırları aşan olay ve ilişkileri ele alan kuralların bütünüdür. Uluslararası hukukun yatay ve dikey genişlemesinin bir sonucu olan bu hukuk dalı ulusal hukukla uluslararası hukukun arasındaki ayrımı ortadan kaldıran bir gelişme trendi göstermektedir, id. 6.

(10) HAAS, Ernst B., *Political, Social, Economic Forces, 1950-57*, Stanford University Press, Stanford, 1958.

(11) FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, New York, 1963, 13-15. Bölümler: Friedmann'ın etki bırakan bu çalışması, *European Journal of International Law* adlı derginin düzenlediği bir sempozyumda ayrıntılı olarak tartışılmıştır. "Symposium: The Changing Structure of International Law Revisited", 8/3, (1997), Bkz. <http://www.ejil.org/journal/Vol8/No3/index.html#TopOfPage>. (Bu ve bundan sonra atıfta bulunulan İnternet adreslerinin erişim tarihi, aksi belirtilmedikçe, şubat 2003 olarak kabul edilmelidir).

(12) JENKS, C. Wilfred, *The Common Law of Mankind*, Stevens and Sons, London, 1958.

(13) Kavram için bkz. BAŞLAR, Kemal, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1997.; Kavramla bağlantılı olarak bkz. COCCA, Aldo Armando, "Mankind as a New Legal Subject: A New Juridical Dimension Recognized by the United Nations", *Proc. 6th Coll. on the Law of Outer Space*, (1970) 211-214.

gıç Huber dönemler-arası doktrine Palmas Adası Hakem Kararında değinmiştir.⁽²²⁾ Bu ilke daha sonra, Uluslararası Adalet Divanı tarafından Minquiers ve Ecrehos, Batı Sahra, Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği ve Ege Denizi Kıta Sahaneliği Davaları ile dolaylı olarak 1971 tarihli Güney Batı Afrika Danışma Görüşü'nde uygulanmıştır.⁽²³⁾ Yinelemek gerekirse, bu davalarda dile getirilen dönemler-arası kıyaslama, geçmişi ve bugünü ele almakta; bugünü ve geleceği ele alarak incelememektedir.

Gerçekte, insanlık kavramı; geçmiş, şimdiki ve gelecek nesilleri de içine alan bir bütün olarak anlaşılmalıdır. İnsanlık kavramının, son onyıllarda vurgulanan ikinci boyutu, nesiller-arası adaletin (inter-generational justice) sağlanması bağlamında gündeme gelmiştir.⁽²⁴⁾ Bu boyut, insanlık kavramının dönemler-arası yönünün vurgulanmasını gerektirmektedir. Bu makale, insanlık kavramının zamansal boyutunun bir parçası olan "gelecek nesiller" kavramını uluslararası hukuk çerçevesinde incelemeye çalışmaktadır.

Tarihsel Arka Plan

Tarihi açıdan bakıldığında, insanlık kavramına Stoa felsefesinde, kutsal kitaplarda ve doğal hukuk görüşünde rast-

lanmaktadır. Ancak, Eski Yunan'dan başlayarak uluslararası hukukun gelişiminde, hukukun kişileri olarak hep devletler ön plana çıkmıştır. Eski Yunan şehir devletlerinde bireylerin devlete karşı ileri sürebilecekleri hakları yoktu. Kişiler birey olarak değil, toplumun bir üyesi olarak kabul edilmekteydiler. Eflatun ve Aristo da insana insan olarak değer vermemiş; ona, devlet içinde ve devlete karşı herhangi bir hak tanıyan görüş üretmemişler; kölelik kurumunu meşru karşılamışlardır. O dönemin uluslararası hukuku olan *ius gentium* devlet merkezli bir yapıdadır.

Devletler hukukunun ortaya çıktığı ilk dönemlerde Grotius (1583-1645), Puffendorf (1632-1694) ve Vattel (1714-1767) devletler hukukunun doğal hukuk temeli üzerine oturduğunu savunuyorlardı.⁽²⁵⁾ Düşüncülere göre, devletler ve insanlar için temel rehber yüksek değer ve düşüncelerde, insanın şuurunda, ilahi emirde, adalette, insani değerlerinde ve uluslararası dayanışmada bulunmalı ve bu düşünce uluslararası hukukun temelini oluşturmahydı.⁽²⁶⁾

Avrupa Kamu Hukukunun uluslararasılaştırıldığı 17. yüzyılın ortalarına kadar imparatorlukların boyunduruğu altında ezilen insanlar, bu tarihten sonra egemen ve eşit devletlerin teb'ası duru-

munda kalmış ve varlıkları reddedilmiştir.⁽²⁷⁾ Bu dönemde, Vinogradoff'ın deyişiyle, 'Ortaçağ Hristiyanlık Dünya Devleti sona ermiş, sadece devletler arasında varolan bir birlikte yaşama hukuku (law of co-existence) hüküm sürmeye başlamıştır.'⁽²⁸⁾

Ancak pozitivizmin hakim olmasıyla bu düşünceler unutulurak, uluslararası ilişkilerin devletlerin istek ve uygulamalarına dayandığı kabul edildi. Devletler insanlık düşüncesini unuttuklarından, uluslararası dayanışma; savaşlar, kolonileşme ve kölelik ile zarar gördü. 18. ve 19. yüzyıllarda esen pozitivizm rüzgarı, 20. yüzyılın ilk yarısında ortaya çıkan Rus İhtilali, Dünya Savaşları, Nazi ve Faşist Diktatörlükler, güçlü devletlerce ahlak ve kültürel değerlerin bilinçli inkârı, doğal hukukun yeniden incelenmesine neden oldu.⁽²⁹⁾ Doğal hukukun bir alternatif oluşu, "klasik hukuksal pozitivizmin yapabileceği her şeyi yaptığıının" düşünülmesinden sonra ortaya çıktı.⁽³⁰⁾

Bireye,⁽³¹⁾ insan topluluklarına⁽³²⁾ ve çokuluslu şirketlere/ulusötesi ortaklıklara⁽³³⁾ uluslararası hukukta kişilik verilmesi son zamanlarda tartışılmaktadır.

İnsan hakları kavramının gelişmesi ile gerçek kişilere sınırlı dava açma hakkının tanınması, bireylerin uluslararası suçlar nedeniyle cezai sorumluluğu, azınlıklar ve sığınmacıların korunması amacıyla geliştirilen kurallar ile birey uluslararası hukukta yeniden doğmuştur. Diğer bir deyişle, İkinci Dünya Savaşı öncesinde uluslararası hukuk sadece devletler arasındaki ilişkiyi düzenleyen; devlet-yurttaş arasındaki ilişkiyi ulusal hukuklara bırakmaktaydı. Bu dünya düzeninde bireyler uluslararası hukukun konusu (objesi) durumunda olduklarından, insanlık devlet egemenliğinin esareti altında tutuluyordu.⁽³⁴⁾

Ne var ki, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gelişen insan hakları doktrini ve ona paralel olarak şekillenen uluslararası hukuk, devlet-merkezci (state-centric) bir yaklaşımdan uzaklaşarak, insan-merkezci (anthropocentric) özellikleri bünyesine dahil etmeye başlamıştır. 20. yüzyılın başında bireyler ile hükümet dışı kuruluşların uluslararası hukukta sınırlı kişiliğe sahip olacağı düşünülemezdi. Zamanla gerçek kişilerin uluslararası hukukta kişilik sahibi olabileceği

(27) ATALAY, (dn.3), 12.

(28) VINOGRADOFF, Paul, "Historical Types of International Law", *Bibliotheca Vissennana*, 1, (1923), 53. (Zikreden: ABI-SAAB, Georges, "Whither the International Community?", *European Journal of International Law*, 9/2, (1998), 248-265, dipnot 5.)

(29) LLOYD, Dennis, *The Idea of Law*, Penguin, Middlesex, 1964, 70, 88.

(30) Ibid.

(31) ORAKHELASHVILI, Alexander, "The Position of the Individual in International Law", *California Western International Law Journal*, 31, Spring 2001, 241-276.

(32) SCHNEEBBAUM, Steven M., "Ethnic Groups and International Law: A Status Report on International Legal Personality at the Beginning of the New Century" (kitap eleştirisi: David Wippman (ed.), "International Law and Ethnic Conflict", Cornell University Press, Ithaca, New York: 1998.) *Human Rights & Human Welfare*, 4, 2004, 11-22.

(33) *Multinational/Transnational Enterprises (MNEs/TNEs), Transnational Corporations (TNCs): HOFMANN, Rainer & GEISLER, Nils (eds.), Non-State Actors as New Subjects of International Law: International Law - From the Traditional State Order Towards the Law of the Global Community, Proceedings of an International Symposium of the Kiel Walther-Schücking-Institute of International Law, March 25-28, 1998, Berlin: Duncker & Humblot, 1999.*

(34) LILLICH, Richard B., "Sovereignty and Humanity: Can They Converge?", in MADSEN, A.G. & TOMAN, J., eds., (dn.25), 406-421, 409.

(22) U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 2, 829, 845. (1928).: Buna göre hukuksal bir gerçek, uyumsuzluğun çıktığı veya çözülmesi gereken zaman mevcut olan kurala göre değil, ortaya çıktığı dönemin özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Kararın Türkçe metni için bkz. GÜNDÜZ, (dn. 9), 255-261.

(23) Bu kararların özetleri için bkz. <http://www.lawschool.cornell.edu/library/cij/www/-icjwww/-igeneralinformation/-ibook/Bbookchapter8index.htm>: GÜNDÜZ, (dn. 9), 264-268, 213, Kararlara dönemler-arası hukuk açısından atıfta bulunan kaynak için bkz. WEISS, (dn. 77).

(24) Bu kavramın geçmiş ve gelecek yönüne işaret eden ilk belgelerden birisi Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (the Institut de Droit International) 1975 yılında kabul ettiği özgün bir karardır: [Résolution I:] Le problème intertemporel en Droit international public", 56 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Session de Wiesbaden, 1975) pp. 536-541. (Zikreden: WEISS, (dn. 77)).

(25) THEUTENBERG, Johnson, "Changes in the Norms Guiding the International Legal System- History and Contemporary Trends", in MADSEN, A.G. & TOMAN, J., eds., *The Spirit of Uppsala*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1984, 101-121, 112.

(26) Ibid.

örnekler görüldü.⁽³⁵⁾ Ardından bazı uluslararası belgelerde, hükümet dışı kuruluşlara, çeşitli mahkemeler (courts/tribunals) önünde dava hakkı (locus standi) verilmeye başlanmıştır.⁽³⁶⁾

Doğal hukukun insan haklarının gelişimine yaptığı katkıların bir sonucu olarak "ademoğlu, insanoğlu, insanlık" (mankind, humankind, humanity) kavramlarına özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlanan belgelerde rastlamak mümkündür. Her ne kadar, insanlık kavramı geçmiş, şimdiki ve gelecek nesilleri içine alan bir kavram olsa da, geçmiş nesillerin ölmüş olmalarından, gelecek nesillerin de henüz doğmamış olmalarından dolayı birçok yazar insanlık kavramını uluslararası toplulukla özdeşleştirmiştir. Bazı yazarlar bu kavramla devletleri kastetmekte, bazıları da, henüz kendini bağımsız olarak temsil edemeyen insan topluluklarını dikkate alarak, insanlığı 'bütün halklar' olarak algılamaktadırlar. Kısaca, 1970'lerin başına kadar insanlık kavramı sadece belirli bir zaman kesitinde yaşayan kişileri kapsayacak şekilde (intra-generational) algılanmıştır. 1960'lı yıllarının başlarına kadar, siyasi, ekonomik ve sosyal haklarının öznesi durumunda olan bireyler tek tek ele alınmıştır. Ayrıca, bireyler evrensel dünya vatandaşı olma yerine bağlı bulundukları ülkelerin imkan tanıdığı ölçüde insan haklarından istifade etmişlerdir.

Bugün, "gelecek nesil" kavramı gelişmiş ülkelerin gündeminde yer almaktadır. Bunun nedeni, Kuzey ülkelerinin neden olduğu yaşam tarzının alışıldığı gibi devam etmesi halinde ortaya çıkması muhtemel felaket senaryoları, küresel ısınma veya buzul çağına gelmesi gibi örneklerde kendisini göstermektedir. Eskiden Batı'da liberal ekonomi ve Adam Smith'e atfen "görünmez bir elin" bireysel menfaatler ile kamu yararı arasında bir uzlaşma sağlayacağına inanılıyordu.⁽³⁷⁾ Ancak bugün günümüz devletlerinin yaptıkları tercihlerin gelecek nesillerin yaşam kaliteleri üzerinde büyük etkisi olacağı kabul edilmektedir.

Felsefi Arka Plan

Öncelikle itiraf etmek gerekir ki, gelecek nesillerden bahsetmek bilgi teorisi ile ilgili (epistemolojik) bir tartışma içine girmeyi gerektirdiğinden çok kolay bir konu değildir.⁽³⁸⁾ İncelemeyi betimsel bir şekilde özetlemek amacıyla, klasik felsefe ekollerinin gelecek nesillere yaklaşımlarına bakıldığında, geleneksel okulların teorilerinde gelecek nesillerin yer almadığı görülecektir. Şöyle ki;

Yararacı (utilitarian) felsefeye bakıldığında, gelecek nesillere sahip olduğumuz yarar seviyesinde bir şeyler borçlu olduğumuz sonucunun ortaya çıkması beklenebilir.⁽³⁹⁾ Ancak gelecek nesillerin kimlerden oluşacağını ve kaç kişi olacaklarını bilme olanağı olmadığından, Bentham, Passmore ve Sidgwick⁽⁴⁰⁾ gibi

yararacı düşünürler bizimle hiçbir bağlantısı olmayan gelecek nesillerin sahip olabilecekleri çıkarları tamamen reddetmişlerdir.⁽⁴¹⁾ Bunun temel nedeni, gelecek nesillerin şimdiki nesillerin mutluluğunu arttırma yönünde herhangi bir etkilerinin olmayacak olmasıdır.

Locke'un ve onun çağdaş temsilcisi Nozick'in kazanım teorilerine göz atıldığında şu sonuca varılmaktadır.⁽⁴²⁾ Şayet herhangi birisi (veya bir devlet) belirli bir toprak parçasını geçerli bir yoldan kazanmışsa, sahip olunan mülkiyet hakkı, anılan kişiye o mal üzerinde tüketme ve tasarruf etme yetkilerini vermektedir.⁽⁴³⁾ Barry, özellikle kısa dönemli yararlar için ağaçları kesen, hayvanları öldüren ve toprağı kirleten insanların, Locke ve Nozick'in savunduğu liberal mülkiyet hakkının kendilerine bu yetkiyi verdiğine inandıklarını savunmaktadır.⁽⁴⁴⁾ Bu görüşe göre, bugün yaşayan insanların istedikleri gibi davranmaları gelecek nesillere karşı bir haksızlık anlamına gelmemektedir. Gelecek nesillerin elinde pazarlık gücü bulunmadığından, şimdiki neslin davranışlarını etkile-

me güçleri yoktur.⁽⁴⁵⁾ Bütün buna rağmen Locke'un aslında toplum-merkezli mülkiyet haklarına yabancı olmadığı, sürdürülebilir kalkınma kavramını destekleyebileceğini söyleyenler de vardır.⁽⁴⁶⁾

Hume, gelecekte yaşanılacak kötülüklerin uzakta olanlar için bir şekilde gerçek olacağını kabul etmekle birlikte,⁽⁴⁷⁾ bu konuda şimdiki neslin üzerine ne gibi sorumlulukların düşeceğine ilişkin bir şey söylememiştir.⁽⁴⁸⁾ Hume, Güneşin yarın doğacağı düşüncesinin mantıklı olmadığını; bunun sadece bir inançtan öteye geçmeyeceğini, bu tür bir teorik kuşkuculuğun günlük yaşamın pratik konularıyla ilgisi olmadığını ileri sürmüştür.⁽⁴⁹⁾

Rousseau'nun sözleşmecî doktrininde de gelecek nesiller için ahlaki bir ödev mevcut değildir. Rousseau'ya göre, ahlaki sorumluluk topluluk içindeki bireylerin birbirlerine karşı ödevlerinden kaynaklandığından, üyeleri henüz doğmamış nesillerden oluşan bir toplum içinde, ahlaki sorumluluk ve adalet kavramlarından bahsetmek imkânsızdır.⁽⁵⁰⁾

(35) JANIS, Mark W., "Individuals as Subjects of International Law", *Cornell International Law Journal*, 17/1, (1984), 61 et seq.

(36) Uluslararası örgütlere kişilik verilmesi ile ilgili ilk çalışmalar 1910'lı yılların başlarına kadar gider. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.uisa.org/legal/>.

(37) FALK, Richard A., "Book Review: Future Generations and International Law", *American Journal of International Law*, 92/3, (1998), 579-583, 580.

(38) BOSTON, Tim, "Review Essay: Future Generations and International Law" *Electronic Green Journal*, 11, December 1999. <http://egj.lib.uidaho.edu/egj11/boston2.html>.

(39) STREETEN, Paul, "What do we Owe the Future?", *Resources Policy*, 12, (1986), 4-16, 11.

(40) SIDGWICK, Henry, *Methods of Ethics*, Macmillan, London, 1874, 385. (zikreden VISSER'T, Hoof, "Obligations to Future Generations: A Short Essay on the Ethics of Sustainability", <http://www.jaysquare.com/resources/growthdocs/grow11b.htm#-visser3>: STREETEN, (dn. 39).

(41) CARR, Indira Hakalingam, "Saving the Environment- Does Utilitarianism Provide a Justification?" *Legal Studies*, 12, (1992), 92-102, 101.

(42) LOCKE, John, *Two Treatises on Government*, Mentor, New York, 1965, 5. Bölüm: NOZICK, Robert, *Anarşi, Devlet ve Ütopya*, (çeviren: Alihan Oktay), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2001.; WOLFF, Jonathon, *Robert Nozick: Property, Justice and the Minimal State*, Polity Press, 1991.

(43) Nozick'in görüşlerinin Locke'un görüşleriyle karşılaştırılması için bkz. WOLFF, ibid., 107-111; "görünmez el" görüşü için bkz. WOLFF, ibid., 42-47.

(44) BARRY, Brian, "Justice Between Generations", in HACKER, P.M.S. & RAZ, J., *Law Morality and Society*, Clarendon Press, Oxford, 1977, 272.

(45) ibid, 273.

(46) DOWLING, (dn. 70), 918.

(47) (David Hume, *Enquiries*, ed. by Selby, Bigge and Nidditch, 535.) in, "The Intergenerational Philosophy of the Founders and their Contemporaries", <http://www.conlaw.org/Intergenerational-II.htm>

(48) İskoç Aydınlanma döneminin düşünürlerinden David Hume, ahlaki kuralların, belirli bir olayda kişilerin yararını geliştirdiği ölçüde meşru olabileceğini savunmaktadır. Hume'a göre, iyi ahlaki ilkelerin hoşumuza gitmesi kendi ve yakınlarımızın çıkarlarını koruduğu içindir. Yarar kavramını ahlak sözlüğüne ilk olarak tanıtan bir düşünür olması nedeniyle Bentham ve Mill'den önce gelmektedir. Hume temel ahlak değerlerinin sosyal kalıplar olduğunu savunmaktadır. <http://www.utm.edu/research/iep/h/humemora.htm>

(49) <http://www.bartleby.com/65/hu/Hume-Dav.html>

(50) ROUSSEAU, Jean Jacques., *A Discourse on the Origin of Inequality* (translated by Donald A. Cress), Hackett Pub. Co., Indianapolis, 1992.

Hobbes da gelecek nesiller için ahlaki ve hukuksal bir sorumluluk taşımamak-tadır. Hobbes'a göre, başkaları tarafın-dan zarar görmemek için bizim de baş-kalarına zarar vermememiz gerekir. Eğer bu ahlaki değer, hukukun sosyal temeli olarak kabul edilirse, gelecek ne-siller için herhangi bir sorumluluğumuz olmaksızın doğal kaynakları kullanma-mız adaletsiz bir davranış olarak kabul edilmez.

Gelecek nesillere yer vermeyen bir başka grup daha vardır. Çevre merkezci düşünenlere (ecocentricism) göre, ulus-lararası hukukun insan merkezli (anthropocentric) olması bir çok problemi de beraberinde getirmektedir. Bizim diğer canlılardan herhangi bir farkımız yok-tur. Diğer canlıların amaçsal (instru-mental) değil, içsel (intrinsic) değeri vardır. Bundan dolayı, gelecek nesiller-le ilgili tartışmaların odak noktasının yarar merkezli değil değer merkezli ol-ması gerektiği tavsiye edilmektedir. Di-ğer bir deyişle, gelecek nesiller için bı-rakılması muhafaza edilmesi istenen

hayvan ve bitkilerin, insana olan fayda-larına göre değil; insan dışı canlıların korunmayı var olmalarından dolayı hak ettikleri savunulmaktadır.⁽⁵¹⁾

Geriye dönüp bakıldığında gelecek nesillerin 1970'li yıllarda birbirinden bağımsız üç hareketle uluslararası huku-ka tanıtılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bunlardan ilki, 1971 yılında yayınlanan A Theory Justice (Bir Adalet Teorisi) adlı kitabın yazarı John Rawls'dır.⁽⁵²⁾ Rawls kitabında gelecek nesilleri ilgi-lendiren iki kavram geliştirmiştir. Bun-lar; "Adil Biriktirme İlkesi" (the Just Saving Principle) ile "Farklılık İlkesi" (the Difference Principle) olarak adlan-dırılmıştır Rawls, Adil Biriktirme İlkesi-ni ortaya atarken gelecek nesilleri ve uluslararası hukuku düşünmemişse de, yararçı ekole karşı bir düşünce olarak geliştirdiği bu ilke, Rawls'ı takip eden başka düşünürler tarafından uluslararası hukuk ve ilişkilere aktarılmıştır.⁽⁵³⁾

Rawls'ın teorisi geliştirilerek gelecek nesiller bağlamına aktarılmıştır. Buna göre, özgün bir duruma yerleştirilecek

bir nesil, "Cehalet Perdesi"nin (Bilgi Öncesi Perde- the Veil of Ignorance) ar-kasına yerleştirilecek ve insanlık tayfı-nın (spectrum) içerisindeki gerçek yeri-ni bilmesi önlenecektir.⁽⁵⁴⁾ Bunun amacı, nesillerarası adaletin tespitinde, karar verme konumunda olan insanların ben-cil davranıp, kendi çıkarlarına olacak bir sistem geliştirmelerine engel olmaktır. Bu şartlarda olduğu kurgulanan insan-lardan oluşmuş bir neslin seçeceği ada-let teorisine göre, her nesil bir sonraki nesle bu dünyayı kendisinin devraldığı halden daha kötü olmayacak şekilde devretmek yükümlülüğü altında olacaktır. Eğer herhangi bir nesil bu sorumlu-luğa aykırı davranmışsa, onlardan sonra gelen neslin meydana gelen tahribatı gi-derme yükümlülüğü vardır.

Rawls'ın adalet teorisi, şimdiki ve ge-lecek nesilleri içine alan herkese uygulan-malı; bütün nesillere ait olmalıdır. Rawls, her neslin bir önceki nesilden üç şey talep etmeye hakkı olduğunu söylemektedir. 1- Uygun düzeyde sermaye birikimi, 2-Do-ğal kaynakların ve doğal çevrenin korun-ması, 3- Sorumlu gen politikası

Rawls'ın nesillerarası adalet ilişkisini açıklayabilmek için benimsediği Adil Bi-riktirme İlkesine göre, her neslin bir son-raki nesle devredeceği şey kendi devral-dığından daha iyi olmalıdır. Değişik za-

manda yaşayan bireylerin adalet teorisi-nin tarafları olabilmesi için, bu kişilerin bir cehalet perdesinin arkasına konuşlan-dırılması gerekiyordu. Böylece, Rawls değişik nesillerin aynı dönemde yaşadık-larını fakat birbirlerinin zaman içindeki dönemlerini bilmedikleri bir bilgi öncesi perde ve dönem hayal ederek gelecek ne-sillere giden kapıyı açmıştır.

1970'li yılların başında ortaya çıkan ikinci doktrin Joseph Sax tarafından ge-liştirilmiştir. Sax, "Kamu Vakfı Doktri-ni"nin (the Public Trust Doctrine) fikir babası olarak kabul edilmektedir.⁽⁵⁵⁾ Bu doktrin, geçen 35 yıl içerisinde değişik kesimlerce çok geniş kabul görmüş ve doğal kaynakların kullanımında şu anda yaşayan nesle, gelecek nesillere devre-decekleri doğal kaynakları koruma ve gözetme görevi vermiştir.⁽⁵⁶⁾ Bu görüş klasik liberal düşünceden önemli bir sapmaya işaret etmektedir.

Gelecek nesillerin uluslararası huku-ka girmesinde önemli bir başka düşün-sel gelişme, yine 1970'li yılların başın-da ortaya çıkmıştır. Felsefi anlamda ge-lecek nesillerin uluslararası hukuk gün-demine taşınmasında üçüncü sacayağı, Karel Vasak'ın ortaya attığı "üçüncü ne-sil insan hakları" veya "dayanışma hak-ları" olarak bilinen kavramdır.⁽⁵⁷⁾ Son kırk yıldır gelişmekte olan üçüncü nesil

(51) STONE, Christopher D., "Should Trees Have Standing?" - Toward Legal Rights for Natural Objects" Southern California Law Review, 45, (1972), 450.; STONE, Christopher D., "Should Trees Have Standing? Revisited: How far will Law and Morals Reach? A Pluralist Perspective", Southern California Law Review, 59, (1985), 1 et seq.

(52) RAWLS, John, A Theory of Justice, Oxford University Press, MA, 1971.; Rawls, Yeni-Kantçı bir düşündürür. Kant, "İnsan doğası böyledir ki, en sonunda türümüzü etkileyebilecek çok uzaktaki bir döneme karşı kayıtsız kalamaz; yeter ki, bu dönem kesin bir şekilde tahmin edilebilsin" demektedir. Immanuel Kant, Idea for a Universal History (1784), 8th Thesis, (alınan kaynak: <http://www.conlaw.org/Intergenerational-II.htm>); RAWLS, John, "Kantian Constructivism in Moral Theory", Journal of Philosophy, 77, (1980), 515 (zikreden: CAPPS, Patrick, "The Kantian Project in Modern International Legal Theory", European Journal of International Law, 12/5, (2001), 1003-1026, 1003.

(53) PENN, James, "Towards an Ecologically Based Society: A Rawlsian Perspective" (1990) 2 Ecological Economics 225-242; WEISS, E.B., "Intergenerational Equity in International Law", in "Is There a Role for Equity in International Law" 74th Proceedings of the of the American Society International Law (1981), 126-133; WEISS, Edith Brown, "Conservation and Equity Between Generations", in BUERGENTHAL, Thomas ed., Contemporary Issues in International Law: Essays in Honour of L.S. Sohn, N.P. Engel Publ. Kehl, Strazburg, Arlington, 1984, 245-290.; BEITZ, C.R., "Justice and International Relations", in BEITZ, C. Richard et al., eds., International Ethics, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1985, 232-311. DE-SALIT, Avner, "Environmental Policies and Justice Between Generations", European Journal of Political Research, 21, (1992), 307-316.; HOOFT, Hendrik-Philip Visser, Justice to Future Generations and the Environment, Kluwer Law International, The Hague, 1999.; Rawls'ın görüşlerinden etkilenen diğer yazarlar için bkz http://www.geometry.net/philosophers_bk/rawls_john.html (10 Mayıs 2003).

(54) Rawls'ın düşüncelerinin Türkçe anlatıldığı bir makale için bkz. ÜSKÜL, Zeynep, "John Rawls'un Adalet Anlayışı", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, 1675-1694. "Bilgi öncesi perde" için bkz. id., 1685 et seq.

(55) SAX, Joseph L., "The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention", Michigan Law Review, 68, (1970), 473-565.; DELGADO, Richard, "Our Better Natures: A Revisionist view of Joseph Sax's Public Trust Theory of Environmental Protection and Some Dark Thoughts on the Possibility of Law Reform", Vanderbilt Law Journal, 44/6, (1991), 1209-1227.

(56) ARCHER, Jack H., "Sovereign Rights and Responsibilities: Applying Public Trust Principle to the Management of the Exclusive Economic Zone Space and Resources" Ocean and Coastal Management, 17, (1992), 253-271; NANDA, Ved P. & RIS, W.K., "Public Trust Doctrine: A Viable Approach to International Environmental Protection", Ecology Law Quarterly, 5, (1976), 291-319.

(57) Karel Vasak 1972 yılında ortaya attığı görüşlerini daha derli toplu bir şekilde şu makalede anlatmıştır: VASAK, Karel, "Toward a Specific International Human Rights Law", in VASAK, Karel (ed.), The International Dimensions of Human Rights, vol. 2, Unesco Publication, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1982, 671-679.

insan hakları, birinci ve ikinci nesil insan haklarından farklı olarak bireyi değil insanlık ailesinin tümünü hukukun konusu olarak kabul eder. Dolayısıyla Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinde yazılı olanlara ilave edilen bu yeni nesil haklar bireysel olmaktan çok müşterektir. Diğer bir söylemle, bu tür insan haklarının gerçekleştirilmesi bütün uluslararası topluluğun sorumluluğu altındadır. Bu görüşe göre, bazı insan hakları bireye ait olma yerine, onunla birlikte yaşayan diğer insanlara ait müşterek bir haktır. Bu haklardan; barış hakkı, silahsızlandırılmış bir dünyada yaşama hakkı ve çevre hakkı, bütün insanlar tarafından sahip olunan haklardandır.⁽⁵⁸⁾

Rawls ve Sax'ın doktrinlerinin zamanla geniş kabul görmesine paralel olarak, Vasak'ın yeni nesil insan hakları doktrini, bazı yazarlar tarafından geliştirilmiştir.

Bunların başında, Weiss'in "Gezegen Hakları" (the Planetary Rights) kavramı gelmektedir. Weiss'in özgün yorumuyla, üçüncü nesil insan hakları uluslararası hukuka farklı bir görünüşle girmiştir.⁽⁵⁹⁾ Weiss, geliştirdiği Gezegen Hakları doktrini ile üçüncü nesil insan haklarının şimdiki nesle atıfta bulunan yönüne ilave yapmak istemiştir. Bu nedenle, Gezegen Haklarında hak sahibi olan "halklar" değil bütün insanlıktır. Weiss, şimdiki ve gelecek nesli içine alan insanlığa bu hakları savunabilmesi amacıyla gezegen vatandaşlığı verilmesini talep etmektedir.⁽⁶⁰⁾

Uluslararası Hukuk ve Gelecek Nesiller

"Gelecek nesiller" kavramının⁽⁶¹⁾ uluslararası hukuk içerisinde hukuksal bir içerik kazanması, uluslararası hukuk-

kun doğasından kaynaklanan yapısal bazı engeller nedeniyle sorunludur. Gelecek nesillerin uluslararası hukukta kişilik kazanmasının en temel şartı, bu terimin sınırlarının iyi bir şekilde çizilmesinden geçmektedir. Bazı yazarlar gelecek nesilleri şimdiki nesil içerisinde yaşayan çocuklar olarak görmekte; bazıları ise, şu anda yaşayan insanlardan sonra gelecek olanları kastetmektedirler.⁽⁶²⁾ Gelecek nesiller şahısları ve sayıları belli olan bir grubu ifade etmez. Bir neslin yaklaşık olarak 25-30 yıllık bir dönemi kapsadığı kabul edilirse, belirli bir anda yaşayan farklı nesilleri kesin sınırlarla birbirinden ayırt etme olanağı yoktur.⁽⁶³⁾

Bazı yazarlar gelecek nesiller dendiğinde, şu anda yaşayan bütün insanlar öldükten sonra doğacak kişileri kastetmektedirler. Bazıları, gelecek nesillerle hem şu anda doğmamış hem de şu anda çocuk olup, gelecekte yaşlılar kategorisinde yer alan kişileri nitelendirmektedirler.⁽⁶⁴⁾ Gelecek nesiller nasıl tanımlanırsa tanımlansın, hiç doğmamış bireylere kişilik vermek oldukça zor görünmektedir. Özellikle, bugün çok bilinen Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Bağımsız Devletler Topluluğu ve İngiliz Milletler Cemiyeti gibi bazı uluslararası

örgütlerin tüzel kişiliğinin olmadığı dikkate alınır.⁽⁶⁵⁾ Gelecek nesillere karşı bazı sorumlulukların varlığı, gelecek nesillerin uluslararası hukukta kişilik sahibi olduğu anlamına gelmemektedir.

Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı'na gelecek nesiller adına bir devletin dava açması Güney Batı Afrika davasında Divan'ın ortaya koyduğu tavır nedeniyle belirsizdir. Devletler dışında bir kuruluşun gelecek nesiller adına dava açma yolu Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 34/1. maddesi uyarınca engellenmiştir.⁽⁶⁶⁾ Kamu yararı veya uluslararası topluluğun menfaati için dava açma hakkı Nükleer Denemeler davasından sonra belirsiz kalmıştır.⁽⁶⁷⁾ Erga omnes sorumluluklar olarak gelecek nesiller adına bir devletin dava açması şu ana kadar Uluslararası Adalet Divanı'nın bu konuya mesafeli yaklaşması nedeniyle yakın dönemde pek mümkün gözükmemektedir.⁽⁶⁸⁾

Gelecek nesillerin uluslararası hukukta kişilik sahibi olarak kabul edilebilmesi, ancak uluslararası hukukun bazı temel kavramlarının yeni baştan tanımlanması ile mümkündür.

Bu temel kavramlardan ilki "egemenlik"tir. Egemenlik, devletlere kendi

(58) ALSTON, Philip, "A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights?" *Netherlands International Law Review*, 29/3, (1982), 309-318.; MAVI, Viktor, "The Challenges to Human Rights Theory: The Third Generation of Human Rights", in BOKOR-SZECŐ, Hanna, (ed.), *Questions of International Law - Vol.5*, Akademia Kiadó, Budapest, 1991, 123-140.; Türkçe çalışmalar için bkz. ÖZDEK, Yasemin, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE, Ankara, 1993, 39 et seq.; ARAL, Berdal, "İnsan Haklarının Yeni bir Alanı Olarak "Üçüncü Kuşak Haklar", 6. Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi, 17-19 Kasım 1999.

(59) WEISS, Edith Brown, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, Intergenerational Equity*, United Nations University Press, Tokyo, 1989, 114.; REDGWELL, Catherine, "Intergenerational Equity and Global Warming", in CHURCHILL, Robin & FREESTONE, David, *International Law and Global Climate Change*, Graham & Trotman, Dordrecht, 1991, 41-56, 50.

(60) WEISS, (dn. 59), 116.

(61) Gelecek nesillerin tartışıldığı eserlerden bazıları şunlardır: INGLOTT, Serracino et al. (eds.), *Our Responsibilities Towards Future Generations*, Published for UNESCO by the Foundation for International Studies at the University of Malta, Malta 1990; SIKORA, Richard I. & BARRY, Brian (eds.), *Obligations to Future Generations*, White Horse Press, Cambridge, 1997 (Kitapta ele alınan bazı konular şunlardır: "Obligations to Posterity", "Do Potential People Have Moral Rights?", "Environmental Ethics and Obligations to Future Generations", "Is It Wrong to Prevent the Existence of Future Generations?", "Circumstances of Justice and Future Generations"); CARTER, Alan, "Can we Harm Future People?", *Environmental Values*, 10/4, (2001), 429-454; BARRESI, Paul A., "Beyond Fairness to Future Generations: an Intragenerational Alternative to Intragenerational Equity in the International Environmental Arena", *Tulane Environmental Law Journal*, 11/1, (1997) 59-88; WEISS, Edith Brown, "A Reply to Barresi's 'Beyond Fairness to Future Generations'", *Tulane Environmental Law Journal*, 11/1, (1997) 89-97; VISSER'T Hooft, Hendrik P., *Justice to Future Generations and the Environment*, Kluwer Academic Publ., Dordrecht, 1999; PARTRIDGE, Ernest, "Responsibilities to Future Generations", in PARTRIDGE, Ernest (ed.), *Environmental Ethics*, Prometheus Books, Buffalo, New York, 1981; IRWANTRAO, Vibhute, Khushal, "Environment, Present and Future Generations", *The Indian Journal of International Law*, 38/1, (1998), 65-73; GABA, Jeffrey M., "Environmental Ethics and Our Moral Relationship to Future Generations", *Columbia Journal of Environmental Law*, 24/2, (1999), 249-288; SANDS, Philippe J., "Protecting Future Generations: Precedents and Practicalities", in AGIUS, Emmanuel (ed.), *Future Generations and International Law*, Earthscan, London, 1998, 83-91.

(62) MALHOTRA, Ajai, "A Commentary on the Status of Future Generations as a Subject of International Law," in AGIUS, ibid., 39-49, 40-41.

(63) ibid., 41.

(64) SOLUM, Lawrence B., "Intergenerational Equity: To our Children's Children's Children: The Problems of Intergenerational Ethics", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 35, (2001), 163-233. <http://home.sandiego.edu/~lsolum/Westlaw/ourchildren.htm>

(65) Divan, Güney Batı Afrika Komitesi adına sözlü açıklamada bulunmak isteyen kişilerin başvurularını kabul etmemiştir. Bkz. *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, (1 June 1956), <http://www.icj-cij.org/iccjwww/decisions/summaries/icswasummary560601.htm>

(66) Divan Statüsü'nün 34/1. Maddesine göre; "Divan önündeki davalarda yalnız devletler taraf olabilirler."

(67) Uluslararası Adalet Divanı'nın nükleer silahlar konusundaki yaklaşımı için bkz. CHAZOURNES, Laurence Boisson & SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge University Press, 1999, <http://assets.cambridge.org/0521652421/sample/0521652421WSC-00.pdf>

(68) cf. van OPIJNEN, Marc, *Mother Earth Represented in Court Possibilities for the Defence of Environmental Interests in International Law*, Development & Security Centre for Development Studies University of Groningen 1991, http://www.euronet.nl/~-opijnen/mother_earth.htm

vatandaşları ve doğal kaynakları üzerinde hakimiyet kurma olanağı verir. Kaynağını Hobbes ve Bodin'den alan bir egemenlik anlayışı ile, devletlerin doğmamış insanlara karşı sorumluluk altına girmeleri olası gözükmemektedir.⁽⁶⁹⁾ Bu nedenle, egemenlik anlayışının diğer insan ve devletlere karşı sorumluluğu gerektirecek şekilde yeniden tanımlanması gerekmektedir.

Yeniden tanımlanması gereken ikinci kavram, "hakkaniyet ve nısfet"tir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin 2. paragrafında tanımlanan klasik hakkaniyet ve nısfet anlayışı, Divan'a pozitif hukukun dışına çıkarak ex aequo et bono ile anlaşmazlığı çözmeye yetkisi tanımaktadır. Bu Divan'a verilmiş olağanüstü bir yetki olup, ancak taraflar mutabık iseler uygulanabilecek bir yoldur. Burada gerçekleştirilmeye çalışılan hakkaniyet sadece devletler arasında geçerlidir ve zaman olarak, şimdiki nesli içerisine almaktadır. Buna "nesil-içi hakkaniyet" (intragenerational equity) adı verilmektedir. Nesillerarası hakkaniyet (intergenerational equity) ise, her neslin daha sonra gelecek nesle doğal kaynakları ve çevreyi koruyarak devretme yükümlülüğü veren bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Bu kavram, karar verme makamında olanlara kararlarında gelecek nesilleri de dikkate alma yükümlülüğü getirmektedir.⁽⁷⁰⁾

Uluslararası Adalet Divanı farklı zaman boyutu içinde bulunan nesillerarası hakkaniyeti sağlama konusuna oldukça yabancıdır. Açıkçası böyle bir olağanüstü yetki Divan'a verilmemiştir. Ancak bu yeni nesil adalet anlayışı son dönemde Divan'da tartışılmaya başlamıştır. Örneğin, 1996 yılında verilen Danimarka ile Norveç arasındaki Nükleer Silahların Kullanımı ve Tehdidinin Hukuka Uygun Olup Olmadığına ilişkin Danışma Görüşünde, Uluslararası Adalet Divanı yargıçlarından Christopher Gregory Weeramantry, karşıoy yazısında birçok antlaşma ve deklarasyonun varlığına işaret ederek, nesillerarası adaletin bir örf ve adet hukuku kuralı olduğunu vurgulamıştır.⁽⁷¹⁾ Weeramantry, Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer alan ideallerin sadece bugün yaşayan insanlara yönelik olmadığını; bu ideallerin, sonradan gelecek nesillerin sosyal gelişimi ve daha iyi yaşam standartlarına sahip olmalarına ilişkin bir boyutunun da olduğunu ifade etmiştir.⁽⁷²⁾

Uluslararası hukukun yeniden tanımlanması gereken konularından birisi de "devletlerin sorumluluğu" kavramıdır. Önümüzdeki 30 yıl içerisinde dünya nüfusunun 8.5 milyara, 2050 yılında ise 10 milyara çıkacağı tahmin edilmektedir.⁽⁷³⁾ 2050 yılında bugün yaşayan insanların çok büyük bir kısmı hayatta olmayacaklardır. Ancak, şimdiki insanların tercihi-

leri ve yaşam tarzları⁽⁷⁴⁾ gelecekteki insanların çevresini doğrudan etkileyecek niteliktedir. Bu durumda, devletlerin gelecekte yaşayan insanlara karşı bir sorumluluğunun olup olmadığı sorusu sorulmalıdır.

İlke olarak, bir devletin diğer bir devlete karşı hukuk dışı bir harekette bulunması, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Devletlerin hukuka uygun davranışlarından kaynaklanan zararlar da sorumluluk konusu olabilir.⁽⁷⁵⁾ Diğer bir deyişle, klasik hukuk mantığı içerisinde her hak bir sorumlulukla birlikte vardır. Uluslararası hukukta mütakabiliyet önemli bir yer teşkil eder. Bu durumlarda sorumluluk sadece devletler arasındadır (inter-state responsibility). Ancak yeni gelişen doktrinsel yaklaşımda devletlerin gelecekte doğacak nesillere karşı sorumlu tutulması (inter-temporal responsibility) savunulmaktadır. Örneğin, Weiss, nesiller-arası hakkaniyet kavramının uygulanmasında, hakkın varlığının önemli olmadığı; hak olmasa bile sorumluluğun doğabileceğini savunmaktadır. Weiss, bu düşüncesini kuvvetlendirmek için Kelsen ve Austin'e atıfta bulunmaktadır.⁽⁷⁶⁾

Ayrıca, sorumluluğun kabulü halinde ortaya bir başka sorun daha çıkmaktadır: Eğer gelecek nesiller için şimdiki neslin bir sorumluluğu varsa, bu sorumluluk dünya devletleri arasında nasıl paylaştırılacaktır? Gelecek nesiller adına bazı üretim tekniklerini değiştirmek, bazı doğal kaynaklara hiç dokunmamak gerekiyorsa, hangi devlet ne oranda fedakarlık gösterecektir? İşte bu noktada devreye "ortak fakat farklılaştırılmış sorumluluk kavramı" (common but differentiated responsibility) girmektedir.⁽⁷⁷⁾

Uluslararası hukukun bu kavramı kısa dönemde içselleştirmesi, uluslararası hukukun temel ilkelerinin önemli ölçüde yeniden gözden geçirilmesini gerektirdiğinden pek kolay gözükmemektedir. Uluslararası hukukun klasik kaynaklarında bu kavrama yer verilirse, o zaman gelecek nesillerin bir statüsü olduğundan bahsetmek söz konusu olabilir.

Gelecek nesiller ilk önce bağlayıcı olmayan metinlerde kendisine yer bulmuştur. 1970'li yılların başında birbirinden bağımsız olarak gelişen değişik doktrinlerle olgunlaşan "gelecek nesiller" kavramı, hukuksal anlamda ilk meyvelerini yine 1970'lerin başından itibaren birçok soft law (esnek hukuk)

(69) Karşı: DOWLING, C. Anne, "Un-Locke-ing a 'Just Right' Environmental Regime: Overcoming the Three Bears of International Environmentalism-Sovereignty, Locke, and Compensation", *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, 26/Spring, (2002), 891- 959, 891.

(70) Future Generations Programme Foundation for International Studies - University of Malta. <http://home.um.edu.mt/fgp/>.

(71) Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, Bölüm II/3(b), http://www.icj-cij.org/ijcwww/icasas/junan/junan_judgment_advisory%20opinion_19960708/junan_judgment_toc.htm (8 Temmuz 1996).

(72) Ibid.

(73) MAGGIO, G.F., "Inter/Intra-generational Equity: Current Applications under International Law for Promoting the Sustainable Development of Natural Resources", *Buffalo Environmental Law Journal*, 4, (1997), 161- 222, 178.

(74) Örneğin, bugün Karadeniz'in dibine bırakılan ağır radyoaktif maddelerle dolu variller bundan 50 yıl sonra basınç ve paslanmadan dolayı çatlayıp, içindeki çok zararlı atıklar Karadeniz'e karışıp; denizdeki bütün canlı ve bitki yaşamını ortadan kaldırırsa ne olur? Bugün bu eylemi yapan ve buna izin veren devletleri gelecek nesiller adına durduracak ve gerektiğinde tazmin ettirecek, yargısal yollara başvuracak bir mekanizma var mıdır?

(75) Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Kasım 2001'de yapılan 53. Oturumunda, kabul ettiği "Uluslararası Hukuk Tarafından Yasaklanmamış Eylemlerden Kaynaklanan Zararlı Sonuçlardan Kaynaklanan Sorumluluk" (Diğer adıyla: Zararlı Eylemlerden Kaynaklanan Sınırlanmış Zararın Önlenmesi) konusundaki Taslak Maddeler bu noktaya işaret etmektedir. <http://www.un.org/law/ilc/texts/prevention/preventionfra.htm>

(76) WEISS, Edith Brown, *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*, The United Nations University Press, Tokyo, 1992, 8. Bölüm, "Duty to future generations". <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee/uu25ee0m.htm>

(77) Stockholm Deklarasyonunun 23. maddesinde basit şekilde ve Rio Deklarasyonunun 7. maddesinde açıkça belirtilen bu kavram, gelişmiş ülkelere daha fazla katkıda bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Bknz., HAR- RIS, Paul G., "Common but Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy", *New York University Environmental Law Journal*, 7, (1999), 27-48, 28 et seq.: Özet bilgi için, bknz. http://www.cisd.org/pdf/brief_common.pdf.

belgesinde vermeye başlamıştır. İlk olarak, 1972 yılında imzalanan Stockholm Deklarasyonu'nun ilk beş maddesi nesillerarası sorumluluğu açıklayan ilk ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁽⁷⁸⁾ 1980 tarihli "Doğa için Dünya Şartı" (World Charter for Nature) insan-merkezli bir yaklaşımı vurgulayan bir başka belgedir. 1987 yılında yayınlanan meşhur "Ortak Geleceğimiz" (Our Common Future) adlı çalışmada sürdürülebilir kalkınma kavramına yer verilmiştir. Bu kitapla özdeşleşen "sürdürülebilir kalkınma" kavramı, şimdiki neslin ihtiyaçlarını gelecek neslin ihtiyaçlarını karşılama imkanını tehlikeye atmadan karşılayan gelişme modeli olarak tanımlanmış; şimdiki neslin kalkınma hakkını kullanırken tamamen sorumsuzca hareket edemeyeceği vurgulanmıştır.⁽⁷⁹⁾ 1992 yılında imzalanan Rio Deklarasyonu'nda sürdürülebilir kalkınmanın gelecek nesiller ile şimdiki nesil arasında bir denge kurularak gerçekleştirilmesi üzerinde durulmuştur. 1987 sonrası sürdürülebilir kalkınma kavramı bir çok resmi metinde yer alarak somut bir norm haline gelmiş,⁽⁸⁰⁾ bazı yazarlarca bir jus cogens normu olarak kabul edilmiştir.⁽⁸¹⁾ Sürdürülebilir kalkınma kavramı, kendi içerisinde nesil-içi ve nesiller-arası hak-

kaniyeti barındırmaktadır.⁽⁸²⁾ Tai, gelecek nesillerin uluslararası hukuka girmesini sürdürülebilir kalkınma kavramının gelişmesinin bir sonucu olarak sunmaktadır.⁽⁸³⁾ Halbuki, gerçek bunun tam tersidir: uluslararası hukukta gelecek nesiller dikkate alınmaya başlandıktan sonra, sürdürülebilir kalkınma kavramı ortaya çıkmıştır.

1995 yılında yayınlanan "Küresel Komşuluk" (Our Global Neighbourhood) adlı çalışmada da gelecek nesillere atıflar göze çarpmaktadır.⁽⁸⁴⁾ Kasım 1997'de UNESCO'nun yayınladığı "Şimdiki Neslin Gelecek Nesillere Karşı Sorumlulukları" adlı Deklarasyonun önsöz kısmında şimdiki neslin geleceğin kaderi üzerinde önemli bir yeri olduğu söylenmektedir. Deklarasyonun 1. maddesi açıkça gelecek nesillere karşı sorumluluğu açıklamaktadır. 6. maddesinde insan genetik yapısının korunması, 7. maddesinde kültürel mirasın gelecek nesiller için korunması yer almaktadır. 2002'nin Eylül ayında Rio+10 Zirvesinde imzalanan, "Sürdürülebilir Kalkınma Üzerine Johannesburg Deklarasyonu"nda sürdürülebilir kalkınma bağlamında gelecek nesillere birçok atıf yapılmakta; Deklarasyon'un 6. paragrafında, imza atan devletler birbirlerine ve

çocuklarına karşı sorumluluklarını ilan etmektedirler.⁽⁸⁵⁾

Esnek hukuk belgelerinde ortaya çıkan nesillerarası adalet düşüncesi, uluslararası hukukta kendisini, insan yaşamını koruma konusunda sorumluluk olgusuna dayanan, - Türkçe'ye "Temkinli Yaklaşım", "İhtiyatlılık", "Tedbirlilik" veya "Ön Tedbir Alma" ilkesi olarak çevrilen- "precautionary principle" kavramında da göstermektedir.⁽⁸⁶⁾ Bu ilke, ilk olarak, 1987 yılında Kuzey Denizi'nin Korunması üzerine İkinci Uluslararası Konferans'ta kullanıldı. Daha sonra, Rio Deklarasyonu'nun 15. maddesinde yerini aldı. Avrupa Birliği'nin gelişim sürecinde oluşan Amsterdam Antlaşması'nın 174. maddesinde de Temkinli Yaklaşım ilkesine yer verilmiştir. Başka antlaşmalarda da nesillerarası adaletle atıf yapan örnekler sıkça rastlanılmaktadır. Örneğin, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 3. maddesinde, taraf devletlerin hakkaniyet ve orantılı sorumluluk ilkesi gereğince iklim sistemini şimdiki ve gelecek nesiller adına korumak zorunda oldukları yer almaktadır.

Bu kavramla anlatılmak istenen, bilimsel verilerin belirli bir olayda yeterli olmamasına rağmen, gelecekte olabilecek tehlikeleri azaltmak için gerekli şekilde önceden hareket etme zorunluluğudur. Temkinli Yaklaşım ilkesi son 10 yıl içerisinde baş döndürücü bir hızla uluslararası hukukun gündemine yerleşti. Birçok deklarasyon ve antlaşma metninde kendisine yer edildi.⁽⁸⁷⁾ Bu kavram şimdiye kadar tepkici (reactive) bir yapı gösteren uluslararası hukuk yapım sürecine alışılmadık bir yenilik getirdi. İlke, önleyici (proactive) niteliğe sahip olup, uluslararası hukukun temel bir ilkelerinden biri olma yolundadır.⁽⁸⁸⁾ Bazı yazarlar şu anda bir örf ve adet kuralı haline geldiğini ileri sürmektedirler.⁽⁸⁹⁾ Van Dyke, bu ilkenin okyanuslar için hemen hemen evrensel bir kural haline geldiğini söylemektedir.⁽⁹⁰⁾

Temsil Problemi

Klasik hukuk mantığı içinde kalındığında henüz doğmamış insanların hak ve fiil ehliyetlerine sahip olmaları da düşünülemez. O halde gelecek nesiller adına hareket edecek yasal temsilcilerle

(78) Ayrıntılı bilgi için bkz. SOHN, Louis B., "The Stockholm Declaration on the Human Environment", *Harvard International Law Journal*, 14, (1973), 423-496.

(79) WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, Oxford University Press, Oxford, 1987, 43 et seq.

(80) BOYLE, Alan & FREESTONE, David, eds., *International Law and Sustainable Development Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, 1999, 5-7 <http://www.oup.co.uk/pdf/0-19-829807-2.pdf>

(81) SINGH, Nagendra, "The Right to Environment and Sustainable Development as a Principle of International Law", *Studia Diplomatica*, 41(1), (1988), 45-61, 46.; HANDL, Gunther, "Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law" *Yearbook of International Environmental Law*, 1, (1990) 3-33, 25.

(82) BOYLE & FREESTONE, (dn.81), 12.

(83) TAI, Stephanie, "Book Review: (AGIUS, Emmanuel & BUSUTTI, Salvino (eds.), *Future Generations and International Law*), *Georgetown International Environmental Law Review*, 11, (1998), 232-234, 232.

(84) *The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

(85) *Report of the World Summit on Sustainable Development Johannesburg, South Africa, 26 August-4 September 2002*, A/CONF.199/20.

(86) Bu kavramın ayrıntıları için bkz. FREESTONE, David & HEY, Ellen (eds.), *The Precautionary Principle and International Law*, Kluwer law international, The Hague, 1996.; Kavramın farklı Türkçe karşılıkları, Google'dan "precautionary" ve "ilkesi" kelimeleri birlikte yazılıp aranarak bulunmuştur.

(87) O'RIOUDAYN, Timothy & CAMERON, James, "The History and Contemporary Significance of the Precautionary Principle" in *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan Publication Ltd., London, 1994, 12.

(88) Bknz. PARASSRAM, Natasha, "The Precautionary Principle: A Simple Approach to Environmental Sustainability", http://www.gracelinks.org/nuke/docs/precautionary_principle.doc

(89) Mc INTYRE, Owen and MOSEDALE, Thomas, "The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law", *Journal of Environmental Law*, 9/2, (1997), 221-242; The Workshop on the Precautionary Principle in Wildlife Conservation, Lauterpacht International Law Centre, University of Cambridge, 6-7 July 2000, <http://www.traffic.org/briefings/precautionary.html>.; D'AMATO, Anthony, "What Obligation does Our Generation Owe to the Next? An Approach to Global Environmental Responsibility: Do We Owe a Duty to Future Generations to Preserve the Global Environment?", *American Journal International Law*, 84, (1990), 190-197, 190; AGIUS, Emmanuel & BUSUTTI, Salvino (eds.), *Future Generations and International Law*, Earthscan Publications, London, 1998, 3. : TAI, (dn. 84), 232.

(90) VAN DYKE, M. Jon, "Applying the Precautionary Principle to Ocean Shipments of Radioactive Materials", *University of Hawaii at Manoa, Honolulu, Hawaii*, <http://www.nci.org/fib3496a.htm>

ihtiyaç vardır. Dünya üzerinde devletleri aşan bir otorite olmadığından bütün insanlığın farazi bir dünya devleti tarafından temsil edileceğini iddia etmek sözkonusu değildir. Bugün itibarıyla bu kavram doğrudan devletlerin öncülüğünde gelişmektedir.⁽⁹¹⁾ Aslında devletlerin vesayeti olmadan uluslararası örgütler bile kişilik kazanmadığından, devlet kontrolü, alışılmadık bir durum değildir.

Gelecek nesiller kavramının savunucuları, gelecek nesillerin devletlerden tamamen bağımsız bir kişiliğe sahip olması gerektiğini savunmaktadırlar. İleride doğacak insanların temsiline devletlerin dışında bir kuruma devredilmesi şimdiki nesil ile gelecek nesiller arasındaki çıkar çatışmalarını ortadan kaldırma açısından önemlidir. Aguis, gelecek nesillerin toplumdaki özürölüler, yaşlılar gibi devletin sosyal adaletle yaklaşması gereken gruplar olarak kabul edilmesini istemektedir.⁽⁹²⁾ Bu düşünce ışığında, doğmamış çocuğa vasi tayin edilmesi örneğinde olduğu gibi, bundan 40-50 sene sonra doğacak insanlara da vasi ya da kayyım tayin edilmesi normal kabul edilebilir. Bu vasi veya kayyım uzun dönemde etkili olacak devlet politikalarının karşısında durmak, iki ve çok taraflı uyuşmazlıklarda özel bir danışman olarak bulunmak, hukuksal ve diplomatik

girişimlerde bulunmak gibi görevler üstlenebilir.⁽⁹³⁾

Bu kayyım kim olmalıdır? Bu konuda yakın dönemde en makul girişim, gelecek nesillerin devletler dışında, uluslararası örgütler, hükümet dışı kuruluşlar veya BM Vesayet Konseyi tarafından temsil edilmesidir. Bu konuda değişik teklifler yapılmaktadır. İlk ciddi teklif BM Vesayet Konseyi'nin yeniden yapılandırılması noktasındadır.⁽⁹⁴⁾ Ancak, BM Şartının önsözündeki "sonraki nesilleri savaşın acılarından kurtarmak" ifadesi ile BM temel amaçlarından birisi olarak sayılmış ve onların menfaatlerine olacak işleri yapmak BM temel amaçlarından birisi olsa da,⁽⁹⁵⁾ BM'ye bu konuda açıkça verilmiş bir yetki yoktur. Bu eksikliği gidermek için 1990'ların başından itibaren bazı girişimlerde bulunulmuştur. 1990 yılında Malta Delegasyonu BM Genel Kurulu'nun 45. Oturumunda BM Vesayet Konseyi'ne yeni bir misyon verilmesini tavsiye etti. Malta, 1991 Eylül'ünde bu istemini tekrar etti. 1992 yılında yapılan Rio Dünya Zirvesi hazırlıklarında (UNCED) Malta Delegasyonu hazırlık komisyonuna bir teklifte bulunarak gelecek nesiller hakkında belirsiz deklarasyonlar yayınlama yerine, somut uluslararası belgeler hazırlayarak gittikçe artan bir hızla uluslararası belgelerde yar alan gelecek nesil-

lerin haklarını korumak amacıyla resmi bir muhafızın (otoritenin) belirlenmesi gerektiğini teklif etti.

Genel Kurul'unun 44. Oturumunda egemenlik dışında kalan bölgelerin şimdiki ve gelecek nesiller adına korunması için bir teklifte bulundu. 45. Oturumda Profesör Guido de Marco kişisel bir teklifte bulunarak BM Vesayet Konseyi'nin ortak değerleri korunması amacıyla bir yetki üstlenebileceğini tavsiye etti.⁽⁹⁶⁾ 1994 yılında, BM Vesayet Konseyi en son vesayet altındaki ülke olan Palau ve Pasifik Adalarını BM'nin 185. devleti olarak bağımsızlığına kavuşturuncaya görevini tamamlamış oldu.⁽⁹⁷⁾ Bu organın işlevsiz bir şekilde kalması bu konuda ileri sürülen tekliflerin daha da ciddiye alınmasına neden oldu.

Elizabeth Mann Borgese, Ocean Governance and United Nations (Okyanus Yönetimi ve Birleşmiş Milletler) adlı kitabında BM Şartı'nın 88. maddesini yeniden yazmaya çalışmıştır. Borgese'nin tavsiyesine göre, BM Vesayet Konseyi küresel müstereklerin yönetimini elinde tutmalıdır.⁽⁹⁸⁾ 1995 yılında Malta Daimi Delegesi BM Vesayet Konseyi'nin yeniden gözden geçirilmesi başlığı altında 50. Oturuma bir gün-

dem eklenmesini talep etti.⁽⁹⁹⁾ Bu teklif, 1997 Temmuz'unda Genel Sekreter tarafından kabul edildi.⁽¹⁰⁰⁾ Kofi Annan, BM Genel Kurulu'nun 55. Oturumuna sunduğu "Renewing the United Nations: A Program for Reform" (Birleşmiş Milletler'i Yenileme: Bir Reform Programı) adlı raporunda "Yeni bir Vesayet" başlığında Vesayet Konseyi'nin küresel çevre ve ortak alanların korunmasında üye devletlerin vesayet icra etmeleri gerektiğini söylemektedir. Fakat şu ana kadar Malta'nın istediği yönde bir karar çıkmış değildir.

Bu görüşten farklı olarak, Malhotra gelecek nesillerin çıkarlarının resmi koruyucular yerine sivil toplum örgütleri tarafından korunması gerektiğini söylemektedir.⁽¹⁰¹⁾ Bazı yazarlar mevcut bilinen yapıların dışında yeni organizasyonların kurulması taraftandırlar. Örneğin, Stone, değişik doğal ve kültürel kaynaklar için yasal temsilci atanması gerektiğinden bahsetmiştir.⁽¹⁰²⁾ Örneğin, tarihi eserleri koruyacak bir muhafız, balinalar için bir başka muhafız. Bu muhafız veya kayyım kim olabilir?...

Ombudsman (Kamu hakemi)ne benzer kişiliğiyle tarafsız güvenilen bir kişi gelecek nesiller adına temsilci olarak atanacağı gibi,⁽¹⁰³⁾ her bir doğal kaynak

(91) Örneğin, Amerika'da Hawaii, Illinois, Montana ve Pennsylvania eyaletleri Anayasalarında gelecek nesillere yer verilmiştir; sayıları on ikiden az olmamak üzere diğer eyaletler kamu vakfı teorisine anayasalarında atıfta bulunmaktadır. SCHLICKERSEN, Rodger, "Protecting Biodiversity for Future Generations: An Argument for a Constitutional Amendment", <http://www.defenders.org/bio-cont.html>.

(92) AGUIS, (dn. 90), 3.

(93) Örneğin, UNESCO Kültürel Miras Koruma Sözleşmesini imzalayan devletlerin sessiz kalmaları halinde gelecek nesiller adına onlara devredilecek değerleri korumak amacıyla tazminat davası açmak gibi... (STONE, Safeguarding ..., (dn. 104), 70.

(94) CALDWELL, Lynton K., "Is World Law an Emerging Reality: Environmental Law in a Transnational World?", *Colorado Journal of International Law and Policy*, 10, (1999), 227-243, 237.

(95) GEPING, Rao, "The United Nations as a Guardian for Future Generations" in AGUIS et al., (dn. 90), 143-148, 145.

(96) BORG, Saviour "The Trusteeship Council as a Keeper of the Global Commons for Future Generations and the Role of Diplomacy in Implementing Effective Environmental Protection" (1992) <http://diplodiplomacy.edu/Publishing/environmen/---fromm2.htm>.

(97) AKİPEK, Serap, "Birleşmiş Milletler Örgütü Denetiminde Vesayet Altında Ülke Bulunmaması Sömürgeciliğin de Sonu Anlamına mı Geliyor?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50/1, (2001), 1-10, 4.

(98) BORGESÉ, E. Mann, *Ocean Governance and the United Nations*, Centre for Political Studies, Dalhousie University, Halifax, 1995.

(99) (A/50/142) <http://www.foreign.gov.mt/stockholm/doc/TrusteeshipCouncil.htm>

(100) Bknz. A/51/950, 84 ve 85. paragraflar

(101) MALHOTRA, (dn. 62).

(102) STONE, Christopher D., "Safeguarding Future Generations", in AGUIS, (dn. 90), 66. Stone, bu konuda geçmişte de çok önemli makaleleriyle ses getiren görüşler ortaya atmıştır bkz. STONE, Christopher D., "Preserving and Repairing the Global Environment", *The University of Kansas Journal of Law & Public Policy*, 2, (1992-Spring), 11-23.; STONE, Christopher D., "Defending the Global Commons", in SANDS, Philippe, ed., *Greening International Law*, Earthscan, London, 1993, 34-71.; STONE, Christopher D., *Gnat is Older than Man: Global Environment and Human Agenda*, Princeton, New Jersey, 1993.

(103) STONE, "Safeguarding...", (dn. 103), 68.

ihtiyaç
ri aşar
insanl
findar
sözkc
kavrz
günd
lerin
gütlk
devl
deği
C
culu
tar
ma
de
ler
şir
da
m
ne
gi
g
i
C
i

veya bölge için (tropikal ormanlar, balinalar, okyanuslar vs) ayrı bir temsilci düşünülebilir. Bir kişi yerine bir uluslararası kuruluş da olabilir. Örneğin, Deniz Kirliliğinin Bilimsel Boyutları Uzmanlar Grubu (GESAMP) her türlü spekülasyondan uzak ve etkin bir şekilde bu sorumluluğu üstlenebilir.⁽¹⁰⁴⁾ Bir başka alternatif her bir uluslararası örgütün içinde o örgütün faaliyetlerini insanlık adına kontrol edecek bir birim oluşturmaktır. Örneğin, Dünya Bankası, Küresel Çevre Fonu, uluslararası Atom Enerjisi Ajansı içerisinde bu örgütlerin faaliyetlerini kontrol edip, karar alma mekanizmalarında etkin olacak birimler kurulabilir.⁽¹⁰⁵⁾

Bugün için söylenebilecek en makul şey, şimdilik insanlığın bazı uluslararası kuruluşlarla birlikte devletler tarafından temsil edileceğidir. Fakat ideal olarak devlet-dışı bir temsil müessesesinin kurulması gerekmektedir. Gelecek nesillere olan sorumluluğun yerine getirilmesinde akla gelen yollardan birisi de, kurulacak resmi ve gayri resmi fonlar vasıtasıyla kültürel ve doğal kaynakların belirlirli vakıfların hizmetine vermektir.⁽¹⁰⁶⁾ Bu uygulama son zamanlarda hem ulu-

sal hem de uluslararası hukukta o kadar geniş kabul görmüştür ki, Redgwell, vakıf (trust) kavramının uluslararası hukukun genel bir ilkesi olduğunu söylemektedir. Yazara göre, bu kavram Biyoçeşitlilik Sözleşmesi, Ozon Tabakasının Korunması Sözleşmesi ve İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi gibi uluslararası metinlerde, Sözleşmelerin amaçlarının gerçekleşmesinde kullanılacak fonların yönetiminde etkili bir yoldur.⁽¹⁰⁷⁾

Netice olarak, gelecek nesillere yönelik duyulan kaygı ve ilgiyi somutlaştırmak adına küresel yönetim yapısında önemli değişikliklerin yapılması gerekmektedir.⁽¹⁰⁸⁾ Yukarıda değinilen tekliflerden hangisinin gelecek nesillerin lehine olacağı sorunu ilerideki on yıllarda Birleşmiş Milletler'i oldukça meşgul edecektir.⁽¹⁰⁹⁾ Birleşmiş Milletler'in dönemler-arası (intertemporal) ve mekanlar-arası (interspatial) hakkaniyeti sağlayacak politikaları uyumlaştırma sürecinde, Uluslararası Adalet Divanı ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun "hakkaniyet" kavramına yükleyecekleri yeni anlamlar, gelecek nesiller kavramını felsefi boyuttan, hukuksal boyuta taşıyacaktır.

(104) *ibid.*, 69.

(105) *ibid.*, 70.

(106) GUERIN-MCMANUS, Marianne, "Conservation Trust Funds", *UCLA Journal of Environmental Law & Policy*, 20, (2001/2002), 1-23.

(107) REDGWELL, Catherine J., *International Trusts and Environmental Protection*, Juris Publishing, Manchester University Press, 1999, 163-165.

(108) YOKOTA, Yozo, "International Justice and the Global Environment", *Journal of International Affairs*, 52/2, (1999), 583-599; FALK, (dn. 37), 583.

(109) TAI, (dn. 62), 234.