

IFS 2005

F S A

# HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Hukukta Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II" Sempozyum (7-11 Eylül 2004, İstanbul) Bildiriler / 1

Sempozyum Açış Konuşması  
*Hayrettin Ökçesiz*

Sempozyum Açış Konuşması  
*Kazım Kalkuoglu*

Sempozyum Açış Konuşması  
*Cemil Çiçek*

Hukukta Felsefi Düşüncenin Önemi  
*Vecdi Aral*

Hukuk Felsefesi Öğretimi  
*Adnan Güriz*

Hukukun Bilimselliği  
*Niyazi Öktem*

Anlam Sağlığı Açısından Hukuk  
*Ahmet İnam*

Hukuk Nedir? Sorusu  
*Solmaz Zelyul Hünler*

Hukuk ve Ahlakilik Arasındaki İlişkiye Dair  
Liberal Gelenek: John Rawls'un Yaklaşımı

*Gülriiz Uygur*

Avukatlık ve Felsefe  
*Başar Yalın*

Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri  
*Harun Tepe*

Hukuksal Geçerlilik Sorunu  
*Sururi Aktaş*

Hukuksal Meşruluğun Ölçütü Olarak Evrensel Hukuksal Değerler  
*Ahmet Gürbüz*

Hakların Normatif Temelleri  
*Erol Kuyurtar*

Demokrasi Hukuku ile Toplumsal-Ekonomik Gelişme Arasındaki İlişki  
*Özer Ozankaya*

Kamusal Alanda Düşünce, Duyunç ve İnanc Özgürlükleri – Savlar  
*Hayrettin Ökçesiz*

Hukuk ve Toplumsal Gerçeklik  
*Ali Safak Bah*

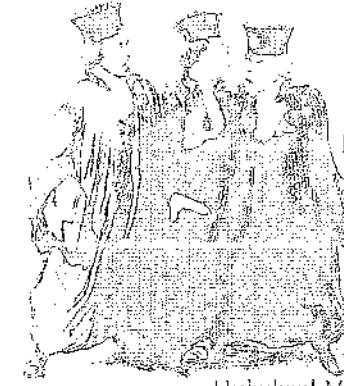
Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları  
*Yasemin Isıktaç*

Pozitif Hukukun Meşruiyet Zeminini  
*Neşet Toka*

Hukuk ve Relativizm  
*Nebil Reyhani*

Etik Devlet Anlayışı Bir Çözüm Olabilir mi?  
*Halil Rahman Açar*

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz



11

340.1  
HFS  
2005  
c.11

LAW120124



İSTANBUL  
BAROSU

975-6689-87-0



9756689874

# H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

11. KİTAP

*"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II"*

*Sempozyum*

*İstanbul Barosu - HFSA*

*(7-11 Eylül 2004, İstanbul)*

*Bildiriler / 1*

*Hazırlayan*

*Hayrettin Ökçesiz*



340.1 HFS 2005



İstanbul Barosu Yayınları  
İstanbul - 2005

A.Ü. HUKUK FAKÜLTESİ

No: 120124.....

## SUNUŞ

HFSA'nın bu dört kitabında (HFSA/11-14) İstanbul Barosu ile Birlikte İstanbul'da 7-11 Eylül 2004 tarihlerinde gerçekleştirdiğimiz "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - II" sempozyumunun bildiri metinlerini sunuyoruz.

Hukukun gerçekliğine ve idesine disiplinlerarası bakışın ne denli ilgi çekici ve coşku verici olduğunu bu sempozyum vesilesi ile bir kez daha görüyoruz.

HFSA İstanbul Barosu ile birlikte giriştiği bu etkinliği gelecekte de sürdürmek istemektedir. Her iki yılda bir ve Adli Yıl Açılış Etkinliği olarak İstanbul Barosu'nun böyle bir sempozyumu gelenekselleştirmesi "Hukuk" için ayrıca bir değer ve derinlik taşıyacaktır.

Adalet Bakanlığı'nın beş gün süren bu sempozyuma ev sahipliği yapmış olması hukuka felsefi ve sosyolojik bakışın siyaset alanında kazanmaya başladığı öneme işaret etmektedir. Bir Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanının sempozyum açış konuşmasını kabul ederek hukuk felsefesini ve hukuk sosyolojisini bu derinlikte telaffuz etmesi Ülkemizde bu bilgi alanının hak ettiği saygınlığı kazanmaya başladığının bir göstergesidir. Bu ayrıca onun aynı zamanda toplumun haklı beklentilerine muhatap olacağının da bir önhabercisidir.

Bu noktaya gelmekte İstanbul Barosu'nun Başkanlarının ve Yönetim Kurulu üyelerinin, Yayın Kurulu üyelerinin engin görüşü ve samimi desteği belirleyici olmuştur. En önemlisi ama bu denli geniş bir yelpazede hukuk bilincini daha yükseklere taşıyan meslektaşlarımızın özverili felsefi ve bilimsel gayretleridir.

Yüzün üzerinde bir yazar kadrosu ile ve gelecekte aramıza katılacak yeni kalemier ile de HFSA Hukuka bu bakışını yeni kitaplarında daima okuyucularının ilgisine sunacaktır. Bu nedenle ve daha iyiyi başarabilmek için her türlü görüş ve katkılarınızı bize bildirmenizi diliyoruz.

HFSA'ya tüm kalbi ile destek veren değerli hukukçu ve aydın kişi Kani Ekşioğlu'nu derin bir acı ile anıyor, hatırası önünde saygıyla eğiliyoruz.

Bu yeni dört kitabın hazırlanmasında burada bana yardımcı olan değerli mesai arkadaşlarım Çağlayan Kara'ya, Süal Köse'ye ve Mustafa Yalçınkaya'ya, dizgi ve düzen işlerini üstlenen Tuğba Çatak'a gönülden teşekkür ederim. İstanbul Barosu ve Ufuk Matbaası'ndan yayıma hazırlama ve basım aşamalarında emeği geçen diğer kardeşlerime aynı içtenlikle teşekkür ederim.

**Hayrettin Ökçesiz**

### 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

İsteme Adresi: İstanbul Barosu - İstiklal Caddesi, Orhan Adli Apaydın Sk. Baro Han

Tel: (0212) 251 63 25 Belgegeçer (Faks): (0212) 293 89 60

Web: www.istanbulbarosu.org.tr

e-mail: info@istanbulbarosu.org.tr

Kapak karikatürü: Honoré Daumier

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

Kapak, İç Tasarım ve Baskı: Ufuk Matbaası (0212) 544 92 30 - 31

İstanbul, Nisan 2005 ISBN 975-6689-87-0

## İÇİNDEKİLER

|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| • Sempozyum Açış Konuşması-Hayrettin Ökçesiz .....                                                            | 5   |
| • Sempozyum Açış Konuşması-Kazım Kolcuoğlu .....                                                              | 10  |
| • Sempozyum Açış Konuşması-Cemil Çiçek .....                                                                  | 12  |
| • Hukukta Felsefi Düşüncenin Önemi-Vecdi Aral .....                                                           | 15  |
| • Hukuk Felsefesi Öğretimi-Adnan Güriz .....                                                                  | 20  |
| • Hukukun Bilimselliği-Niyazi Öktem .....                                                                     | 26  |
| • Anlam Sağlığı Açısından Hukuk-Ahmet İnam .....                                                              | 35  |
| • Hukuk Nedir? Sorusu-Solmaz Zelyut Hünler .....                                                              | 39  |
| • Hukuk ve Ahlakilik Arasındaki İlişkiye Dair Liberal Gelenek:<br>John Rawls'un Yaklaşımı-Gülriiz Uygur ..... | 42  |
| • Avukatlık ve Felsefe-Başar Yaltı .....                                                                      | 49  |
| • Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri-Harun Tepe .....                                                      | 58  |
| • Hukuksal Geçerlilik Sorunu-Sururi Aktaş .....                                                               | 63  |
| • Hukuksal Meşruluğun Ölçütü Olarak Evrensel<br>Hukuksal Değerler-Ahmet Gürbüz .....                          | 80  |
| • Hakların Normatif Temelleri-Erol Kuyurtar .....                                                             | 109 |
| • Demokrasi Hukuku ile Toplumsal-Ekonomik<br>Gelişme Arasındaki İlişki-Özer Ozankaya .....                    | 117 |
| • Kamusal Alanda Düşünce, Duyunç ve İnanc<br>Özgürlükleri – Savlar-Hayrettin Ökçesiz .....                    | 123 |
| • Hukuk ve Toplumsal Gerçeklik-Ali Şafak Balı .....                                                           | 125 |
| • Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların<br>Türkiye'deki Yansımaları-Yasemin Işıktaç .....       | 138 |
| • Pozitif Hukukun Meşruiyet Zemini-Neşet Toku .....                                                           | 155 |
| • Hukuk ve Relativizm-Nebil Reyhani .....                                                                     | 162 |
| • Etik Devlet Anlayışı Bir Çözüm Olabilir mi?-Halil Rahman Açar .....                                         | 167 |

## Sempozyum Açış Konuşması

Hayrettin Ökçesiz<sup>(\*)</sup>

Sayın Adalet Bakanı, Sayın İstanbul Barosu Başkanı, Sayın Meslektaşlarım ve Sayın Konuklar,

İstanbul Barosu ile birlikte iki yılda bir olmak üzere düzenlediğimiz “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar” konulu sempozyumun ikincisine hoş geldiniz. Katılımınız ve katkılarınız için teşekkür ederim.

### I

Hukuk alt sisteminde görülen yozlaşma eğilimi ve bazı iyileştirme araçları üzerine huzurunuzda birkaç söz söylemek istiyorum:

Kaplımsal bir sistem olarak toplumu var ve sürekli kılan öğeler, onun içerisinde birbirleriyle karşılıklı bir bağımlılık ilişkisinde yer alan ve aynı zamanda otonom olarak varlık gösteren alt sistemlerdir. Bu sistemlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde ve varlık tarzlarında gösterdikleri yetkinlik, tüm sistemin başarısını ortaya koyacaktır. Bazılarında görülen yetersizlik diğerlerinin uğradığı başarısızlıkların nedenini oluşturabilecektir. Bu alt sistemler arasında bazıları vardır ki, kapıldıkları hastalıklar nedeniyle tüm toplumu yokoluşun eşiğine getirebilir. Bunların en başta geleni Hukuk alt sistemidir. Bu bağlamda bu sisteme atfedebileceğimiz işlevler şunlardır (Lewellyn):

- Hukuk toplumu çatışmalardan temizler (reaksiyon işlevi),

- Davranışları yönlendirir (düzen işlevi),

- Toplumsal egemenlik ilişkilerini meşrulaştırır ve örgütler (anayasal işlev),

- Yaşam koşullarını biçimlendirir (planlama işlevi).

- Nihayet hukuk hayatının gözetimi (gözetleme işlevi) de hukukun bu dört işlevinin layıkıyla yerine getirilebilmesi için hukukçular tarafından başarıyla gerçekleştirilmelidir.

Hukuk alt sisteminde özellikle bu beşinci işlev bakımından sorunsalımızın anlam alanı içerisinde vurgulanma gereği bulunan iki temel taşı vardır: Pozitif hukuk normlarının oluşum süreci ile hukuksal çekişmelerin kesin çözüme ulaştırıldığı yargı mercileri...

Pozitif hukuk normları ile toplum arasındaki etkileşimi olabildiğince dar bir açığa indirgeyerek ilk önce bir devlet hukuku ya da bir yasama etkinliği olarak kavrayabileceğimiz bir hukuk düzleminde kaldırıcı niteliğinde bazı önlemlerin gerekliliğini burada temellendirmeye çalışacağım:

Bu bağlamda ilk söylenecek olan şey, “hukuksal olgular araştırması”nın ve daha kapsamlı biçimiyle disiplinlerarası görgül araştırmaların bu etkinlik alanında bir yöntem olarak ciddiyetle dikkate alınmasıdır.

Dogmatik hukuk bilimcilerinden oluşan yasa taslağı hazırlama komisyonlarında izlenen yöntem bu ufuktan

(\*) HİSA Yönetmeni

tamamen yoksun bulunmaktadır. Bu komisyonlarda izlenen yöntem diğer ülkelerdeki düzenlemelerin etüd edilmesi ve ülkemize uygun normun müzakere ile bulunmasıdır. Bundan daha vahim olan bir başka durum ise, hukuk bilimcilerinin davet edilmedikleri diğer bir kısım taslak hazırlama çalışmalarında ilgili bakanlığın siyasi iradesinin hukuk normuna dönüştürülmesi etkinliği olarak belirmektedir. Son olarak, Danıştay'ın danışılma işlevinin içerisinde iyice boşaltılmış olmasından dolayı hukuk devletinde bir güvence olan meslekten hukukçuların hukuk bilgisi ve bilinci devlet yönetiminden giderek uzaklaştırılmıştır. "Yok kanun, yap kanun" pervasızlığı devlet tarzı durumuna gelmeye başlamıştır.

Bu çerçevede bilginin ve iyiniyetin içerisinde dolduramama tehlikesinin doğurduğu iki "yasa" tipi ortaya çıkmaktadır: "Kötü yasa" ve "kötü niyetli yasa"... Anayasa yargısı denetiminin sınırları bunlardan sakınmaya imkan vermemektedir.

Yukarıdaki toplumsal işlevlerini hukukun "eşitlik", "amaca uygunluk" ve "hukuk güvenliği" değerlerine uygun biçimde yerine getirebilecek bir yasanın hazırlanmasının en önemli koşulu, komisyonlarda kendi yaşam deneyimlerini dile getirerek onları yasa normunda görmek isteyen üyelerin bu "amiyane" bilgilerinin yerine bunların doğruluğunun denetlendiği "bilimsel" bilginin temel alınmasıdır. Önyargı, kanaat, inanç olarak yasa metinlerine sızan bu öznel bilinç içerikleri yasanın topluma olan etkisini tehlikeli bir boyuta taşımaktadır. Bilimsel bilginin biçimlendirdiği yasanın tartışılması, isabetinin denetlenmesi yine aynı yolla gerçekleş-

tirmekle bu tehlike olabildiğince toplumdan uzak tutulmuş olacaktır.

Hukuk dogmatikçilerinin dogmatik hukuk bilimi çerçevesinde kalan bilgilerini elbette bilimsel bilgi olarak kabul etmemiz zorunludur. Dogmatik hukuk biliminin metodolojisinin dışına düşen ve gündelik hayat deneyimlerinin ifadesi niteliğinde olan önermelerin, salt bu kişilerce dile getirilmelerinden dolayı bilimsel sayılması onların dahi kabul etmeyecekleri bir özneliktir. "Kötü yasa"nın önemli bir kaynağı budur. Diğer bir kaynağı ise, görüşülen yasa taslağı konusuna giren hukuk dogmatikliğine o bilim mensuplarının yeterince hakim olamamaları tehlikesidir. Bu kaygıyı taşımamın nedeni, yaklaşık seksen yıldan beri üzerine binlerce kitap yazdığımız Cumhuriyet hukukunun biliminin metodolojisini asla layıkıyla yazamamış olmamızdır. Bilimsel tartışma alanında yöntem tartışmasıdır. Bir bilginin yanlışlığını, onun üretilme yönteminin yanlışlığını ortaya koyarak kanıtlamış oluruz. Bir bilim düşününüz ki, o bilim alanında on binlerce kitap yazılmış olsun, ama bu yığının içerisinde birkaç metodolojik monografi ya çıksın, ya da çıkmasın! "Kötü yasa"nın bir kaynağı da budur.

Bu kaygılarımın ve eleştirilerimin, Lewellyn'in yukarıda hukukun işlevleri kategorisinde, doğrudan bunlara dahil olmamakla birlikte, ilk dördünün ifası için hukukçulara yüklediği "gözetim işlevi" alanında yer aldığını görüyoruz. Hukukçulara ve hukuk kurumlarına yüklenen bu görev, onların nitelik ve niceliklerinin bu göreve uygun bulunma koşulunu getirmektedir. Bu bağlamda ilk olarak, her fırsatta dile getirdiğim gibi, hukuk fakültelerinin araştırma, öğretim ve eğitim kapasitelerinin

bu talebe uygun düşecek boyutlarda zenginleştirilmesi ve bunun için hiçbir maddi maliyetten kaçınılmasıdır. Hukuk fakültelerinin gereksinimleri yüksek öğretim içerisinde öncelikler sırasında çok gerilerde bekletilmemeli, onlara birinci derecede öncelikli ve ayrıcalıklı davranmalıdır. Çünkü insan için sağlık ne ise, toplum için de adalet odur. Adaletin bilimini yapan bu kurumlara tanınacak öncelik böyle bir kamu yararından doğmaktadır.

Ülkenin hukuk yaşamını uzun vadede iyileştirecek bu öneriden sonra, daha dinamik ve kısa vadede iyileşmelere yol açacağını düşündüğüm bir kurumun bu "gözetim işlevi" alanına kazandırılması önerisini yapmak istiyorum: yine her vesile ile dile getirdiğim bu kurumun adı "Disiplinlerarası Görgül Hukuk Araştırmaları Enstitüsü" olacaktır. Bu kurum ilk önce, mali, idari ve bilimsel yönden tamamen özerk kılınacaktır. Ülkenin hukuk hayatını tüm bilimsel yöntemlerle yakın izlemeye alacaktır. Yasa taslaklarını bu kurum hazırlayacak, çıkmış yasaların etkililiğini ve toplumsal etkilerini araştıracaktır. Yasa metinlerine her türlü amiyane bilginin sızmasını engelleyecektir. "Kötü yasa"dan sakınmanın önemli bir aracı olarak gördüğüm bu Enstitü, "kötü niyetli yasa"nın hukuk hayatına karışmasına da, kendisine verilen bu araştırma yetkisi ile engel oluşturacaktır. Haksızlıklar artık yasayla yapılmayacak, onların hukuka aykırılıkları yasaya uygunlukları yoluyla gizlenmiş olamayacaktır. Bu kurumun bilimcileri bu kurumda işe başlayacaklar ve emekli olabileceklerdir. Onlara her türlü baskıdan korunabilecekleri özlük hakları tanınacaktır. Liyakatin üzerinde başka bir ölçüt onların bu kuruma aidiyetlerini belirlemeye-

cektir. Çalışma tarzı, bilgi birikimi ve bilgi üretme yöntemi saydam olacaktır. Yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi bu kurum için de geçerli kılınacaktır (Bkz. Ekte bu enstitü için tasarlanan görev, işlev ve yapı şeması).

## II

Kötü yasadaki ve kötü niyetli yasadaki korunmanın araçları olarak gördüğüm bu iki öneri: "Hukuk Fakültesi"nin köklü bir iyileştirmeye tabi tutulması ve bir "Disiplinlerarası Görgül Hukuk Araştırmaları Enstitüsü"nin kurulmasıyla yerine getirilecek olan gözetim işlevinin "yasaların kötü uygulanması" ve "yasaların kötü niyetli uygulanması"nın bertaraf edilmesinde olağanüstü katkısının olacağını söylemeliyim. Bu iki kurumun İdare yanında Yargı da kapsayan bu "uygulama" alanı "yolsuzluk" dediğimiz bir yozlaşma görüngüsüyle sakatlanmaktadır. Hukuk alt sisteminde yozlaşma eğiliminin bir göstergesi olan yolsuzluk karşısında, daha önce bir başka dergide yaptığım şu çözümlemeyi zikrederek, duruşumuzu belirlememizin bu mücadele için ilk koşul olduğunu söylemeliyim:

"Karşısında bulunduğumuz seçenekler şunlardır:

1) Yargıda yolsuzluk bu sosyal-ekonomik yapıda işlevseldir. Mücadele edilmesi gerekmez.

2) Yargıda yolsuzluk münferit, arızı olaylardan oluşmaktadır. Sistemik değildir. Adli yöntemlerle mücadele edilebilir. - Çürük elma metaforu.

3) 'Bu düzen değişmelidir'. Sistemi aşkın bu açıklama şemalarında yolsuzlukla mücadele, yolsuzluğun düzenin doğasından kaynaklandığı savıyla ertelenmektedir.

4) Yargıda yolsuzluk farklı toplum tiplerinde ve farklı zamanlarda belirli

koşullarda görülen bir olgu olarak be-  
timlenmek ve açıklanmakla birlikte,  
burada demokratik hukuk devleti top-  
lumlarında sistemi temelinde tehdit  
eden bir sosyal görüngü olarak ele alın-  
maktadır. Bu anlayışa göre yargıda yol-  
suzluğa karşı sisteme içkin anlamda di-  
siplinlerarası bilimsel çalışmalarla mü-  
cadele stratejileri geliştirilmelidir.

Bu dört seçenektan ilk üçü yargıda  
yolsuzluk ve yozlaşmaya karşı doğru-  
dan ya da dolaylı olarak körleşmiş du-  
rumdadır. 2. şıkta olanların yolsuzlukla  
mücadele yetenekleri ve istekleri beklen-  
nen başarıyı doğuracak yoğunlukta de-  
ğildir. 3. şıkta olanların düzenin yete-  
rince kokuşabilmesi için bu yozlaşma  
durumunu olumlu karşıladıkları bile  
söylenebilir. 1. ve 3. şıktakilerin bir bi-  
çimde birlikte sevindiklerini görebili-  
riz. Ancak dördüncü şıkta yansıyan an-  
layış karşı karşıya bulunduğumuz soru-  
nu kavrayabilir ve üstesinden gelebilir.

Biz ülkemizde yargının duçar oldu-  
ğu yozlaşma ve yolsuzluk vebasına  
dördüncü pencereden bakarak; bir du-  
rum saptamasının ardından, neden-so-  
nuç ilişkilerini de kurarak, bazı çözüm  
yolları üzerine düşünmeliyiz. Bugün  
burada oldukça geniş bir yelpazede bir  
araya getirilmiş bulunan bu disiplinle-  
rarası çalışma tarzı biraz önce anahat-  
larıyla dikkatlerinizi çekmeye çalıştı-  
ğım özerk bir bilimsel kuruluşun etkin-  
lik alanını göstermekte, veriminin etki-  
liliği hakkında bize bazı ipuçlarını ver-  
mektedir. Hukuka ilişkin gerçeklik bi-  
limlerinin ve hukuk felsefesinin bir ül-  
kenin yasama ve norm uygulama et-

kinliğine yapabileceği katkıyı asla kü-  
çümsememelidir.

Sözün başında söylenenlerle birlikte  
görüyoruz ki, hukuk alt sisteminde göz-  
lemlenen yozlaşma eğilimi ile mücadele-  
lede daha etkili bir yol ve yöntem bu-  
lunmamaktadır. Bu yol ve yöntemler  
tekrar söylüyorum ki, hukuk fakültele-  
rinin birer hukuk dersanesi olmaktan  
çıkarılması ve gerçek akademik anlam-  
da araştırma kurumu olmak niteliğine  
kavuşturulması ile bağımsız ve tarafsız  
bir "disiplinlerarası görgül hukuk ara-  
ştırmaları enstitüsü"nin yasal güvence  
altında hayata geçirilmesidir.

Bu çerçevede her resmi ve sivil ku-  
rum kendi başına ve diğerleriyle işbirli-  
ğine girilmek suretiyle üzerine düşeni  
yapmalıdır. Hukuk alt sisteminde kap-  
lamsal sistemin karmaşıklığına uygun  
ve yanıt verebilir bir karmaşıklık düze-  
yinin sağlanması (Luhmann) ülkemizin  
adalet sorunlarının çözümünde "adil"  
olarak nitelenen bir uygulamaya kavuş-  
masına olanak verecektir.

Sözlerime son vermeden önce, bura-  
da sunulan bildirilerin bu yılın sonuna  
kadar HFSA'da yayımlanmış olacağını  
duyurmak isterim. Bildiri metinlerinin  
en geç bir ay içerisinde, elektronik or-  
tamda ve yayıma hazır biçimde tarafı-  
ma gönderilmesini özellikle rica ede-  
rim. Bu değerli bilgi ve bakış açılarının  
bir an önce kalıcı biçimde hukuk kültü-  
rine kazandırılması bizim için tarifsiz  
bir sevinç kaynağı olacaktır.

İlginize tekrar teşekkür eder, sem-  
pozyumun hepimiz için kazanımlı ve  
verimli olmasını dilerim.

Ek:

**"DİSİPLİNLERARASI GÖRGÜL HUKUK ARAŞTIRMALARI ENSTİTÜSÜ"  
İŞLEV, GÖREV VE YAPI TASLAĞI**

**İŞLEVİ:**

.. "KÖTÜ YASA" VE "KÖTÜ NİYETLİ YASA" İLE "YASANIN KÖTÜ UYGU-  
LANMASI" VE "YASANIN KÖTÜ NİYETLİ UYGULANMASI" NIN; BİR BAŞKA  
DEYİŞLE BİLGİSİZLİK VE YOLSUZLUKLAR NEDENİYLE OLUŞAN UY-  
GUNSUZ NORMATİF YAPININ BİLİMSEL VERİ VE YÖNTEMLERLE OR-  
TAYA KONMASI, AMACA UYGUN YASALARIN VE UYGULAMANIN  
TOPLUM YAŞAMINA KAZANDIRILMASI

**GÖREVLERİ:**

- YASA TASLAKLARI HAZIRLAMAK
- YÜRÜRLÜKTEKİ HUKUKU İÇERİK VE UYGULAMASIYLA İZLEMEK
- YASAMA, YÜRÜTME VE YARGIYA GÖRGÜL VERİLER SUNMAK

**YAPISI:**

- YASAYLA KURULMALIDIR.
- BİLİM KURULUŞU OLMALIDIR.
- YARGININ BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI İLKESİNE TABİ OL-  
MALIDIR.
- İDARİ, MALİ VE BİLİMSEL YÖNLERİYLE TAM ÖZERK OLMALIDIR.  
MALİ VE FİZİKİ İMKANLARI YETERLİ DÜZEYDE OLMALIDIR. BAĞIM-  
SIZ BÜTÇEYE SAHİP OLMALIDIR. HİÇ BİR KURUM YA DA KİŞİDEN  
BAĞIŞ VE PROJE ALMAMALIDIR.
- ÇALIŞANLARI KATI BİR LİYAKAT ÖLÇÜTÜ ALTINDA KESİN BİR İŞ  
GÜVENCESİNE SAHİP OLMALIDIR. ÇALIŞANLAR BURADAKİ HİZMET-  
LERİ KARŞILIĞINDA, KOŞULLARINI YERİNE GETİRMEK SURETİYLE  
ÜNİVERSİTELERDEN AKADEMİK UNVAN ALABİLİRLER.
- BİLGİ ALMADA VE TOPLAMADA TAM YETKİLİ VE ÖNCELİKLİ KI-  
LINMALIDIR.
- TÜM ÖZERK KURULUŞLARDAN TEMSİLCİLERİN YER ALACAĞI  
BİR GENEL KURULUN DENETİMİNDE ÇALIŞMALIDIR.
- HUKUKA İLİŞKİN TÜM GERÇEKLIK BİLİMLERİ ALANLARINDA  
ÇALIŞMA BİRİMLERİ BULUNMALIDIR.
- DOGMATİK HUKUK BİLİMLERİ BU BİRİMLERLE İŞBİRLİĞİNDE Bİ-  
RER ARAŞTIRMA GRUBU OLUŞTURURLAR.
- BİRİMLER ÖN TASLAK, BİLEŞİKBİRİMLER ARA TASLAK VE GE-  
NEL KURUL SON TASLAK HAZIRLAR.
- HUKUK FAKÜLTELERİ İLE ORGANİK İLİŞKİ İÇERİSİNDE OLMALIDIR.
- DOGMATİK HUKUK BİLİMLERİ İLE HUKUKA İLİŞKİN GERÇEKLIK  
BİLİMLERİ ALANLARINDA ÇAĞDAŞ DÜZEYDE ZENGİN BİR BİLGİ  
KAYNAKLARI KOLEKSİYONUNA SAHİP OLMALIDIR.

## Sempozyum Açış Konuşması

Kazım Kolcuoğlu<sup>(\*)</sup>

Sayın Bakan, değerli hocalarım, sayın meslektaşlarım, sizleri saygıyla selamlıyorum.

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arki-vi dergisinin 9. sayısı İstanbul Barosu tarafından basılmıştır. Dergilerde, hukuk felsefesi ve sosyolojisi ile ilgili pek çok değerli bilim adamımızın hukukçuların ufkunu açacak değerli yazılar bulunmaktadır.

Yeni baskıdan çıkan 10. sayısında ise "21. Dünya Felsefe Kongresi"nde sunulan "Hukuk Felsefesi Bildirileri" yer almıştır.

HFSA dergilerinde yazıları bulunan ve hukuk felsefesi ve sosyolojisi yazılarıyla bu alana çok değerli katkılarda bulunan bilim adamlarımız, bu kez de "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" konulu sempozyumda buluşuyorlar.

Sempozyuma, 70 in üzerinde bilim adamı birer bildiri sunacak. 15'e yakın bilim adamı da tartışmacı olarak katılacaktır.

Ülkemizin dört bir yanından gelip sempozyuma katılarak katkıda bulunacak çok değerli katılımcılara huzurunuzda teşekkür etmek istiyorum. Ayrıca 10 derginin hazırlık çalışmalarını yapıp baskıya hazırlayan ve emek veren çok değerli hocamız Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz'e de teşekkürlerimi sunuyorum.

Beş gün sürecek olan bu toplantının yapılması için Eğitim Merkezini tahsis eden ve konuklarımızın burada konaklamalarını da sağlayan Sayın Adalet Bakanımıza ve Sayın Genel Müdürlü-müze de ayrıca teşekkür ediyorum.

Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi gibi iki bilim dalı hukukun önemli hayat kaynağını oluşturur ve ona yaşamsallık kazandırır.

Bilindiği gibi dogmatik hukuk bilimi pozitivist bir yaklaşımla yürürlükteki hukuk kurallarında yer alan kavramları inceler ve tanımlar.

Hukuk sosyolojisi, hukuku sosyal olgu olarak ele alır. Mevcut hukuk kural ve kavramlarının toplumsal yapıya ne denli uyduğunu, toplumsal yaşamı ne ölçüde etkileyip etkilemediğini araştırır. Hukukun yürürlüğü ile etkinliği arasındaki boşluğun nedenlerini araştırır, elde edilen sonuçların bilimsel açıklamalarını yapar.

Hukuk, içinde geliştiği ve toplumsal koşullardan olduğu kadar, kanun koyucunun tutumundan, hukukçuların yetiştirilmesinden, yargıç, savcı, avukat ve diğer adalet görevlilerinin davranış ve tutumlarından etkilenir. Bu nedenle uygulamada büyük önem taşır.

Hukuk devletinin önemli bir güven-cesi olan adalet sisteminin etkin kılınması ve güçlü hale getirilmesi konusunda gerekli tutum ve tavırların gösteril-

memiş olmasının araştırmasının yapılması ve bunların sonuçlarının bilimsel bir değerlendirme ile toplumla paylaşılması gelecek bakımından büyük önem taşır.

Hukukun insanın iradi olarak yarattığı bir olgu olduğunu da unutmamalıyız. Bu noktada hukuk biliminin görevi hukuki olanla değer buluşma noktasını araştırıp ortaya koymaktır. Bu nedenle, adalet, haklılık, doğruluk hukuk felsefesinin sorunudur. Adalet, haklılık ve doğruluk kavramları egemen gücün anlayışına bırakılan toplumlarda büyük sıkıntılar yaşanmıştır, yaşanmaktadır. Diğer bir anlatımla hukuk felsefesi, hukuka ilişkin felsefe ya da hukuk ilkelere ve ilkelere göre yapılan düzenlemelere felsefe ile bakmaktır.

Hukuk bir iradedir. Ancak adalete yönelik bir iradedir. Çatışan çıkarla uzlaştırılacak veya biri diğerine tercih edilecektir. Burada kullanılacak ölçü adalet değeridir. Hukuku hukuk yapan adalet değeri olduğuna göre onun da bir adalet bilimi olması zorunludur. Hukuk sosyolojisinin temel amacı bireylerin adalete ilişkin hangi değer yargılarının ne biçimde hukuk kurallarının oluşumuna etkide bulunduğunu araştırmaktır.

Üretim ilişkilerindeki değişim bir üst yapı kurumu olan hukuku da etkile-

mektedir. Ulus devletle oluşan üretim biçimi yerine küreselleşme adı altında serbest dolaşım olanağına kavuşan sermaye bağımlı emeğin biçimlendirdiği yeni bir üretim modeli, sömürü düzenini oluşturmaktadır.

Ekonomik bakımdan güçlü devletlerin çıkarlarını hukuk yerine güce dayandırması, hukukun insan haklarına ilişkin ortak kurallarını da yok etmektedir. Bunun en tipik örneği ABD ve İngiltere'nin ekonomik çıkarları için hukukun temel değerlerini ve meşruiyet çizgisini ortadan kaldırıp binlerce insanın ölümü pahasına Irak'ı işgal etmeleri ve insanlığa karşı suç işlemeleri, işlenen suçun yaptırımını uygulayacak başka bir gücün olmaması, hukukun gücünün değil, gücün kurallarının hakim kılınması sonucunu doğurmuştur. Diğer bir ifade ile ülkelerin ve o ülkeler içindeki grupların çıkarları hukuka ve insan haklarına tercih edilmiştir. Bu nedenlerle Hukukun olmadığı, hukuk gücünün oluşturulamadığı dünyada ve ülkelerde toplumsal yaşamın barış içinde devamı sağlanamamıştır. Bu toplantımızda sunulacak değerlendirme ve görüşlerin Hukukun üstünlüğü, İnsan hakları ve barışa önemli katkılar sağlayacağı inancıyla saygılarımı sunuyorum.

(\*) İstanbul Barosu Başkanı

## Sempozyum Açış Konuşması

Cemil Çiçek<sup>(\*)</sup>

Sayın Başkanım, Sayın Hocam Sayın Valim, Türk Yargısının Çok Değerli Mensupları, Hakimlerimiz Savcılarımız, Avukat Meslektaşlarım, Değerli Konuklar, Değerli Basın Mensupları.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bu vesile ile Yeni Adli Yılın ülkemize, milletimize hepimize başarılı, sağlıklı bir yıl olarak geçmesini diliyorum.

Yine bu vesile ile İstanbul Barosunu da tebrik ediyorum. Geçen sene de katılma fırsatım oldu. Bu Bakanlıkta ikinci Yılım Adli Yılın Açılışı dolayısıyla bu neviden programlar yapıyor.

Bu seneki program biraz daha farklı; "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" Felsefe ve sosyoloji; bizim toplumumuzun önemini yeteri kadar kavramadığı, hatta çok da ilgi duymadığı, önemsemediği, birçok aydınımız açısından böyle bir bilim dalı var mı -yok mu; farkında bile haberdar olmadığı iki alan.

Benim okuduğum yıllarda, 60'lı yılların sonunda felsefe, seçimlik dersti. Hatta 2. sınıfta kriminoloji seçimlik ders olmasaydı, belki 3. sınıfta felsefe...

(protesto)

Tamam, mesaj anlaşılmıştır. Herhalde bunu demek istiyordum; Onu da dinledik.

Ortada tecrit falan yok. Dünyadaki standartlara uygun Avrupa'daki stan-

dartlara uygun Türkiye'de bir infaz sistemi var.

Bu ülke; bunca yokluk içerisinde, bunca sıkıntı içerisinde bu cezaevlerinin her birine 20 trilyon harcamak suretiyle o insanların; bir taraftan suç işlemiş olmasına rağmen, öbür taraftan da infazına insancıl ölçüler içerisinde katkı sağlamaya çalışıyor. O başka bir konudur.

Ama şunu söylemek istiyorum: Demek ki 2. sınıfta kriminoloji seçimlik ders olmasaydı (ondan geçmek biraz daha kolay) 3. sınıfta felsefeyi acaba tanıma, bilme imkanımız olur muydu?

Doğrusu o bile şüpheli. Halen seçimlik ders midir; onu da bilemiyorum.

Ama şunu çok açık olarak yaşadığımız süreç içerisinde gördük; gerçekten toplumsal sorunlara doğru bir bakış ortaya koyabilmek adına insanlarımızın özellikle hukukçularımızın felsefe ve sosyoloji alanındaki donanımları çok önem arz ediyor.

Türkiye gerek iç dinamiklerin, gerekse dış dinamiklerin etkisiyle çok önemli bir değişim sürecini yaşıyor. Bu süreç içerisinde çok farklı yansımalar da şahit oluyoruz değişik alanlarda, ekonomi ve siyaset alanlarında.

Tabii olarak hukuk alanında da bunun yansımaları var. Bu yansımalar genelde baktığımızda (bir tespit olarak; katılırsınız ya da katılmazsınız, bile-

mem) genellikle hamaset husumet üzerinde tartışarak götürüyoruz.

En güncel olaylarda bile bilim, bilimsel veriler, özellikle hukuki bir sorunu tartışıyorsak; o çerçevede sosyolojinin verilerinden, materyallerden, saha araştırmalarından, felsefenin bakış açısından yararlanarak değil; şu veya bu şekilde mensup olduğumuz bir ideoloji varsa o ideolojinin dar kalıpları içerisinde ya övünme ya dövünme ya da birbirimize karşı sert bakışla yumruk sıkarak, dış gıcırdatarak, böyle bir üslup içerisinde tartışıyoruz.

Doğrusu bundan da bir sonuca vardığımızı söyleyemem.

Halbuki bu değişimi bir ölçüde iyi anlayabilmek, iyi kavrayabilmek, adına bu bilim dallarının ortaya koyduğu veriler fevkalade önemli.

İnanıyorum ki İstanbul Barosu, bu toplantı sürecinde bu konulara biraz daha açıklık getirecek, bunun önemi vurgulanacak ve biz de bunlardan istifade edeceğiz.

Diğer taraftan değişim; her toplum için (bizim toplumumuz için de) hem bir imkandır, hem bir problemdir.

Bu bir imkansa; problem yok.

Eğer problem ise; bu problemleri çözmemiz gerekiyor.

(protesto)

evet, demokratik toplumda bu neviden tepkilere de alışık olmamız lazım. Bunlar gayet normaldir.

İsterseniz buna da bir felsefi bakış deyin isterseniz yaşadığımız tecrübelerden çıkardığımız bir sonuç deyin; cebir ve şiddete başvurulmadığı sürece insanların her türlü tenkit hakkını, protesto hakkını, düşüncelerini ortaya koyma hakkını biz peşinen kabul eden bir süreçten geçiyoruz. Onun için ben bunu anlayışla karşılıyorum.

Ama tekrar ifade ediyorum: Türkiye, hiç de söylenildiği gibi değil. Türkiye, olabildiğince demokratik standartları toplumun her alanında gerçekleştirmeye ve bunu hayata geçirmeye çok özel bir çaba ve özel bir gayret gösteriyor.

İşte bütün bu tepkileri de anlayabilmek için gene felsefeye ve sosyolojiye ihtiyaç var.

Hoş bir görüntü değil ama benim bu lafları söylememe vesile oldu, Belki buradan başlayarak bu değişim sürecini sorgulamakta, yargılamakta, değerlendirmekte fayda var.

Bu iki bilim dalıyla ilgili olarak bir başka inancım, kanaatim var. Ne kadar katılırsınız; bilemem.

Hukuk adamıyla kanun adamı arasındaki fark; bu iki bilim dalından ne ölçüde faydalandığına bağlıdır.

Şimdi kanunları, çıkardığımız yasaları değişik kamu görevlileri uygular. Polis memurları da kanunu uygular, hakim ve savcılarımız da kanunu uygular.

Ama ikisinin arasındaki fark; bu iki bilim dalıyla ne kadar donanımlı olduklarına bağlıdır.

Eğer bu iki bilim dalının verilerinden, materyallerinden, çalışmalarından yeteri kadar istifade edebilirsek, özellikle hukukçularımızı bu alanda donanımlı kılabilirsek; zannediyorum bu kadar çok yasa çıkarmaya da gerek yoktur.

Çok yasa çıkarmamızın en önemli sebeplerinden bir tanesi; belki bu alandaki eksikliğimizdir. Bunu açıklıkla ifade etmemiz lazım.

Burada da üniversitelerimize önemli görevler düşüyor.

Çok yasa çıkarmak sorun çözmede belki şartlı bir anlayış, "ben olsam şöyle bir yasa çıkarırım."

(\*) Adalet Bakanı



Halbuki "ben olsam şöyle bir yasa çıkarırım" demek yerine, insanımızı iyi yetiştirebilirsek; çıkarılan yasalar zaten soyut birtakım düzenlemelerdir, ona hayatıyet vermek, onların içini doldurmak büyük ölçüde hukukçularımıza, yargıçlarımıza, savcılarımıza, avukatlarımıza düşmektedir.

O zaman her başımız dara girdiğinde kanun çıkarmak gibi bir kestirme yola gitmek yerine; daha uzun ömürlü, daha uzun kalan yasalar çıkarabiliriz.

Ayrıca bir şey daha var; o da benim için kabul ettiğim değerdir.

Şüphesiz önümüze gelen ihtilaflarda verdiğimiz kararların, büyük ölçüde kamu vicdanında mâkes bulması, kamu vicdanında bir tatmine ulaşması da toplumu iyi tanımamıza bağlıdır. Toplumu tanımamın yolu da sosyolojiden geçiyor.

Sosyolojik gelişmeyi trendleri iyi yakalayabilirsek, kanun yapıcılar olarak bu tanımaya, bu anlamaya uygun yasa çıkarabilirsek ve bunları uygulayanlar da bu konuda belli bir donanım sahibi ise; o zaman her kararın akabin-

de yeni bir tartışmayı bu toplum yaşamaz.

Özellikle hak ve özgürlükler alanında bunun daha da doğru olduğu kanaatini yaşıyorum.

Onun için neresinden bakarsak bakalım, bugün burada birkaç gün süreyle tartışılacak olan "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakış" bence çok önemli bir toplantının konusunu teşkil ediyor.

Ümit ederim; buradan hepimizin istifade edeceği sonuçlara "Ulaşma imkanı" olmur. Bunlar kitap haline gelir, kısa sürede burada bulunmayanlara da ulaşır, Böylece Yeni Adli Yıla böylesine faydalı önemli bir toplantıyla başlamış oluruz.

Ben sözü fazla uzatmak istemem. 11'de de bir başka programımız var.

Bu düşüncelerle bu toplantının başanlı geçmesini diliyorum.

Katılımda, katkıda bulunacak olan değerli hocalarımıza bu vesileyle başarı dileklerimi ve saygılarımı sunuyorum.

Hepinize saygılar sunuyorum.

## Hukukta Felsefi Düşüncenin Önemi

Vecdi Aral\*

Hukukta felsefi düşüncenin önemini belirtmek, bu önemin genel bir kabul kazanmasını sağlamak açısından büyük bir güçlük taşımaktadır. Çünkü çağımızda hala tüm felsefeye, bu arada hukuk felsefesine karşı büyük bir kuşku duyulmaktadır.

Gerçekte felsefeye ve hukuk felsefesine ilginin arttığı görülmekle birlikte çağımıza egemen olan doğa bilimlerine uygun düşünce ve değerlendirme biçimi, felsefenin, felsefi düşüncenin meşruiyetini tehdit eder niteliktedir. Her yerde, her fırsatta, doğal güçlerden olabildiğince yararlanma amacına yönelik fen anlamında bilim ve teknikten övgü ile söz edilmekte, onun daha da geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması, insanlığın varlık ve gelişiminin sağlanması için biricik yol olarak gösterilmektedir.

İşte bundan ötürü artık felsefenin kendine özgü bir araştırma alanının bulunmadığı, varlığın incelenmesinde bilim ve bilimsel düşüncenin dışında başkaca bir yolla asla sağlam ve güvenilir bilgilere ulaşılamayacağı iddia edilmektedir. Hele pratik bir bilim niteliğinde olan hukuk alanında felsefi düşüncenin, hukuk felsefesinin hiçbir yaranı olamayacağı açıktır, denilmektedir.

Oysa, bilimlerin dışında felsefenin kendine özgü araştırma alanı bulunduğu gibi, felsefi düşünce salt kuramsal

alandan kalmayıp pratik etkilere de sahip bulunmaktadır.

Tek tek bilimlerin varlığın tek tek değişik görünümünü incelerler, onların sahip oldukları yöntemleri gereği, varlığın bütününe yönelik bir bilgi sistemi oluşturmaları olanaksızdır. İşte felsefenin bilimleri tamamlayıcı ve asıl kültürü oluşturu rolü ve özelliği onun varlığın bütününe yönelmesi ile gerçekleşir. Felsefe, evrensel bir bilimdir; o, varlığa ilişkin genişliğine ve derinliğine bir bilgi edinme çabasıdır. Felsefe, varlığın bütününe son nedenlerinden, ilkelere kavramaya çalışır. O, dünyanın görünür (ampririk) olarak verilmiş dış yanına bağlı kalmaz, onu en içten birleştiren şeyin, iç bağlantısının ne olduğunu bilmeye yönelir. Bunun sonunda ortaya çıkan, bir dünya görüşüdür.

Felsefe bu arada, varlığın bütününe yönelmiş olmasından ötürü, iç varlığını (iç evreni) de mercek altına alır. Bu içsel dünya duyum yoluyla algılanamaz; bu dünya dış bakışla değil iç bakışla algılanabilir. O, tinsel (içsel, manevi) bir dünya, ide ve değerlerin dünyasıdır. Burada aklın kendi üzerinde bir düşünmesi söz konusudur; burada tinsel işlevlerin ve böylece meydana gelen bilim, din, sanat ve ahlak gibi oluşukların anlamı araştırılır. Daha somut bir anlatımla, bu alemde önce mantık ve

(\*) Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (Em.)

bilgi teorisini içine alan bilim teorisi, diğer yandan da değerler teorisi yapılır.

Üstelik felsefenin, içindeki hakikat değerinin zorlaması ile insanın bilgi edinme, varlığı tanıma ihtiyacını gidermede bilimleri tamamlayıcı kuramsal öneminin yanı sıra pratik yaşamda da etkileri olduğu vurgulanmalıdır.

Bir kez, asıl değerini hakikate hizmetten alan ve fakat pratik etkileri de olan bilim üzerinde felsefenin büyük etkileri vardır. Bunu bilim ve felsefe tarihi açıkça gözler önüne serer. Bunun gibi bilim de felsefi düşüncesinin işleyişinde büyük bir etkidir; bilime dayanan bir dünya görüşü bir spekülasyondan, kurgusal bir oluşuk olmaktan öteye gidemez. Bu karşılıklı etkileşime bakılarak denilebilir ki, bilimsiz felsefe bedensiz bir ruhtan ibaret olduğu gibi, felsefesiz bir bilim de ruhsuz bir beden- den başka bir şey olamaz.

Felsefenin pratik etkileri, yaşamsal önemi, onun sadece bilim üzerine olan etkilerinde sona ermez. Çünkü değerler dünyasında yalnızca hakikat dediğimiz mantiki değer yoktur; bilindiği üzere bunun dışında etik (ahlak), estetik, yücelik gibi değerler de bulunur. Bu yüzden bilimden başka moral, hukuk, sanat ve din gibi diğer kültür olay ve olguları da vardır.

Şimdi bütün bu değerler varlıklarını insanın tinsel (içsel) yanında bulurlar ve insana, yaşamını anlamlı bir yaşam, insanca bir yaşam kimliğine sokması için bir "olması gereken" biçiminde yönele- rek her somut durum ve ilişkilerinde "beni gerçekleştir!" diye seslenirler. Buna göre, kültür insanın iç dünyası ve onun gelişmesi, sonuçta insanın mutlu olması için çok büyük bir öneme sahiptir.

Bilindiği üzere kültür, insanın dışın- da yaşayamayacağı toplum için de,

onun var olabilmesi ve varlığını sürdür- rebilmesi açısından da başta gelen bir etkidir. Anlaşıyor ki, kültüre hizmet insanın yalnızca kendine bir hizmet de- ğil, topluma ve giderek insanlığa bir hizmet anlamını taşımaktadır. Böyle olunca da değerlerin kaynağı ve ger- çekleştiricisi, kültürün yaratıcısı olan insanın iç dünyasının felsefe ile aydın- lanmış olması çok büyük bir önem taşı- maktadır. Bu iç dünya karanlık ve karı- şık ise dış dünya da karanlık ve karışık olur; iç dünyanın aydınlık ve düzenli olması ile ancak, dış dünyada bir kaos değil, bir düzen, bir kozmos görünür, böylece de dünya barışına giden yola adım atılmış olur.

Özel olarak hukuk felsefesinin öne- mine gelince: Hukuk felsefesi bir kez, hukuk biliminin tamamlayıcısı olarak felsefenin bilime olan etkilerinin bir boyutunu oluşturur. Bu bağlamda ol- mak üzere, genel felsefenin vardığı ve varacağı dünya görüşünün hukuk ve adalet anlayışını belirleyeceği burada özellikle deyimlenmek gerekir. Bu, bir toplumda bütünü bakımından adalet so- runu ile uğraşan politikanın değişik dünya görüşlerine dayanmakla niçin birbirinden farklı siyasi görüşleri temsil ettiğini de açıklar.

Felsefe ile hukuk felsefesinin bu iliş- kisinin nedeni sorulacak olursa bunun cevabı çok kolay verilir. Doğrusu odur ki hukuk dediğimiz olay gerçekliğin bir görünümünü, hukukun yöneldiği adalet de nesnel değerlerden birini oluştur- makla varlığın bir bölümünü temsil ederler ve böyle olmakla da hukuk fel- sefesinde, varlığın bütünü kavrama- ya çalışan felsefenin varlığa ilişkin gö- rüşlerinin etkisi altında, ona koşut (pa- ralel) bir hukuk anlayışına varılır.

Bu kuramsal bağlantı ve ilişkinin ötesinde uygulamaya yönelik pratik hu- kuk bilimine hukuk felsefesinin sağla- yacağı yararları, hukukta felsefi düşün- ceden vazgeçilemeyeceğini, onsuz hu- kuk biliminin bilim olmaktan çıkıp yal- nızca güç sahipleri ve çıkarıcıların hiz- metinde kalacak bir teknik olma düze- yine düşeceğini göstermek üzere onun ilgilendiği konulara bir bakmak gere- kir.

Hukuk felsefesi önce, hukukun nite- liğini saptamaya çalışır. Böyle bir çalış- ma genellikle felsefenin yöneldiği var- lığın niteliğini, onun ne olduğunu orta- ya çıkarma girişiminin bir gereğidir. Bu tür bir sorun felsefenin ilk ve temel so- runudur.

Bu araştırmada hukuk, bütünü açı- sından tümel (küllî) olarak ele alınır ve bu ele alış biçimi ile de hukuk felsefesi, belli yer ve zamandaki hukuku araştır- ma konusu yapan hukuk biliminden açıkça ayrılır. Burada hukuk, geçmişte yürürlük kazanmış olan yada bugünkü Türk, Alman, İsviçre hukuku gibi belli bir hukuk düzeni yada bütünü ile özel hukuk, kamu hukuku yada ceza huku- ku, usul hukuku, uluslar arası hukuk gi- bi belli bir hukuk dalı değildir. Özellikle belirtilmelidir ki, aynı zamanda bu hukuk, olması gereken bir hukuk da de- ğildir. Felsefenin ilk sorunu olan "nite- lik sorunu"na karşılık hukuk felsefesi- nin de ilk sorunu, hukukun niteliği so- runudur. Burada cevaplandırılması ge- reken soru, hukukun nasıl olması ge- rektiği değil, hukukun ne olduğu, nasıl bir olgu olduğu sorunudur. Kısaca de- yimlenirse, felsefi bakış açısını belirle- yen hukuk, genellikle hukuk olup, onun niteliğidir.

Hukuk felsefesinin konu açısından hukuk biliminden bu ayrılığı, elbette bu

iki disiplinin konularına yaklaşım biçi- minin de, yöntemlerinin de, ayrılığını belirler; ne var ki, burada önemli olan bu ayrılıkların saptanması değil, hukuk felsefesinin pratik hukuk bilimine sağ- ladığı yararın ne olduğu, hukukta felse- fi görüş açısının zorunlu olup olmadığı sorunudur. İşte bu konuda hemen de- yimlenmesi gereken şudur ki, pratik hukuk bilimi (pozitif hukuk bilimi) bir toplumda yürürlükte olan herhangi normları değil, hukuk normlarını açık- lamak ister. Gerçekte, insan yaşamını kuşatan yalnızca hukuk normları değil- dir; bunlardan başka mantık, estetik, ahlak ve örf gibi diğer normlar da var- dır. Mantık normları düşünceye, estetik normları duyguya yönelmekle kolayca hukuk normlarından ayırt edilebilirse de, hukukla birlikte insanın davranışla- rına, iradesine yönelen ahlak ve örf normlarının hukuk normlarından ne yolda ayrıldıklarının saptanması güçlük taşır. Çünkü bu tür normlar da hukuk normlarıyla ortaklaşa aynı biçimsel özellikleri sergilerler; onlar da birer norm olduğu gibi, zorlayıcı bir buyruk niteliğindedir. Üstelik içerik yönünden de hukuk karşısında kesin bir ayrılık göstermezler. Oysa bir hukuk bilimi önce konusunu belirlemek, konusunu oluşturan olgu ve kavramları benzerle- rinden ayırmak, bunları karşılıklı sınır- landırmak zorundadır. Bunun için de araştıracağı normları benzerlerinden güvenlik ve kesinlikle ayıracak ölçüyü bilmek durumundadır.

İşte pozitif hukuk bilimine bu ölçü- yü, ancak hukuk felsefesi verecektir. Gerçi hukuk kavramının saptanmasın- dan çok daha önce hukuk biliminin po- zitif hukuku inceleyip işlediği, hukuk felsefesince yürütülen çalışmalara ge- rek olmadığı söylenebilir. Oysa bu ge-

reklilik zaman bakımından değil, mantık açısından bir gerekliliktir. Önceden hukuk kavramında açıklığa kavuşmuş olan bir hukukçu, sezgisine dayanarak neyin hukuk olduğunu saptasa bile, önceden mantıki bir bilginin gerekliliğini algılayacaktır. Böyle olunca da bir normu neden dolayı hukuk olarak kabul ettiğini kendine soracaktır. Bu sorunun cevabını almak üzere de hukuk felsefesine başvurmak gereğini duyacaktır; çünkü sorun tümel olana ilişkin olmakla tamamen felsefi niteliktedir.

Üstelik, hukukun niteliğine yönelik çalışmalar hukuk bilimine, konusunu aydınlatmada nasıl bir yöntem uygulaması gerektiğini de ortaya çıkarmış olacaktır. Çünkü bir bilimin muhtaç olduğu araştırma yöntemini ancak konusunun niteliği belirler.

Hukuk felsefesi diğer yandan adaletin ve onu gerçekleştirecek bir hukukun açıklanması ve tartışmasını yapar.

Bilindiği üzere, bu konuyla ilgili tartışmalarda bir görüş (pozitivizm) kişisel kanılardan bağımsız, salt olarak geçerli değerler ve ilkelerin bulunamayacağını söylemektedir. Buna göre, adalet ve ona içerik kazandıracak olan doğal hukuk normları da kabul edilemez. Pozitif hukuk, mevcut anayasaya göre meydana gelmiştir ve bu onun bağlayıcılığı için yeterlidir.

Bir başka görüş ise, haklı olarak, salt ve nesnel değerlerin varlığını kabul etmekte, hiç kimsenin çelişkiye düşmesizin bunların varlığını reddedemeyeceğini söylemektedir. Bu arada, adalet değerinin de varlığı ve hukukun asıl işlevinin adaleti gerçekleştirmek olduğu vurgulanmaktadır. Adaletle sırt çevirmiş bir hukuktan söz etmek, estetik değeri amaç edinmemiş bir sanattan yada

hakikate uzak kalan bir bilimden söz etmek kadar anlamsızdır.

Adaletin hukukun en önemli bir işlevi olarak kabul edilince, diğer yandan doğal hukuk araştırmalarının meşruluğu da ortaya konulmuş olur. Çünkü adalet içerikten yoksun salt bir eşitlik düşüncesini dile getirmektedir; bu haliyle uygulanabilir bir nitelik taşımakta, daha da kötüsü keyfiliğe kapıları açmaktadır. Bu nedenle doğal hukuk araştırmaları ahlakın da bir buyruğu olarak kabul edilmek gerekmektedir.

Nedir ki, pozitivistizmin aşılması, pozitif hukukun üstünlükleri görmezlikten gelinerek yada küçümsenerek gerçekleştirilmemelidir. Toplumsal düzen açısından büyük önemi olan "hukuk güvenliği"nin sağlanması için yürürlükteki normlar dikkate alınmak gerekir. Pozitif hukuktan başka, daha adaletli bir hukuka kesin bir bilgi edinilmesi olanağı çok azdır. Pozitif hukukun önceliği, hukuk güvenliği aracılığı ile bir ölçüde adaletin gerçekleşmesi demektir. Çünkü hukuk güvenliği hukukun her durumda aynen uygulanmasını ve sürekliliğini gerektirir ki, bu, adaletin temeli olan eşitlik düşüncesine uygun düşer. Nedir ki, bu düşünce pozitif hukukun adaletsizliğinin apaçık belirlediği durumlarda geçerliliğini yitirir, doğal hukuk ilkelerine dönüşmesini zorunlu ve haklı kılar.

SONUÇ olarak vurgulanmalıdır ki, felsefenin insan yaşamındaki önemi asla red ve inkar edilemez (yadsınamaz); felsefe yapmak, sırf bir kafa sporu olarak görülemez ve görülmemelidir. İnsan hareket eden (devinen), eylemlerde bulunan bir varlıktır. Bu eylemleri ile o, yaşadığı ortama biçim verir, onu değiştirir, genel anlamda bir üretimde bulunur. Bu etkinliklerinin doğadan gelen

tek bir amacı vardır: Kendine yararlı bir ortam sağlamak, yaşamını kolaylaştırıp güvenilir kılmak.

Ancak, insan yalnızca bedenden ibaret değildir. Onu hayvandan ayıran tinsel (içsel, manevi) bir yanı da vardır. Bu yanının varlığını koruyabilmesi ise, onun iç düzenini sağlayıp sürekli kılınması ile olanaklıdır. Bu iç düzeni sağlayacak olan da, kademeli bir yapıya sahip değerleri canlı tutmak, onların ortaya koyduğu doğal bir ihtiyaçtan öte nitelikteki gereksinimleri karşılamakla olur; değerler bir "olması gereken" içermele insana "beni gerçekleştir!" diye seslenir. İnsan bu sese kulaklarını tıkadığında en derin bir biçimde mutsuz olur; kendine sadakatsizliğin, insan olarak kendini yok etmenin sancılı bilinci yaşar. O, yaşamını sağlamayı ve mutluluğu, yalnızca değerleri gerçekleştirmekte, anlamlı bir yaşam sürmekte bulur; kendine yabancı, kendi ben'ine (içsel varlığına) aykırı doğal zorunlulukların (ihtiyaçların) buyruğundan kurtulup değerlerin istemi olan gereksinimleri yansıtan bir anlam taşıdığı anda her davranışı, iyiyi, hakikati ve güzeli temsil eden kültürü üretmiş olur,

her türlü değil de ancak böyle bir üretimle insanca bir dünyayı kurma şansını elde eder.

Bunun içindir ki insan, değerleri ve değerler düzenini açıklayan, ideolojiye dayalı fanatik bir yaklaşımla değil de, bilime ve özgür tartışmaya dayalı bir dünya görüşü ile anlamlı bir yaşamı öneren felsefe ve felsefi düşünceye kaçınılmaz ölçüde gereksinme duyar. O, her adımında, her nefes alışında felsefe yapar, yaşamının anlamını arar; doğru yada yanlış, iyi yada kötü olsun, her insanın dünyaya bir bakış açısı vardır, her insan felsefe yapar.

Hukukta ise, onu hukuk yapan, bir kültür olayı kimliğine kavuşturan adalet de yüksek etik değerlerden biri olmakla hukuk biliminin ve her hukukçunun çalışmalarına ve yaşamına anlam katacak olan, vazgeçilmez bir değerdir. Çağdaş hukukçu ne çıkarıcıların, ne üstün gücün, ne de egemen bir görüşün buyruğundadır; o, herhangi bir politik görüşün sözcüsü olamaz; onu hukukçu yapan yalnızca adaletin hizmetinde olmasıdır. Bunun için de, kişisel felsefeden uzak, bilime dayalı gerçek felsefeye, sadece ona başvurmak zorundadır.

# Hukuk Felsefesi Öğretimi

Adnan Güriz<sup>(\*)</sup>

1924 yılında Mustafa Kemal Paşa İstanbul Eminine (Rektörüne) çektiği telgrafta, eğitimin Cumhuriyet ilkelerine uygun yapılmasını önermişti.

1925 yılında Mustafa Kemal Paşa eski hukuku kökünden kâl etmek (yık-mak) amacından söz etmişti. 1925 yılında 3 yıl eğitim vererek hukukçu yetiştirmek amacını güden Ankara Hukuk Mektebi açılmıştı.

1925 yılında açılan Ankara Hukuk Mektebi programında hukuk felsefesi dersi yoktu. Bununla beraber hukuk tarihi dersi müfredat programına konulmuştu.

Mustafa Kemal Paşa Ankara Hukuk Mektebi'nin müderrisler (profesörler) kurulu başkanlığına getirilmiş, fahri Hukuk Tarihi profesörlüğü görevi de Başbakan İsmet Paşa'ya verilmişti. 1946 yılında Ankara Hukuk Mektebi'nin ismi değiştirilmiş ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi adını almıştır.

Hukuk fakültelerinde 1933 yılından beri hukuk felsefesi dersleri verilmektedir. İlk kez 1933 yılında programa konulan bu dersler, 1941 yılından itibaren Ankara Hukuk Fakültesi'nde zorunlu ders olarak okutulmaya başlanmıştır.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde ise 1953-1982 yılları arasında hukuk felsefesi dersi zorunlu olmaktan

çıkarılmış ve seçmlik ders haline getirilmiştir.

1925-1926 ders yılından itibaren Sadri Maksudi Arsal hukuk tarihi ders programı çerçevesinde hukuk felsefesi konusuna da değinmeye başlamıştır.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 1933 üniversite reformundan itibaren hukuk kültürü veren dersler müfredat programında yer almıştır. Richard Honig ve Ernest von Aster tarafından verilen hukuk felsefesi dersleri reform programının tamamlayıcısı olarak değiştirilmiştir.

Sadri Maksudi Arsal evrensel kapsamlı değişmez içerikli tabii hukuk anlayışını savunmuştur. Sadri Maksudi Arsal'a göre hukukun görevi mümkün olduğu ölçüde adaleti gerçekleştirmektir. Arsal adaletin yüksek insanlık kanunu olduğunu, adaleti inkara yönelik hiçbir hukuk sistemi olmadığını savunmuştur.

Richard Honig, 1933-1958 yılları arasında tabii (doğal) hukuk görüşünü savunmuştur. Richard Honig, tabii hukukun insan aklı tarafından algılandığını ve onun değişmesinin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür. Ona göre, hukuk idesinin (fikrinin) ayırtıcı niteliği adalettir. Tabii hukukun kaynağı ise insan aklıdır. Aynı zamanda tabii hukuk, pozitif (uygulanan) hukukun değeri-

dirilmesinde yararlı olan bir araç sayılmıştır.

Ernest von Aster, bütün insanlar ve uluslar için geçerli bir tabii hukukun varlığına inanıyordu. Bu hukuk mutlak ve değişmez olduğu gibi insan doğasına da uygundur.

Yavuz Abadan'ın görüşüne göre, tabii hukukun hürriyet düşüncesi ile birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Onun tabii hukuk yaklaşımı Honig'in görüşüne yakındır. Abadan'a göre, hukukun amacı adaleti ve güvenliği sağlamaktır. Abadan dağıtıcı adalette rol oynayan denge ilkesine de önem vermiştir.

Abdülhak Kemal Yörük, hukukun deneyimden çıkarılan gerçeklerle değil, aklın kabul ve teslim ettiği gerçeklerle bilgilendiğini, onları kapsamına aldığı-nı savunmuştur.

Abdülhak Kemal Yörük'e göre, ahlak ve hukuk birbiri ile çelişmezler. Hem ahlakta, hem de hukukta sabit ve değişmez kurallar vardır.

1953-1982 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde seçmlik olarak okutulan Hukuk Felsefesi dersleri bundan sonra zorunlu hale gelmiştir.

Tabii hukuk üzerinde duran diğer bir fikir adamı Orhan Münir Çağıl'dır. Çağıl'a göre, hukuk insanın ahlaki karakterinde gizlidir. Hümanist felsefenin de tanrı idesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir. Tabii hukuk insanın toplumsal niteliğine uygundur. Orhan Münir Çağıl savunduğu hümanizmin Tanrı düşüncesine bağlı olduğunu da belirtmiştir.

Rahmi Çobanoğlu, Saint Thomas Aquinos'un etkisi altında kalmıştır. Ona göre, yaptırım hukukun asli değil tali unsurudur. Ortak hayır hukukun

amacıdır. Adaletin en önemli unsuru ise eşitliktir.

Aslında tabii hukukçular tarafından yapılan çalışmalarda üç temel unsur üzerinde durulmuştur. Bunlar etik değer, sosyal olgu ve şekildir.

Hamide Topçuoğlu pozitivist görüşten yana olmuş ve hukuku sosyal bir gerçeklik olarak incelemiştir. Topçuoğlu tabii hukuk yaklaşımına karşıdır. Tabii hukukun demokrasinin zorunlu bir unsuru olduğu görüşü de doğru değildir.

20. yüzyılda tabii hukuk pozitif hukuk düzeni içinde ahlaki unsurların bir sembolü olarak ortaya çıkmıştır. Bu anlamda tabii hukuk kanun koyucunun vicdanına yönelen ahlaki emirden başka bir şey değildir.

Ernest Hirsch, hukuku sosyal bir olgu olarak değerlendirmiştir. Ona göre, norm, sosyal hayatta kullanılan bir ölçüden başka bir şey değildir. Sosyal hayatta görülmesi gerekli en yüksek değer sosyal barıştır. Hukuk da sosyal barışı sağlamaya elverişli bir araç olarak değerlendirilmek gerekir.

Tabii hukuk, hukuk felsefesi tarihinde önemli ve sürekli rolü olan bir düşünce akımıdır. Yunan düşüncesinde tabii hukuk görüşünde kaos ve çatışma bulunan fakat düzen isteğini taşıyan aklı ilkelere ulaşmak amacı olarak değerlendirilmiştir.

Orta çağda bir süre tanrısal hukukla eş anlamlı sayılan tabii hukuk 12. yüzyıldan itibaren Avrupa'da hem kilisenin hem devletin egemenlik iddialarını desteklemek amacına hizmet eder anlamda yorumlanmıştır.

17. ve 18. yüzyıllarda tabii hukukçuların üzerinde ısrarla durdukları sosyal sözleşme teorisi devletin ve devlet organlarının otoritesini ve bu otoritenin

(\*) Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (Em.)

sınırlarını açıklamak amacıyla sık sık değerlendirilmiştir. Sosyal sözleşme teorisi sözleşmelere uymanın gerektiği veya söze bağlılık ilkesinin uygulanması postulatına dayanır. Sosyal sözleşme teorisi bazı yorumcular tarafından halkın egemenliği ve insan hakları ilkelerine bağlı bir devlet düzenini meşrulaştırmak için başvurulan bir araç olmuştur. Özellikle J.J.Rousseau'nun yorumladığı şekilde sosyal sözleşme kuramı genel iradeye dayalı bir devlet düzeni kurulması amacı için kullanılmıştır. Yeni Çağda tabii hukukun ayrırcı özelliklerinden birisi insan hakları kavramı üzerinde ısrarla durulması gerçeğinde kendisini göstermektedir. Örneğin tabii hukukçu John Locke, insanın üç temel hakkının hayat, hürriyet ve mülkiyet olduğunu belirtmiş, devletin bu hakları savunmakla görevli olduğunu hatta devletin kuruluş nedeninin onları korumak olduğunu savunmuştur.

Tabii hukukçular, tabii hukuk ilkelelerinin açık ve seçik olduğunu özellikle savunmuşlardır. Tabii hukuk anlayışına göre, hürriyet, eşitlik ya da insanın bağımsız bir değer olması ispat gerektirmeyen açık ve belirgin kavramlar temsil ederler.

Yine tabii hukuk anlayışına göre, bir ülkede pozitif hukuka uyulmasının temel nedeni pozitif hukuk kurallarının adalete, ahlaka başka bir deyişle tabii hukuka uygun olduğuna inanılmasıdır. Bu nedenle tabii hukuk kuralları pozitif hukukun değerlendirilmesi için geçerli ve yararlı bir kriter hizmetini görürler. Bundan başka pozitif hukukun saygı görmesinde ve ona itaat edilmesinde tabii hukukun adalet idesine uygunluk önemli etkindir.

Ancak tabii hukuk özellikle 19. yüzyılda sert eleştirilere maruz kalmıştır.

Faydacı Okul taraftarları tabii hukuk esaslarının gerçekte ilgisiz olduğunu, insan davranışlarına yön veren iki temel etkenin haz ve elem olduğunu, dolayısıyla da hukukun amacının adalet değil, fayda ilkesinde aranması gerektiğini belirtmişlerdir.

Almanya'da 19. Yüzyılın ilk yarısında Tarihçi hukuk, hukukun soyut ve genel tabii hukuk ilkelerinden oluşmadığını tersine halk ruhunun (volksgeist) hukuku yarattığını savunarak tabii hukuka karşı çıkmıştır.

Yine 19. ve 20. Yüzyılda pozitivist akım hukukun devletin yetkili organlarınca çıkarılan kurallar bütünü olduğunu ve insan aklı aracılığı ile bulduğu tabii hukuk ilkelerinin yürürlüğünden söz edilemeyeceğini, sosyal hayat şartları değiştikçe hukuk kurallarının değişmesinin de olağan sayılması gerektiğini belirtmiştir.

Ancak 20. Yüzyılda tabii hukuku yeniden canlandırmak amacını güden bir hukuk akımı dikkati çekmiştir. Bu akım bazen "tabii hukukun yeniden doğuşu" (Tabii Hukuk Rönesans'ı) olarak isimlendirilmiştir.

Günümüzde postmodernizmin hukuk hayatında etkisi giderek artmaktadır. Postmodernizm, eski kültür hiyerarşilerini geçersiz kılmak, seçkin ve popüler, yüksek ve aşağı, güzel ve çirkin şeklindeki kültür ayrımlarını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu tür ayrımların ortadan kalkmasının toplumda daha geniş ve etkili bir hoşgörü ortamının oluşmasında rol oynayacağı postmodern yazarlar tarafından ileri sürülmektedir. Yine bu yaklaşıma göre, milli kültürle ilgili sınırların yeniden çizilmesi gündeme gelmiş bulunmaktadır. Çok kültürlülüğün savunulması aynı zamanda birbirinden farklı nitelikli

ahlaki değerlerin varlığını kabul etmek sonucunu da içermektedir.

Birbirleri ile çelişen ahlak teorilerinin ve önermelerin tek bir kuramda birleştirilmesinin mümkün olmadığı kabul edildiği için ahlak alanında görecellik postmodernizme ait bir özellik olarak kendini göstermektedir.

Postmodernizme göre, din olgusu etkinlik kazanmaya başlamıştır. Katolik kilisesi, Asya ve Afrika'da katolik inancını yayma çalışmalarını sürdürmekte, İslam dini hızla yayılmakta, Hristiyanlık eski Sovyetler Birliği'nde yeni yandaşlar aramaktadır.

Müslüman toplumda postmodernizm, batılı veya ithal yabancı kimlikler karşısında İslam kimliğinin savunulması için bir araç olarak kullanılmaktadır.

Postmodern ahlak anlayışı aynı zamanda ideolojilerin sonunun geldiği görüşünden de yanadır. Televizyon imajına dayanan yeni kültür anlayışı eskiyi tamamen ret etmemektedir. Zaten eskiyi yücelten ve ona özenen bir nostaljinin de kültür alanında etkin olduğu görülmektedir.

Postmodern kültürdeki parçalılık, aydınlanmış ve vatandaşlık bilincine sahip olmuş insanları yetiştirmek, savaşları önlemek gibi amaçların benimsenmesini de bir köşeye atmaktadır. Eski idealler postmodern dönemde yerini iyi meslek, beceri sahibi olmak amacına bırakmaktadır.

Çeşitli görüşleri ve yaklaşımları bağrında barındıran postmodern ahlak anlayışının tutarlı bir ahlak teorisi oluşturma şansının bulunmadığı söylenebilir.

Postmodernizm, hukukta görülen ve yerleşmiş bulunan hiyerarşileri yıkmak amacını gütmektedir. Merkezi hükümetin yerel yönetimler, erkeklerin kadın-

lar üzerindeki egemenliğini bertaraf etmek istemektedir.

Modern hukuk yaklaşımı hukuku kutsal yapmış, hakları önemsizleştirmiştir. Oysa postmodern hukuk, hukuku önemsizleştirmekte ve hakları kutsallaştırmak istemektedir. Postmodernizm, hukuk alanındaki değişimin azami hukuktan asgari hukuka geçiş süreci içinde olacağını iddia etmektedir.

1980'li yıllara kadar postmodernizmin hukukçular üzerinde fazla bir etkisi olmamıştır. Ancak günümüzde postmodernizm, hukuk sistemine bir karşı çıkış, bir meydan okuma, bütünleştirici düşüncenin ve homojenliğinin reddedilmesi olarak kendini göstermektedir. Bu akıma göre marjinal olana, farklı olana, kenarda bulunana yolu açmak gereklidir. Şu halde postmodernizm, hukukta değişmeye, çoğulculuğa ve yerelliğe imkan verilmesinden yanadır.

Postmodernizme göre, serbest tartışma, yeni kolektif birimlerin hukuk hayatında etkili olmasında rol oynayacaktır. Serbest tartışma yanında eşitlik de yeni hukuk biçimlerinin oluşmasında etkili olacaktır. Postmodernizm, pragmatizmin hukuk alanında yeniden canlandırılması üzerinde de durmaktadır.

Kültür hareketi olarak postmodernizm ne olsa gider (anything goes) görüşünü benimsemiştir. Bu yaklaşım aslında her türlü başkaldırıya olanak tanımaktadır. Bu akıma göre, Nasyonal Sosyalizm silahlı mücadelede yenilmiştir. Marksizm de iktisadi ve teknolojik büyüme karşısında sınınanarak mağlup olmuştur. Sosyal demokrasi son yılların isteklerine cevap vermekte zorlanmaktadır. Ulus devlet hızlı sermaye ve bilgi hareketliliği tarafından tehdit edilmektedir.

Postmodern yaklaşıma göre serbest tartışma ( tahakkümsüz tartışma ) ve eşitlik yeni kolektif birimlerin oluşmasında hayati bir rol oynayacaktır. Ancak politik merkezilik ilkesinin red edilmesinin ve ademi merkezîyet yoluyla bütün sorunlara çözüm bulunacağı görüşünün tartışmaya açık olduğu unutulmamalıdır.

Çağdaş hukuk teorisi bakımından postmodernizmin savunduğu en önemli görüş sivil itaatsizlik konusunda kendisini göstermektedir. Sivil itaatsizliği savunan postmodernlere göre, hukuk alanında en yüksek başvuru mercii yasa, yürütme ve yargı değil kamuoyudur. Hukuk düzeni toplum hayatında güveni ve istikrarı temelden baltalamak tehlikesi taşıdığı için ihtilal hakkını kabul etmemiştir. Bu yaklaşımın kanunlara yansıdığı da bir gerçektir. Başka bir deyişle, hukuk, itaatsizliğin ve hukuk düzenini hiçe sayan görüşün toplum hayatında istikrarı ortadan kaldıracı olduğu konusunda duyarlıdır. Çünkü kanunların eleştirilmesi ve değiştirilmesi için çaba harcanması meşru nitelik taşır. Buna karşı kanunların açık şekilde çiğnenmesi toplum hayatında huzursuzluğa ve istikrarsızlığa neden olabilir.

Postmodernizmin sivil itaatsizlik yanında günümüzde karşılaştığı bir soru köktendincilik (fundamentalizm) ile ilgili bulunmaktadır. Fundamentalizm kutsal din kitaplarında yazılı her şeyin doğru olduğunu ve aynen uygulanmasını öngören yaklaşımdır. Evangelizm bu yaklaşımla ilgili olarak ABD’de kendisini göstermektedir.

Postmodern yaklaşıma göre, haki- min vicdanına göre karar vermesi gereklidir. Bu şekilde hukuk normunun üstünlüğü bir yana bırakılmakta ve ha-

kimin kendi vicdanında yer etmiş bulunan ahlaki ve hukuki ilkeleri göz önünde bulundurulması istenmektedir. Bu yaklaşımın temelde hukuk hayatındaki istikrarı baltalayıcı sonuçlar doğurması tehlikesi vardır. Başka bir ifade ile postmodernizm, hukuk normları yerine hakimnin tabii hukuku göz önünde tutarak karar vermesini önermektedir. Bu tür bir yaklaşımın modern tabii hukukun bir sonucu olduğu da savunulmaktadır. Ancak hakimnin kendi vicdanından yansıyan tabii hukuk ilkelerine göre karar vermesi hukuki pozitivizmin red edilmesi sonucunu doğurması yanında hukuk hayatında istikrarın ve kesinliğin kaybolması gibi bir tehlikeyi de gündeme getirmektedir.

Postmodernizm, fundamentalizm yanında etnisite üzerinde de durmakta ve etnik gurupların haklarını savunarak ulusal devletin merkezi otoritesine karşı çıkmalarının günümüze ait bir gerçek olduğunu ileri sürmektedir. Postmodernizmin etnik gurupları teşvik edici nitelik taşıyan bu yaklaşımının da tehlikeler taşıdığı açıktır. Etnik guruplara özerklik tanıyan yaklaşımın kapitalizmin temel ilkeleri ile de bağdaşmadığı söylenebilir. Bilindiği gibi kapitalizm iki temel ilkeye dayanmıştır. Bunlar mülkiyet ve sözleşme hürriyetleridir. Bu hürriyetlerin ulus devlet sistemi içinde daha etkili şekilde gerçekleşeceği konusunda şüphe etmemek gerekir.

Amerikalı düşünür Jameso postmodernizmin Amerika’nın askeri, siyasi ve iktisadi hakimiyetinin üstyapısal bir ifadesi ve Avrupa merkezci egemenliğinin sona ermesinin işareti olduğu kanısındadır.

Günümüzde hukuk hayatını değerlendirenken normativist yaklaşımın aydınlatıcı bir nitelik taşıdığını gözden

uzak tutmamak gerekmektedir. Hans Kelsen’in haklı olarak belirttiği gibi bir hukuk sisteminin varlığının temel şartı onun minimum (asgari) bir etkinliğe sahip olmasıdır. Hukuk sistemi minimum etkinlik kazandıktan sonra hukuk düzeninin dayandığı temel normun ne olduğu anlaşılabilir. Temel norm günümüzde de hukuk düzeninin varlığının ve geçerliliğinin asıl kriteri olmakta devam etmektedir. Postmodernizmin tabii hukuku hakimnin vicdanına göre karar verilmesi şeklinde kullanma girişimi aslında tabii hukukun savunduğu temelle- re ters düşmektedir. Öyle anlaşıyor ki, günümüzün tabii hukukçularının postmodernizmin tabii hukuktan olan farklılığını göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

Postmodernizmin üniversite öğretimi bakımından oluşturduğu bir tehlike de bilim adamlarını şirketlerin amacı için çalıştırmaya götürmesi ve bilimin halkın hizmeti yerine büyük şirketlerin çıkarları yönünde kullanılmasıdır. Bu şekilde postmodernizmin yardımıyla, halkın bilimin yararlarından daha ucuz şekilde yararlanması zorlaşmaktadır.

İdeolojilerin artık ortadan kalktığı şeklinde postmodern yazarların savunduğu görüş de gerçeği yansıtmamaktadır. Sosyal hayat varolduğu, sosyal düşünceler doğaları gereği eyleme ve politikaya dönüştükleri sürece ideolojiler de varlığını sürdürecektir. Bu nedenle

günümüzde ideolojilerin sonuna gelindiğinden söz etmek yanlıştır. İnsana özgü nitelikler değişmediğine göre, ideolojilerin ve büyük anlatıların varlığını koruyacağı söylenebilir.

İdeolojilerin tarihi ile ilgili 200 yıllık gözlem, yumuşak ideolojilerin varlıklarında saklı esneklik dolayısıyla sosyal yaşamın gereklerine daha iyi uyduklarını göstermektedir. Öntümüzdeki yıllarda ideolojik mücadelenin daha çok kapitalizm ve sosyal demokrasi arasında cereyan edeceği tahmin edilebilir.

#### Kaynakça

- Featherstone, N. Postmodernizm ve Tüketim Kültürü, Çev: Küçük, M. 1996
- Featherstone, N. In Pursuit of The Postmodern, An Introduction, Theory, Culture and Society, 1988
- Fraser N. Nicholson Feminism and Postmodernizm, 1990
- Freeman, MDA. Lloyd’s Introduction to Jurisprudence, 1994
- Güriz, A. Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, 1997
- Güriz, A Hukuk Felsefesi, 2003
- Irzik, Gürol. Bilim Savaşları, 2005
- Habermas, J. Postmetaphysical Thinking, 1992
- Jameson, F. Postmodernizm, 1994
- Ökçesiz, H. Sivil İtaatsizlik, 1994
- Touraine, A. Modernliğin Eleştirisi, Çev:Tufan, H. 1995



## Hukukun Bilimselliği

Niyazi Öktem<sup>(\*)</sup>

### Bilim Kavram ve Olgusuna Farklı Bakışlar

Hukukun bilim olup olmadığı hususu yıllardır tartışılmaktadır. Tartışmada bilime bakış tarzı, bilimden ne anlaşıldığı ve paradigmlar önem taşımaktadır. Antik Yunan'dan günümüze bilim üzerine değişik yaklaşımları görmekteyiz. Tümel-tekil, evrensel(genel)-tekil ilişkileri içerisinde bilimi tanımlama eğilim ve çatışmaları felsefede hep varolmuştur. Bilimsel bilginin ne olduğu, elde etme süreç ve mantığının özellikleri epistemolojinin gündemini hep işgal etmiştir; işgal etmeye de devam edecektir. Farklı bakış açılarının olması, böylelikle farklı bilim anlayışlarının ortaya çıkması son derecede doğaldır.

Bizim kanımıza göre bilimsel bilgi elde etmek, deneyi de içeren mantıksal-rasyonel bir işlem ve süreçtir. 'Ve böyle olduğu için, her genel kavram, öncelikle, empirik bir içeriği olsun olmasın, rasyonel yoldan inşa edilmiş bir yapı görünümündedir. Ne var ki, bildiğimiz üzere, özellikle bilimlerde, bir genel kavramın empirik bir içeriğe sahip olması gerekir. Bir genel kavramı empirik yoldan oluşturmak için ise, tekillerde ortak olan yönleri tek tek tespit etmek ve bunları soyutlamayla biraraya toplayıp bir ortak nitelik olarak o sınıf

fın tüm bireyleri, o sınıf içerisinde yer alan tüm tekilleri için geçerli kılmak gerekir.'<sup>(1)</sup> 'Tümel, evrenseli zihinde düşünmeden, herhangi bir bilgi faaliyeti gerçekleşemez'.<sup>(2)</sup>

Örneğin, doğa biliminde yerçekimi kanunu belli bir elma ağacından düşen elmanın serencamını dikkate almaz. Genel olarak cisimlerin düşüş kanunu, fizik bilimi içerisinde irdeler. Belli bir ağaçtan düşen elma bir tekindir, diğer tekil 'elmalar' da aynı koşullarda ve aynı konumdaysa, yani düşüyorsa ve bu durum tüm zamanlar için geçerli ise ortada bilimsel bir hakikat vardır. Psikoloji, Ali'den, Veli'den, Ayşe'den, yani tikelardan davranış örnekleri alır, gözlemler; sonra genel olarak heyecan, tutku, kapris gibi durumların genel özelliklerini 'tümelleştirir', saptar ve diğer Ayşe'leri, Veli'leri, Ali'leri tümel, genel psikoloji kanunlarına göre inceleme alanı içerisine koyar.

Socrates-Platon-Aristoteles geleneğine dayanan bizim eğilimimiz rasyonalist bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Mistik, metafizik ve idealist yaklaşımların tutumu kuşkusuz çok farklı olacaktır. 'Kim haklıdır?' diye bir soru sormuyoruz, çünkü biliyoruz ki felsefe ve sosyolojide farklı bakış açıları, paradigmlar düşünce tarihini etkilemiştir. No-

minalistler olaya değişik açıdan bakmışlar, Kant fenomenal evrene ilişkin bilgiyi kuramsal akıla bağlı 12 kategoride, numenal evrene ilişkin verileri de uygulamalı aklın kesin buyruklarında aramıştır.

Epistemolojik süreç içerisinde bilimi farklı bakışlarla algılama, bilimlerin felsefeden kopuşunda da görülmektedir. Antikitede tek bir bilim vardı felsefe. Tüm bilimler felsefenin çatısı altında yer almaktaydı. Önce matematik koptu felsefeden. Sonra, tarihsel süreç içerisinde doğa bilimleri. Rönesans, Akıl Çağı ve Aydınlanma Çağı bu kopuşun başladığı dönemlerdir. Ve XIX. yüzyılda doğa bilimleri-sosyal bilimler ayrımı gündeme geldi. Ayrım ve felsefeden kopma kuşkusuz kesin sınırları içermez. Sosyal bilimler-doğa bilimleri ayrımında çok ortak özellikler vardır ve her ikisi de asla ve asla felsefeden kopmaz.

Öte yandan, bilime ilişkin ayrımlar içinde idealist-teolojik yaklaşımlarda işin göreceliğini vurgular. 'Akli ilimler-nakli ilimler''hadis ilmi'', 'tefsir ilmi' ve bunlara bağlı olarak 'fıkıh ilmi'de gündemdedir. İrasyonel konumda olan, inanca dayalı bulunan bir alanın bilim olup olmayacağı kanımızca son derecede tartışmalıdır. Ama iman ve inancı çok güçlü olan bir düşünür açısından bu yargımız yadırganabilir. Tümel-tekil bağıntısını 'tümelci Batı mantığı' içinde görmemiz olanaklıyken Uzakdoğu, Hindistan ve Antik Ortadoğu kültürlerinde ve bu kültürlerle dayalı geleneklerin bir çoğunda tekilci kullanıma dayalı bir zihniyette rastlanır.<sup>(3)</sup>

Görülüyor ki bilime farklı bakış farklı geleneklere dayanmaktadır. Özetle neyin bilim olup olmadığı hususunda

göreceli bakışları görerek, diğerlerini bilgisizlikle, cehaletle suçlamamak gerekir. Kanımızca, felsefe ve bilimde bu tür suçlamaların düzeyi tartışılır.

Farklı bakış açılarının, farklı paradigmların getirmiş olduğu farklı bilim anlayışı üzerine yapılan tartışmalar kuşkusuz rasyonel, bilimsel bir düzlem içerisinde cereyan etmektedir. Bir de konu alanının önemine bağlı olarak duygusal düzlemde tartışmalar tanık olmaktadır. Örneğin tababetin öneminden hareketle tıp ilminden söz edilmektedir. Tıp bir uygulamadır, tekniktir. Genelde doğa bilimlerinin verilerine bağlı olarak insan hastalığı teşhis edilir ve tedavi cihe-tine gidilir. Fizik, kimya, biyoloji, farmakoloji vs gibi doğa bilimlerinden, deneylere bağlı olarak elde edilen bilgilerle tıp bilimsel temele oturtulur. Doğa bilimlerinin aşağıda açıklayacağımız kurallarının getirdiği determinizm dışına çıkıldığı taktirde, tıp uygulaması bilimsel temellerden uzaklaşmış olur. Hacıların, hocaların, şamanların, gerisör denenilen tıp tahsilinden geçmeyen insanların teknikleri bir tür tababettir ama bilimsel değildir. Onlar 'adi bilgi-gündelik bilgi' düzeyindeki yaşam deneyimlerini ortaya koymaktadırlar. Rastlantı veya yılların getirdiği deneyimlerin sonucu olarak bazı vakaları tedavi edebilirler ama bilimsel dayanaklardan söz edebilmemiz olanaksızdır. Bu nedenle ki, akapunktür türünden alternatif tıp 'ilmi' henüz bilimsellik özelliğine dayanmamaktadır.

İletişim alanında da benzer eğilimler mevcuttur. İletişim bir sanattır, bir tekniktir. Çağımızda son derecede önemli bir konuma gelmiştir. Ama iletişimin dayandığı bilimsel temel sosyal bilimlerdir.

(\*) Prof. Dr., İ.Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi  
(1) ÖZLEM, Doğan: Doğa Bilimleri ve Sosyal Bilimler Ayrımının Dünü ve Bugünü Üzerine, in Siyaset, Bilim ve Tarih Bilinci, İstanbul 1999, İnkılap Kitabevi, s.87.  
(2) İBİD. 89

(3) ÖZLEM: a.g.e. 91.

Benzer yargılar hukuk için de geçerlidir. Hukuk insan yaşamı açısından çok önemli konumdur. Önemi binaen ille bilim olması gerekmez.

### Bilim-Doğa Bilimleri- Sosyal Bilimler

Farklı eğilim ve görüşlerin, kuşkusuz ortak paydaları mevcuttur. Doğa bilimleri ve sosyal bilimler ayrımını da göz önünde bulundurarak ortak paydaları irdelemeye çalışalım. 'Hemen belirtelim ki sosyal bilim terimi XIX. yüzyılın bir terimidir. Ve bu terimi kullananlar, tarih ve toplumu konu edinecek olan tümelci bir bilim modeli geliştirmek isteyenlerdir. Başka bir ifadeyle sosyal bilim terimi tümelci söylemin benimseydiği bir terimdir.'<sup>(4)</sup>

Şimdi bilimden ne anladığımızı ortaya koyalım. Yaygın bir eğilime göre bilgi, gündelik bilgi (adi bilgi), bilimsel bilgi ve felsefi bilgi diye üçe ayrılmaktadır.<sup>(5)</sup> Bilimsel bilgi gelişigüzel bir yöntemle elde edilmeyen, bir yöntemle, bir sisteme göre kodlandırılan, tüm zamanlar için geçerli olan bilgiler 'manzumesidir', sistemidir. Bilimsel bilgi, yani bilim sübjektiviteyi, göreceli olanı dışlar. Bilginin nesnesindeki genel geçer olanı bulur. Somut fenomenler incelenir, belirgin sonuçlara ulaşılır kanun ve kurallar ortaya çıkar. Örneğin ısıtılan maden genişler, yumuşar. Sıcak olgusuyla madenin genişlemesi, yumuşaması olayı arasındaki değişmez ilişkiyi, sebep sonuç bağıntı bilim saptar. Değişme, genişleme, gevşeme geneldir, aksi mümkün değildir. Isıtma bu değişimin nedenidir, gevşeme, genişleme ise sonucudur. Isıtma-genişleme sürecine sebep-sonuç ilişkisi denmektedir. Sebep-sonuç arasındaki bağ deneysel

olarak kanıtlanmadığı takdirde bilimsellikten söz edemeyiz. Bilimsel bilgi nedensellik (sebep-sonuç ilişkisi, illiyet rabıtası) temeli üzerine oturur. Hakikati bilmek, nedeni bilmektir. Doğadaki 'determinizmleri' öğrenmek, kavramak, hakikati tanımak, onunla bütünleşmek bilimle uğraşmaktır. Bilimsel bilgi kolektiftir. İlk çağlardan günümüze kadar değişik bilim adamlarının, filozofların, matematikçilerin çalışmalarıyla, altın bir zincirin halkaları olarak günümüze kadar gelmiştir.

Özetle, evrende oluşan olaylarla, fenomenlerle ilgili gözlem, deney ve tefekkür sonucu elde edilip biriktirilen bilgilerden hareketle ve kişiden kişiye değişmeyen objektif yöntemler aracılığıyla yeni objektif bilgi üretme sürecine bilim denir. Bilimsel bilgi insanın bir yetisidir. Kanımızca Kant'ın dediği gibi kuramsal aklın kategorilerine bağlı olarak bilgi elde edilmektedir.

Bilime ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız genelde tüm bilim alanları için geçerlidir. Ancak sosyal bilimler açısından konuya dikkatle eğilmek gerekir. Her şeyden önce doğa biliminin inceleme alanı, insan iradesi dışında oluşmuş bulunan objektif ve kendisel bir yapıdır. Oysa sosyal bilimin inceleme nesnesi olan toplumun ve onun içinden çıkan kanun ve kuralların oluşmasında insan iradesi ağırlıklı olarak gündemdedir. İnsan iradesine bağlı olarak toplumlar, devletler kurulur; insan iradesi, kolektif bilincin ürünü olan toplumdaki davranış kurallarına geçerlilik kazandırır. Doğayı insan yaratmamıştır, ama toplum insan aklının ve iradesinin ürünüdür. Bu nedenle doğa yasalarında olduğu gibi, toplumsal kurallar tüm zamanlar için genel geçer ola-

maz. Gereğinde, koşullara ve hatta kaprislere göre, insan iradesi sosyal yapı, sosyal kurum, kanun ve kuralları değiştirir. Su tüm zamanlar için 100 derecede kaynar ve buharlaşır. Bu durum tüm zamanlar için genel geçer, evrensel bir kuraldır. Ama insan iradesinin eseri olan sosyal değişimler önceden bilinmediği için, bugünden tüm zamanlar için genel geçer kurallar, kanunlar üretmemiz olanaksızdır. Topluma ilişkin saptamalar, kurallar ve kanunlar bugün ve tarih için geçerlidir. Geçmiş bilmekteyiz ama gelecekteki ekonomik, teknik, bilimsel değişim ve bulguları bilmemiz mümkün olmadığından ileriye yönelik sosyal kuralları şimdiden saptayamayız. Geçmişin verilerine bakarak ancak bir tahminde bulunabiliriz. İleriyi bilmeden sosyal kuralları bugünden söyleyemeyiz. Örneğin, Marx eğer Orta Çağ'da yaşamış olsaydı işçi sınıfına dayalı bir sosyal ve tarihsel determinizm şeması üretmezdi, çünkü işçi sınıfı henüz tarihteki rolünü almamıştı.

Öte yandan doğa bilimleri ile sosyal bilimler arasındaki bir başka farklılık da değer yargısı bağlamında karşımıza gelmektedir. Doğa bilimleri değer yargısıyla uğraşmaz, suyun kaynamasını saptar o kadar. Bu kaynamanın güzel olup olmadığı veya ahlaken ne tür özellikler içerdiğine doğa bilimi kayıtsızdır. Doğa bilimleri 'olanı' inceler, 'olması gerekeni' incelemek sosyal bilimlerin ve özellikle felsefenin işidir. Suyun kaynarken çıkarmış olduğu buharın, güneş ışığıyla yansıttığı güzelliğini felsefenin aksiyoloji bölümünde yer alan estetik değer bize anlatır. Toplumsal kuralların, örneğin hukukun adalete, ahlaka uygun olup olmadığını da aksiyolojinin etik bölümü irdeler. 'Olması gerekenle' uğraşmak felsefenin işi-

dir. Sosyal yapı değer yargılarını biçimlendirdiğinden, sosyolojiyi de bu bağlamda devreye sokmak gerekmektedir.

Sosyal bilimlerde, tıpkı doğa bilimlerinde olduğu gibi önce kozal ilişkiler (nedensellik bağı) içinde, zaman-mekan koşullarında bilginin nesnesi ele alınır, saptamalar yapılır. Yani sosyal bilimlerde, ilk aşamada doğa bilimlerinin yöntemi kullanılır. Ama arkasından değer ölçütüne göre, o toplumun nasıl olması gerektiği, nasıl bir örgütlenmeye gidileceği hususları tartışılarak ideal toplum tipleri şeması çizilir. Özetle sosyal bilimlerde de, tıpkı doğa bilimlerinde olduğu gibi pozitivite, somutluk esastır. Amaç topluma ilişkin objektif bilgi elde etmek, genel kurallara ulaşmaktır. Analizler, deneyler, testler, ölçüp biçmeler sosyal bilimlerde de tıpkı doğa bilimlerinde olduğu gibi gereklidir. Determinizm, sebep-sonuç ilişkisi, keyfiliği, irrasyoneliteni dışlamak sosyal bilimlerde de söz konusudur. Ama doğa bilimlerinden farklı olarak sosyal bilimlerin kural ve verileri tüm zamanlar için genel geçer olmadığı gibi değer yargılarını da içermektedir. Burada felsefeden güç alınır. Sosyal bilimler irrasyoneliteni dışlar ama, sosyal gerçeklikler olarak irrasyonel sosyal oluşumları, örneğin inanç yapılarını inceler. Bu incelemede tıpkı doğa bilimlerinde olduğu gibi rasyonelitenin esastır. Doğa bilimleri irrasyoneliteni hiç ilgilendirmez çünkü doğada irrasyonel hiçbir şey yoktur; oysa insan ürünü olan toplumda irrasyonelitenle sıklıkla karşılaşmaktayız. Eserimiz olan irrasyonelitenin yapı, konum ve mahiyetini bilmek bilimin gereğidir. Sosyal bilimler, sosyoloji ve felsefe bize bu kapıyı açar.

(4) ÖZLEM: a.g.e. 99.

(5) CHALLAYE, Felicien: Philosophie Scientifique et Philosophie Morale, Paris 1932, s. 12-16.



Bilimsel bilgi yani bilimle ilgili yaklaşımımızı yukarıda özetlemeye çalıştık.

### Kültür Bilimleri Anlayışı

Tikelci bakış açısı geleneği Almanya'da, XIX. yüzyılda sosyal yapıyla ilgili olarak farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Hukukun bilimselliği bağlamında bu farklı bakışı irdelemekte yarar görmekteyiz. Alman Tarihçi Okul içerisinde yetişmiş Dilthey 'Tin Bilimleri Epistemolojisi'ni geliştirmiştir. Ona göre sosyal bilimler terimini dışlamak gerekir, çünkü insan, tarih, toplum tekrarlanamaz, bir defaya mahsus olan tikel olgulardır. Oysa sosyal bilim deyimi, bilimsel olmanın gereği olarak tüm zamanlar için genel geçerliliği içermektedir.<sup>(7)</sup> Kültürü içeren olgular belli bir toplumun belli bir zaman sürecinde ürettiği değerlerdir. Manevi, tinsel, kültürel konumdaki bu yapıların incelenmesi bağlamında, Alman Tarihçi Okulu 'tin bilimleri' terimini yeğlemiştir. Böylelikle hukuk da bir tin bilimi olarak karşımıza gelmektedir. Hukuku bir kültür yapısı olarak gören bu tutum, daha da spesifik olarak hukuku 'kültür bilimleri' içerisinde ele almakta ve incelemektedir. Kanımızca bu eğilim Tarihçi Hukuk Okuluyla koşut bir yaklaşımı yansıtmaktadır, zaten iki ekol ideolojik açıdan içiçedir. Bilindiği gibi Alman Tarihçi Hukuk Okuluna göre, doğal hukukçuların dediği gibi evrensel bir adalet idesi yoktur; her ulusun kendine özgü bir ruhu vardır (Halk Ruhu-Volksgeist) ve bu ruh kendiliğinden, örf ve adetlerin aracılığıyla halk hukukuna (Volksrecht) dönüşür. Bu hukuk bir kültür ya-

pısıdır ve tikeldir; her ulusta farklı farklı görüntülerle karşımıza gelir. Doğal hukukçuların dediği gibi hukuk, tümel konumdaki adalet idesinin bu dünyada güncelleşmesi değildir. Tarihçi Hukuk Okulunun Fransız Devrimi ve onun getirdiği evrensel insan hakları ilkesi, doğal hukuk düşüncesine karşı çıkmasının gerisinde milliyetçi düşüncenin yattığını bilmekteyiz.<sup>(8)</sup>

Kültür bilimleri terimini Yeni Kantçılar, bu arada Alman Windelband ile Rickert ve Rickert'in öğrencisi olan Max Weber de benimsemiştir. Kanımızca büyük sosyolog Max Weber bu terimi benimsemiş olsa da ideal tipler kuramı içerisinde sosyal bilimler anlayışına yaklaşmaktadır<sup>(9)</sup> Kaldı ki Weber'den çok etkilenen, bir anlamda onu güncelleştiren Amerikan sosyologları sosyal bilimler terimini kullanmaya devam etmektedirler.<sup>(10)</sup>

Bu durumda hukuk nerede yerini bulacaktır? Alman Tarihçi Okul geleneğine bağlı olanlar için hukuk bir kültür bilimidir. Saf idealist doğal hukukçuların dediği gibi tinsel mahiyetteki adalet idesinin bu dünyadaki aktüalizasyonu olmuş olsa bile, bu güncelleşme belli tikel bir toplum içerisinde ve belli tikel bir zamanda yerini almaktadır. Bu oluşumun, güncelleşmenin ele alınıp incelenmesi kültürel bir operasyondur. O halde hukuk bir kültür bilimidir.

### Saf Hukuk Kuramı ve Hukukun Bilimselliği

Alman geleneği, Yeni-Kantçı epistemolojik konumda olan bu tutumu XX. yüzyılda hukuka ve hukuk felsefesine de yansıtmıştır. Yeni-Kantçı gele-

neğe bağlı, Viyana Okulu içerisinde bulunan Hans Kelsen, 'Saf Hukuk Bilimi' kurma çabaları içerisinde hukukun bir bilim olduğunu ve ancak felsefe ve sosyolojiden soyutlayarak hukuka bilimsellik getirilebileceğini söylemiştir.<sup>(11)</sup> Kuşku yoktur ki tümelci Sokrates-Platon-Aristoteles geleneği bu tür yaklaşıma karşı çıkar; çünkü bu gelenek tümelcidir, evrensel ve tümel mahiyetteki değer olan adalet, erdeme dayalı bir hukuk düzeninden yana tavrını ortaya koyar.

Hans Kelsen'in Saf Hukuk Kuramını özetlemeye ve irdelemeye çalışalım.

Kelsen'e göre hukuk saf ve formal bir 'olması gereken' (Sollen) ve onun saf bağıntılarıdır.<sup>(12)</sup> Normatif konumda bulunan hukuk bu bağlamda ahlak kuralları gibidir, ama onlar gibi kategorik değil hipotetiktir.<sup>(13)</sup> Her iki kural türü de doğa bilimlerinden farklı olarak kotal değil, normatif karaktere sahiptir.<sup>(14)</sup> Demek ki Kelsen 'olması gereken aleminin' yapısını 'doğal alemin' determinizminden farklı görmektedir. 'Olması gereken' konumundaki toplumsal davranış normları; din, ahlak, örf ve adet ve hukuk gibi normların özellikleri doğadaki determinist yapının dışındadır. Kuşku yok ki Kelsen burada Kantçı çizgiyi vurgulamakta ve normları 'kategorik emperatifler' mantığıyla algılamaktadır. Ahlak normları tamamiyle kategoriktir, ama toplumsal ahlakı ifade eden hukuk hipotetiktir. Kantçı çizgide uygulamalı aklın kesin buyrukları ahlakal normlardır.

Kanımızca Kant hukuku ve tüm normatif düzeni tümel nitelikteki etik bo-

yuta dayandırmaktadır. Nitekim adalet etik değerdir. Hukuk bu etik değeri yansıtmalıdır. Etik değerle ilgili her türlü çalışma da felsefi mahiyettedir. Yani ortada bir norm, bir 'olması gereken' var ise, eğer Kantçı veya doğal hukukçu isek olması gerekenin temelleriyle ilgili çalışmamızda ilk dayanak felsefe olmalıdır. Başka bir anlatımla hukuku adalet değerinin yansıması olarak gören doğal hukukçu paradigmasında, hukukla ilgili 'bilimsel' çalışmalarda felsefe ön plana çıkacaktır.

Oysa Kantçı gelenekten yol alan Kelsen, felsefeyi metajuridik bir eleman olarak görmekte ve saf hukuk bilimi kurabilmek için değerler evrenini dışlamaktadır. Ona göre, hukuku bağımsız bir bilim dalı haline getirmek istiyorsak felsefenin 'tasallutundan' kurtarmak gerekir. Felsefeyle birlikte işin içine politika girer. Keza sosyoloji açısından da aynı şey söz konusudur.<sup>(15)</sup> Sosyal bilim terimini kabul etmeyen tikelci anlayış için bu tür bir yargı kaçınılmazdır. Tikelci bakışta belli kültür yapıları vardır, hukuk da bir kültür yapısıdır. Hukukçu da norm halinde bulunan bu kültür yapısını bilginin nesnesi olarak ele alıp inceleyecek, uygulayacak ve işini tamamlayacaktır.

Kelsen'e göre, sosyoloji de metajuridik bir elemandır. Saf hukuk bilimi oluşturmak istiyorsak, sosyolojiyi de paranteze almamız gerekir. Politik tehlikeler, tıpkı felsefede olduğu gibi sosyolojide de mevcuttur. Kelsen hukukun oluşumunda sosyolojik faktörlerin önemini görmezden gelmiyor. Ama hukukçunun sosyoloji ve felsefeyle uğraşma-

(7) BRIMO, Albert: Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de l'Etat, Paris 1978, Pedone, s. 186-188.

(8) Bu konuda bkz. ÖZTÜRK-KARAGÖZ, Emel: Max Weber'de Anlayış Sosyolojisi ve Din Olgusu, İstanbul 2003, Der'in Yayınları, s. 132-140.

(9) ÖZLEM: a.g.e. 106.

(10) KELSEN, Hans: Theorie Pure Du Droit, Traduit par Ch. Eisenman, Paris 1962.

(11) ARAL, Vecdi: Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul 1978, İ.U. Hukuk Fakültesi Yayını, s. 6.

(12) İBİD. 14.

(13) İBİD. 15.

(14) KELSEN: 281, 293, 333.

si halinde politik değerlendirmelerin ortaya çıkacağından kaygılanıyor.

Kelsen ve Kelsen'ci normativistlere göre, bilimde ilk aşama, bilimin konusunu açıklığa kavuşturmadır. Bu yargı kuşkusuz hukuk için de geçerlidir. Ancak geleneksel hukuk felsefesi çeşitli ideolojik saplantılar içerisinde bu çabaya karşı koymuştur. Çağımızın hukuk sosyologu, hukukçusu Fransız Paul Amselek'e göre Kelsen'in ilk işi hukuksal inceleme alanının nesnesini belirgin hale getirmek olmuştur<sup>(15)</sup>. Hukukun bilimsel nesnesi normdur. Hukuku bilimsel hale getirmek istiyorsak hukukçu sadece normla ilgilenmelidir. Hukukun özü adalet değeri, sosyal yapı vs. değil normdur. Nasıl fizikçi doğayı inceleyen işin metafizik yanına gitmiyorsa, hukukçu da aynı şeyi yapacaktır.

Bilimde ilk aşamanın bilimin konusuna açıklık getirmek olduğu hususuna katılıyoruz. Ancak bilim dalları arasında kesin kes sınırlar yoktur. Örneğin psikolojik incelemelerde hem doğa bilimleri, hem de sosyal bilimlerin veri ve bulgularına göre çalışmalar yapılır. Özellikle sosyolojik çalışmalarda içiçelik çok daha fazla oranda karşımıza gelir.

Kelsen'e göre ,hukuku metajuridik elemanlardan arındıran hukukçu normatif yöntem içerisinde iki boyutlu bir çalışma gerçekleştirecektir. Önce uygulamakta olduğu hukuk normunun geçerli (validite) ve etkili (efficacite) olup olmadığını inceleyecektir. Daha sonra da normlar arasındaki ilişkiyi saptayarak, hukuksal sorunun nasıl çözüme kavuşacağına analizini yapacaktır.

Kanımızca geçerlilik ve etkili olma operasyonu dikey bir çalışmadır. Normlar arasındaki ilişkinin araştırılması ise

yatay bir çalışma olarak adlandırılabilir.

Dikey çalışmada normlar arası hiyerarşiye bakılacaktır. Bilindiği gibi hukuk düzenleri hiyerarşik bir yapı, Kelsen'in deyimiyle bir piramit şeklinde karşımıza gelmektedir. En altta hukuksal tasarruflar, onların üstünde tüzük ve yönetmelikler, daha üstte yasalar ve en üstte de anayasa bulunur. Bir alt norm geçerlilik ve etkililiğini bir üst normdan almaktadır. Hukukçu, içinde bulunduğu hukuk düzeni içerisinde öncelikle normlar hiyerarşisine uyulup uyulmadığına bakacaktır. Eğer uyulmuşsa, ortada bir hukuk devleti vardır. Hukukçu rahat çalışır. Hukuk güvenilir konudur, hukuka güven vardır. Kelsen'e göre bu hukuk düzeni meşrudur. Kelsen'in meşruiyetle ilgili bu görüşüne katılmıyoruz. Kanımızca meşruiyeti başka yerde, felsefede, sosyolojide aramak gerekir. Ama felsefe ve sosyolojiyi metajuridik eleman olarak nitelemesi ve tümel olgulardan kaçması, hukuku bir tikel olay olarak görmesi onu başka tür arayışlara götüremezdi. Ama o gene de felsefe ve sosyolojiden kurtulamamıştır. Bir alt norm geçerliliğini ve etkili oluşunu bir üst normdan atırken, anayasa bu güç ve özellikleri nereden almaktadır? Kelsen'e göre anayasalar geçerli ve etkili olabilmelerini 'temel normgrundnorm' denilen bir kuraldan, normdan almaktadır. Bu norm, bir anlamda asli kurucu iktidarın ilkelerinin kristalizasyonudur, yani kanımızca ideolojidir. Asli kurucu iktidar eğer barışçıysa temel norm 'ahde vefa ilkesi-pacta sunt servenda'dır, hukuk düzeni barışçı, özgürlükçü ve demokratiktir; yok eğer savaşçı ise hukuk düzeni otoriterdir.

Görülüyor ki temel normun değerlendirilmesi bağlamında bizzat Kelsen felsefe ve sosyolojinin içine düşmüştür. Daha doğrusu, örtülü olarak tümelciliği kabullenmedir. Hukukta bu tür değerlendirme ve analizlerle ancak bilimsellik oluşturulabilir. Normların geçerli ve etkili olup olmadığını incelemekle yetinmek son derecede teknik bir olaydır. Kaldı ki normlar arasındaki hiyerarşi irdelenirken, temel normla uygulanan normun yapı ve içeriğinin çelişip çelişmediğinin analizi mutlaka yapılacaktır. Bu tür bir analiz meşruiyet olgusunun irdelenmesi demektir. Meşruiyet analizlerinde de mutlaka ve mutlaka tarih, sosyoloji ve felsefe bilmek gerekir. İstendiği kadar biçimsel bir hukuk devleti olsun, normlar hiyerarşisi yerli yerine oturmuş bulunsun, günümüzde o düzen eğer çağdaş insan haklarını içermiyorsa, daha spesifik bir yaklaşımla, örneğin Türkiye açısından Kopenhag ölçütlerine uymuyorsa, normlar hiyerarşisinin getirdiği hukuk devletinin meşruiyet tartışılır. Meşruiyetle hukuk devleti aynı şeyler değildir. Normları bilim olarak kabul etmek, felsefe, sosyoloji ve tarihi dışlamak Kelsenci normativist düşünceyi otoriter yönle sürükleyebilir. Öyle ya, temel normu teokratik esaslara dayalı bir 'hukuk devleti', normlar hiyerarşisine harfiyen uyuyor diye devleti acaba meşru kabul edebilecek miyiz?

Yatay inceleme içerisinde de ,hukukçu normlar arasındaki ilişkiyi saptarken de felsefe ve sosyolojiden uzaklaşamaz. Olaya uygulanan norm, o normun diğer hukuk normlarıyla olan bağı, o bağlamda örneğin ceza hukukumedeni hukuk ilişkisini ele alırken de

hukukçu felsefe ve sosyolojiye baka-caktır. Ülkenin sosyal yapısı bilinmeden, örf ve adetler değerlendirilmeden, adalet değeri, hakkaniyet göz önünde bulundurulmadan yapılan yorum ve uygulamalar son derecede teknik ve kuru kahr. Felsefe ve sosyal bilimlerin tümelliğine saygı esası içerisinde hukuk tekniği ancak bilimsellik kazanabilir.

Normativist hukukçunun yazgısı tıpkı tabibinki gibidir. Tekniği uygular, keser biçer ama fizik, kimya, biyoloji, farmakolojiyle ilgilenmek istemez. Tıp kendisel olarak bilim değil tekniktir, bilimin verileri üzerine uygulamaya gidiyorsa ancak bilimselliği gündeme gelir.

Aynı şey hukukçu için de söz konusudur. Hukuk normlarının uygulanması teknik bir iştir. Hukuku bilimsel bir düzleme oturtmak istiyorsak felsefe, sosyoloji ve tarihsel veri ve analizlere itibar göstermemiz gerekmektedir.

### Sonuç:

Bizim eğilim ve paradigmamız içerisinde hukuk bilimselliğini felsefe, tarih ve sosyolojiden yani sosyal bilimlerden almaktadır. Biz tümelciyiz. Doğal hukukun tümel adalet kavramının sosyolojinin ,sosyal bilimlerin getirdiği verilerin sentezinde hukuku ele almaktayız. Öyle bir sentezdir ki bu ,insan doğası, 'sosyal doğa', adalet ve ahlak kavramlarını birleştirmektedir. Kimilerine göre bunun adı nesnelerin doğasıdır (nature des choses-tabiat-ı eşya)<sup>(16)</sup>, kimine göre insan doğasıdır<sup>(17)</sup>, kimine göre ise toplumsal insanın evrensel doğasıdır<sup>(18)</sup>. Kanımıza göre hukukun bilimsel esaslara oturması tümellik içeren bu senteze bağlıdır. Meşruiyet de bu sentez içerisinde aranmalıdır.

(16) Bu deyim için bkz. POULANTZAS, Nicos: *Nature des Choses et Droit*, Paris 1965, LGDJ

(17) Bu deyim için bkz. TURAN, Müslim: *İnsan Doğası ve Hukuk*, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora tezi)

(18) Bu deyim için bkz. CAN, Cahit: *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ankara 2002, Seçkin

(15) AMSELEK, Paul: *Methode Phenomenologique et Theorie du Droit*, Paris 1964, LGDJ, s.42 ve AMSELEK, Paul: *La Phenomenologie et le Droit*, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris 1972, Sirey, s.186.

Adalet kavramının evrensel ve tümelliğini kabul etmeyen, sosyal bilim terimin benimsemeyen eğilimler açısından böyle bir zorunluluk yoktur. Tümel yapı ve değerler onlar açısından mevcut değildir, her şey tikeldir. Tikelin de bilimi olur. Hukuk bir kültür yapısı olarak her ülkede farklı görünüm sergiler. Diğer ülkelerle ortak ilkeler olması

halinde de ortada bir genellik, tümellik yoktur. Değişik tikeller arasındaki ilişkinin incelenmesi veya ele alınması söz konusudur.

Sosyal bilimlerin göreceliği içerisinde kimin haklı olduğuna karar vermek son derecede zor görünüyor. Paradigmalarda haklılığı aramak belki de yanlış bir bilimsel yaklaşımdır.

## Anlam Sağlığı Açısından Hukuk

Ahmet İnam<sup>(\*)</sup>

Çağdaş dünyada derin bir "hukuk" sorunu olduğu açık: Haksızlıklar, değerlere saygısızlık, ahlaka aykırı eylemler, ahlak alanında ilkesizlik... hukuk maskesi arkasında saklanıyor. Hukuku yerleştirmek, hukuku var etmek adına amaçlarımıza uyan her eylem, her niyet "kitabına" uyduruluyor. Hukukun kendisi birmeşruluk ölçütü olacağına, hukuk dışında geliştirilen ölçütler hukuka uyduruluyor. "İnsan hakları", "eşitlik", "özgürlük", "dürüstlük" gibi kavramlar, hukuksal olduğu ileri sürülen çerçeveler içinde kolayca çarpıtılıp, sömürü amacıyla kullanılabilir.

Kuralların kolayca yumuşatılıp, çarpıtıldığı dünyada hukuku nasıl yorumlamalı?

Hukuk bir düzen. Kültürün bir düzeni. Bu düzen en azından yedi ögesiyle irdelenebilir. Düzeni düzen kılan kurallar ağı, örneğin, yasalar, yönetmelikler, öncelikle ele alınabilir. Düzen, kuralların yanı sıra, düzeni düzenleyenlerden, kuralkoyanlardan oluşur. Oluşturulmuş düzeni koruyan düzenleyiciler (kolluk güçleri!) düzenin üçüncü temel ögesidir. Düzen, o düzende yaşayan insanlar içindir, onlara düzenlenenler diyebiliriz. İşte bu düzenlenen insanların, düzen içindeki ortak yaşamlarından onların ortak görüşü oluşur, bu da düzenin beşinci temel ögesidir. Her kültür düzeni bir alt yapı taşır, toplumsal, ekono-

mik, siyasal, ekolojik... bir alt yapı. Her düzenin bir anlam yapısı vardır, tinsel boyutları olan bir anlam yapısı. İnançları, değerleri, ilkeleri, dünya görüşleri...

Hukukun çağımızdaki sorunu, oluşturduğu düzen ile yaşam arasındaki gerilimden kaynaklanıyor. Her kültür düzeninin karşıladığı bir yaşam vardır, dayandığı bir yaşama dünyası! Çağımızda hukuk düzeni ile yaşam arasında derin boşluklar vardır! Hukuk, yaşama yakışmamaktadır. Yaşamla zenginleşip, değişmeyi, yaşamla devingen bir ilişkiye girmeyi başaramamaktadır. Elbette bu başarısızlık, çağımızın genel anlamda kültür düzeniyle ilgilidir! İnsanın bu gezegende yaratmış olduğu düzenle yaşadığı yaşam arasındaki ilişkinin zorluğu, sanki insanın yazgısı olarak duruyor karşısında. Yaşam, düzenin üzerine etkiyen kuvvetlerde kendini gösteriyor. Onu, insan, düzen olmadan yaşayamıyor. Düşünce düzeni, ruhsal düzen, toplumsal, siyasal, ahlak... düzenleri olmadan. Düzen, yaşama yakıştığında, devingenleşiyor, serpiliyor, gelişiyor, yaratıcı oluyor! Yaşama "yakışmak" ona uyum sağlamak anlamına gelmeyebilir, her zaman. Çatışmalar da, düzenin sağlığını geliştirecek aykırılıklar da, düzene yaratıcı devingenlik kazandırabilir! Düzenin öğeleri arasındaki ilişkilerdeki uyumsuzluklar, uyumsuzluklar da zaman zaman düzenin de-

(\*) Prof. Dr., ODTÜ Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

vinimini güçlendirebilir, yaşamla olan bağlantısını canlandırabilir.

Hukuk düzeni, yalnızca şu ya da bu kültürün, yaşam biçiminin düzeni değildir. Dünyaya egemen olan siyasal, ekonomik güçlerin sahip olduklarını iddia ettikleri yaşama yakışıp yakışmadığını sorguladığımız hukuk düzenidir. Nereden anlıyoruz yaşama yakışmadığını düzenin? Öğelerinin, öğeler arasındaki ilişkinin işleyişine bakarak! Örneğin, ortak görüş ögesi, hukuk düzeninde, "adalet" kavramı odağında oluşması gerekirken, bu kavram düzenleyenler, düzenleyiciler, düzenlenenler arasında çok farklı biçimde anlaşılabilir. Adalet, sanki gücü olanın, kuvvetli olanın, şiddet kullanabilenin yorumladığı, anladığı, dile getirdiği "adalet" oluyor.

Kuralların düzen içinde işleyişinde sorunlar vardır. Kurallar uyulmak için vardır. Oysa, uyma taklidi yapılıyor, kuralları anlamayan, anlam temelinden habersiz, kuralları uygulayanlardan, düzenleyicilerden korkulduğu için kurallara uyuluyor! Önce eylemde bulunuluyor, durumlar yaşanıyor; sonra eylemlere ve durumlara uygun kurallar bulunuyor! Ardçı hukuk (örneğin, ingilizcede post hoc justice diyebiliriz buna!) her yapılamı sonradan hukuklaştırıyor! Önce oynanıyor, sonra kural konuyor! Buna kuralları uydurma da diyebiliriz. Bir de kurallara uydurma durumu var: Eldeki kurallardan birini ya da birkaçını eylemin, durumun ya da oyunun ardından yakıştırma. Bu örnekler hukuk düzeninin sağlıksızlığı için bir iki işarettir.

Sağlıksızlığın belirtileri genel açıdan bakıldığında birkaç noktada özetlenebilir:

a) Kural yokluğu ya da kural anarşisi! Düzen, yaşanana uyum sağlayama-

dığı için, yaşananın hızlı devinimini hukuk açısından düzenleyecek hukuk eksikliği, yetersizliği ortaya çıkabilir.

b) Kural yumuşaması: Yasaların, yetnetmeliklerin yorumlarındaki belirsizlik, tutarsızlık, kuralların gücünün yorumu doğrultusunda anlaşılması.

c) Çok sık kural ihlali, ve bunu önleyecek önlemlerin eksikliği.

d) Kural sahteliği: Kurallara uyuluyor görüntüsü altında, görüntüyü kurtarmak kaygısı. Kötü niyeti saklamak, maskeleyerek için kurallara uyum.

e) Kural körlüğü, sürü insanı olarak kuralları sorgulamadan körü körüne kurallara boyun eğme.

Hukuk-yaşam ilişkilerindeki en temel sorun, bu iki kavrama verdiğimiz anlamda yatıyor. Hukuk yaşam içindir, yaşam hukuk için değil. Hukuk insanların güzel bir dünyada, olanaklarını geliştirebilmeleri, diğer yaşamlara saygılı, gönüllerince bir yaşam gerçekleştirmeleri içindir. İşte bizi böyle bir yaşama kavuşturacağı için hukuk üstündür, yaşamın üstünlüğünü kabul ettiği için, üstündür.

### ANLAM SAĞLIĞINDA DEVİNEN ADALET

İnsan gerçekliği anlamlarla yaşar. Gerçekliğin karşımıza çıkardıklarına anlamlar vererek yaşarız. Kimi zaman hayata, yaşadıklarımıza, yaşantılarımıza yüklediğimiz anlamların "gerçek" olanı çok aştığını, ona "uymadığını", onunla etkileşime girmediğini görürüz. Kimi zaman yaşananlar baskın çıkar, anlamlarını "dikte ederler" bize, dayatırlar. Çıplak gerçeklikle, ona affettiğimiz anlamları birbirinden ayırma olanağımız yoktur.

Toplum yaşamı, insan için kaçınılmazdır. Toplumsal yaşam, biraradalık, ahlak yaşamını belirler. Ahlak değer-

lerle yaşanır. Değerler de anlamlardır. Ahlak yaşamının sağlığı, devindiği değerlere bağlıdır. Ahlak düzeninin yaşama yakışması, sahip olduğu, içinde barındırdığı değerlerin yaşamdan beslenmesiyle olanaklıdır.

Anlam kaynağı yaşamdır. Bu yazıda "yaşam" romantizmi yapıldığı düşünülebilir. "Yaşam"ın bunca abartılması nedendir? "Yaşam" bir kavram olarak, yaşanan yaşamla ilgili midir? (Kavram ötesi, extra-conceptual yaşam hakkında konuşulabilir mi? "Kavram"ın kendisi bu anlamdaki yaşamın üstünü örtmez mi?) Sınır kavramıdır (Grenz begriff) yaşam! Husserl'in Lebenswelt'i kavramları besleyen yaşantılar alanıydı. Yaşam, belki de paradoksal biçimde, çok ama çok "soyut" bir kavramdır; düşünceler de yaşantılar olduğu için "yaşamın" içindedirler, dolayısıyla, yaşamın dışında hiçbir şey yoktur. Dolayısıyla, düzen-yaşam ilişkisi, kavram-yaşam ilişkisi, hukuk-yaşam ilişkisi sözleri bunlar birbirinden ayıramayacağı için anlamlarını yitireceklerdir.

Kavram yaşantısı ile onu sarmalayan, ona yapışık yaşama dünyası yaşantısı birbirleriyle ilişkili ama ayrıdır. Kavram öncesi yaşantılar yaşama dünyası kaynaklıdır. Bu yazının çerçevesi içinde bu tartışmayı uzatmayacağım.

Kendileri anlamlar olan değerler farklı düzenlerde, farklı yaşam alanlarında ortaya çıkarlar: Estetik, etik, bilimsel, bilgisel, ekonomik, toplumsal, siyasal, kültürel değerler gibi...

Anlam sağlığımız sahip olduğumuz anlamlar arasındaki düzeni sağlayabildikçe gelişir. Anlam sağlığı bozuk bir dünyada, çevremizle, düşüncelerimizle, duygularımız ve bedenimizle olan ilişkiler bozulur, bedensel, duygusal, düşünsel hastalıklar ortaya çıkar; insanla-

rın kendileriyle, birbirleriyle ilişkileri bozulur! Yaşadığımız anlamlar arasındaki, anlamlarla yaşam arasındaki çarpıklıklar anlam sağlığımızı olumsuz etkiler.

Hukuk, adalet odaklı değerler düzenini içerir. Hukuka olan saygımız değerlere olan saygımızdan gelir. Değer yaşamayan, çıkar ve korkuyla kurallara uyan, uymak zorunda olan insan için hukuk düzeni, bir fırsatlar alanı ya da elini kolunu bağlayan bir zincirdir. Anlam sağlığı açısından hukuk, dayandığı temel değerleri ile yaşanması gereken, bilincine varılan değerlerle işleyen, yaşamı afkuna, devinimine açık bir düzenidir. Anlam sağlığı olan toplumlarda hukuk tepeden indirilmez, insanın yaşadığı değerlere kayıtsız kalmaz. Onu köle kılmaz, özgürleştirir. Haklarını korur. Değerlerine sahip çıkan insan hukukuna da sahip çıkar. Hukuk, yasa kitapları, yargıevleri, hapisanelerden ibaret değildir, onları eğip bükmeye çalışan avukatlardan, şekil olarak insanlara dayatmaya uğraşan savcı ve yargıçlardan oluşmaz yalnızca: Hukukta insan vardır, değerleri, kültürü, yaşamı, düşünceleri, duyguları vardır!

Adalet, hukuk düzeninde tüm "olumlu" değerleri içerir. Adalet, her türlü biraradalığın gerçekleşmesi, yürütülmesi için olmazsa olmaz bir kavram, bir tavır, bir yaşam anlayışıdır. Onsuz hiçbir insani düzen yürümez. Düzen içindeki insanların düzene ve birbirlerine güveni, adaletle güvenlerinden gelir. İnsanların değerlerini sağlıklı biçimde yaşayabilmeleri, içinde yaşadıkları düzene, düzenlere güvenmeleriyle olanaklıdır: Bunu da sağlayan etkenlerden biridir, adaletle güven. Adaletle güven, adaletin sağlanması, oluşturulması için düzene yardıma da yol açabilir. Bu açı-

dan, "adalet", insanların yaşamlarında salt bir "söz", salt bir simge olarak durmamalı, yaşama sorunlarının çözümünde işlevi olan bir güç olarak ortaya çıkmalıdır.

Anlam sağlığı açısından anlamlar hayata yakışmalı, onunla devingen ilişkide olmalıdır. Değerler, anlamlar olarak hayata yakışmalıdır. Değerlerle can bulan bir düzen olarak hukuk hayata yakışmalıdır.

Hukuk salt düzeni koruyan, "koruyucu" bir nitelik taşımaz. Düzeni, sahip olduğu, yaşamı, insanı, dünyayı güzel-

leştirecek, yaşanır hale getirecek değerlerle koruyup, geliştirmeye yardımcı olmalıdır. Hukuk, salt hukuk olduğu için anlamlı değildir, içerdiği insan ve yaşam anlayışıyla anlamlıdır. İnsanın anlam sağlığını bozan, yaşama coşkusunu, kendini geliştirmesine yardımcı olacak yetkilerini körleştiren, insanların değerlerine bigâne kalan hukuk bu yüzyılın hukuku olamaz.

Yazık ki, önceki yüzyıllarda da olduğu gibi, bu yüzyılın da hukuku ortalıkta görünmüyor.

## 'Hukuk Nedir?' Sorusu

Solmaz Zelyat Hünler\*

'Hukuk nedir?' sorusu felsefi bir sorudur ve ağır bir sorudur. Neden ağır? Çünkü sırtında çok yükü var. Bu sempozyum için hazırlanırken kimi hukuk felsefesi metinlerini karıştırdım ve samimiyetle söylemek gerekirse, hukukçuların elinden çıkma bu metinleri karıştırdıkça bildiklerimi de karıştırmaya başladım. Galatin nasıl meşhur olduğunu gördüm. Örneğin 'hukuk' sözcüğünü öyle bir anlam içeriği ile kullanıyorduk ki, neredeyse ona işaret ederken düşünce tarihinin en geniş kavramlarını yükleysek, yani hukuka en geniş kavramları yüklem yapsak taşıyacak ya da en azından pek de göze batmayacak veya kulak tırmalamayacak. Bakın deneyelim: Hukuk bilimdir. Hukuk sanattır. Hukuk ahlaktır. Hukuk felsefedir. Hukuk kültürdür. Hukuk medeniyettir. Bu kadarını kaldırdığına göre şunu da kaldırır: Hukuk dindir. Bu abartılı mı oldu? Sanmam. Madem hukuka inanılır, ona korku ile karışık bir hürmet duyulur ve bu anlamda lafın gelişi ona tapılır, o halde o bir din haline de gelmiş sayılabilir.

Evet biraz büyüttünce daha iyi görebiliriz diye düşündüm. Ama şu bir gerçek ki yukarıdaki yüklemelerin hepsinden var, 'hukuk' denilen şeyde. Yani hukukta bilim var, felsefe var, sanat var, kültür var, medeniyet var, ahlak var ve din de var. Fakat bu nasıl olur?

Hukuk denilen şey nasıl bu kadar geniş olur?

Kelimeleri ile uzak düştüğüm bir dili bana hatırlattığı için Hukuk Felsefesi Dersleri'ni yine de zevkle okuduğum Abdülhak Kemal Yörük'ün ve aslında hukukun ne olduğu sorusu ile yüzleşen herkesin söylediği gibi, hukukun tanımı yok; tanım teşebbüsleri var. Ord. Prof. Dr. Andreas Schwarz, duruma şu mutad sözlerle gönderim yapıyor: "Alman filozoflarının en büyüğü Immanuel Kant, müstehzi bir ifade ile 'hukukçular, kendi hukuk mefhumlarına hala tarrif aramaktadırlar' demişti." Evet Kant'ın bu sözleri hep alıntılanıyor ve şimdiki zaman kipinde haklı bulunuyor ve hukukçular hala tanımlamaya çalışıyorlar. Fakat adeta, hukukun efradı o kadar çok ki cem edilemiyor, ağyarı ise o kadar az ki mani olmak fayda etmiyor. Bu, hayret verici bir durum. Abdülhak Kemal Yörük şöyle yazmış: "İnsan zihni, tecessüsünü tatmin etmek için, karşısında bulunan meçhulü malum haline sokmak ister. Buna muvafak olmak için hadiselerin nasıl, ne için ve hangi kuvvetin tesiri ile meydana geldiklerini araştırır." Çok doğru. Böyle bir araştırmanın bizi yollayacağı yer, tarihtir. Fakat hangi tarih? Üstelik ham haliyle hangi tarih, neyin tarihi olursa olsun bir olmuş bitmişler yığınının başka nedir ki?

(\*) Doç. Dr., Ege Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

Şimdi şunu sormamın zamanı geldi; ben hangi akla hizmet böyle bir sunum yapmaya kalktım? Açıkçası hizmetimin hangi akla olduğunu da aramaktayım. Çünkü hangi rasyonaliteden hareket ettiğimize sınırsız bağlıdır, varacağımız yer.

'Hukuk nedir?' sorusu, felsefi bir soru olduğu için ağırdır. Bir kavramın neliğinin soruşturulmasını felsefe dışında hiçbir şey yapamaz ve felsefe dışında hiçbir şey kendisine kıvrılıp kendisini kuşatarak kendi neliğini araştırılmaz. Şunu söylemek istiyorum. Örneğin 'bilim nedir?' sorusu bilimsel bir soru değildir; 'sanat nedir?' sorusu sanatsal bir soru değildir; 'din nedir?' sorusu dinsel bir soru değildir; 'hukuk nedir?' sorusu hukuki bir soru değildir. Ama 'felsefe nedir?' sorusu felsefi bir sorudur ve kendi tarihini sırtında kendisi taşır; dolayısıyla her felsefi soruda böyle bir yüklenme kendiliğinden vardır. Felsefe tarihini felsefeniz uyarınca okur ve okurken felsefenizi belirlersiniz, yani bu birbirinden ayrı iki iş değildir.

'Hukuk nedir?' sorusunun yanıtlarındaki çeşitlilik, işte bu tarihin okunmasına eşlik eden rasyonalite veya zihniyet çeşitliliği ile kaim. Fakat relativizmin bu engin sularına varmazdan evvel, söz konusu sorumuzun konusu ile ilgili çok daha acil hususlar var.

Bizim dilimizde, hukuk felsefesi ile ilgili metinleri okurken, batı dillerindeki ayrımların kaybolduğunu görüyoruz. Bu çok önemli bir husus. Çünkü zaten Batılı kaynaklardan aldığımız hukuk teorisi ve pratiğini, bir de gereken titizliği göstermeden dilimize aktarınca sorun iyice karmaşık hale geliyor.

Right, recht, droit ve ius'tan farklı olarak bizim kullanım dilimizde 'hak' sözcüğü, pek çok başka şeyin yanı sıra,

bildiğimiz gibi, 'hakikat' ve 'Tanrı'ya işaret ediyor. Bu sözcüğün çoğul hali olan 'hukuk'u ise metinlerimizi yazarken ya da çevirirken 'adalet' ve 'kanun' yerine de kullanagelmışiz. Böylece, zaten zor olanı daha da zor kılıyoruz. Çünkü, 'hukuk nedir?' sorusu üzerine düşünürken 'hak nedir?', 'adalet nedir?', 'kanun nedir?' soruları görünmeden sorumuza eklenmiş oluyor. Elbette bu sorular, 'hukuk nedir?' ile sınırsız bağlı, ama hiç kuşku yok ki aynı da değil. Bariz hale getirmek için şöyle denebilir: Montesquieu'nün kitabına "Hukukun Ruhu" diyebilir miyiz ya da Dike'ye "hukuk tanrıçası" denir mi? Peki o zaman örneğin Aristoteles'in dikaiosune'sini nasıl 'hukuk' diye, dikaiosune'yi 'hak' diye okuyup yazıyoruz? Aristoteles'in yunancasında, ne hukuk ne de hak diye çevirebileceğimiz bir sözcük var. Hatta 'Roma Hukuku' bile demek o kadar doğru mu acaba? Roma'da haklar değil kanunlar vardı.

Evet şu anlaşılır bir şey; anahtarımız olan 'hukuk' sözünde zaman içinde anlam genişlemesi olmuş, tamam. Fakat Hukuk kavramını düşünürken hukukun tarihine bakmak kaçınılmaz ise (ki kaçınılmaz) ve onun tarihini yanlış anahtarla arıyor ve yazıyorsak, metinler ile doğru dürüst konuşabilir miyiz? Onlarla konuşamazsak, doğru dürüst düşünemeyiz ve elbette felsefe de yapamayız. Bu yüzden hukuk anahtarı maymuncuk gibi bir şey olur ve hukuk felsefesi bizim için hayal olur; bu ad altındaki derslerimiz de ders kitaplarımız da, bize, tarihin bizimle konuşmayan kadim hatiplerini zikreden indekslere döner.

'Hukuk nedir?' sorusunu yanıtlama teşebbüslerinde, objektif hukuk / subjektif hukuk ayrımı hiçbir şeyi çözmez. Ya da en yaygın olarak yapılanı yapıp

Aristoteles'in doğru tanım için dile getirdiği formülü kullanarak hukukun ya da cinisini aramak ve o cins içerisinde hukukun ayırdedici türünü tesbit etmek adına etik cins, ahlakı yakın tür yapmak da hiçbir şeyi çözmez. Çünkü en azından ahlak ile etik nasıl ayırdığınız bir çırpıda anlaşılır olmaktan çok uzaktır. Latince 'moralis' ile bizim arapça 'ahlaki', aynı şeyin yani yunanca 'ethikos'un tercümesidir. Hadi diyelim ki böyle bir ayırım çizgisi çekilmiş olsun ve ahlak ile etik arasında işlem kaplam uyarınca bir ayırım yapılmış olsun. Çünkü gerçekten bu yaygın, meşhur bir ayırım. Bu ayırmadan hareketle bize, ahlakın subjektif, hukukun ise objektif etik olduğunu; dolayısıyla da ahlakın içsel veya dahili hallerimiz ile hukukun ise dışsal veya harici hallerimiz ile ilgili olduğunu söylemek doğru olabilir mi? Hukuk, eğer yargı erkiyle baği içinde ele alınırsa, yani kanun anlamıyla gözününe alınırsa, onun tek başına dışsal olan ile ilgilenmesi mümkün müdür? Mesela, kast, taammüd gibi tümüyle içsel halleri dikkate almayan kanunun adanetinden bahsedilemeyeceğine göre, mümkün değildir.

Öte yandan ya ahlakın başına gelenler? Daraltıla daratıla birey denilen haznenin içine kapatılmış durumda ve adeta dışarı çıkmasına, kamuda görünmesine hukuk izin vermiyor. Böyle şey olur mu? Bireysel ahlak diye bir şey olur mu? Olursa herkesin ahlakı kendine demektir, ki bu da ahlaksızlık de-

mektir, yani toplumsal alan ahlaksız demektir.

Tüm bu ve benzeri ayrımlar, hukukun yerini daha da genişletme gayretleridir ve bu gayretler neticesinde etik, demektir ki ahlakın yeri giderek daralır. Çünkü hukuk, onun yerini almaktadır. Jellinek, hukukun asgari etik, yani etikin müşterek hayat için elzem olan kısmı olduğunu söylerken, pek çokları gibi, belki de farkında olmadan, etik hukuka yutturuyordu, yani hukukun alanını ahlakın, etikin alanı ile örtüştürüyor ve etik dar bir alana hapsediyordu. Bizim zamanımızda, ahlakın, bu sıkışık yerde kalmaya devam edemeyeceği anlaşılmalıya başlandı ve theoria hiç olmazsa bir bölümüyle bunu haykırmaya başladı. Son günlerde, etik kurullar kuruluyor; işler saat gibi kurulup tıkr tıkr işlesin diye. Felsefe hocaları, 'sokağa inip' (bu söz onlara ait) uygulamalı etik dersleri veriyor, kamuya. Sonuç alınmaya da başlandı: Etik dile düştü. Artık herkesin dilinde veya elinde bir 'bu etik değil', ya da 'bu etik' etiketi yapıştırıp duruyor. Etik bir etiket haline geliyor. Yıkında 'seni mahkemeye veririm' tehdidi, 'seni etik kurula şikayet ederim'e dönüşebilir ve etik tetiklenebilir. Tüm bunlar via moderna'daki yolculuğumuzun varılan son durakları.

Peki ne yapmalı? Bence bol bol felsefe okumalı; bilhassa Platon ve Aristoteles.

## Hukuk ve Ahlakilik Arasındaki İlişkiye Dair Liberal Gelenek: John Rawls'un Yaklaşımı

Gülriiz Uygur<sup>(\*)</sup>

Geleneksel olarak hukuk ve ahlakilik arasında ilişki olup olmadığı sorunu, hukuki pozitivism ve tabii hukuk akımları çerçevesinde tartışılmaktadır. Bu tartışmada, genel olarak, tabii hukukçular hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir ilişki bulunduğunu savunurken, hukuki pozitivistler bunlar arasında kavramsal olarak zorunlu bir ilişki bulunduğunu kabul etmemektedirler. Ancak burada, ahlakilikten anlaşılan şeyi de belirtmek gerekmektedir. Tabii hukukçuların kastettiği ahlakilik ile hukuki pozitivistlerin anladığı ahlakilik, bazen örtüşse de, farklılık göstermektedir. Şöyle ki, tabii hukukçular, ahlakiliği genellikle belirli bir şekilde anlama eğilimi gösterirken, hukuki pozitivistler birden fazla şekilde anlamakta ve hepsini de aynı kavramla, yani ahlakilikle ifade etmektedirler. Tabii hukukçular ahlakilikten evrensel nitelikli ilkeler bütünü, adaletle ilgili ilkeleri anlamaktadırlar. Hukuki pozitivistler ise, bu tür ahlakilik yanında, toplumsal ahlakiliğe, yani belirli bir toplumda kabul edilen değer yargılarına da aynı ad altında yer vermektedirler. Esasen, bütün hukuki pozitivistler de aynı eğilim söz konusu değildir. Örneğin Herbert Hart, toplum-

sal veya konvansiyonel ahlakilik ile eleştirel ahlakilik arasında ayırım yapmaktadır<sup>(1)</sup>. Eleştirel ahlakilik, toplumsal ahlakilik de dahil olmak üzere, mevcut toplumsal kurumları değerlendirmede başvurulan evrensel nitelikteki ahlak ilkelere içerilmektedir<sup>(2)</sup>. Bu anlamda, tabii hukukçularla ilgili ahlakiliğin eleştirel ahlakilikle örtüştüğü belirtilebilir. Diğer yandan, hukuki pozitivistlerin ahlakilikten bahsederken ayırım yapmamalarını doğal karşılamak gerekir. Zira, hukuki pozitivistler, her iki anlamdaki ahlakilikle veya ahlakiliğin bütün anlamlarıyla hukuk arasında zorunlu bir ilişki kurulamayacağını savunmaktadırlar.

Hukuk ve ahlakilik arasındaki tartışmanın, tabii hukuk ve pozitivism ağı çerçevesinde yapılabileceği gibi, liberal ve komüniteryen gelenekler bakımından da yapılabileceği belirtilmektedir<sup>(3)</sup>. Esasen bu tür bir tartışma, tabii hukuk ve hukuki pozitivism arasındaki gibi değildir; olması da zaten, en azından genellik içerecek şekilde, mümkün değildir. Liberal ve komüniteryen gelenek arasındaki hukuk ve ahlakilik ilişkisine dair tartışmanın, daha çok ve liberalizmin belirli bir türüyle ilgili olarak, ah-

lakiliğin farklı formlarıyla ilgili olduğu belirtilebilir<sup>(4)</sup>. Diğer yandan, tabii hukuk-hukuki pozitivism ile liberal-komüniteryen gelenekler de birbirlerinden tamamen farklı gruplar olarak düşünülmemelidir. Zira, liberal gelenek ile tabii hukuk akımı arasında, aralarındaki farklılıklara rağmen, yakın ilişki bulunmaktadır. Herşeyden önce liberalizm, sınırlı devlet, hukuk kuralları çerçevesinde yönetilen devlet talepleriyle karşımıza çıkmaktadır. Liberalizmin bu tür taleplerde bulunmasının başlıca nedeni, kişisel özgürlüğü korumaktır. Bununla ilişkili olarak tabii hukuk da, sınırlı devlet iktidarını açıklamaya ve bu şekilde haklı göstermeye çalışmaktadır<sup>(5)</sup>. Bu anlamda liberalizmin sınırlı devlet düşüncesini haklaştırma temellerinin, tabii hukukta bulunduğu belirtilebilir.

Devlet iktidarının sınırlandırılması, pozitif hukukta yer alan hukuk kurallarıyla olabileceği gibi, adaletin ahlaki ilkeleri ve normlarıyla, ve siyasal toplumların ortak iyisiyle yapılabilir<sup>(6)</sup>. Tabii hukuk düşüncesi bakımından önemli olan ve gerçek anlamda sınırlandırmayı sağlayacak olanlar ise, adalet ilkeleri ve ortak iyidir. Liberaller, adalet ilkelerinin neleri içereceği konusunda, özellikle ekonomik ve dağıtıcı adalet konularında ve ortak iyiye yer verilip verilmeyeceği hususunda, farklı görüşlere yer vermektedirler. Bu nedenle, devleti sınırlamaların neleri içereceği konusunda bütün liberallerin anlaşamadığı belirtilebilir. Öte yandan, bütün liberalleri birleştiren ortak noktalar da söz konusudur. İlk olarak bireysel öz-

gürlüğe yapılan vurgu, bütün liberallerin paylaştığı ortak bir özelliktir. Bu düşünce gereğince, özgür iradi seçim zorlayıcılığı tercih edilmekte ve bireyin kendi yaşamını kendisinin seçmesi ve belirlemesi üzerinde durulmaktadır<sup>(7)</sup>. Liberaller, bireysel özgürlüğü korumanın başlıca yolu olarak hukuku görmekte ve her hukuk sisteminin bireysel özgürlüğü koruması gerektiğini ileri sürmektedirler.

Liberallerin bireysel özgürlük üzerinde durmaları ve hukuk sisteminin başlıca rolü olarak da bu özgürlüğü korumak olarak belirtmeleri, tabii hukukla ortak özelliklerini de oluşturmaktadır. Tabii hukuk teorisyenleri de, insanın kendini gerçekleştirmesinin başlıca yolu olarak özgür iradi seçimi görmekte ve her hukuk sisteminin vatandaşların özgürlüğünü koruması gerektiğini savunmaktadırlar. Diğer yandan, devletin özgürlüklere ne derece müdahale edip edemeyeceği, liberaller arasında olduğu gibi, tabii hukukçular arasında da tartışmalıdır<sup>(8)</sup>. Bunun dışında, özgürlükle ilişkili haklar (ifade özgürlüğü, vicdan özgürlüğü gibi) konusunda liberaller ortak bir tutum sergilemekte ve hukukun bu haklara öncelik vererek, koruması gerektiğini ileri sürmektedirler. Liberallerin birleştiği diğer bir düşünce, haklarla ilgilidir. Özgürlüğe ilişkin hakların korunması konusunda da, tabii hukukçular ile liberalleri birbirinden ayırt etmek mümkün değildir<sup>(9)</sup>.

Esasen, bütün bunlarla da ilgili olarak, tabii hukukçuların üzerinde durdukları tabii hukuk ilkeleri konusunda, liberallerin aykırı bir tutum sergileme-

(\*) Yard. Doç. Dr., A.Ü.Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Bkz. H.L.A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, Çev. E.Öz, Dost Kitabevi, Ankara 2000, s.28.

(2) Hart, a.g.e., s.28.

(3) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Charles D. Gonthier, "Law and Morality", *Queen's L.J.* 29, 2003-2004, s.408-423.

(4) Charles D. Gonthier, liberal ve komüniteryen geleneklerin hukuk ve ahlakilik ilişkisine farklı yaklaşımlarını, amaçlarına ulaşmada tercih ettikleri farklı yollara dayandırmaktadır. Liberal ve komüniteryen geleneklerin ortak amacı, bireyin, içinde yaşadığı toplumda kendi onurunu, değerini gerçekleştirmesini sağlamaktır. Ancak her iki gelenek, bu amaca nasıl ulaşılacağı konusunda birbirinden farklılık göstermektedir.

(5) John Finnis, "Liberalism and Natural Law Theory", *Mercer Law Review*, Vol.45, 1993-1994, s.687-704, s.687.

(6) Finnis, a.g.e., s.687.

(7) Henry Mather, "Natural Law and Liberalism", *South Carolina Law Review*, Vol.52, s.331-375, s.353.

(8) Mather, a.g.e., s.354.

(9) Mather, a.g.e., s.355.



diği belirtilebilir. Gerek tabii hukukçuların, gerekse liberallerin kabul ettikleri ilkeler birbirine çok benzemektedir<sup>(10)</sup>. Tabii hukuk ile liberalizmin paylaştıkları ortak özelliklerden hareket edilince, liberal geleneğin, hukuk-ahlakilik ilişkisine tabii hukuktan çok da farklı bir şekilde yaklaşmasının beklenmemesi gerekmektedir. Bu tür bir iddiayı, devlet iktidarını sınırlandırmak için adalet ilkelerine ve ortak iyiye başvuran liberallerin görüşleriyle açıkça desteklemek mümkündür<sup>(11)</sup>. Bilindiği gibi, tabii hukukçular, adalet düşüncesiyle hukuk ve ahlakilik arasındaki bağlantıyı kurmaktadırlar. Dolayısıyla, adalet ilkeleriyle devlet iktidarını sınırlandırmak isteyen liberaller de, bu tür bir ilişkiyi destekleyecek veya en azından aykırı bir tutum sergilemeyeceklerdir.

Diğer yandan, liberalizm ve tabii hukuk arasında, liberalizmin farklı versiyonlarına göre değişen farklılıklar da söz konusudur. Bu farklılıklar ise, tabii hukukun ortak iyi, temel insan iyileri düşüncelerine yer vermesiyle ilgilidir. Bazı liberaller (neutralist liberal olarak adlandırılanlar) bu düşüncelere yer vermezken, bazılarının (mükemmeliyetçi liberaller olarak adlandırılanlar) yer verdikleri ileri sürülmektedir<sup>(12)</sup>.

Burada, hukuk-ahlakilik ilişkisi neutralist liberallerin bakış açısıyla ortaya

konmaya çalışılacaktır. Bununla ilgili ilk belirtilebilecek husus, hukuk ve ahlakilik arasında ilişki kurmanın neutralist liberalizm açısından da söz konusu olduğuyla ilgilidir. Diğer bir ifadeyle, bir iyi anlayışına veya iyilere yer vermek, hukuk ve ahlakilik arasında ilişki kurmanın tek yolu değildir. Esasen, hukuk ve ahlakilik arasında ilişki kurmanın başlıca yolu, adalet ve adalet ilkelerine yer vermeye dayanmaktadır. İkinci olarak, neutralist liberallerin de bütünüyle iyi anlayışlarından uzak olmadıklarını veya ortak iyiye yer verdiklerini ileri sürmek için güçlü nedenler ortaya konabilir. Örneğin, belirli bir adalet anlayışı, kendi içinde ortak iyi veya iyi düşünceleri içerebilir. Bu iki iddiayı, günümüzün en önemli neutralist veya nötrlüğe yer veren düşünürü olarak kabul edilen John Rawls'un görüşleri çerçevesinde ortaya koyup, hukuk ve ahlakilik arasındaki ilişkiyi belirlemek mümkündür.

Bu açıdan Rawls'a bakıldığında, karşımıza onun siyasal adalet anlayışı çıkmaktadır. Bilindiği gibi Rawls, liberal demokratik toplumlara uygulanmak üzere adalet anlayışını getirmektedir. Bu toplumların en önemli özelliği de, çoğulculuktur. Rawls'un temel sorusu da, birbiriyle bağdaşmaz, çatışan iyi yaşama ilişkin anlayışlara sahip vatandaşların barışçıl bir şekilde birlikte nasıl yaşayabilecekleriyle ilgilidir. Rawls,

temel çözümü, herkesin üzerinde anlaşılabileceği nitelikteki adalet ilkelerinin liberal demokratik toplumun kurumlarını düzenlemesinde bulmaktadır. Rawls, bu nedenle, adalet ilkelerini belirli bir kapsayıcı (yaşamın bütün alanlarıyla ilgili) bir doktrinden bağımsız olarak hazırlamakta ve siyasal adalet anlayışının kendi kendisine dayandığını belirtmektedir. Bilindiği gibi Rawls'un adalet anlayışını, temel hak ve özgürlüklere yer veren adaletin birinci ilkesi ve sosyal ve ekonomik eşitsizliklerle ilgili olan adaletin ikinci ilkesi oluşturmaktadır. Rawls, bu ilkeleri de belirli bir toplum ve kişi idesine dayanarak oluşturmaktadır. Bu ideler ise Rawlsçu adalet anlayışında yer alan siyasal değerlerin ve iyi düşüncelerinin temelini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, Rawls'un adalet anlayışı içinde, bu idelerle ve adaletin ilkeleriyle ilgili siyasal değerler ve, aşağıda belirtilecek olan, iyi anlayışları söz konusudur.

Rawls'un adalet anlayışının, iki kısmından oluştuğunu belirtmek mümkündür. İlk kısımda, adalet ilkelerinin seçilmesi söz konusuyken, ikinci kısımda bu ilkelerin topluma (Rawls'un iyi düzenlenmiş toplumuna) uygulanması söz konusudur. Rawlsçu hukuk sistemi de, ikinci aşamayla ilgilidir. Bu aşamada, adalet ilkeleri, hukuk sisteminin temeli olarak ortaya konmaktadır. Dolayısıyla, hukuk sisteminde yer alan hukuk kurallarının, şayet anayasalı bir sistem söz konusuysa başta anayasanın, adalet ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Rawls, anayasal demokratik bir toplumu göz önünde tuttuğu için, anayasanın adalet ilkelerine uygun olması gerekti-

ğini belirtmektedir<sup>(13)</sup>. Rawls'a göre, anayasada adaletin birinci ilkesi, yani temel hak ve özgürlüklerin yer alıp, korunması gerekmektedir<sup>(14)</sup>.

Böylece, Rawls'ta hukuk-ahlakilik ilişkisinin, adalet ilkeleri vasıtasıyla kurulabileceği belirtilebilir; çünkü, hukuk sistemindeki normlar hiyerarsisinin en üstünde yer alan anayasa, adalet ilkelerine uygun olarak düzenlenmekte ve böylece adalet ilkelerine, anayasanın üstünde yer verilmektedir. Diğer yandan, Rawls'un siyasal adalet anlayışında devletin nötr olması söz konusudur. Liberal gelenekte nötrlük, devletin farklı iyi anlayışlarına ve bunlarla ilgili yaşam tarzlarına karışmaması anlamındadır. Temelde bu düşünce, hoşgörüyle bağlantılıdır. Ancak, genellikle, hoşgürünün mutlak olmadığı kabul edilmektedir; yani, liberal devletin, kendi liberal değerlerini sürdürmek adına, bazı iyi anlayışlarında sınırlandırmalar yapması söz konusu olmaktadır. Bu durumda da, sınırlandırılmaların nasıl yapılacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Bununla ilgili olarak da genellikle benimsenen çözüm, yapılacak sınırlandırmaların bütün vatandaşlar için kabul edilecek nitelikte olmasıyla ilgilidir. Rawls'un bu konuda yaklaşımını ortaya koymak için, öncelikle, nötrlüğü nasıl tanımladığını belirtmek gerekmektedir.

Rawls, nötrlikle ilgili, prosedürel nötrlük ve amaca ilişkin nötrlükten söz etmektedir. Rawls'a göre prosedürel nötrlük, meşru veya haklı gösterilebilir bir prosedürle ilgilidir. Bir şeyi meşurlaştırma veya haklı gösterme, bazı değerlere başvurmayı gerektirir. Bu anlamda nötr prosedürün tarafsızlık, tu-

(10) Mather, a.g.e., s.357.

(11) Diğer yandan devlet iktidarını sınırlandırmak için sadece pozitif hukuk kurallarını yeterli bulan liberallerin görüşleri çerçevesinde bu iddiayı desteklemek mümkün değildir. Bu görüşler çerçevesinde tartışılacak olan da zaten farklı bir konu olup, içerikten bağımsız olarak sadece pozitif hukuk kurallarına güvenmekle kişisel özgürlüğün ne derece korunacağıyla ilgilidir.

(12) Liberalizmin farklı versiyonları ve tabii hukuk karşılaştırması için bkz. Mather, a.g.e., s.357 vd. Mükemmeliyetçi liberalizm ile neutralist liberalizm arasındaki başlıca fark, şu şekilde belirtilebilir: Mükemmeliyetçi düşüncüler, siyasal toplumun, üyelerinin daha iyi veya kötü olmalarıyla ilgili yaşamda ne yapacaklarına dair karar almasını ve buna uygun davranmasına yer verirken, diğerleri bu tür kararların bireylere bırakılması gerektiğini, devletin görevinin bireylerin bu tür kararlar alabilecekleri nötr bir ortam sağlamak olduğunu belirtmişlerdir. Stephen Mulhall-Adam Swift, "Rawls and Communitarianism", *The Cambridge Companion to Rawls*, Ed.Samuel Freeman, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s.460-487, s.471.

(13) John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1994, s.196.

(14) Rawls'un adaletin ikinci ilkesine anayasada yer vermemesinin başlıca nedeni, sosyal ve ekonomik eşitsizliklerle ilgili konulara anayasada yer verilmesini uygun bulmamasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1996, s.337.

tarlılık gibi nötr değerlere başvurularak haklı gösterilen prosedür olduğu belirtilir. Amaca ilişkin nötrlük ise, temel kurumların ve politikaların nötr olması anlamındadır. Bu tür nötrlük anlayışının, Rawls'un siyasal adalet anlayışının içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu anlayış çerçevesinde, Rawlsçu nötrlüğün iki anlamı bulunmaktadır. İlki, devletin siyasal adalet anlayışı tarafından izin verilebilir nitelikte olan her iyi anlayışını geliştirmeleri için tüm vatandaşlara eşit fırsat tanınmasıdır. İkinci ise, devletin, diğer kapsayıcı doktrinlerdence tek bir kapsayıcı doktrinin lehine olacak şekilde davranmamasıdır.<sup>(15)</sup> Rawls, kendi adalet anlayışının prosedürel nötrlük örneği olmadığını, kişi ve toplum idelerine dayalı, prosedürel nötrlükten daha fazla değerler gerektirdiğini belirtmektedir.<sup>(16)</sup>

Rawls'un yaptığı siyasal adalet anlayışı-kapsayıcı doktrinler ayrımı çerçevesinde, bir liberal devletin iyi anlayışlarına nasıl karışmayacağını anlamak mümkündür. Rawls, devletin ve hukukun temelini oluşturan siyasal adalet anlayışını, toplumdaki kapsayıcı doktrinlerden ayırt etmektedir. Zira, çoğulcu bir toplumda, herkesin kabul edileceği nitelikteki bir adalet anlayışının herhangi bir kapsayıcı doktrine dayanmaması gerekmektedir. Rawls'un siyasal adalet anlayışını, herkes tarafından paylaşılacak şekilde oluşturma, kamusal olmasına da yol açmaktadır. Siyasal adalet anlayışının bu kamusal niteliği, ayrıca, kamusal sınırlandırma nedeni olmasını da mümkün kılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yukarıdaki ilk Rawlsçu nötrlük tanımı çerçevesinde,

siyasal adalet anlayışı, bütün kapsayıcı doktrinleri değil, sadece izin verilebilir nitelikte olan kapsayıcı doktrinleri geliştirmeleri için vatandaşlara eşit fırsat verirken kamusal sınırlandırma işlevini görmektedir.

Öte yandan, Rawls'un kapsayıcı doktrinleri izin verilebilir nitelikteki ve izin verilebilir olmayan nitelikte şeklinde böylece ikiye ayırmasının ve sadece ilkinin desteklenebileceğinin belirtmesinin, liberal kimliğiyle ne kadar bağdaşabileceği sorulabilir. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, hoşgörü mutlak olmayıp, sınırları bulunmaktadır. Önemli olan husus, sınırlamaların kamusal nitelikte nedene dayanmasıdır. Rawls'un dayandığı neden de, bu özelliğe sahiptir. Bunun yanında, liberal düşüncede, sınırlamanın zorlayıcı nitelikte olmaması önemlidir; yani, devletin zorlayıcı gücü vasıtasıyla, belirli kapsayıcı doktrinlerin ve iyi anlayışlarının sürdürülmesini sağlamaması gerekmektedir. Rawls da, sadece, izin verilebilir nitelikte kapsayıcı doktrinlerin devlet aracılığıyla destekleneceğini belirtmektedir; bunların zorla uygulanacağına veya kabul ettirileceğine dair herhangi bir ifadeye yer vermemektedir. Bu anlamdaki nötrlük, devletin belirli iyilerin gelişmesini sağlamak için zorlayıcı olmayan vasıtalar kullanmasına izin vermeyi içermektedir. Diğer bir ifadeyle, iyi anlayışlarına ilişkin devlet nötrlüğü, zorlayıcı kural çıkarmasıyla ilgilidir.<sup>(17)</sup>

Ayrıca, nötrlüğün anlamı, bütün iyi düşüncelerinden soyutlanma demek değildir. Rawls'un nötrlük anlayışı, siyasal adalet anlayışı içinde yer alan ve

onun tarafından belirlenen anlayıştır. Bu bakımdan Rawls'un nötrlük anlayışı, bütün değerlerden soyutlanmış ve iyi düşüncesine yer vermeyen bir anlayış olarak düşünülemez. Nötrlük, Rawls'un siyasal adalet anlayışı içinde yer aldığı için, bu anlayışın içerdiği değerleri ve iyileri de içermektedir; yani, bunlardan bağımsız olarak anlaşılamaz. Öte yandan, Rawls'un siyasal adalet anlayışında, hakkın iyiden önce gelmesi söz konusudur.<sup>(18)</sup> Ancak Rawls'un hakkın iyiye önceliğinden hareket etmesinin anlamı, iyi düşüncelerine çok az yer verdiği demek değildir. Aksine, Rawls, iyi ve hakkın birbirini tamamladığını düşünmekte ve her adalet anlayışının ikisine ihtiyaç duyduğunu ileri sürmektedir.<sup>(19)</sup> Rawls, bu iddiasını desteklemek için, adil kurumlar ve siyasal değerlerin iyi anlayışları tarafından izin verilip desteklenmedikçe, hiçbir amaca hizmet etmeyeceğini belirtmektedir. Bu nedenle de, siyasal bir adalet anlayışının, kendi içinde onu destekleyecek çeşitli yaşam türlerine yer vermesi gerekmektedir.<sup>(20)</sup> Rawls, ayrıca, hakkın önceliğinin anlamının iyi düşüncelerine yer vermek olamayacağını, aksine bunun imkansız olduğunu belirtmektedir. Rawls'a göre hakkın önceliği, kullanılan düşüncelerin siyasal düşünceler olduğunu vurgulamaktadır.<sup>(21)</sup>

Esasen Rawls'un siyasal adalet anlayışında, birden fazla iyiyle karşılaşmak mümkündür. Rawls, kendi adalet anlayışında altı iyi düşüncesi bulunduğunu belirtmektedir. Bunlardan ilk ikisi, Rawls'un iynin zayıf teorisi olarak ad-

landırdığı anlayışta yer verdiği rasyo-nellik olarak iyilik ve birincil iyilerdir. Rawls'ta birincil iyiler, vatandaşların ihtiyaçlarını karşılayan iyilerdir; yani, eşit ve özgür olmakla ilgili vatandaşların temel ihtiyaçlarını yansıtan iyilerdir. Rawls'ta ki üçüncü iyi anlayışı, izin verilen iyi anlayışlarıyla ilgilidir.<sup>(22)</sup> Dördüncü iyi anlayışı, siyasal değerlerin iyisini, beşinci iyi anlayışı adalet ilkeleriyle düzenlenmiş siyasal toplumun iyisini ve altıncısı da sosyal birliklerin birliği olarak siyasal toplumun iyiliğini içermektedir.<sup>(23)</sup> İyi düzenlenmiş toplumun iyisi, adil bir anayasal rejimi sürdürmekle vatandaşların gerçekleştireceği iyidir. Rawls, bu iyi düşüncelerinin nötrlüğün önemli bir kısmıyla bağdaşacağını tartışmaktadır. Çünkü bunlar, sadece politika alanında uygulanan, sırf siyasal değerlerdir. Bu değerler, belirli bir kapsayıcı iyi anlayışıyla değil, vatandaşların makul kapsayıcı anlayışlarıyla destekledikleri, ortak bir temelde oluşturulmaktadır.<sup>(24)</sup>

Rawls'taki vatandaşların temel ihtiyaçlarıyla ilgili birincil iyiler ve siyasal toplumun iyisi, onun iyi düşüncesine yer verdiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bunlardan siyasal toplumun iyisi, vatandaşların ortak bir amaca sahip olduğuna işaret etmesi bakımından önem taşımaktadır. Rawls'ta, siyasal toplum, tek tek vatandaşlar için iyi olduğu gibi, paylaşılan amaç dolayısıyla bütün vatandaşlar için de iyi olmaktadır. Rawls'a göre, siyasal adalet anlayışıyla düzenlenen bir toplumda, vatandaşların ortaklaşa paylaştıkları bir amaç söz ko-

(15) John Rawls, "The Priority of Right and Ideas of the Good", *Philosophy and Public Affairs* 17, 1988, s.251-276, s.260-262.

(16) John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*, Ed.Erin Kelly, The Belknap Press, Cambridge 2003, s.153.

(17) Mather, a.g.e., s.358.

(18) Gülriiz Özkök, "John Rawls'ta Liberal Nötr Devlet", *Yeni Türkiye* 99/25, s.564-569, s.566.

(19) Rawls, 2003, s.140.

(20) Rawls, 2003, s.141.

(21) Rawls, 2003, s.201.

(22) Rawls, 2003, s.141.

(23) Rawls, 2003, s.142.

(24) Mulhall-Swift, a.g.e., s.472.

nusudur. Bu toplumdaki vatandaşlar, aynı kapsayıcı doktrini değil, ama aynı siyasal adalet anlayışını onaylamaktadırlar. Bunun anlamı, temel bir siyasal amacı paylaşmalarıdır. Bu amaç da, vatandaşların adil kurumları desteklemeleri ve adaletle uygun olarak birbirlerine davranışlarıyla ilgilidir<sup>(25)</sup>. Paylaşılan bu amaçlar da, siyasal toplumun iyi olmasının yollarından birini oluşturmaktadır. Bu iyi, vatandaşların aktif katılımıyla gerçekleşmektedir<sup>(26)</sup>. Diğer yandan Rawls, siyasal toplumun, vatandaşların yetilerini gerçekleştirip, kullanmalarını mümkün kıldığı için tek tek vatandaşlar bakımından da iyi olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, siyasal adalet anlayışıyla eşit temel haklar, özgürlükler ve fırsatlar güvence altına alınmaktadır. Bunları güvence altına alan siyasal toplum da, vatandaşların temel ihtiyaçlarını karşılamaktadır<sup>(27)</sup>; yani, Rawls'ta, vatandaşların temel ihtiyaçları arasında haklar, özgürlükler, fırsatlar yer aldığı için bunları karşılayan toplum da temel ihtiyaçları karşılamış olmaktadır.

Buraya kadar belirtilenler çerçevesinde, Rawls'un nötrlük anlayışının iyi düşüncelerine yer vermemek anlamına gelmediği belirtilebilir. Bu nötrlük, daha çok, iyi düşüncelerinin siyasal adalet anlayışı içinde anlaşılması gerektiğiyle ilgilidir. Buradan hareketle, Rawlsçu liberal nötrlüğün, hukuk-ahlakilik ilişkisini iyi düşüncesi bakımından da kurmak bakımından engel teşkil etmediği sonucuna varılabilir; yani Rawls'ta hukuk-ahlakilik ilişkisini adalet ilkeleri bakımından kurmak yanında, iyi düşüncesi bakımından da kurmak mümkündür. Özellikle, vatandaşların temel ihtiyaçlarıyla ilgili birincil iyiler ve siyasal toplumun iyisi, tabii hukuktaki ortak iyiye benzer özellikleri dolayısıyla, bu ilişkiyi kurmak bakımından uygun görünmektedir. Böylece liberal nötrlüğün, adalet ilkeleri ve iyi düşünceleri bakımından hukuk-ahlakilik ilişkisini kurmaya, en azından Rawls söz konusu olduğunda, bir engel oluşturmadığı belirtilebilir.

## Avukatlık ve Felsefe

Başar Yaltı<sup>(\*)</sup>

### GİRİŞ

Avukat sözcüğü, en genel şekliyle, avukatlık yapan kişi anlamındadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1nci maddesinde Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanmıştır. Aynı yasa maddesinde, Avukatın, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği belirtildikten sonra, 2 nci maddede avukatlığın amacı; "hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak," olarak belirtilmiştir. Yasada ayrıca, "Avukat bu amaçla hukukî bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder," denilmektedir.

Görüldüğü üzere avukat, hukuksal bilgi ve deneyimlerini kişilerin yararlanmasına sunarken, aynı zamanda, adaletin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir. Modern devlet örgütlenmesinde adalet, ancak hukukun uygulanmasıyla gerçekleşebileceğinden, avukatlık mesleğinin konusu hukuktur. Konusu hukuk olan yargıçlık, savcılık, noterlik, hukuk öğretmenliği gibi başka meslekler olduğu da bilinmektedir. Ancak, hukukçu olmak bir meslek sahibi

olmak anlamına gelmemelidir. Hukukçu, hukuk konusunda genel, sistematik bir bilgiye sahip ve hukuku kültür olarak özümsemiş kişi, hukukla ilgilenen kişi anlamındadır. Türkçe'de sonuna cı, cu, çu, çu gibi takılar alan isimler, (örneğin kitapçı, sucu, yoğurtçu...vb) aynı zamanda o işi yapan, pazarlayan anlamına geldiğinden, hukukçu sözcüğünün hukuku satan, pazarlayan kişi olarak anlaşılması hukuk kavramının özüne ve kapsamına uygun düşmemektedir. (Benzer özellikteki savcı sözcüğünün yukarıda açıklanan anlama gelmediğini belirtmemiz gerekiyor.) Bu bakımdan hukukçuyu, bir meslek mensubu olarak görmek yerine, hukuk konusunda derinliğine bilgisi olan kişi olarak kabul etmek, kişiliğe bağlı bir sıfat olarak kullanmak daha doğru bir yaklaşımdır. Aslında hukuku satmak, pazarlamak gibi bir anlam, konusu hukuk olan mesleklerin hiç birisine yakışmamaktadır. Hukuk, satılan, pazarlanan bir meta değil, toplumsal yaşam bakımından herkesin yararlanmasına sunulmuş, uyulması ve yerine getirilmesi istenilen kurallar bütünüdür. Bu yönüyle, hukuk konusunda meslek sahibi olanların hukukçu olmaları zorunludur ama, her hukukçu bir avukat, bir yargıç... olmak zorunda değildir, olması da gerekmez. Belirtmeliyiz ki, hukukçu olmayı doğrudan doğruya bir meslek sahipliği olarak gören farklı yaklaşımlar da bulunmaktadır.<sup>(1)</sup>

(25) Rawls, 2003, s.199.

(26) Rawls, 2003, s.201.

(27) Rawls, 2003, s.200.

(\*) Avukat, İstanbul Barosu

(1) Cihirlioğlu, Zafer. Türkiye'de Hukuk Mesleği, Ankara 1997, Gündoğan Yayınları, s.7 vd

Avukatlığın konusunu hak aramak, adaletin yerine getirilmesine yardımcı olmak, yargılama sürecinde görev üstlenmek oluşturduğu için; işini iyi yapmak ve aldığı ücreti "hak etmek" isteyen bir avukat, hukuksal düşünme ve anlama yöntemlerinin analizi ve hukuk olgusunun geneli üzerinde fikir sahibi olmak zorundadır.<sup>(2)</sup> Bu ve benzeri konular hukuk felsefesinin temel sorunlarını oluşturduğundan, bir avukatın hukuk felsefesine uzak durması düşünülemez.

Felsefe, bilimlerin anası sıfatına sahip engin bir alandır. Her konunun, her kavramın bir "felsefesi" olduğu söylenebilmektedir. Bu bağlamda hukukun felsefesi de elbette vardır. Hukuk olgusu, toplumsal yaşam ilişkilerini düzenlemek üzere, bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Kurulan toplumsal yapının gerektirdiği kuralların oluşum süreci ve serüveni ne olursa olsun, öncelikle arzu edilen kuralları olan bir toplumsal yaşamın kurulmasıdır. Toplumsal tarih, kargaşadan, herkesin kendiliğinden hak almaya/aramaya çalıştığı ilkel ve vahşi durumdan çıkılmadan, uygarlığa ve hukuksal düzene geçmenin mümkün olmadığını göstermiştir. Kimi zaman, düzen fikriyle hukuk kavramının özdeşleşmesi bundandır. Ancak, toplumsal anomi ve kaotik durumların, toplumsal yaşam için sakıncaları açık olsa da, hukuku sadece "norm/kural" boyutuna indirgeyen kuru bir anlayış, toplumsal kabuller bakımından hiçbir zaman yeterli olmamıştır. Kuralların aynı zamanda adaleti yerine getirmeye hizmet etmesi aranmıştır. Bu noktada hukukun yardımına felsefe koşmuş, kuralların anlam kazanması ve değer ifade edebilmesi hukuk felsefesiyle mümkün olabilmektedir.

Hukuk, kişiler yönünden, önceden belirlenmiş kurallarının kendilerine doğru bir biçimde uygulanmasını isteme ve bu kurallara başkalarının da uymalarını bekleme şeklinde ortaya çıkar. Yargı sistemi, zaman içinde toplumsallaşan bu beklentiye karşılamak için kurulmuştur. Yargı mekanizması, kuralların çiğnendiği iddiasını çözüme kavuşturarak yaşamsal bir görev üstlenir. Bu çerçevede, hukukun gerçekleşmesinin biçimi ve koşulları büyük önem taşımaktadır. Bunun içindir ki, yargılama olan yerde hukuk kendiliğinden vardır/olmalıdır. Yargılama sürecinde, bu sürecin bir öznesi olan avukatın pratiğe dönük yüzü belirgin olarak ortaya çıkar. Avukatın yargılamada üstlendiği rol, onu, hukuk olgusundan çok, hukukun sosyal yaşamda nasıl gerçekleşeceği sorunuyla daha fazla ilgilenmeye zorlar. Oysa, avukatın pratiğe yansıyan davranış kalıplarının arka planını oluşturan fon, onun hukukçu kimliğidir. Hukuk olgusunun bütün boyutlarıyla kavranması, hukuk felsefesinin özümsemesiyle mümkün olabileceğinden, bir avukatın yargılama sürecindeki davranışları, onun hukukçu kimliğinin görünümlerini oluşturur. Avukatın, felsefi farkındalığa sahip olup olmadığı yargılama sürecinde anlaşılabilir. Bu noktaya gelmeden önce, felsefenin ne olduğu konusunda birkaç söz söylemeliyiz. Çünkü hukuk felsefesi, sahip olduğu değer ve önemi genel felsefeden alır.<sup>(3)</sup>

### FELSEFE NEDİR, NEYE YARAR

Felsefe deyiimi, etimolojik olarak sevgi anlamına gelen *Philia* deyiimiyle, bilgi anlamına gelen *Sophia* deyiimin-

den meydana gelmiş olup bilgi sevgisi demektir. Felsefe, evrensel bilginin bilimi anlamındadır.<sup>(4)</sup> Felsefenin konusunu "varlık" kavramı oluşturur. Bu nedenle, varlığı tümel olarak ve tüm boyutlarıyla inceleyen bilgiler sistemine felsefe denilir. Felsefe varlığı önce varlık olarak inceler, sonra varlığı tanıma-ya çalışır, daha sonra ise varlığı değerlendirir.<sup>(5)</sup> Felsefe bir düşünce faaliyetidir. İnsanın soru sorabilme yeteneğine dayanır ve onu harekete geçirir. Felsefe, sorular üzerine düşünürken mantıksal argümanlara ve akıl yürütmeye önem verir. Felsefe varoluşumuzun anlamıyla ilgili temel soruları ele alarak onlara cevap bulmaya çalışır. Bireysel anlamda doğru ve açık seçik düşünebilmeyi öğretir. Sorunlara bir çok yönden bakabilmeyi, ön yargısız yaklaşabilmeyi, her şeyi eleştiri süzgecinden geçirebilmeyi sağlar.<sup>(6)</sup> Felsefe, Hegel'in deyişiyle, kendini bilinçli hale getiren düşüncedir. Felsefe her zaman, doğruluk sevgisi ve arayışı, yaşayış, davranış ve ahlak sorunu olarak, doğru olana ve iyiye yönelmiş bir çaba olarak ortaya çıkmıştır.<sup>(7)</sup>

Günlük dilde kullanılan "felsefe yapmak" deyiimi, derin ve anlaşılabilir sözler söylemek anlamında felsefeyi hafife alan bir deyimdir.<sup>(8)</sup> Oysa, felsefenin özelliği, karmaşık ve zor konuların üzerine giderek o konunun anlaşılır hale gelmesini sağlamaktır. Aslında en önemli felsefi yaklaşım "sadeleştirerek düşünme" yeteneğinin kişilere kazandırılmasıdır. Felsefeyi felsefe yapan şey, sorulara yanıt bulmaktan çok, sorular

sorabilmek ve sorunun varlığını görebilmektir. Belli bir konuda düşünmek, günlük deyimle "felsefe yapmaktır". Felsefe yapmak, elbette felsefi düşünme yeteneğini kazanmakla olur. Felsefe yapmak, varlığı ve bilgiyi bir bütün, insan yaşamıyla ilgili olay ve sorunları çok boyutlu olarak görmek ve her yönüyle kavramak anlamına gelir.<sup>(9)</sup> Felsefe, yeni gerçeklere açık olan, onları irdeleyen ve eleştiren; her konuyu kökünden ele alarak aydınlığa kavuşturmak isteyen derinlemesine düşüncenin çabasıdır.<sup>(10)</sup> Bu noktada her avukatın felsefe bilmesi, mesleğini anlaması, kavraması ve yürütmesi bakımından zorunluluktur. Felsefi akımları bilmekten, yasaların kökenini ve yargılama yöntemlerinin geçmişini ve gelişimini kavramadan, sadece onların normatif içerikleriyle sınırlı bir şekilde davranmak, içinde merak olmayan, mahkum bir anlayışı temsil eder. Felsefe bize, bütün içerisindeki parçayı, parçanın içinde olduğu bütünü görme ve anlama yeteneği kazandırır. Felsefe insana iç özgürlüğünü hissettirir. Diyalektik yöntem yoluyla esnek düşünme, kavramları zıttıyla birlikte değerlendirme becerisini kazandırır. Bu beceri, yargılama sürecinde avukatı güçlü kılar. Yargılama süreci, etkileyen ve etkilenen bir özelliğe sahiptir. Avukatı bu süreçte, hukuk teknisyeni olmaktan kurtaran yönü, hukukçuluğudur. Hukukçu teorisyendir. Toplumsal yapının sağlıklı olarak kurulup yürütülmesi bakımından, hukuksal normların sürekli olarak

(2) Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1987, AÜHF Yayını, s.11

(3) Aral, Vecdi. *İnsan Özgür mü?*, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 138

(4) Hançorlioğlu Orhan. *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt 2, Remzi Kitapevi 1977, s.147

(5) Oktem, Niyazi. *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, İstanbul 1985, Der Yayınları, s.4

(6) Cevizci, Ahmet. *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayınları, İstanbul 2000, 4.b., s.360,361

(7) Hilav, Selahattin. *100 Soruda Felsefe*, K Kitaplığı, 2003, s.19

(8) Hilav, s.29

(9) Cevizci, s.364

(10) Hilav, s.30

sorgulanması ve tartışılması önem taşımaktadır.

Avukat, yargıya yansıyan sosyal olgunun aktarıldığı ilk kişidir. Hukuk normunun sosyal olaya uygulanmasını sağlayacak yargılama sürecinde avukatın üstlendiği işlev taraflar bakımından yaşamsaldır. Avukat bu süreçte, yargılamanın bütününe değerlendirebilme ve sonucu öngörebilme yeteneğine sahip olarak, müvekkilini olası sonuçlara hazırlar. Yargılama sırasında, yürürlükteki kuralların olaya uygulanmasında hukuka uygunluğun sağlanması her zaman için bir sorundur. Bu bakımdan avukat, yargılamaya esas alınacak kabullerin felsefi temellerini sorgulayarak adil bir karara ulaşılması için çaba gösterir. Hukuk felsefesinin içselleştirmiş bir avukatın önemi burada ortaya çıkar.

### HUKUK FELSEFESİ

Hukuk felsefesi, hukukun bir bütün olarak incelenmesini konu edinir. Hukuk felsefesi, hukukun ve hukuk sistemlerinin doğasını analiz ederek, hukuksal otoritenin kökenini araştırır. Adil bir hukuk sisteminin nasıl olması gerektiği sorusuna doyurucu bir yanıt getirmeye çalışır. Hukukun özünü, toplumdaki rol ve işlevini anlamaya katkıda bulunacak kavram ve teorilerin oluşturulmasını amaçlar.<sup>(11)</sup>

Hukukun tümünün her zaman kavranması olanaklı bulunmadığından, hukuk felsefesinin sağlayacağı doğru sorular sorma yöntemiyle ve tekil olaylardan tümele doğru giderek bu amaca ulaşılabilir. Bu ise tündengelim veya tümevarım gibi mantık yöntemlerine başvurmayı gerektirir. Öznel hukuk dallarının (ceza, borçlar, miras vb.) her birisinde geçerli olan temel ilkeleri saptamak

ve bunların meşruluklarını yaratmak bir hukuk düzeninin temel sorunları arasındadır. Hukuk felsefesi, hukuk idesinin (hukuk bakımından her yerde, her zaman ve her türlü hayat koşulları altında geçerli olan anlayış ve yaklaşımın) tekil olaylara bağlı olarak gerçekleşmesinin arayışındır. Hukuk felsefesi, sadece yargılama süreci bakımından değil, yargılama sonucunda verilen kararın doğruluğu bakımından da hukukçulara eleştirel bir bakış açısı kazandırır. Eleştirel bakış açısına sahip olmak, özellikle avukatlar bakımından önem taşır.

Hukuk felsefesi, hemen bütün hukuk düşünürleri tarafından kabul edilen şekliyle, hukuk olgusunu üç unsurun üzerine oturtur: Norm (kural), sosyal olgu ve etik değer (adalet). Hukuk konusunda ortaya çıkan değişik okullar bu üç unsurdan birine ağırlık vererek ve bunu hukukun özü kabul ederek kuramlarını geliştirmişlerdir. Hukuk felsefesi kurucu, mimari bir bilim olarak hukuk düzeninin ana planını çizer. Hukukçu içinde yaşadığı hukuk düzeninin mahiyetini bilmezse, hukuku bütün boyutlarıyla algılayıp, tasarlayamazsa, bir hukuk teknisyeni olmanın ötesine geçemez. Bu nedenle salt pozitivist bir yaklaşım hukukçuyu, hukuk teknisyeni düzeyine indirger. Sadece kurallar içerisinde kalarak ve yasa metinleri, sözcükleriyle onayarak hukukun gerçekleşmesi mümkün değildir. Hukukçu, refleksleriyle değil, bilinciyle hareket eden birisidir. Hukukçu, yürürlükteki normların gerçek adalet değerine uygun olup olmadığını araştırmalıdır. Bu nedenle, adalet kavramının içerik ve kapsamını, adalete uygun davranışın ne olduğunu metodolojik bir biçimde araştırmak hukukçunun görevidir.<sup>(12)</sup> Yürüt-

lükteki hukukun gerçek hukuku temsil edip etmediği ancak hukukçu tarafından irdelenebilir. Avukatı, hukuk teknisyenliğinden kurtaran özelliği hukukçu kimliğidir. Avukat, hukuk pratiğinin bizzat içinde olarak, yargılanan eylemle uygulanan norm arasında adil bir dengenin kurulmasına öncülük etmelidir. Eğer avukat, hukuksal konularda soyutlama yeteneğine sahip değilse, somut olaya hukuk felsefesi açısından yaklaşarak sorunu yerli yerine oturtamıyorsa, olayların değerlendirmesinde adalet ölçütüne uygun bir yaklaşım biçimi (üslubu) edinmemiş se, hukuk teknisyenliğinden kurtulmamış demektir.

Hukuk felsefesi hukuku iki ana felsefi düşünce akımı çerçevesinde değerlendire gelmiştir: İdealizm ve materyalizm. Bazen hukuku, ideal toplum yerine koyarak değerlendiririz, bazen de, hukuku, toplumun sosyo - ekonomik yapısının bir yansıması olarak görürüz. Birincisinde gereksiz bir kutsallık, ikinci bakış açısında ise, edilgenlik vardır. Hukuk, ne idealist görüşte olduğu gibi toplumsal ilişkilerin ilk nedeni, ne de mekanik maddeci görüşte olduğu gibi onların sonucudur. Politika ile toplumsal ilişkiler arasında bir ara kademedir.<sup>(13)</sup> Hukuk her düzenin kendini savunma silahıdır. Ama bu hukukun tümüyle tutucu olduğu anlamına gelmez. Örneğin doğal hukuk burjuvazinin kral ve feodal beylere karşı mücadelesinde silah olmuşken, daha sonra ortaya çıkan sosyal gelişmelere karşı burjuvazinin savunma silahı haline gelmiştir. Bu yüzden doğal hukuk görüşü 20. yy dan sonra değişim ve dönüşüm yaşamıştır. 20. yy bu bakımdan düşünsel alanda ide-madde uzlaşması çağıdır. 18. yüzyıl idealizmi, 19. yüzyıl materyaliz-

mi, 20. yüzyıl gerek düşünsel gerek toplumsal planda bir senteze zorlamıştır. Aynı durum hukuk alanında da yaşanmıştır.<sup>(14)</sup> Doğal hukuk bu süreçte sosyalleşmiştir. Hukuk öğretilerinin hangi tarihsel arka planda geliştiklerini bilmek hukukçunun (avukatın) yorum yapma ve değerlendirme yeteneğini geliştirir. Avukatın felsefeyle ilgilenmesi aynı zamanda adaletin gerçekleşmesinde hangi düşünürlerin nasıl bir yöntemle amaçlarına ulaşmayı düşündüklerini öğretir. Bu ise avukatta farkında olma, farkına varma duyusunun gelişmesini sağlar.

Hukuk felsefesi, mesleğini yapmada ve hukuksal akıl yürütmede, avukatı yetkin kılar. Avukatlık mesleği, hukukun değerler sistemi ve ritüalleri içerisinde yerine getirilen bir meslektir. Hukuksal değerler, normlar (pozitif hukuk kuralları) aracılığıyla kodlanarak belirlenebilir, uygulanabilir hale getirilir. Genel normların özel olaylara uygulanması sırasında "adalet ölçütüne" aykırılıkların ortaya çıkma olasılığına karşı, avukatın hukuk felsefesine uygun davranması mesleki bir yükümlülüktür. Avukatlık, gittikçe karmaşılaşan toplumsal düzen içinde, insanların başkalarına ve devlete karşı özgürlük, eşitlik ve güvenlik ihtiyaçlarını karşılamaya çalışan bir işleve de sahiptir. Bu işlevin sağlıklı, doğru ve haklı bir çerçeve içerisinde yerine getirilmesi, meslek mensuplarında hukuk bilincinin gelişmiş olmasıyla bağlantılıdır. Bir hukukçu (avukat) için herhangi bir felsefe ile ilişki kurmaktan kaçınmak olanaksızdır. Çünkü, hukuki kararların doğru olarak nasıl temellendirileceğini bilmek, felsefi bir görüşe dayanmayı gerektirir.<sup>(15)</sup> Bu bakımdan, avukatın hu-

(11) Cevizci, s. 460

(12) Öktem, s. 33,34

(13) Belge, Murat. Sosyalizm Türkiye ve Gelecek, Birikim Yayınları, İstanbul 2000, 3.b.,s.92

(14) Öktem, s.141

(15) Aral, s. 151

kuka hem içinden, hem dışından baka-bilmesi önemli bir yetenek olarak görülmelidir.

### HUKUK OLGUSU VE AVUKAT

Bir toplumun hukuk düzeni, hukuk kuralları ve bu kurallara uymayanlara karşı kullanılacak çeşitli düzeyde yaptırımlar (tazminat, aynen ifa, icra, ceza vb) ve bu yaptırımlar hakkında karar verecek ve uygulayacak zorlama örgütü (yürütme-yargı-icra-infaz) ile sağlanır.<sup>(16)</sup> Her hukuk düzeninin ürettiği, bir hukuk kültürü vardır. Hukuk kültürünün oluşumunu ve yapısını açıklarken Prof Dr. Hayrettin Ökçesiz tarafından kullanılan yedi üçüzlü kurgu<sup>(17)</sup>, diyalektik bir bakış açısı sunmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde, hukuk olgusunun üç boyutunu oluşturan norm, sosyal olgu ve etik değer aşamalarında avukatın işlevinin ne olması gerektiği bir sorundur.

Avukat, gerek somut olay yargılama-şında adaletin sağlanması, gerekse hukuk devletin gerçekleştirilmesindeki rolüyle bu diyalektik sürecin önemli bir öznesidir. Bilindiği üzere diyalektik süreç, tez, antitez ve sentez aşamalarını içeren bir düşünme yöntemidir. Toplumların hukuk düzenine ulaşmaları da böyle bir diyalektik süreç sonunda mümkün olabilmektedir. Hukukun üç boyutunu oluşturan norm olgusu toplumda kuralların -yasa, tüzük, yönetmelik, genelge- şeklinde konulmasıyla gerçekleşir. Toplumsal düzenin ideal biçimi, yasama organı tarafından konulan kurallarla tanımlanmış olur. Böylece, o toplumsal düzenin varlık koşulları, tezi (büyük önermesi) oluşmuş olur. Bir

toplumda konulmuş olan kurallara aykırı her eylem veya somut durum bir antitez oluşturur. Bu durum büyük önermeyle kurulmuş olan toplumsal düzene aykırı sosyal olguyu oluşturur. Her aykırılık büyük önermeye (tez) karşı küçük önerme (antitez) anlamındadır. Sonuçta hukuk düzeninin yeniden kurulması için bir yargılama süreci yaşanır ki, bu, toplumun kabul ettiği etik değere - adalete - ulaşma çabası olup, yargılama sonucunda bozulan denge verilecek mahkeme kararıyla yeniden kurulur ve sentez gerçekleşmiş olur.

Avukatın, hukuk olgusunun her aşamasında farklı görevleri bulunmaktadı. Avukat, hukuk olgusunun üçüncü aşaması olan yargılama süreci sonunda verilecek kararın hukuka, adalete, hakkaniyete uygun olmasını sağlamakla görevlidir. Bu profesyonelce yapılan mesleki bir görevdir. Yargılamanın amacı, gerçeğe ulaşmak, gerçeklik olgusuyla birlikte adaleti sağlamaktır. Bu bakımdan, yargılama sürecinde yer alan bir avukatın, dava kazanmayı münazara kazanmak olarak algılamaması gerekir. Sırf kazanmak uğruna, süslü püslü ancak içerikten yoksun ikna yöntemleri ve kurnazlık, bir avukatın yargılama sırasında başvuracağı üslup olmamalıdır.

Yargılama sırasında avukat, davalı veya davacı yanında yer alırken, onlara hukuksal yardımda bulunurken bağımsızlığını hissedebilmelidir. Avukatın bağımsızlığı kişisel bir talep değildir. Savunma hakkını temsil eden avukat, bağımsızlığını yitirdiğinde, adaletin gerçekleşmesine olan katkısı azalaca-

ğından, bundan toplumun olumsuz şekilde etkileneceği somut bir gerçekliktir. Avukatın müvekkiline karşı bağımsızlığı, tutuculaşan hukukun yeniden yaratılmasında ve sınırlarının genişletilmesinde önemli bir araç olmaktadır. Kuşkusuz bağımsızlığın maddi temellerinin hazırlanması gerekmektedir. Bu nedenle yargı bağımsızlığı ile avukatın bağımsızlığı birbirinden ayrılamaz. Dolayısıyla avukat, yargılamanın vazgeçilmez bir öznesi olarak haklarının, yetkilerinin ve sorumluluklarının farkında olmalıdır.

Adalet, hukukta en önde gelen göreceli bir değerdir. Zaman, mekan, sınıf ve bakış açısı yönünden adaletin göreceli oluşu, avukat (hukukçu) için yorunda esneklik ve avantaj sağlar. Bu ise hukukun sınırlarını genişletir. Yargılama sonunda verilecek kararın özel değer yargılarının etkisinde kalma olasılığına karşı avukat, kendi özel değer yargılarıyla hareket etmemelidir. Avukatların toplumsal kökenleri konusunda yapılan nispeten eski bir araştırmanın (1992) sonucuna göre, Türkiye'de avukatlık mesleği orta sınıftan ya da alt sınıfın üst kesimlerinden gelen hukukçular tarafından yapılmaktadır. Yapılan araştırmaya göre, İstanbul avukatlarının %91 nin annesi ev kadını olup, bunların %19 u okuma yazma bilmemektedir.<sup>(18)</sup> Aynı özelliğin yargıç ve savcılar için de geçerli olduğu rahatlıkla söylenebilir. Geldikleri sosyal çevrenin kültür kökleri avukatlar (yargıç ve savcılar bakımından da) bakımından adaletin sağlanmasında engel oluşturabileceği gibi, bu durum, toplumsal sosyolojinin tanınması yönünden, hukukun hayata aktarılmasında bir avantaja da dönüştürülebilir.

(18) Cihantioğlu, s.67

Avukat, sosyal olgunun fiilen yaşadığı toplumun aynı zamanda aktif bir bireydir. Bir birey olarak avukat, toplum içinde yerleşik ahlaki kuralların ve etik değerlerin adalet ölçütüne, insanlık onuruna ve evrensel kabullere uygun bir düzeye yükselmesi için çalışmalıdır. Hukuk felsefesini içselleştirmiş bir yurttaş kimliği, avukata, düşünceleriyle davranışlarını aynileştirme sorumluluğu yükler. Hukukun özünü direnme hakkında gören bir anlayışla bakıldığında, yurttaş olarak avukata düşen görev, meşruluk zemininden sapan hukuk ihlallerine, sivil itaatsizlik yoluyla karşı koymaktır.

Avukatın, hukuk olgusunun büyük önermesini (tezini) oluşturan kuralların konulması aşamasında, (yasaların yapılması) hem birey olarak hem meslek örgütü aracılığıyla kamuoyu oluşturulmasına soyunması ve bunu bir görev olarak üstlenmesi gerekmektedir. Avukatın (baroların) hukuk konusundaki uzmanlığı, kural koyma tekelini elinde bulunduran yasama organını etkilemek bakımından önemli bir avantaj sağlar. Bu durumu somutlaştıran örnekler, ülkemizde, yakın geçmişte yaşanmıştır. Töre cinayetlerine karşı verilen mücadelede kadın derneklerinin önemli yasal değişiklikler sağladıkları bilinen bir gerçektir. Türk Medeni Kanunun getirdiği kadın, erkek eşitliği konusundaki kazanımlarda da, bu dernekler pay sahibidirler. Derneklerin iç yapıları incelendiğinde, yöneticilerin genellikle bayan avukatlardan oluştuğunu görmek, avukatın rolünü anlamak bakımından önemlidir. TBMM de kabul edilen yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki bir çok yenilik, bu arada zina konusunun yasada yer almaması da, öncü rol

(16) Yalçın, Yaşar. *Hukuk Metodolojisi, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Yayınları, İstanbul 1997, s. 518.

(17) Ökçesiz, Hayrettin, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004, Sayı: 10, s.115-129



üstlenilerek oluşturulan kamu oyu sayesinde gerçekleştirilmiştir. Bilindiği üzere yasalar, TBMM onayı ile yürürlüğe girmiş olsalar da, Meclis Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında yasa tasarılarının değişme olasılıkları çok sınırlıdır. Yasalar tasarı halindeyken daha kolay değişikliğe uğrayabilmekte, yasaların teknik hazırlık sürecine etki etmek daha kolay olabilmektedir. Yasa yapma (kurul koyma) yetkisi her ne kadar TBMM ne tanınmış bir yetki ise de, bu yetkinin kullanılması çoğu kez biçimsel olmaktadır. Hızlı bir yasalaşma süreci yaşayan günümüz Türkiye'sinde yasalar, ya Avrupa Birliği makamları veya IMF yetkililerinin talepleri doğrultusunda çıkartılmaktadır. Hukuk yoluyla toplum yaratma amacına dönük bu tepeden inme yöntemi, Tanzimat ve Cumhuriyetin kuruluş yıllarından sonra yeniden yaşanmaktayız. Bu süreçte avukat, yöntemin demokratik olmamasını göz ardı etmemekle birlikte, hukukun evrenselleşen temel ilkelerinin yasalaşarak hayata geçirilmesini desteklemek, yeni yasaların toplumsal kabulünde görev almak zorundadır.

Avukatın, yüksek ahlak ve güçlü bir karaktere sahip olması, hukuk felsefesinin yarattığı erdemli bir sonuçtur. Avukatın bu vasıflarının piyasa koşullarına ve başarıyı iş bitiricilik olarak algılayan güncel yaklaşıma karşı korunması şarttır. Ayrıca, meslek etiğinin oluşması ve korunmasında baroların yürüteceği çalışmalar, yozlaşmanın önüne geçmede etkili denetim yolları bulunmasına bağlıdır. Avukat ve baro, yargılamanın tüm süreçlerinde ve yargı organının her kurumunda varlığını hissettirmek zorundadır. Avukatlığın kamusal bir görev olması, kamu vicdanını yaralayan her olaya, avukatın (baronun) müdahale

zorunluluğunu yüklemektedir. Tavrılı olmak avukatın hem hakkı hem görevidir. Hukuk dışı yollardan elde edilen kazanımlar karşısında, yasaya ve hukuka bağlı kalarak hak arayanlar ve mesleğini yapanlar eşit olmayan koşullarda diğer meslektaşlarıyla yarışmak zorunda kalmaktadırlar. Avukatlar arasında eşitsizliğe yol açarak toplumda adalet dengesinin bozulmasını yaratacak fırsatçılık ve eşitsizliklere imkan tanınması, aslında topluma yöneltilmiş bir tehdittir. Bu tehdidin ortadan kaldırılmasında her avukat (her yurttaş) kendisini görevli saymalıdır. Adil yargılanma, yargılama sürecinin adil olmasını da kapsayan vazgeçilmez bir hak ve yükümlülüktür. Avukat ve baro, adil yargılamaya aykırı her olayda, kimden ve nasıl gelirse gelsin karşı tavrı almak zorundadır. Bu bağlamda, son dönemde yargıdaki bazı yolsuzluk iddiaları karşısında, yolsuzlukların üzerini çeşitli gerekçeler üreterek, hukuk şahtıyla örtmek yerine; açıklık, saydamlık ve demokratikliği yargılama sürecine katarak, topluma güven vermek baroların (bütün yargı mensuplarının) görevi olmalıdır.

### SONUÇ

Hukuk felsefesi avukata, hukukun, adaletin, dürüst ve hakça bir yargılamanın bekçiliği görevini vermektedir. Adaletin, güçlülerin kolayca delip geçtiği, yoksul ve zavallıların takılıp kaldığı bir örümcek ağına dönüşmemesi için avukat, bütün benliğiyle hukuk dışılık, yolsuzluk ve yozlaşmayla mücadele etmelidir.

"Bir köy davasında köyde keşif yapılacak, davacının tanıkları dinlenecektir. Ancak tanıklar bulunamamıştır. Mahkeme heyetinin köye yeniden gitmesi gerekmektedir. Genç yargıç davacıya kızar: " hem dava açıyorsun hem

tanıklarını getiremiyorsun, üstelik 250 liralık bir tarla için bizi buralara sürüklüyorsun, isteseydin tarlanın parasını biz sana verirdik." Köylü bu çıkışa karşı altta kalmaz ve genç yargıca unutamayacağı bir ders verir: Hakim bey, ben para pul peşinde değil, hak peşindeyim."

Avukat ve yargıç hak aramanın anlam ve önemini hukuk felsefesini içselleştirerek kavradığında, sağlıklı işleyen bir hukuk düzeninin kurulması ve sürdürülmesi mümkün hale gelecektir.

### KAYNAKÇA

- 1- Araf, Vecdi. İnsan Özgür mü?, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004
- 2- Belge, Murat. Sosyalizm Türkiye ve Gelecek, Birikim Yayınları, İstanbul 2000, 3.b.
- 3- Cevizci, Ahmet. Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayınları, İstanbul 2000, 4.b.
- 4- Cihantioğlu, Zafer. Türkiye'de Hukuk Mesleği, Ankara 1997, Gündoğan Yayınları

5- Çeçen, Anıl. Adalet Kavramı, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993, 2.b.

6- Güriz, Adnan. Hukuk Felsefesi, Ankara 1987, AÜHF Yayını,

7- Hakim ve Avukatların Bağımsızlığı, Belge Yayınları, 2001

8- Hançerlioğlu, Orhan. Felsefe Ansiklopedisi, Cilt 2, Remzi Kitapevi, İstanbul 1977

9- Hilav, Selahattin. 100 Soruda Felsefe, K Kitaplığı, 2003,

10- Ökçesiz, Hayrettin, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2004, Sayı:10

11- Öktem, Niyazi. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, İstanbul 1985, Der Yayınları,

12- Özbilgen, Tarık. Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, İÜHF Yayını

13- Yalçın, Yaşar. Hukuk Metodolojisi, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Alkım Yayınları, İstanbul 1997.



# Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri

Harun Tepe<sup>(\*)</sup>

Hukuk insanın daha insanca yaşamasının koşullarını hazırlayan, amaca uygun geliştirilip uygulandığında bunu başarabilen insan kurumlarından biridir. Bunun için bir insan başarısı, insanlık başarısı olarak nitelenmesi uygun olur. Hukukun üstünlüğü, hukukun baş tacı edilmesi, hukuksuzluğun lanetlenmesi, hukukun bu amacı ya da varlık nedeni göz önünde tutulduğunda çok daha iyi anlaşılır. Bugün hukuksuz bir yaşam düşünmek, hele böylesi bir yaşamın daha insanca bir yaşam olabileceğini savlamak pek mümkün görünmemektedir. Böylesi savlar da yoktur zaten. Olsa olsa belli hukuklardan, belli hukuksal uygulamalardan şikayet edilebilir, edilmektedir de. Burada söz konusu edilen de, belli bir yer ve zamanda geçerli olan hukuk normları ya da bunların uygulanmasıyla ilgili sorunlardır. Bu şikayetler de hukuk normlarının, yani yasaların ve benzeri yönergelerin hukukun özüne uygun biçimde yapılmamasından veya aslında hukukun amacına uygun düşen yasaların uygun bir biçimde uygulanmamasından kaynaklanmaktadır.

Tüm bu söylenenlerin arkasında belli bir hukuk idesi, hukukun insanlar arası ilişkileri adalet idesine göre düzenlemeyi amaçlayan bir kurum olması düşüncesi yatmaktadır. Hukukun adaleti, ama her durumda adaleti gerçekleştirmeyi amaçlayan bir kurum olduğu fikridir,

tüm yukarıda söylenenleri olanaklı kılan. Temelinde böyle bir değer yer almayan yasal düzenlemelerin, örneğin insanlar arası barışı, güveni bozmayı amaçlayan, hak idesini bir yana bırakan, temel hakları ya da insan haklarını ihlal etmeye izin veren, hatta onları teşvik eden bir yasal düzenlemenin hukuk olduğu söylenebilir mi? Bu türden bir yasa manzumesi hukukun varlığını mı, yoksa yokluğunu mu gösterir?

Bu sorunun yanıtı hukukla yasahlık, hukuk devleti ile yasa devleti, pozitif hukukla hukuk arasındaki bağlantıların yeniden sorgulanmasını gerektirmektedir. Bu tartışma oldukça eski bir tartışma olup, hukuk felsefesinin adeta klastikleşmiş tartışma konularından biridir. Özellikle de hukukçu pozitivistlerin, hukuku pozitif hukuktan ibaret görenlerin öncelikle hesaplaşması gereken bir sorundur bu. Ama bu yazıda bu sorun ele alınmayacaktır. Burada daha çok hukuk, insanlar arası ilişkileri adalet ilkesine göre düzenlemeyi, yani etik ilkelere göre düzenlemeyi ve bu türden ilkelere göre yürütmeyi, bu yolla da "insansal iyi"nin ya da insanın insan olarak kendisinde taşıdığı olanaklarını gerçekleştirebilmesinin koşullarını sağlamayı amaçlayan bir insan kurumu olarak ele alınacaktır.

"Nasıl etik alanında, insanların eylem ve yapıp etmelerini, ilişkilerini yöneten ilkeler, değerler varsa, bir 'toplu-

luk' içinde yaşayan insanların eylemlerini, birbirleriyle olan ilişkilerini yönetip düzenleyen ilkeler ve bu ilkelere dayanarak konulan kural ve yasalar vardır ki, bunların hepsine birden hukuk sistemi adını veriyoruz"<sup>(1)</sup>.

Her hukuk sistemi karşımıza bir normlar kümesi olarak çıkmaktadır. Kimi yasa-kural, kimi tüzük-yönetmelik olarak dizgeleştirilen hukuk normlarıdır bunlar. Hep bir ilişkiyi düzenlemeyi, bu yolla söz konusu ilişkinin adil bir biçimde kurulmasını ya da daha adil bir ilişki biçimine sokulmasını sağlamayı hedefler hukuk normları. Düzenlenen kimi zaman insanlar arası ilişkiler, kimi zaman insanın eşyayla, mal-mülkle ilişkisi ya da bir kurumla ilişkisi, kimi zaman mansa siyasal kurumlar ya da devletler arası ilişkilerdir. İlişkinin iki ucunda ne yer alırsa alsın, ilişkiler insana ilişkindir. Bu nedenle ilişkinin doğru kurulmaması ya da yürütülmemesi insanlara, en azından kimi insanlara zarar verir.

Mevcut hukuk normlarının çeşitliliğine, farklı ülkelerde farklı yasalarla karşılaşılabilmesine karşın, her yasal veya yasa benzeri düzenlemenin bir hukuk ilkesine dayanarak yapıldığı görülür. Daha yerinde bir deyişle, yasalar kimi ilkelere türetilmekte ya da kimi ilkelere dayanmaktadır. Düzenlemeyi yapanlar kimi zaman dayandıkları ilkenin farkında olmasalar bile bu yasanın niteliğini değiştirmez. Yasa daha hakça, daha insanca bir düzenlemenin kapılarını açabileceği gibi, aralık ya da ardına kadar açık olan kapıları da kapayabilir. Adil bir düzenlemeyi amaçlayabileceği gibi bir kişi ya da grubun çıkarlarını korumayı da amaçlayabilir.

Her yasa dayandığı ilke veya değer bir somutlaşmasıdır; bu ilke ya da değer belli toplumsal ve tarihsel koşul-

larda pozitif hukuk haline getirilmesidir. Bu nedenle yasalar farklı ilke veya değere dayalı olabilmekte, bu da onların etik değerini belirlemektedir. Yasanın türetildiği ilke ya da yasanın kaynağını oluşturan gelenek ya da alışkanlığın temelinde yatan ilke yasanın değerlendirilmesinde, yani onun hukukun amacına uygun bir yasa olup olmamasında da temel belirleyici olmaktadır. Bu yazıda hukukun etik temellerinden söz edildiğinde, bununla yasa ve benzeri düzenlemelerin temelinde yatan ilkelere ya da değerlere göre durumu kast edilmektedir. Yasanın değerini bu kendisine dayandığı ya da temel aldığı ilke belirlemektedir bir bakıma.

Ne var ki, bugün etik ilkelere ve hukuk ilkelere ilişkin tartışmalarda daha çok söz konusu edilen şey, ilkenin niteliğinden çok onun evrensel olup olmasınınıdır. Bir ilke ne kadar evrenselse, ya da ne kadar bir evrensel ilkeye dayandırılabilirse, o ilke o derece daha fazla kabul görmekte, evrensel hukukun bir parçası sayılmaktadır. Bir ilkenin dünyanın her yerinde hukuk ilkesi olarak geçerli olması ya da kabul görmesi, o ilkenin doğrulanması sayılmaktadır. Başka bir deyişle, bir ilke hakkında ne kadar çok görüş birliği sağlanabiliyorsa, o ilke o kadar değerli, "evrensel" bir ilke olmaktadır. Böylece ilkenin değerini belirleyen şey, ilkenin kabul görme ya da onaylanma derecesi olmaktadır. Farklı kültürler tarafından onaylanan ya da pozitif hukukun bir parçası haline getirilen her ilke evrensel hukukun bir parçası haline gelmektedir. Bu testi geçen her hukuk ilkesi ya da normu üst ilke olarak kabul görmektedir. Bugün, genel olarak, etikte ve hukukta ilkelere bakış bu türden bir bakıştır. Bunun yol açtığı en önemli sorun

(\*) Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü Öğretim Üyesidir.

(1) T. Mengüşoğlu, "Hukuk ve Devlet Felsefesi", Felsefeye Giriş, s. 288.

ise yasanın kendisinin, yasanın somutlaştırdığı ilke ya da değer bütünüyle değerlendirme sürecinin dışında tutulmasıdır. Kısaca geçerli olmanın ya da geçerliliğin, doğruluğun ya da adaletin yerini almasıdır. Bir anlamda, genel geçerdir –herkes tarafından her yerde kabul görmektedir ya hakkında görüş birliği vardır– o halde doğrudur çıkarımı yapılmaktadır.

Bugün yasaları ya da hukuk ilkelerini değerlendirmede başvurulan yollardan birisi de söz konusu yasa veya benzeri düzenlemenin uluslar arası (ya da uluslararası) hukuk normları içinde yer alması, uluslararası belgelere girmiş olmasıdır. Bir yasa uluslararası hukuktan alınmışsa ya da uluslararası hukuk normlarıyla örtüşüyorsa, o yasa belli bir üst statü kazanmaktadır. O yasanın değerlendirmesi buna göre yapılmaktadır. Kısaca yasaya ilişkin bir itiraz ya da onunla ilgili bir sorun, yasanın uluslararası hukuka dayandığının gösterilmesiyle sona erdirilmeye çalışılmaktadır. Burada da, birinci durumda olduğu gibi, değerlendirmede yasanın kendisi hiç hesaba katılmamaktadır. Birincisinde yasanın genellikle ya da çoğunlukla kabul edilmiş olması yasanın doğruluğu için yeterli sayılırken, burada yasanın uluslararası bir kuruluş tarafından kabul edilmiş ve belgelere konulmuş olması yasanın geçerliliği için yeterli sayılmaktadır. Aslında bu durumda da, birincisinde olduğu gibi, yasanın değerini belirleyen şey yine onun gördüğü kabuldür. Sadece kabul görmenin ölçütü değişmekte, çok farklı toplum ve kültürlerde yasanın kabul edilmiş olması yerini, bir anlamda yine farklı kültürlerden insanların bir araya gelmesiyle oluşan uluslararası kuruluşların düzenlemeyi kabul etmiş olmasına bırakmaktadır. Değişen sadece onaylayan yer ya da makamdır. Ama her iki durumda da onaylanmış olma, geçerliliğin, geçerlilik de

doğruluk ya da adaletin yerini almaktadır. Uluslararası bir belgeye giren bir düzenleme geçerliliğini ispatlamış olmakta, bu ise onun doğru bir hukuksal düzenleme sayılması için yeterli olmaktadır.

Ne var ki, uluslararası hukuksal belgelere göz atıldığında bu belgelerde yer alan düzenlemelerin çok farklı tarihsel koşullarda, farklı amaçlarla gerçekleştirildikleri görülür. Kimi durumlarda belli kişi ya da grupların çıkarlarını koruma amaçlanırken, kimileyin belli bir çıkar hesabı yapılmaksızın düzenlenmeye konu olan ilişkinin adil –yani herkese hak ettiğini verecek biçimde– bir biçimde kurulması ve yürütülmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Uluslararası belgelerin maddeleri dikkatli okunursa, her zaman olmasa bile genellikle bu düzenlemeyi yapanların bununla neyin gerçekleştirilmesini hedefledikleri, bu düzenlemeyle hangi ilke ya da değeri temele aldıkları da çıkarılabilir. (Şüphesiz bu noktada düzenlemeleri yapanların etik kişiler olup olmamaları ve işleri yaparken etik eylemde bulunup bulunmamaları belirleyici öneme sahiptir.)

Gerek uluslararası gerek ulusal hukuksal düzenlemelere yakından bakıldığında, mevcut hukuk normlarının hiç de sanıldığı gibi homojen olmadığı görülür. Bunların farklı gerçeklik koşullarında farklı hukuk ilkelerinden türetildiği, farklı kabullere dayandığı anlaşılır. Dayanılan ilke ya da kabülün değeri ise, yukarıda da değinildiği gibi, sonuçta yapılan hukuksal düzenlemenin değerini oluşturur.

Pozitif hukuk normlarına –yani yasalara ve benzeri düzenlemelere– bu açıdan, yani türetildiği kaynak veya yer, türetmede dayanılan öncül açısından bakıldığında bu normların üç ana çeşidiyle karşılaşmaktayız:

“Bu kaynaklardan biri –ya da öncüllerin bir türü–, induktif çıkarımlar ürü-

nü olan başka normlardır: belirli tarihsel gerçeklik koşullarında, tek tek davranışların yarattıkları sonuçlar bakımından değerlendirilmesinden; böyle davranmış olan kişilere ya da gruplara çok defa sağladıkları ya da sağladıkları düşünülen yarar veya verdikleri ya da verdikleri düşünülen zarar bakımından değerlendirilmesinden yapılan çıkarımlardır. Böyle bir normun bildirdiği şöyle bir şeydir: eğer bir insan ya da grup şöyle şöyle davranırsa, kendi yararını çıkarını koruma olasılığı artar”<sup>(2)</sup>. Bu türden deney kaynaklı olan normlar, belirli bir düzeni sağlamaya yönelik, belirli işlevleri yerine getiren normlar olmakla birlikte, etik normlar olamazlar; çünkü belli grupların çıkarlarını korumaya yönelik böyle normların etik değer koruyucu olması beklenemez. Bunlara dayalı ya da bunlardan türetilen yasalar ve yasa benzeri düzenlemelerin sonuçta bizleri kimi etik sorunlarla karşı karşıya bırakmasından daha doğal bir şey olamaz.

“Yasaların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak türetildiği bir norm türü olan ve belirli tarihsel gerçeklik koşullarında insanın değerinin bilgisinden yapılan çıkarımlardan ya da türetilen ilkelerden oluşan norm”lar ise bu deney kaynaklı normlardan tümüyle farklı özellikler gösterirler<sup>(3)</sup>. Bu normlar belirli tarihsel koşullarda, o koşulların gereklerince uygun olarak türetilmelerine karşın kaynak ya da türetildikleri yer içinde yaşanan kültür, gelenek, alışkanlıklar vb. değildir. İçinde yaşanan koşullar sadece o türden normların türetilmesini gerektirmiştir. Sadece bu türden ilkelerle o koşullarda etik değerler korunabilir ya da adalet sağlanabilir. Çünkü bu türden normların bize söyle-

diği şey, bir kişiye bu ilkelere göre davranılırsa (ya da davranılmazsa) insanın onu insan kulan yapısal olanaklarının gerçekleşebilme olasılığının artacağıdır. Bu ilkeye göre eylemde bulunulması insanın insan olmasının, insana yakışır biçimde davranmasının, insana özgü, hem de yalnız ona özgü olanı gerçekleştirmesinin yolunu açma olanağı sunar.

Kuçuradi, insanın değerinin bilgisinden yapılan çıkarımlardan ya da türetilen ilkelerden elde edilen bu normlara ilişkin çıkarımı şematik olarak şöyle özetler: “İnsanın değeri buyusa (insan türünün kendine özgü şu şu olanakları varsa), demek ki hiçbir insan (: bu türe ait hiçbir tek) bu değere zarar verecek (: bu olanakların gerçekleşebilmesini engelleyecek) bir şey yapmamalı –örneğin: işkence yapmamalı”.

“İnsanlara, insan olarak eşit muamele yapmak gerekir”, “sözünde durmak gerekir”, “ırk ayrımı yapmamak gerekir”, “işkence yapmamak gerekir” gibi ilkeler doğrudan ya da dolaylı olarak bu yolla “insanın değerinin bilgisi”nden çıkarılan ilkelerdir. Bu ilkelerin bir kısmı, insanın değerinin bilgisinden doğrudan doğruya yapılan çıkarımlardır: örneğin “insanlara, insan olarak eşit muamele yapmak gerekir”; bir kısmı ise dolaylı olarak –bu değeri harcayan tarihsel koşullar aracılığıyla çıkardığımız ilkelerdir: “ırk ayrımı yapmamak gerekir”, “işkence yapmamak gerekir” gibi<sup>(4)</sup>. Her iki türden ilkeler de insanın değerinin bilgisinden türetilen ilkeler olmakla birlikte, bir kısmı değer harcandığına tanık olduğumuz durumların gözlenmesi ve değer harcamaya son verilmesi beklentisiyle türetilen ilkelerdir. “İrk ayrımcılığına karşı bir ilkenin geliştirilmesi ve ırk ayrımcılığına karşı

(2) I. Kuçuradi, “Hukuk ve Etik”, s. 295

(3) I. Kuçuradi, a.g.y., s. 296.

(4) I. Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları* s. 29.

ulusal ve uluslar arası hukuksal düzenlemelerin yapılmış olması, yaşanan ırk ayrımcılıklarının olumsuz sonuçlarının görülmüş olmasındandır. Irk ayrımcılığının gerek insanın insan olarak görülüp ona göre davranılmasını önleyen bir durum olması gerekse ırk ayrımcılığının temele alan siyasal girişimlerin yol açtığı felaketler bugün "ırk ayrımı yapmamak gerekir" ilkesinin hemen hemen tüm hukuksal düzenlemelerin temel ilkelerinden birisi yapmıştır.

İnsanlara işkence ve kötü muamele yapılmaması, düşüncelerini açıklamasına karışılmaması, yeterli beslenme, barınma ile eğitim ve sağlık haklarının korunması, insanlara yalnız insana özgü olan potansiyellerini gerçekleştirebilme yolunu açar. Toplumsal ilişkilerin bu türden normlara göre kurulması insanın insanca yaşayabilmesinin koşulunu oluşturur. Bu koşullar sağlanmadan, insandan insanca bir yaşam sürmesini, bilim, sanat, felsefe gibi değerler ortaya koymasını; insanlarla ilişkilerinde sevgi, saygı, dürüstlük gibi değerlerin yaşanmasını beklemek de çok gerçekçi olmaz.

"Bu ilkelerin bize söylediği şudur: bir insan (siz-ben) başka insanlarla ilişkilerinde o ilkenin talep ettiği şekilde davranırsa, insanın yapısal olanaklarının gerçekleşebilmesini engellememe olasılığı artar. Başka bir deyişle, belirli bir durumda bir insan doğru değerlendirme yapamıyorsa ve elinden geldiği kadar insanın değerine zarar vermemek istiyorsa; ilgili ilkenin dile getirdiği gibi davranırsa, bu değere zarar vermemesi daha olasıdır, demektir bu<sup>(5)</sup>. Ama çeşitli örneklerin de bize gösterdiği gibi, bu ilkelere uymak kimi zaman insanın değerine zarar da verebilmektedir. "İnsanın değerinin bilgisi"nden de türetilmiş olsalar hazır normlarla değerlendirmelerde bulun-

(5) Kuçuradi, a.g.y., s. 29-30.

mak, değerlendirmede bulunan kişiyi zaman zaman çıkmazlarla karşı karşıya bırakabilmekte, kişi ikisi de bu türden olan iki normdan birisini seçmek zorunda kaldığında ne yapacağını belirlemede çaresiz kalmaktadır.

Buna karşın hukuk bir normlar sistemi olduğundan, hukuksal düzenlemeler genel çerçeveyi çizen, genele ilişkin kuralları ortaya koyan belirlemelerdir. Bu kuralları tek tek durumlara uygulamak yine tek tek kişilere kalmaktadır. Her tek durumun özelliğini dikkate almadan, durumu doğru bir biçimde kavramadan yapılacak ezbere uygulamalar hukukun amacıyla uyumlayan yargıların ortaya konulmasına yol açabilir. Açmaktadır da. Bu nedenle hukukun etik ilkelere uygun gerçekleşmesi, yasaların etik temelli olması kadar yasaları uygulayanların da etik kişiler olmalarına bağlıdır. Etik ilkelere dayalı bir yasa maddesi bile ezbere değerlendirmeler yapan bir yargıcın elinde değer çığnemelere, haksızlıklara yol açabilir. Bu nedenle hukuk nasıl etik olur sorusu, etik yasalar yapmakla ve bunları etik ilkelere göre yürütüp uygulamakla biçiminde yanıtlanabilir; kısaca yasa yapanların ve uygulayanların etik kişiler olmalarıyla denebilir. Bu iki koşul yerine gelmediğinde hukukun etik sorunlarla gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

### Kaynakça

1. T. Mengüşoğlu, "Hukuk ve Devlet Felsefesi", Felsefeye Giriş, 3. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 288-300.
2. I. Kuçuradi, "Hukuk ve Etik", Bedia Akarsu Armağanı, B. Çotuksöken, D. Özlem (Yay. Haz.), İnkilap Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 291-300.
3. Kuçuradi, Uludağ Konuşmaları, 3. Basım, Ankara, 1997.

## Hukuksal Geçerlilik Sorunu

Sururi Aktaş<sup>(\*)</sup>

### 1- Kavramsal Analiz

Hukuksal geçerlilik sorunu, hukuk felsefesinin ve hukuk biliminin en sıcak tartışma konularından biridir. Bu soruna dönük tartışmalar, hukuk felsefesi tarihinin ana eksenini oluşturmuştur. Esasen, doğal hukuk-pozitivist hukuk ayrışmasının ve karşıtlığının beslendiği en önemli kaynak da hukuksal geçerlilik sorunudur. Hukuksal geçerlilik konusundaki yaklaşımların farklılaşması, hukukun ontolojik kökenine ilişkin farklı görüşlerden kaynaklanır. Doğal hukuk, pozitivism ve realizm genellikle kendi geçerlilik kavramlarıyla karakterize edilir. Geçerlilik konusundaki görüşler arasındaki diyalektik, hukuk düşüncesi tarihinin temel kurucu ögesi- dir. Özellikle doğal hukuk ile hukuksal pozitivism arasındaki yarış, Antik Yunandan günümüze kadar hukuk felsefesinin temel konusunu oluşturmuştur<sup>(1)</sup>.

Hukuksal geçerlilik aynı zamanda "hukuksallık" (legality) olarak da kavramlaştırılabilir. Bu açıdan bakıldığında, "hukuksallık" ile "meşruiyet" (legitimacy) birbirinden ayrı iki kavram olarak karşımıza çıkar. Mevcut hukuksal sistem açısından geçerli olan normların, meşruiyet açısından yeniden tözel ahlaki teste tabi tutulmak istendiği sık sık karşılaşılan bir yaklaşımdır. Bu anlamda

meşruiyet talebi bir doğal hukuk yaklaşımını bünyesinde bulundurur. Kuşkusuz, meşruiyet talebi, salt doğal hukuka ilişkin değildir. Yasa yapıcılarının, halkın iradesine dayanması gerektiğine ilişkin talep de, bir meşruiyet talebi olarak görülebilir. Ancak demokratik meşruiyet doğal hukuk kavramı açısından nihai bir meşruiyet oluşturmaz. Pek tabii olarak demokratik meşruiyete sahip olan yasakoyucu, bazı moral standartları göz önünde bulundurmadan yasama işlevini yerine getirebilir. Tam bu noktada doğal hukuk açısından bir meşruiyet krizi doğabilir. Dolayısıyla doğal hukukun meşruiyet talebi bazı durumlarda demokratik olarak oluşmuş irade üzerinde ahlaksal sınırlamaları gündeme getirmektedir. Bu açıdan bakıldığında doğal hukuk etiği ile halk iradesi arasında bir gerilimin ortaya çıkması olasılık dışı değildir. Bundan dolayı, klasik doğal hukuk teorisinin hukuksal geçerlilik talebi aslında bir meşruiyet talebidir. Genel olarak hukuksal pozitivism böyle bir geçerlilik talebinden yana değildir.

Giovanni Sartor farklı hukuksal geçerlilik kavramları üzerinde durmaktadır. Bunlar, sistemik geçerlilik, aksiyolojik geçerlilik ve etkin (operative) geçerlilik olarak sayılabilir. Sistemik geçerlilik, bir hukuk sistemindeki iç geçerlilik kriterleri açısından soruna yak-

(\*) Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Sartor, Giovanni, "Legal Validity as Doxastic Obligation. From Definition to Normativity", Law and Philosophy, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, Vol 19, (2000), s. 585.

laşır. Aksiyolojik geçerlilik, hukuksal geçerliliği bazı ahlaksal standartlar açısından kavramaya çalışır. Etkin (operative) geçerlilik ise, bazı sosyal aktörlerin ve özellikle yargıçların davranışları bakımından ele alınır<sup>(2)</sup>.

Sartor'un sınıflaması konunun aydınlatılması bakımından önemlidir. Sistemik geçerlilik, ortodox hukuksal pozitivizmin genel olarak taraf olduğu bir geçerlilik türüdür. Bu geçerlilik açısından, bir normun geçerliliği ait olduğu veya olacağı hukuk sisteminin kriterleri açısından değerlendirilir. Genel olarak bir hukuk sisteminin geçerliliği ise hukuksal pozitivizm açısından bir sosyal gerçeklik sorunudur. Sosyal gerçeklik olarak benimsenmiş bir hukuk sisteminin kriteri açısından yapılan bir pedigree testini başarıyla geçmiş normlar hukuksal pozitivizm açısından aynı sistemin terimlerine göre yürürlükten kalkana kadar geçerlidir. İradeci pozitivizmin öncüsü John Austin'in hukuk teorisine baktığımızda, hukuk geleneksel olarak itaat edilen ve kendisinin başkasına itaat borcu olmayan "egemen güç"ün buyruklarıdır<sup>(3)</sup>. H.L.A. Hart da ise egemen gücün yerini geçerlilik kriteri olarak "sekonder normlar"dan "tanıma normu" almıştır. Yine aynı şekilde Hans Kelsen'de hukuk sisteminin varsayımsal yürürlük kaynağı ve dolayısıyla geçerlilik kriteri olan "temel norm"un<sup>(4)</sup> geçerliliği artık bir hukuksal sorun değil, bir sosyal gerçeklik sorunudur. Aksiyolojik geçerlilik, sistem

dışı bir geçerlilik arayışıdır. Doğal hukuk kavramının temelde baş vurduğu bu geçerlilik türü açısından, bir norm ancak bazı moral gerekleri karşıladığı zaman geçerli hale gelir. Sosyal aktörlerin ve özellikle yargıçların davranışlarıyla ilgili olan etkin (operative) geçerlilik Hart'ın hukuk teorisi açısından önem arz eder. Hart açısından, kuralların içsel bir görüşüyle resmi görevliler tarafından benimsenmesi geçerlilik açısından önemlidir<sup>(5)</sup>.

## 2- Hukuksal Pozitivizm Açısından Geçerlilik

Hukuksal pozitivizmin geçerlilik anlayışını, yine hukuksal pozitivizmin iki önemli tezi olan "sosyal gerçeklik tezi" ve "ayrılabilirlik" tezi ortaya koymaktadır. Ayrılabilirlik tezi, ahlaksal gereklerin hukuk için zorunlu bir geçerlilik koşulu oluşturamayacağını iddia eder. Sosyal gerçeklik tezi, "sosyal kaynaklar tezi" olarak da ifade edilebilir. Sosyal gerçeklik tezi açısından geçerlilik şöyle saptanabilir: Bir norm, mevcut hukuk sisteminin usullerine göre yapılmışsa geçerlidir. Mevcut hukuk sisteminin nihai geçerliliği ise ahlaksal değildir; bir sosyal gerçeklik sorunudur.

### a) Ayrılabilirlik Tezi

Ayrılabilirlik tezi açısından hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağ yoktur. Pozitif hukuk, ahlak ve doğal hukuktan kesin bir biçimde ayrı tutulmalıdır<sup>(6)</sup>. Pozitivistler tarafından doğal hu-

kuk teorisine karşı kullanılan bu tez'e göre, ahlaksal doğruluk, hukuksal geçerlilik için zorunlu bir koşul olamaz. Yine aynı şekilde, genel olarak pozitivistler açısından ahlaksal bir norm, salt bu niteliğinden dolayı hukuk kuralı statüsü kazanamaz. Ayrılabilirlik tezi, hukuk ile ahlak arasındaki bağı inkar etmez. Bu tezin temel iddiası, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olmadığı yönündedir. H.L.A. Hart, her modern devletin hukuk sisteminin birçok noktada ahlaksal ideallerden etkilendiğini gözlemlemiştir<sup>(7)</sup>. Ancak Hart, bu gözleminden hiçbir zaman ahlakın hukuksal geçerlilik için zorunlu bir koşul olması gerektiği düşüncesini çıkarmaz.

Ayrılabilirlik tezini John Austin'in şu cümlesi çok iyi ifade etmektedir: Hukukun varlığı başka şey, liyakati, yani değerli olup olmadığı başka şeydir<sup>(8)</sup>. Bu cümleden iki öge karşımıza çıkmaktadır. Birincisi hukukun varlığının çıktığı kaynak, diğeri ise hukukun aksiyolojik değeridir. Bu iki kategori hukukun olası geçerlilik koşullarını tüketici bir biçimde ortaklaşa ortaya koymaktadır. Ancak John Gardner'a göre bu iki kategoriden birini seçmemiz durumunda gerekçelerimiz şu şekilde olur: Birinci olarak, belirli normları geçerli kılarken, kaynakların liyakat-temelli testine dayanarak gerekçeler ileri süreriz; örneğin şu normlar geçerlidir, çünkü bu normları asil bir kral yayımlamıştır gerekçesi gibi. İkinci olarak, yine belirli normları geçerli kılarken, bu normların liyakatlerinin kaynak-temelli testine

dayanarak gerekçeler ileri süreriz; örneğin, şu normlar akla yatkın normlar olduğu için geçerlidir; çünkü kaynakları bakımından geçerli olan diğer bazı normlar bize, sadece akla yatkın normları uygulamamızı buyurur<sup>(9)</sup>. Hukuksal pozitivizm, kaynakların liyakat temelli testine dayanarak normları geçerli kılmak taraftarı değildir. Başka bir anlamıyla, hukuksal pozitivizm açısından kaynakların liyakat testini geçip geçmemesi önemli değildir; örneğin bir rejimin adil olup olmaması hukuksal pozitivizm açısından geçerlilik koşullarını oluşturmaz. Hukuksal pozitivizme göre, her hangi bir hukuk sisteminde bir normun geçerli olup olmaması, yani o hukuk sisteminin bir parçasını teşkil edip etmemesi kaynaklara bağlıdır; liyakatlere bağlı değildir<sup>(10)</sup>. Normların geçerliliğini, yani liyakatlerini kaynak temelli teste tabi tutan ikinci gerekçeye geldiğimizde, Gardner'ın analizine göre burada hukuksal pozitivizm ikiye ayrılır. Birinci grupta yer alan kapsayıcı pozitivistlere (inclusive positivism veya soft positivism) göre, diğer geçerli normlarda yer almak koşuluyla normların geçerliliği liyakatlerine bağlanabilir<sup>(11)</sup>. Yani bir normun geçerliliği onun ahlaksal standardına bağlanabilir. Ancak bu durumun başka bir geçerli normda yer alması gerekir. Örneğin Hart'ın pozitivizminde tanıma normu bu işlevi görür. Hukuk sisteminde yer alan tanıma normu diğer normları geçerlilik kriterlerini belirler<sup>(12)</sup>. İkinci grupta yer alan bazı dışlayıcı pozitivist-

(2) Sartor, s. 586.

(3) Spaak, Torben, "Legal Positivism, Law's Normativity, and The Normative Force of Legal Justification", *Ratio Juris*, Vol 16, No.4, (2003), s. 472.

(4) Bkz. Aral, Vecdi, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İst. Üniv. Hukuk Fak. Yayını, İstanbul 1978, s. 47.

(5) Holton, Richard, "Positivism and The Internal Point of View", *Law and Philosophy*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, vol 17, (1998), s. 597; Himma, Kenneth Einar, "H.L.A. Hart and Practical Difference Thesis" *Legal Theory* Vol.6, (2000), s. 5.

(6) Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, 1.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 169.

(7) Tamanaha, Brian Z., "Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, No. 1, (2001), s. 22.

(8) Gardner, John, "Legal Positivism: 5 - Myths" *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, (2001), s. 200.

(9) Gardner, s. 200.

(10) Gardner, s. 201.

(11) Gardner, s. 201.

(12) Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Press-Oxford, 1994, s. 250.

lere (exclusive positivism) göre ise, eğer bir norm, bütün akla yatkın normlar geçerlidir diyorsa, bu durum, söz konusu norma uygun diğer normların kendiliğinden geçerli olacağı anlamına gelmez. Daha çok böyle bir durum, resmi görevlilere söz konusu norma uygun diğer normları geçerli kılabilmesine ilişkin bir temsil yetkisi verir<sup>(13)</sup>. Ancak hemen şunu belirtelim ki Gardner'ın Hart'ı kapsayıcı pozitivism içerisinde konumlandırması doğru olduğu halde, onun kapsayıcı pozitivismi ele alış tarzı hatalıdır. Çünkü Hart'da, tanıma normuna uygun olan bütün normların kendiliğinden hukuk sisteminin bir parçası olacağına dair bir düşünceye rastlamamaktayız. Hart'ın sisteminde, hiç değilse yargıcın, bir sosyal kuralın tanıma normuna uygun olduğunu ve dolayısıyla hukuk sisteminin bir parçası olduğuna karar vermesi gerekir. Joseph Raz gibi bazı dışlayıcı pozitivistler ise, hukuksal geçerlilik bakımından ahlaksal standartların hukuk sistemine dahil edilmesine, hukukun otorite olma gücünü zayıflattığı gerekçesiyle karşı gelirler. Raz, geçerlilik konusunda kaynak temelli tezden yanadır<sup>(14)</sup>. Hukuk ile ahlak arasında zorunlu ve kavramsal bir bağın olamayacağını söyleyen Hart, ahlakın hukuk sistemine etkisini görmezlikten gelmez. Hart, her modern devletin hukuk sisteminin binlerce noktada sosyal ahlaktan ve daha geniş olarak ahlaksal ideallerden etkilendiğini söyler. Filozof açısından bu etki ya yasa yoluyla birdenbire ya da yargısal süreç yoluyla sessizce ve parça parça olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı sistemlerde nihai hukuksal geçerlilik kriterleri, açıkça adaletin ilkele-

rini ve tözel ahlaksal değerleri hukuk sistemine dahil etmiştir. Hart'a göre hukukun ahlaktan etkilendiği çok sayıda nokta vardır; ama bunlar yeterince incelenmiş değildir. Hiçbir pozitivist bu gerçekleri inkar edemeyeceği gibi, hukuk sistemlerinin istikrarının kısmen moral değerlere bağlı olduğunu da reddedemez. Eğer bu, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olduğu anlamına gelirse, böyle bir bağın varlığı kabul edilmelidir<sup>(15)</sup>. Elbette Hart'ın yukarıda zikrettiği gerçekler Hart ve diğer pozitivistler açısından hukuk ile ahlak arasında zorunlu bağın bulunduğu anlamına gelmez. Hukuk ile ahlak arasındaki etkileşim başka şeydir, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olması gerektiğini söylemek ise başka bir şeydir. Ancak Hart'ın dediği gibi bir hukuk sistemi tanıma normu aracılığı ile hukuksal geçerlilik için ahlaka göndermede bulunabilir. Bu yaklaşım da hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağın olduğunu iddia etmez. Çünkü burada bir zorunluluk yoktur. Eğer, "tanıma normu ahlaka göndermede bulunmalıdır" dersek, işte bu sefer hukuk ile ahlak arasında kavramsal bir zorunluluğu kabul etmiş oluruz. Hart, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğine ışık tutmak için hukuk kurallarını, geniş anlamda kural kavramı ve dar anlamda kural kavramı ayrımını yapar ve bunlardan birini seçmemiz durumunda nasıl bir sonuçla karşılaşacağımızı ortaya koymaya çalışır. Filozofa göre eğer geniş anlamda kural kavramını seçersek, bu bizi, ahlaka aykırı olsa bile formel testi geçmiş bütün kuralları hukuk olarak sınıflama ve incelemeye götürür. Eğer dar anlamda kural kavra-

mini seçersek, ahlak normlarını ihlal eden bütün kuralları hukuk kavramı dışına itmiş oluruz. Hart'a göre dar anlamda hukuk kavramını seçmemizin, bir sosyal fenomen olarak hukukun teorik ve bilimsel incelemesine hiçbir katkısı olamaz; bu yaklaşım, hukukun diğer karmaşık karakterlerini sergileyen kuralların hukuk alanı dışında tutulması sonucunu doğurur. Hart açısından ahlaka aykırılıklarından dolayı bazı kuralları hukukun incelemesi dışında tutmanın zihinsel karışıklıktan başka bir sonucu olamaz<sup>(16)</sup>. Eğer geniş anlamda hukuk kavramını seçersek, ahlaken haksız yasaların hangi özelliklere sahip olduğunu ve toplumun bu yasalara tepkisinin nasıl olacağını inceleme fırsatımız olur. Hart'a göre, dar anlamda hukuk kavramından hareket eden birisi, ahlaken haksız bir kural ile karşılaştığı zaman, "bu hukuktur, ancak uygulamak ve itaat etmek için oldukça haksızdır" demek yerine "bu hiçbir şekilde hukuk değildir" diyecektir. Bu daha mı iyi bir yoldur? Bu yol haksız yasalara uymamada insanları daha mı açık görüşlü kılacaktır? Ya da bu yol Nazi rejiminin arkasında bıraktığı sorunları daha mı iyi çözecektir? Hart'ın bu sorulara yanıtı olumsuzdur<sup>(17)</sup>. Filozofa göre, eğer insanları "ahlaken haksız yasa hiçbir biçimde yasa değildir" anlayışına dayanan dar anlamda bir hukuk kavramıyla yetiştirirsek, kötülüğe karşı direnmede yeterince başarı sağlayamayız. İnsanoğlu birbirini tahakküm altına alacak yeterli işbirliğini sağladığı zaman, hukuku kendi amaçları için alet olarak kullanabilirler. Resmi gücün kötüye kullanılmasına karşı koymada in-

sanları açık görüşlü yapmanın yolu, hukuksal geçerlilikle hukuka itaat etme sorunun birbirinden ayırt edilmesine bağlıdır. Başka bir anlatımla Hart açısından, bir kuralın hukuksal geçerlilik olarak sertifikasyonunun bu kurala itaat etme sorunundan ayrılması halinde, haksız yasalara direnme konusunda insanlar daha bilinçli hale gelirler<sup>(18)</sup>. Yukarıdan da anlaşılacağı gibi hukuksal geçerlilikle ahlaksal geçerliliği birbirinden ayıran Hart, hukuksal geçerlilik ile hukuka itaat etme sorunlarını da birbirinden ayırt etmiştir.

Hans Kelsen saf ve normatif bir hukuk teorisi geliştirmesine karşın, yine de onun teorisi açısından hukuk, nihai olarak bir objektif gerçeklik sorunudur; bu objektif gerçeklik, temel normun minimum etkililiğinden dolayıdır. Moral düşünceler ise temelde keyfidir. Dolayısıyla hukuk ahlaktan bağımsızdır; hukuk, moral değerlendirme yapılmadan anlaşılabilir<sup>(19)</sup>. Hukukun fonksiyonu ahlaktan farklıdır. Hukukun tanımlanması ve yorumlanması moral koşullardan bağımsızdır. Kelsen'in Yukarıdaki akıl yürütmesi ahlaksal şüphecilığe dayanır. Ancak Bentham ve Austin gibi birçok pozitivist hukukçu Kelsen'in bu ahlaksal şüphecilğine taraftar değildir. Onlar açısından ahlaksal değerlendirmeler temelde keyfi değildir. Ancak böyle düşünen söz konusu pozitivistler, hukukun tanımlanması ve yorumlanmasıyla ilgili araştırma biçimini, hukukun değerlendirilmesiyle ilgili araştırma biçiminden ayırt ederler<sup>(20)</sup>. Diğer bir anlatımla, Bentham ve Austin gibi bazı pozitivistler ahlakın keyfi olduğunu kabul etmeseler dahi, ahlaksal geçerlilik

(13) Gardner, s. 201.

(14) Bkz. Raz, Joseph, *Ethics in The Public Domain*, (Revised Edition), Clarendon Press-Oxford, 1996, s. 226 vd.

(15) Hart, *The Concept of...*, s. 204.

(16) Hart, *The Concept of...*, s. 209.

(17) Hart, *The Concept of...*, s. 210.

(18) Hart, *The Concept of...*, s. 210.

(19) Lyons, David, *Moral Aspects of Legal Theory*, Cambridge University Press 1993, s. 66.

(20) Lyons, David, *Ethics and The Rule of Law*, Cambridge University Press 1984, s. 64.

ile hukuksal geçerliliğin birbirinden ayrılması gerektiğini savunurlar.

Türk hukuk doktrininde pozitivist bir yaklaşımı benimseyen Adnan Güriz, hukuka itaat konusunda ahlakın önemini ve ahlakın sosyal etik bağlamında hukuku etkilediğini reddetmemekle<sup>(21)</sup> beraber, ahlak ve adaletle aykırı yasaların geçersiz sayılmasına ilişkin yaklaşımı benimsemez. Güriz'e göre hukuk kuralları anayasaya uygun olmak koşuluyla herhangi bir içeriğe sahip olabilirler.<sup>(22)</sup> Bu yaklaşımla Güriz, hukuksal geçerliliği bir hukuk sisteminin iç sorunu olarak görmekte ve normların geçerliliğini sistemin geçerlilik kriterlerine bağlamaktadır.

#### b) Sosyal Gerçeklik (kaynaklar) Tezi

Sosyal gerçeklik tezi sosyolojik hukuk anlayışının temel taleplerini de çağırırsa da bu tezin hukuksal pozitivizm için taşıdığı anlam bir hukuk sisteminin nihai geçerliliği bakımındandır. Nihai geçerlilik bakımından sosyal gerçekliği temel alan pozitivist hukuk teorileri bu açıdan sosyolojik hukukun temel tezine yaklaşırlar. Ancak yine de sosyolojik hukukun hukuksal pozitivizme yönelttiği eleştiriler geçerliliklerini devam ettirirler. Çünkü hukuksal pozitivizmde hukukun pozitivitesi irade ve normdur. Hukuksal pozitivizmdeki iradeciliğin gücülüğü, sosyal olguların ihmal edilmesi olasılığını her zaman taşır. Dolayısıyla hukuksal pozitivizmde iradecilik ve normatif düzen ön planda iken sosyolojik pozitivizmde sosyal olgular ve sosyal pratikler ön plandadır. Ancak yine de hukuksal pozitivizmin

nihai geçerlilik anlayışı için sosyal gerçeklik önemli bir taban oluşturmaktadır. Sosyal gerçeklik tezine göre, nihai geçerlilik bakımından hukuk sosyal bir fenomendir. Hukuksal geçerlilik koşulları, sosyal olgulardan oluşur. Thomas Hobbes'u izleyen erken devir pozitivistler, hukuku, temelde siyasal egemenliğin bir aracı olarak görürler. Bunlar açısından hukuksal geçerlilik, siyasal egemenliği oluşturan olgulardan kaynaklanır. Daha sonraki pozitivistler bu düşünceden ayrılarak, hukuksal geçerliliği egemenlikle ilgili olgularda değil, hukukun temelini kuran sosyal konvansiyonlarda ararlar<sup>(23)</sup>.

Brian Z. Tamanaha, ayrılabirlik tezinin, devlet kaynaklı hukuk yanında, ilkel hukuk, dini hukuk ve doğal hukuk gibi bütün hukuk çeşitlerine uygulanabilir olduğunu ima etmektedir. Bu hukuk türleri hangi ayırıcı özelliklere sahip olurlarsa olsunlar, yine de kendilerini kuran sosyal pratikler yoluyla gözlemlenebilirler. Hepsinin varlığı bir sosyal gerçeklik sorunudur. Tamanaha açısından doğal hukuk ve özellikle beşeri konvansiyonlardan doğmayan, Tanrı'dan kaynaklanan doğal hukuku sosyal gerçeklik açısından kavramak zor olabilir. Ancak Yazara göre doğal hukukun bu çeşidi açısından doğal hukuk beşeri konvansiyonlardan kaynaklanmasa bile, onun açığa çıkması insanın sosyal pratiği ile olur<sup>(24)</sup>. Martin Luther King'in, doğal hukuku ihlal eden ayırıcı yasaları protesto edip sivil itaatsizlik önermesi, doğal hukukun sosyal gerçekliğine örnektir. Ancak Tamanaha'nın da belirttiği gibi doğal hukukun varlığının tanımlanması sosyal

gerçeklikle olabileceği halde, ilkelerinin doğruluğunun testi sosyal gerçeklikle olamaz<sup>(25)</sup>. Dolayısıyla hukuksal pozitivizmin sosyal gerçeklik tezi açısından, doğal hukuk pratiği bir olgu olarak sosyal gerçeklikle belirlenebilse bile, bu bir hukuksal pratiğin saptanmasının ötesine geçerek hukuksal pozitivizm için doğal hukukun bir geçerlilik kriteri oluşturacağı anlamına gelmez.

Sosyal gerçeklik tezinin hukuksal geçerlilik için bir temel oluşturduğunun en iyi örneği, John Austin'de görülür. Austin'e göre eğer bir kural, bir toplumda kendisine geleneksel (alışılmış) olarak itaat edilen ve kendisinin de başkasına itaat borcu olmayan bir egemen gücün iradesinden kaynaklanıyorsa hukuksal olarak geçerliliğe sahiptir<sup>(26)</sup>. Başka bir anlatımla, Austin'de hukuk, akıl sahibi bir varlığın, üzerlerinde iktidar sahibi olduğu başka akıl sahibi varlıkların davranışlarına yol göstermek için koyduğu kurallardır<sup>(27)</sup>. Austin'de bir kuralın hukuk sistemine üye olabilmesinin kriteri, egemen gücün iradesine bağlıdır. Egemen gücün hukuksal geçerlilik için kriter oluşturabilmesinin koşulu da sosyal gerçeklikte yatmaktadır. Egemen olma bir sosyal gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Egemen güce alışılmış itaat, egemenliğin içsel koşuludur. Egemen gücün başkasına itaat yükümlülüğünün bulunmaması egemenliğin dışsal koşuludur. İçsel koşul egemenliğin pozitif niteliğini, dışsal koşul ise negatif niteliğini oluşturur<sup>(28)</sup>. Dolayısıyla egemenliğin sosyal gerçeklik olarak belirmesi, hukuksal geçerlilik için taban oluşturmaktadır.

Hukuksal pozitivizmin önemli temsilcilerinden olan H.L.A. Hart'ın The Concept of Law'da ortaya koyduğu hukuk teorisi de sosyal açıdan olgusal bir tabana sahiptir. Hart, adı geçen eserinin tanımlayıcı sosyoloji alanında bir inceleme olarak da görülebileceğini söyler<sup>(29)</sup>. Hart'ı ortaya koyduğu hukuk teorisi, Austin'in teorisi gibi iradeci değil, daha normatif bir teoridir. Bundan dolayı Austin'deki egemenlik kavramının yerini Hart'ın teorisinde sekonder (ikincil) normlar almıştır. Sekonder normlardan "tanıma normu" hukuksal geçerlilik için kriter getiren bir normdur. Tanıma normunun getirdiği geçerlilik testini geçen bir norm hukuk sistemine dahil olabilir. Tanıma normu Kelsen'in "temel norm"una benzer. Ancak Kelsen'in temel normu varsayımsal olduğu halde, Hart'ın tanıma normu pozitif bir hukuk kuralıdır. Tanıma normu, hukuksallık açısından sistemik bir geçerlilik getirir. Ahlaksal standartları da içine alan tanıma normu hukuk sisteminin bir parçası olarak, kuralların sisteme üye olma koşullarını belirler. Ancak gerek tanıma normunun içinde yer aldığı sekonder normlar gerekse primer (birincil) normların etkililiği Hart'ı teorisi açısından önemlidir. Hart'a göre bir hukuk sisteminin var olabilmesinin iki zorunlu koşulu vardır. Bu koşullar aynı zamanda bir hukuk sisteminin varlığı için yeterlidir. Bu koşullardan birincisi, nihai geçerlilik kriterlerine göre geçerli olan davranış kurallarına (birincil normlara) genel olarak (çoğunluk tarafından) itaat edilme zorunluluğunu getirmektedir. İkinci koşul ise, sekonder

(21) Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, 3. baskı, Ankara 1992, s. 17.

(22) Güriz, Hukuk Fel....., s. 19-20.

(23) Marmor, Andrei, "The Conditions of Legal Validity" in The Nature of Law, <http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>

(24) Tamanaha, s. 24.

(25) Tamanaha, s. 25.

(26) Himma, Kenneth Einar, "The Epistemic Sense of The Pedigree Thesis", Pacific Philosophical Quarterly, vol.80, (1999), s. 46.

(27) Güriz, Hukuk Fel....., s. 314; Lyons, David, Ethics and The....., s. 36-37.

(28) Bkz. Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 5.baskı, Ankara 1996, s. 181-182.

(29) Hart, The Concept of... (preface) s. V.



normları oluşturan tanıma normu, değıştirme normu ve muhakeme normlarının resmi görevliler tarafından kendi davranışlarının ortak kamu standardı olarak etkili bir biçimde kabul edilmesi gereğini getirir<sup>(30)</sup>. Başka bir anlatımla, Hart açısından bir hukuk sisteminden söz edebilmemiz için, davranışlarımızı düzenleyen primer normlara genel olarak itaat edilmesi gerekir. İkinci olarak da sekonder normların resmi görevliler tarafından ortak kamu standardı olarak benimsenmesi gerekir. Görüldüğü gibi her iki norm alanında da sosyal gerçeklik adeta nihai bir geçerlilik ölçütüdür. Hart'ın sosyal gerçeklik yaklaşımı Austin'den oldukça farklıdır. Austin'de egemen güce olan "alışılmış itaat" sosyal gerçekliği oluştururken, Hart'daki sosyal gerçeklik kuralların benimsenmesine ve itaat edilmesine bağlıdır. Hart'a göre kaba güç tek başına hukuku yaratamaz. Kurumsallaşmış bir terör sistemi de itaate zorlayabilir. Ancak böyle bir sistem hiçbir zaman hukuk sistemi olamaz. Yukarıda başka bir biçimde ifade ettiğimiz gibi Hart açısından hukuk sisteminin en önemli koşullarından biri, resmi görevlilerin hukuka içsel bir görüşüyle (internal point of view) yaklaşp hukuka itaat etmede ve hukuku uygulamada (hakk) gerekçelerin bulunduğu inanmaları gerekir. Hart'ın hukuk teorisinde resmi görevlilerin sekonder normları benimsemelerinin getirdiği geçerlilik etkin (operative) bir geçerliliktir. Dolayısıyla Hart'da sistemik geçerlilik ile etkin geçerlilik yan yana bulunmaktadır. Her iki geçerliliğin temeli de sosyal gerçekliktir.

Pozitivizmin normativist ekseninde yer alan Hans Kelsen'in hukuk teorisi açısından bir normun geçerliliği onun spesifik varlık biçimidir<sup>(31)</sup>. Başka bir anlatımla bir normun geçerliliğinin nedeni, o normun varlığının nedenidir. Bir normun varlığının nedeni ve dolayısıyla geçerliliği başka bir norma bağlıdır. Kelsen'e göre, olgular (gerçeklikler) bir normun geçerliliği için bir temel oluşturamaz. Norm yaratıcı olgunun varlığı veya yokluğu bir normun geçerliliği için *conditio sine qua non* olsa da hiçbir zaman *conditio per quam* değildir. Bir olgunun, belirli bir hukuksal normun varlık nedenini oluşturabilmesi, daha yukarıdaki bir normun söz konusu hukuksal normun varlığını bu olguya dayandırmasına bağlıdır. Ancak Kelsen'in teorisi açısından geçerlilik konusunda normlar hiyerarşisini sonsuza kadar sürdüremeyiz. Çünkü bir normun geçerliliğine ilişkin nedenler serisi, bir sonucun nedenler serisi gibi sonsuz değildir. Bir hukuk sistemine ait olan bütün normların geçerliliği, yegane nihai norm olan temel norma bağlıdır<sup>(32)</sup>. Temel normun geçerliliği başka bir geçerli norma dayanmaz<sup>(33)</sup>. Varsayımsal temel normun geçerliliği, hukuksal bir sorun değildir; bir sosyal gerçeklik sorunudur. Temel normun geçerlilikle ilgili olarak bir hukuk sisteminde temel oluşturabilmesi etkinliğe sahip olmasına bağlıdır. Konumuzla doğrudan ilgili olmasa da Kelsen'in teorisi hakkında şu değerlendirmeyi yapmamız yararlı olabilir. Kelsen saf bir hukuk teorisi geliştirmeye çabalarken sosyal gerçeklik gibi hukuk ötesi elemanları hukuk kavramı dışında tutmaya

(30) Hart, *The Concept of...*, s. 116.

(31) Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. Ruiter, Dick W.P., "Legal Validity Qua Specific Mode of Existence", *Law and Philosophy*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, vol. 16, (1997), s. 479 vd.

(32) Kelsen, Hans, *What is Justice?*, University of California Press, 1957, s. 218-219.

(33) Celano, Bruno, "Kelsen's Concept of The Authority of Law", *Law and Philosophy*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, vol 19, (2000), s. 176.

gayret göstermiştir. Ancak temel normun minimum etkinliğe sahip olması gerektiği düşüncesi sosyal gerçekliği gerektirdiği için, bu yaklaşım onun saf hukuk teorisinin formalist yapısını zedelemiştir. Başka bir anlatımla sosyal gerçeklik, varsayımsal temel norm yoluyla tekrar arka kapıdan hukuk sistemine dahil olmuştu. Kelsen, temel normu ve etkinliğini şu soruyu sorarak temellendirmeye çalışır: Biz, neden mevcut bir anayasaya uymak zorundayız? Kelsen buna yanıt olarak mevcut anayasanın, yerini aldığı önceki anayasayı gösterir. Bu mantık silsilesi tarihsel ilk anayasa kadar gider. Eğer bu tarihsel ilk anayasa, davranışlarını düzenlediği bireyler tarafından gerçek bir biçimde uygulanıyor ve itaat ediliyor idiyse bu anayasayı geçerli olarak kabul etmek gerekir. Ancak Kelsen açısından bu ilk anayasa bir hukuksal otorite tarafından pozitif bir metin olarak yaratılmamıştır; pozitif hukuk biliminin bize varsaymamızı söylediği bir hipotezdür<sup>(34)</sup>. Kelsen açısından, uluslararası hukukun geçerliliği de varsayımsal temel norma bağlıdır. Ulusal hukukun geçerliliği de kapsar. Ancak Kelsen'e göre eğer uluslararası hukuku ulusal hukuktan üstün sayarsak durum değişir. Çünkü ulusal hukukun temel normuna uygulanan etkililik prensibi artık uluslararası pozitif bir hukuk normudur<sup>(35)</sup>. Bu hukuka göre belirli bir kara parçasında nüfusu üzerinde etkili bir kontrole sahip bir yönetim, meşru bir yönetimdir; bu yönetim altındaki topluluk uluslararası hukuk anlamında bir devlettir. Etkili kontrolün

kendisiyle sağlandığı düzen, bir devletin geçerli hukukudur. Kelsen'e göre uluslararası bir norm olan etkililik prensibi açısından eğer bir devletin anayasasından kaynaklanan zorlayıcı düzen geniş bir etkililiğe sahipse o devletin anayasası geçerlidir. Bu pozitif uluslararası hukuk normu, ulusal hukuktaki varsayımsal temel norm gibi aynı fonksiyona sahiptir<sup>(36)</sup>. Etkililik prensibinin çıktığı uluslararası hukuk neden geçerlidir sorusunun yanıtı Kelsen tarafından şöyle verilir: Uluslararası hukuku üstün hukuk olarak ele aldığımızda, ulusal hukukların birbirlerine karşı üstünlükleri söz konusu olamaz. Bütün ulusal hukuklar uluslararası hukuka tabidir. O halde devletler arası ilişkilerde eşitlik prensibi geçerlidir. Bir devletin eyleminin diğer devletle olan ilişkisinde hukuksal olup olmaması, aralarındaki yaptıkları andlaşmaya uygun düşüp düşmediğine bağlıdır. Devletler andlaşmalara uymak zorundadırlar. Bu *pacta sunt servanda* normunun bir emridir. Bu kural ise uluslararası bir örf-adet normudur. Yine aynı şekilde, ulusal hukukun geçerliliğini temsil eden uluslararası hukuk normu da, yani etkililik prensibi de bir örf-adet normudur<sup>(37)</sup>. Görüldüğü gibi ister ulusal hukuk isterse uluslararası hukuk üstün kabul edilsin Kelsen teorisi açısından hukukun nihai geçerliliği sosyal gerçekliğe dayanmaktadır. Her iki olasılıkta da gerek ulusal hukuk gerekse uluslararası hukukun temel normu aynıdır. Böylece ulusal hukukla uluslararası hukukun birliği sağlanmış olmaktadır<sup>(38)</sup>.

(34) Kelsen, s. 262.

(35) Kelsen, s. 263.

(36) Kelsen, s. 264.

(37) Kelsen, s. 264-265.

(38) Ulusal hukuk ile uluslararası hukukun birliğinin temellendirilmesi konusunda bkz. Aral, Kelsen'in Saf Hukuk..., s. 69-76.



### 3- Doğal Hukuk Açısından Geçerlilik

Geleneksel olarak doğal hukuk, ahlakla hukuk arasında kavramsal bir bağın olduğunu savunur. Moral değerler ve standartlar insanın inançları ve tutumlarından bağımsızdır. Bu analiz açısından hukukun ahlaksal otoritesi hukuk kavramının bir parçasıdır. Adaletsiz yasa hukuksal geçerliliğe sahip olmaz<sup>(39)</sup>. Bu bilgiler ışığında bakıldığında, doğal hukuk ile hukuksal pozitivizm hukukun niteliği ile ilgili uyumsuzluk içindedirler. Her iki teori de hukukun bir normlar sistemi olduğunu kabul etmekle beraber, hukuk ile ahlak arasındaki ilişkinin niteliği konusunda anlaşamazlar<sup>(40)</sup>. Klasik doğal hukuk açısından, *lex injusta non est lex* kuralı, yani adaletsiz yasa hiçbir biçimde yasa değildir sloganı hukuksal geçerlilik için vazgeçilemezdir. Bu slogan hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir kavramsal ilişkiyi ima eder. Dolayısıyla normların ahlaksal içerikleri geçerlilik için önem arz eder. Normlar, doğal hukukun bazı temel ilkelerini karşılamadığı sürece geçerlilik kazanamazlar. Ancak, “adaletsiz yasa, yasa değildir”, *lex injusta non est lex*, kuralı XX. Yüzyıldaki bazı doğal hukukçular için savunulması güçlü bir yaklaşım olmuştur. Örneğin doğal hukukçu olarak bilinen ve kendisine göre bir doğal hukuk yaklaşımı geliştirmiş bulunan John Finnis’e göre, doğal hukuk pozitif hukukun geçerliliği üzerinde sınırlama getirme yerine, tam an-

lamıyla ideal bir hukuk kavramının geliştirilmesine hizmet eder<sup>(41)</sup>. Finnis’e göre “adaletsiz yasa, yasa değildir” ve cizesi, doğal hukukun teorik ve pedagojik ilgisi içerisinde olması gerekmez Finnis açısından doğal hukukun temel ilgisi, insani iyi ile pratik akla yatkınlığın arasındaki ilişkiyi ortaya çıkarmaya dönüktür<sup>(42)</sup>. Thomas Aquinas’ın doğal hukuk kavramının ekisinde bulunan Finnis’ göre, “adaletsiz yasa, yasa değildir” düsturu Thomas Aquinas’ın hukuk kavramına da yabancıdır. Finnis, Thomas Aquinas’ın, “adaletsiz yasa değildir” kuralına taraftar olduğuna dair yorumları eleştirir. Finnis açısından “adaletsiz yasa, yasa değildir” kuralını, Thomas Aquinas hukukun birincil anlamı (focal meaning) için kullanmıştır. Ama adaletsiz yasalar ikincil anlamda-secundum quid- yine yasa statüsüne sahiptir<sup>(43)</sup>. Pauline C. Westerman da Finnis’in bu eleştirisini haklı bulur. Thomas Aquinas doğal hukuka aykırı yasaların kötü (corrupt) yasa olduğunu, ama yine de hukuksal geçerliliğe sahip olduğunu düşünür. Dolayısıyla kötü yasalar itaat için ahlaksal zorlamaya sahip olmasa da yine de hukuksal geçerliliğe sahiptir. Westerman’a göre Thomas Aquinas bu bakımdan Hart’a yaklaşmıştır<sup>(44)</sup>.

Klasik doğal hukuk teorisine uygun bir fonksiyonalist bir hukuk teorisi geliştirmeye çalışan Michael Moore’a göre ise, “adaletsiz yasa, yasa değildir” kuralı, doğal hukuk kavramının *conditio sine qua non*’u teşkil eder. Moore,

hukuku, araçlar açısından değil, amaçlar açısından kavramaya çalışmıştır. Moore’un fonksiyonalist teorisine göre hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir ilişki vardır. Adil olmayan yasa, itaate zorlayamaz. Ahlaksal olarak itaat etmeye zorlayamayan yasa da, yasa değildir. Moore açısından bir normu adilliği, onun hukuk olarak statü kazanmasının bir gereğidir<sup>(45)</sup>. Görüldüğü gibi Moore hukuksal geçerlilik ile hukuka ahlaken itaat etme zorunluluğunu birbirine karıştırmıştır. Bu yaklaşım hukuk kavramına analitik bir bakış açısını yansıtmamaktadır. Klasik doğal hukuk yaklaşımlarında hukuksal geçerlilik ile ahlaksal geçerlilik örtüştürülmüştür.

Hukukun işlevleri arasında adalet değerine düzen ve pratik yarar karşısında üstünlük tanıyan Aral’a göre adaletsiz bir hukuk düzenin sürekliliği tehlike altında olacağı için bir hukuk sistemi kurulurken ilk önce adaletin gereklerinin dikkate alınması gerektiğini belirtir<sup>(46)</sup>. Hukuksal pozitivizmin tek yankılığı üzerinde duran Aral, bu hukuk teorisinin hukukun değer yanını görmezden geldiğini söyler. Ayrıca Aral, Pozitif hukuku koyan otoritelerin de meşruluklarının nereden aldıklarının sorgulanması gerektiğini ileri sürer<sup>(47)</sup>. Bu düşünceleriyle Aral, pozitif hukuk için meşru bir zemine gereğine inanmış olmaktadır.

Hukuksal pozitivizm açısından ahlaksal geçerliliğin, hukuksal geçerlilik için bir koşul olarak ortaya konması bir belirsizlik yaratacaktır. Bu yaklaşım ise pozitivizm açısından hukukun bilim

olarak kavranmasına zarar verir. Selahattin Keyman’a göre pozitivist hukuk yaklaşımının, şekli geçerlilik anlayışı değer kavramı kadar belirsizdir. Kelsen’in temel normunun geçerliliğinin dayandığı etkililik kavramını örnek gösteren Keyman, bu kavram bakımından, somut bir hukuk sisteminin geçerliliğin, belli bir zamanda oluşmuş siyasi otorite postulatına dayandığını söyleyerek böyle bir postulatın değerlere ilişkin postulatlarla göre ne kadar objektif olduğunun tartışılabileceğini ileri sürer<sup>(48)</sup>. Keyman, hukuksal geçerlilik için iki ölçüt üzerinde durur. Bu ölçütler, normun kesinlik ve doğruluk boyutlarıdır. Kesinlik, biçimsel bir geçerliliği ifade ederken, doğruluk akla uygun değerler bakımından bir geçerliliği ifade eder<sup>(49)</sup>. Dolayısıyla Keyman, sistemik geçerlilik ile aksiyolojik geçerliliği birlikte ele alır.

Hukuksal geçerlilikle ilgili olarak Gustav Radbruch’un düşünceleri anılmaya değer. Özellikle Radbruch’un II. Dünya savaşı sonrası geçerlilik yaklaşımı büyük yankı uyandırmıştır. Radbruch, hukuk kavramı için üç önemli öğeden söz eder. Bunlar, amaçsalılık (purposiveness), hukuksal kesinlik ve adalet değeridir<sup>(50)</sup>. Radbruch açısından pozitif hukukla ile adalet değeri arasında zaman zaman gerilim meydana gelebilir. Filozof açısından bir normun geçerliliği için hukuksal kesinlik zorunlu olmakla birlikte, yeterli değildir. Geçerli bir hukuk kuralı olmak için temel bazı ahlaksal gereklerinde yerine getirilmesi gerekir<sup>(51)</sup>. Eğer pozitif hu-

(39) Spaak, Torben, “Legal Positivism, Law’s Normativity, and The Normative Force of Legal Justification”, *Ratio Juris*, Vol. 46, No. 4 (2003), s. 471.

(40) Spaak, s. 471.

(41) Marmor, Andrei, “The Conditions of Legal Validity” in *The Nature of Law*, (<http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>)

(42) Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press-Oxford, 1980, s. 351.

(43) Bkz. Aktaş, Sururi, “Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi” *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VIII, sayı 1-2, s. 19.

(44) Westerman, Pauline C., *The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis*, Brill 1998, s. 70

(45) Bradley, Gerard V., “Morality and Legal Reasoning”, *The Review of Politics*, vol. 55, Issue 2, (1993), s. 317.

(46) Aral, Veddi, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 196.

(47) Aral, Veddi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 155.

(48) Keyman, Selahattin, “Tabii Hukuk Doktrinin Epistemolojik Tahlili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 47, sayı 1-4 (1998), s. 31-32.

(49) Keyman, s. 33.

(50) Mertens, Thomas, “Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration”, *Ratio Juris*, vol. 15, No.2 (2002), s. 189.

(51) Mertens, s. 187.

kukun adaletle çelişkisi hoş görülemez bir noktaya ulaşmışsa pozitif hukuk adaletle boyun eğmelidir. Başka bir anlatımla, eğer pozitif hukuk adaletle açık bir biçimde çelişiyor ve bu çelişki katlanılmayacak ve hoşgörülemez bir noktaya ulaşıyorsa geçerliliği söz konusu olamaz. Dolayısıyla Radbruch açısından *lex injusta non est lex* kuralının kabul edilebilmesi için, pozitif hukukun adaletsizliğinin hoş görülemez bir seviyeye ulaşması gerekir. Nazi rejiminin tirani yönetimine kadar pozitif doktrini benimseyen Radbruch, yaşadığı deneyimlerden sonra pozitivizmin hukukla ahlak arasındaki ayrım ile ilişkin görüşünün bir tarafa bırakılmasını öğütledi<sup>(52)</sup>. Radbruch bu yaklaşımlarına uygun olarak Nazi dönemindeki bazı yasaların adaletle tolere edilemeyecek biçimde çeliştikleri için geçersiz sayılmalarını Nazi rejiminden sonra görülen bazı davalar dolayısıyla ortaya koymuştur. Nazi rejimi sırasında Puttfarken adında birisi Göttig isimli diğer bir şahsı Hitler'e yönelik olarak kitlelerin katili ve savaşın suçlusu biçiminde eleştiri yönelttiği için ihbar etmiştir. Nazi mahkemeleri Göttig'i ölüm cezasına mahkum etmiştir<sup>(53)</sup>. Hitler rejiminden sonra Nordhausen mahkemesinde Puttfarken aleyhine Göttig'i ihbar edip ölüm cezasına mahkum edilmesine neden olduğu için dava açılmıştır. Radbruch bu davada Puttfarken'in ya dolayısıyla faillik yoluyla cinayet işlemekten ya da iştirak halinde suç işlemekten yargılanabileceğini ileri sürmüştür. Radbruch, birinci alternatiften yana tavır alırken mahkeme ikinci alternatifini, yani iştirak halinde suç işle-

mekten yargılamayı tercih etmiştir. Radbruch'un iştirak yolunu seçmemesi, Göttig'i mahkum eden yargıların yargılanmalarını istememesinden kaynaklanır. Çünkü Radbruch'a göre, o zamanki yargıçlar pozitivist mantalite ile yetiştikleri için, bu durum onların pozitif hukukun üstünde başka üstün bir hukukun (suprastatutory law) varlığını bilmelerini engellemiştir<sup>(54)</sup>. Bize göre Radbruch'un bu tercihi tartışmaya açıktır. Çünkü Göttig'i mahkum eden yargıçlar pozitif hukuktan daha üstün bir hukuk kavramından habersizse, Göttig'i ihbar eden Puttfarken sıradan bir kişi olarak böyle bir hukuk kavramından haydi haydi habersiz olması gerektirdi. Ancak burada önemli olan Puttfarken'in ihbar eyleminin Radbruch'a göre üstün hukuk açısından suç teşkil etmiş olmasıdır. Hart bu yaklaşımı başka benzer bir dava dolayısıyla eleştirir. Hart'ın ele aldığı örnekte, 1944 yılında kocasından kurtulmak isteyen bir kadın, kocasını, Hitler'i küçük düşürücü sözler sarf ettiği gerekçesiyle ihbar eder. Kocasını yargılanarak idama mahkum edilir. İdam cezası infaz edilmeyen koca daha sonra cepheye gönderilir. Savaş sonrasında kocasını ihbar eden kadın bir Batı Almanya mahkemesi tarafından illegal olarak bir şahsı özgürlüğünden mahrum bıraktığı gerekçesiyle koğuşturulur. Kadın, kocasının mahkum edilmesinin Nazi dönemindeki yasalara uygun olduğunu ve dolayısıyla kendi eyleminin bir suç teşkil etmediği gerekçesiyle itiraz eder. İtiraz mahkemesi Nazi dönemindeki yasaların insanlığın adalet duygusuna ve vicdanına aykırı olduğu gerekçesiyle

le kadının itirazını reddederek, onu, bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasını sağladığı için suçlu bulur. Doğal hukukun zaferi olarak algılanan benzer dava sonuçlarını Hart hastalıklı durumlar olarak algılar. Hart'a göre bu davada iki türlü davranılabilir; ya kadına ceza verilmez veya geriye etkili suç ihdas edilerek kadına ceza verilebilir ki bu da birçok hukuk sisteminin kabul ettiği temel ahlaksal ilkeye ters düşer<sup>(55)</sup>. Hart'a göre Nazi Almanya'sındaki muhbirlerin başkalarının cezalandırılmasını sağlamaları ahlaka aykırıdır; ancak ahlak da aynı zamanda bize, yalnızca kötü eylemin işlendiği zamandaki yasalara göre cezalandırılması gerektiğini buyurur. Bu hukukun nulla poena sine lege ilkesidir<sup>(56)</sup>. Hart'a göre Radbruch'u izlemize gerek yoktur. Ahlaken haksız olan bir yasaya itaatsizliği öğütleyebiliriz; ancak onun hukuksal statüsünü reddedemeyiz. Belirli bir yasaya itaati reddetmek onun hukuksal statüsünü reddetmeyi gerektirmez<sup>(57)</sup>. Klasik doğal hukuk anlayışının geçerlilik kavramına karşı gelen Kelsen, despotik olarak yönetilen bir devletin de insan davranışlarının bir düzenini yansıttığını ileri sürerek böyle bir düzenin hukuksal niteliğini reddetmenin doğal hukukun naifliğinden başka bir şey olmadığını söyler. 1925'lerde bu düşüncelerini dile getiren Kelsen yaklaşık kırk yıl sonra aynı düşüncesinde ısrar ederek Nazi döneminde çıkarılmış kuralların da hukuk oldu-

ğunu savunur. Kelsen'e göre biz söz konusu dönemin yasalarını beğenmeyebiliriz; fakat onların hukuk olmadığını savunamayız<sup>(58)</sup>. Görüldüğü gibi gerek Hart ve gerekse Kelsen Radbruch'un formülüne karşı gelerek, hukuksal geçerlilik ile ahlaksal geçerliliği birbirinden ayrı tutmaya özen göstermişlerdir.

#### 4- Üçüncü Yol

Ronald Dworkin'in hukuksal yaklaşımını hukuksal pozitivizm veya doğal hukuk gibi temel hukuk teorilerinden birine yerleştirmek zordur<sup>(59)</sup>. Hukuksal geçerlilik bakımından Dworkin'in hukuk teorisi üçüncü bir seçenek olarak incelenebilir. Hukuksal pozitivizme eleştiriler yöneltten Dworkin'in, doğal hukuk teorisi içerisinde yer alıp alamayacağı tartışmalıdır. Bundan dolayı Dworkin'in teorisi üçüncü bir yolu temsil ettiği söylenir. Ronald Dworkin mevcut geçerli hukukun sadece formel hukuk kurallarıyla ilgili olmadığını, aynı zamanda maddi-hukuksal prensiplerle de ilgili olduğunu söyler. Prensipier saf bir moral karakter taşımazlar; fakat daha çok haki-ki (doğal) bir hukuksal yapı arz ederler<sup>(60)</sup>. Pozitivizmin geçerlilik anlayışını eleştiren Dworkin, Hart'ın tanıma kuralının hukuksal geçerlilik bakımından yetersiz olduğunu söyler. Çünkü Dworkin açısından tanıma kuralı sadece hukuk kurallarını tanımlayabilir; prensipleri tanımlayamaz<sup>(61)</sup>. Bir hukuksal prensibin var olup olmadığını ise kısmen moral

(52) Hart, H.L.A., "Positivism and The Separation of Law and Morals", *The Philosophy of Law*, edited by R.M. Dworkin, Oxford University Press 1977, s. 30.

(53) Mertens, s. 188.

(54) Mertens, s. 192-193.

(55) Hart, *Positivism and The Separation of Law and Morals*, s. 32-33.

(56) Hart, *The Concept of Law*, s. 211; Mertens, s. 199.

(57) Mertens, s. 198.

(58) Marina, Jose Antonio, "Genealogy of Morality and Law", *Ethical Theory and Moral Practice*, vol.3, issue 3, (2000), s. 306.

(59) Bkz. Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin'in Adalet Perspektifi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 9. Kitap, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 89.

(60) Honnmes, Hendrik Van Eikeme, "Positive Law and Material-Legal Principles", *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, LXX, (1984), s.157.

(61) Endicott, Timoty, "Are There Any Rules?", *The Journal of Ethics*, vol.5 (2001), s. 201.

değerlendirmeler belirler. Çünkü eğer bir prensip, geçmiş adli ve yasamayla ilgili kararların en iyi ahlaksal ve politik yorumundan kaynaklanırsa bir hukuksal prensip sayılır. Başka bir anlatımla hukuksal prensipler, hukuk kurallarıyla moral prensipler arasında yer alırlar. Hukuk kuralları örgütlü kurumlar tarafından yaratılırlar ve geçerliliklerini çıktıkları kaynaktan alırlar. Moral prensipler ise geçerliliklerini tamamen içeriklerinden alırlar. Hukuksal prensiplere geldiğimizde, bunlar geçerliliklerini, kaynak-temelli düşüncelerle ile içerik-temelli düşüncelerin bir kombinasyonundan alırlar. Dworkin bu konuyu şu şekilde açıklığa kavuşturmaya çalışır: Bütünlük olarak hukuk kavramı açısından, eğer hukukun önerileri, bir topluluğun hukuksal pratiğinin en iyi kurucu yorumunu sağlayan adalet, fairness ve adli yargılamaya ilkelerinden kaynaklanıyorsa, bu öneriler doğru önerilerdir. Dolayısıyla Dworkin'in hukuk teorisi açısından bir hukuksal prensibin geçerliliği olgularla moral mülahazaların bir bileşiminden kaynaklanır. Olgular, ilgili alanda ortaya çıkmış geçmiş hukuksal kararlarla ilgiliyken, moral ve politik düşünceler, bu hukuksal kararların doğru moral ilkeler bakımından en iyi kararlar sayıldığı yön-temlerle ilgilidir<sup>(62)</sup>.

Dworkin'in ortaya koyduğu hukuk yaklaşımında hem kuralların ve hem de prensiplerin geçerlilik sorunu vardır. Dworkin Kuralların tanımlanması ve geçerliliği konusunda tanıma kuralının oynadığı rolü inkar etmese bile, bunu yeterli görmez. Kuralların geçerliliği aynı zamanda prensipler bakımından da gündeme getirilmektedir. Dworkin'in

anlayışına göre geçerli bir kuralın varlığı prensiplerin desteğine gereksinim duyar<sup>(63)</sup>. Ancak bütün prensiplerin gücü aynı değildir. Kuralların geçerliliği sadece bazı prensipler bakımından gündeme getirilir. Dworkin'e göre eğer yargıç mevcut bir hukuk kuralını değiştirecekse, birinci koşu olarak bu değişiklik kendisini meşrulaştıracak bazı prensiplere dayanması gerekir. İkinci olarak, yargıç mevcut doktrine değişiklik önerisi getirmek istiyorsa, bu değişikliğe karşı ileri sürülebilecek bazı önemli standartları (prensipleri) da dikkate alması gerekir<sup>(64)</sup>. Dolayısıyla yargıç prensipleri birbirine tercih etmede serbest değildir. Eğer öyle olsaydı hiçbir kuralın bağlayıcı olduğu söylenemezdi. Yargıç, prensipler tarafından teyit edici biçimde desteklenen bir kuralı göz ardı etmede serbest değildir. Dolayısıyla bir kuralın değişikliğine karşı bazı prensiplerin diğer prensiplere karşı kolektif olarak ağırlığı önemlidir<sup>(65)</sup>. Prensiplerin geçerliliği ise bir topluluğun hukuk tarihinin kurucu yorumuyla yakından ilgilidir. Eğer bir prensip ilgili topluluğun yargısal kararlarının ve hukuksal geçmişinin en iyi ahlaksal ve politik yorumundan kaynaklanıyorsa geçerliliğe sahiptir. Prensiplerin geçerliliği hem aksiyolojik ve hem de olgusal niteliktedir. Adalet, ahlak ve politik ilkeler yanında, olgu olarak bir topluluğun geçmiş hukuksal pratiği prensipler için önem taşır. Önemli olan bir topluluğun hukuksal pratiğinin uyum ve bütünlük içinde ahlaksal ve politik ilkeler açısından en iyi yorumudur. Böyle bir kurucu yorum prensiplerin varlığı ya da geçerliliği için önemlidir.

(62) Marmor, Andrei, "The Condition of Legal Validity" in "The Nature of Law", (<http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>).

(63) Endicott, s. 203.

(64) Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Sixteenth Printing 1997, s. 37.

(65) Dworkin, s. 38.

### Sonuç ve Değerlendirme

Bir davranışın hukuksal statü kazanabilmesiyle ilgili koşullar, hukuksal geçerlilikle ilgili düşüncelerin temelini oluşturur. Hangi koşulların varlığının bir normu hukuk kuralı haline getireceği ile ilgili tartışmalar, hukuk teorilerinin temel ilgi alanını oluşturmuştur. Hukuk teorilerinin karmaşıklığı içerisinde, hukuksal geçerlilik konusu bu karmaşıklığı yalın bir düzleme indirgeyip söz konusu teorisinin ayırt edici özelliğini ortaya koyar. Dolayısıyla çeşitli hukuk teorilerini birbirinden ayıran en temel nokta hukuksal geçerlilik ile ilgili ana yaklaşımdır. Hukuksal geçerlilik ile ilgili temel yaklaşımlardan birine taraftar olmak çoğu kez bir hukuk teorisi-ne de taraftar olma sonucunu doğurur.

Hukuksal pozitivizm çoğu kez bilimsel kaygılarla hukuksal kesinlikten yana tavır alarak hukukla ahlak arasında zorunlu bir kavramsal bağın kurulmasına karşı gelir. Hukuksal pozitivizm açısından hukuksallık için sistematik geçerlilik yeterlidir. Yani bir normun bir hukuk sistemine üye olabilmesi hukuksal pozitivizm açısından sistematik kriterlerine göre değerlendirilir. Dolayısıyla hukuksal pozitivizme göre, geçerlilik koşulları bir hukuk sisteminin iç meselesidir. Bu tür bir geçerlilik anlayışı, ahlaksal geçerliliği hukuksal geçerlilik için bir önkoşul olmaktan çıkmıştır. Hukuksal pozitivizm açısından, moral prensiplere ve adalet ideallerine aykırı normlar dahi sistematik geçerlilik koşullarını karşıladıkları sürece hukuksal statü kazanabilecekler.

Hukuksal pozitivizmin geçerlilik ile ilgili temel yaklaşımı hukuk devletinin biçimsel koşullarını karşıladığı halde içerikte ilgili maddi koşullarını karşılamak-

(66) Bkz. Mertens, s. 188.

tan uzak görünüyor. Sistemik geçerlilik, hukuksal kesinlik ve belirlilik sağlaması dolayısıyla kısmen keyfiliği kaldırarak niteliktedir. Ancak keyfiliği tamamen ortadan kaldırması söylenemez. Nazi rejiminin acı deneyimleri ne yazık ki bu bakımdan öğretici olmuştur. Ancak hemen şunu belirtelim ki Nazi rejimi hukuksal kesinlikten bile yoksundu<sup>(66)</sup>.

Klasik doğal hukuk teorisinin genel olarak ahlaksal geçerliliği hukuksal geçerlilik için bir önkoşul olarak kabul etmesi, içerikle ilgili keyfiliği kaygılarını bertaraf edecek nitelikte görünse de, bu defa kesinlik ve belirlilikle ilgili kaygılar gündeme gelmektedir. Dolayısıyla her iki olasılık da bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Ortodoks hukuksal pozitivizmin analitik yaklaşımı, minimum etkinliği ve dolayısıyla sosyal gerçekliği nihai geçerlilik için yeterli görmesi demokratik meşruiyet geleneğine uygun düşüldüğü söylenebilir. Ancak Doğal hukuk bu meşruiyetle de yetinmeyip geçerliliklerini kendi içeriksel doğruluklarından alan adalet gibi ahlaksal değerleri referans gösterir. Bu yüzden hukuksal pozitivizmle doğal hukuk arasında bir meşruiyet gerilimi her zaman varlığı sürdürür.

Bu gerilimi azaltmak için bir hukuk politikası önerisi olarak ahlak ve adaletin temel prensipleriyle ilgili aksiyolojik geçerlilik koşullarının sistematik kriterler haline dönüştürülmesi tercih edilebilir. Bu da Hart'ın tanıma kuralı formülüyle Radbruch'un formülünün bir araya getirilmesiyle gerçekleşebilir. Radbruch'un "adaletsizliği hoş görülemeyecek bir noktada olan yasalar geçersizdir" formülünün Hart'ın tanıma kuralı yoluyla anayasa metnine geçirilmesi hem sistematik ve hem de aksiyolo-

jik geçerlilik koşullarını kısmen karşılayabilir. Radbruch'un formülü daha da somutlaştırılarak şu şekilde bir tanıma kuralı oluşturulabilir: "Yasa önünde eşitlik prensibini açıkça ihlal eden, insan haklarına ve evrensel hukuk ilkelelerine çok açık biçimde aykırı düşen yasalar geçersizdir". Ancak bu tanıma kuralına dayanan bir önerinin hukuk sistemine dahil edilmesi yasakoyucunun tercihinine bağlıdır. Yasakoyucuyu, böyle bir tanıma normunu hukuk sistemine dahil etmede zorunlu tutmak, doğal hukukun zorunluluğunu kabul etmek demektir. Dolayısıyla yasakoyucu kendi isteği ile harekete geçmediği sürece yurisdiktidaki önerim yine bir doğal hukuk önerisi olarak kalabilir.

#### Kaynakça

Aktaş, Sururi, "Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi" Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, sayı 1-2, ss. 3-22.

Aral, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Aral, Vecdi, Kelsenin Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İst. Üniv. Hukuk fak. Yayını, İstanbul 1978.

Aral, Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

Bradley, Gerard V., "Morality and Legal reasoning", The Review of Politics, vol. 55, issue 2, (1993), pp. 311-329.

Can, Cahit, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, 1.baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

Celano, Bruno, "Kelsen's Concept of The Authority of Law", Law and Philosophy, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, vol 19, (2000), pp.173-199.

Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Sixteenth Printing 1997.

Endicott, Timothy, "Are There Any Rules?", The Journal of Ethics, vol. 5 (2001), pp.199-220.

Finnis, John, Natural Law and Natural Rights, Clarendon Press-Oxford, 1980.

Gardner, John, "Legal Positivism: 5 Myths" The American Journal of Jurisprudence, vol. 46, (2001), pp.199-227.

Güriz, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 5.baskı, Ankara 1996.

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, 3. baskı, Ankara 1992.

Hart, H.L.A., "Positivism and The Separation of Law and Morals", The Philosophy of Law, edited by R.M. Dworkin, Oxford University Press 1977, pp. 17-37.

Hart, H.L.A., The Concept of Law, (With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Press-Oxford, 1994.

Himma, Kenneth Einar, "H.L.A. Hart and Practical Difference Thesis" Legal Theory Vol.6, (2000), pp.1-43.

Himma, Kenneth Einar, "The Epistemic Sense of The Pedigree Thesis", Pacific Philosophical Quarterly, vol.80, (1999), pp.46-63.

Holton, Richard, "Positivism and The Internal Point of View", Law and Philosophy, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, vol 17, (1998), pp.597-625.

Hommes, Hendrik Van Eikeme, "Positive Law and Material-Legal Principles", Archiv für Recht und Sozialphilosophie, LXX, (1984), pp. 153-171.

Kelsen, Hans, What is Justice?, University of California Press, 1957.

Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrinin Epistemolojik Tahlili", An-

kara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 47, sayı 1-4 (1998), ss. 17-35.

Lyons, David, Ethics and The Rule of Law, Cambridge University Press 1984.

Lyons, David, Moral Aspects of Legal Theory, Cambridge University Press 1993.

Marina, Jose Antonio, "Geneology of Morality and Law", Ethical Theory and Moral Practice", vol.3, issue 3, (2000), pp.305-327.

Marmor, Andrei, "The Conditions of Legal Validity" in The Nature of law, (<http://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>)

Mertens, Thomas, "Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration", Ratio Juris, vol 15, No.2 (2002), pp. 186-205.

Raz, Joseph, Ethics in The Public Domain, (Revised Edition), Clarendon Press-Oxford, 1996.

Ruiter, Dick W.P., "Legal Validity Qua Specific Mode of Existence", Law and Philosophy, Kluwer Academic

Publishers, Netherlands, vol. 16, (1997), pp.479-505.

Sartor, Giovanni, "Legal Validity as Doxastic Obligation. From Definition to Normativity", Law and Philosophy, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, Vol 19, (2000), pp.585-625.

Spaak, Torben, "Legal Positivism, Law's Normativity, and The Normative Force of Legal Justification", Ratio Juris, Vol 16, No.4, (2003), pp.469-485.

Tamanaha, Brian Z., "Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence", Oxford Journal of Legal Studies, vol. 21, No. 1, (2001), pp.1-32.

Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Haklar, Hakaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin'in Adalet Perspektifi", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 9. Kitap, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s. 88-95.

Westerman, Pauline C., The Disintegration of Natural Law Theory: Aquinas to Finnis, Brill 1998.

# Hukuksal Meşruluğun Ölçütü Olarak Evrensel Hukuksal Değerler

Ahmet Gürbüz<sup>(\*)</sup>

## Giriş

Hukukun meşruluğu konusu hukuk felsefesinin açıklığa kavuşturması gereken en önemli sorun olarak değerlendirilebilir. Hukuk felsefesi, bu sorunu çözümleyebilmek için, eylemsel olarak belli toplumlarda hukuksal meşruluğun nasıl algılandığının belirlenmesiyle ve bunun bu biçimde benimsenmesiyle yetinemez. Yapılması gereken şey, meşruluk kavramına evrensel bir tanım getirmek, bu tanımın içerdiği temel değerleri belirlemek; bunun sonrasında ise, somut olarak "hukuk" diye karşımızda bulunan veriyi elde edilen ölçütlerle karşılaştırmaktır. Bu çalışmada da, eylemsel olarak belli bir toplumda hukuksal meşruluğun nasıl algılandığının ortaya konmasından çok, hukuksal meşruluğa ilişkin nesnel ve evrensel bir bakış açısı geliştirilmeye çalışılmıştır. Bu, eylemsel olarak hukuksal meşruluğun algılanış biçiminin önemsizliği ve olması gerekenle ilişkisizliği anlamına alınamaz doğal olarak: Hiç kuşkusuz, olan ile olması gereken ya da başka bir deyimle kuram ile olgu arasında doğrudan bir ilişki ve etkileşim vardır;<sup>(1)</sup> hukuksal meşruluğa ilişkin nesnel ve evrensel bir açıklama biçiminin geliştirilebilmesi için, eylemsel olarak bu konunun algılanış ve pratikteki oluşum bi-

çiminin de incelenmesi gerekir. Ne var ki, eylemsel olarak varolan algılanış ve oluş biçiminin belirlenip bununla yetinilmesi ve bunun aynı zamanda bir 'değer' olarak savunulması; olması gerekenle ilişilmemesi, benimsenebilir bir tavır olamaz. Bu tavır, aynı zamanda, bütüncül bir bakış açısının; küresel ve somut bir hümanizmanın geliştirilmesi için çaba harcama gereğinin yadsınmasını yansıtır; çünkü, hümanizma, insanın aşamalı bir biçimde özgürleşmesine yönelik bir girişimi, bir atılımı ve insanın yazgısını iyileştirme ya da değiştirme olanaklarının aranmasına yönelik sürekli bir duyarlılığı deyimler.<sup>(2)</sup> Bununla birlikte, olması gerekene ilişkin alanda geleceğe yönelik kesin içerikli söylemler sözkonusu olamayacağından dolayı,<sup>(3)</sup> hukukun meşruluğunun evrensel ve nesnel ölçütlere dayandırılmasını içeren bir yaklaşımın daha iyi bir dünyanın oluşturulmasını amaçlayan bir çabayı dile getirdiği ortadadır.

## 1. Bölüm: Genel Olarak Hukuksal Meşruluk

### A- Meşruluk Sorununun Gelişimi ve Önemi

"Meşru" kavramı kökenbilimsel olarak, çoğunlukla onaylanan; tanrı buyruğuna uygun olan; yasanın, dinin ve ka-

mu vicdanının doğru bulduğu eylem, tavır ve norm anlamına gelir.<sup>(4)</sup> Batı dillerindeki karşılığı olan "legitimus, legitimitas" kökleri, Eski Roma'da, hukuka uygun, hukuksal anlamında kullanılmıştır. Ne var ki kelime, hukuksal metinlerde geçse de politik bazı çağrışımlara da açıktır. Sözelimi, Cicero, Legitimum Imperium ve Potestas Legitima gibi kavramları, hukuka göre kurulmuş güçler anlamında kullanmıştır. Ortaçağda, legitimus'tan, eski geleneklere ve yöntemlere uygunluk anlaşılmışken; modern dönemlere doğru gelindikçe, bu kavram, siyasal erkin yönetilenlerin onayına dayanması anlamını da içermiştir. Yaygın olarak 'yasallık' anlamında da kullanılan 'meşruluk' kavramının, aynı zamanda tarihsel süreç içerisinde 'dinsel anlamda hukuksal' biçiminde bir anlam taşıdığı da belirtilmelidir.<sup>(5)</sup>

Meşruluk kavramının tarihsel süreç içerisindeki algılanma biçimine bakıldığında, bu kavramın klasik olarak yönetim ile ilintili bir biçimde ele alındığı; yönetici erkin yönetime konusunda bir hakkı olduğu bilincinde olmasının yanında, yönetilenlerin de bir biçimde bu hakkı tanımaması deyimlediği görülmür. Yönetim ile ilgili olarak ortaçağdan günümüze meşruluk (legitimacy) kavramı, "haksız yere yönetime el koyma (usurpation)" kavramına karşıt olarak anlaşılmıştır.<sup>(6)</sup>

Meşruluk kavramı, tarihsel süreç içerisinde zengin bir içeriğe sahip olmuşsa da, genel olarak, yönetsel erkin

dayanaklarının değerlendirilmesinde gündeme gelmiştir. Bununla birlikte meşruluk kavramının sadece yönetsel erkin etkinliğiyle sınırlı bir sorun olmadığı;<sup>(7)</sup> daha kapsamlı bir biçimde, hukukun temel dayanağıyla ilişkili olduğu öncelikle belirtilmelidir. Meşruluk kavramının hukukla kesin bir biçimde ilişkili oluşunun nedeni, bu kavramın bir kimsenin, kendisine ya da başkalarına karşı kendi davranışının ya da başkalarının eylemlerinin doğruluğunu, geçerli nedenlere dayanarak gerçekleştirilmiş olumlu ya da olumsuz bir tavrın yerindeliğini benimsenebilir bir biçimde göstermek amacını taşımasında yatmaktadır. Daha yerinde bir deyimlemeyle, meşruluk kavramı "haklı olmak" savını içermektedir. Bu "haklı olmak", bir açıdan, bireysel anlamda bir hakkın herkes için bağlayıcı bir hukuk düzeninde kendi tartışılmaz temelini bulmuş bir hukuk kavramına dayandığı inancını kapsamaktadır.<sup>(8)</sup>

Meşruluk kavramının genel olarak alışılmış anlamı eylemsel olarak yürürlükte bulunan bir hukuk normuna uygunluk ise de, bu biçimde bir anlamlandırmanın yeterli bir ölçü verme özelliğinden yoksun olduğunda hiç kuşku yoktur. Eylemsel olarak yürürlükte bulunan ya da konulmuş her norm, varlığının meşruluğunu belirli bir ölçüye göre kanıtlamak durumundadır. En açık bir anlatımla, sözelimi, işkenceyi buyuran bir konulmuş norm sadece konulmuş bir hukuk normu olmakla meşru sayılamayacağına göre, meşruluk kav-

(\*) Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Bu konuda bkz.: Cardozo, s. 22-23; Habermas İOTB., s. 91; Feyerabend YH., s. 63.

(2) Cairns, s. 51; Levi-Strauss HD., s. 128; Levi-Strauss YD., s. 312; Braudel, s. 354; Perry, s. 459; Kovel, s. 273.

(3) Copleston PC., s. 161; Russel PP., s. 91.

(4) Bkz.: Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük; Hançerlioğlu, s. 255-256. Türkçede yerine karşılık olarak "yasalı" kelimesinin de kullanıldığı "meşru" kelimesinin Batı dillerindeki karşılığı legitimate (Fransızcası légitime, Almanca legitim, İtalyancası legitimita) olup, latince legitimus kökünden gelmektedir. Ortaçağda "legitimitas" olarak geçen bu kavram, Türkçedeki anlamına benzer bir anlamda kullanılmıştır (International Encyclopedia, s. 245; Hançerlioğlu, s. 255-256).

(5) Bkz.: Hançerlioğlu, s. 255-256; International Encyclopedia, s. 245.

(6) International Encyclopedia, s. 244.

(7) Cotgrove, s. 162.

(8) Hirsch, s. 42-43.

ramının eylemsel olarak varolan hukuk normuna uygunluktan başka bir anlamı bulunması gerekir.<sup>(9)</sup> Böylece meşruluk kavramının öncelikle genel bağlayıcı olarak benimsenen normların ya da olguların bir özelliği olarak nitelendirilebileceği ortaya çıkmaktadır.<sup>(10)</sup> Toplumsal olguların özdeksel doğa olaylarına oranla ayrı anlamlandırılması, genel anlamda meşruluk sorununu doğurur. Böylece ilk olarak meşruluk, toplumsal bir olgunun, olması gereken biçimde gerçekleşmesinin sorgulanmasında gündeme gelmektedir.<sup>(11)</sup>

Hukuksal meşruluk sorunu tartışılabilir öncelikle kavram kargaşasından ya da aynı kavrama değişik, giderek birbiriyle çelişen anlamlar yüklemeye yanılgısından kaçınmak gerekir; çünkü bu yanılgı bizi doğruya ulaşmaktan alıkoyabilir ve bu yüzden, kullanılan kavramın ne anlamda kullanıldığı öncelikle ortaya konmalıdır.<sup>(12)</sup> Burada yinelenerek vurgulanmalıdır ki, meşruluk kavramı temel olarak genel bağlayıcı bir biçimde benimsenen hukuksal norm ya da olguların bir özelliğini deyimler. Başka bir anlatımla, meşruluk sorunu, hukuksal bir olgu ya da normun objektif ve evrensel olarak benimsenebilir bir temele dayanıp dayanmadığının sorgulanmasıyla ilgilidir ve bu çalışmada bu anlamda ele alınmıştır. Evrensel meşruluk ilkesi, aynı zamanda evrensel geçerlilik savını taşıyan bir düşünce içeri-

ğine sahip olmalıdır. Evrensel geçerlilik savını taşıyan bir düşünce içeriğine sahip değerlendirme biçiminden başka, evrensel bir meşruluk ilkesi olamaz.<sup>(13)</sup> Dolayısıyla, meşruluk kavramı, hukukun ya da hukuksal temel norm ya da olguların dayanağının geçerliliğinin sorgulanmasını deyimlediğinden ötürü, aynı zamanda etik bir boyutu yansıtmak durumunda kalmaktadır. Hukuksal meşruluk<sup>(14)</sup> konusundaki araştırmanın amacının, bir takım salt temel ilkeler bulmak olduğu vurgulanmalıdır. Salt geçerlilik ise sahip olunan ile değil haklı istem anlamında savla ilgilidir. Dolayısıyla, temel sorun, salt doğru ve belirli sistematik ilkeleri olanaklı kılan gerçekçi ve doğru bir metot ortaya koyabilmektir.<sup>(15)</sup>

Hukuk felsefesinin önemli bir araştırma alanını, değerlendirmeler oluşturur. İnsanlık tarihine bir göz atıldığında, eylemsel olarak varolan pozitif hukuk karşısında her zaman edilgen bir konumda kalmadığı; konulmuş her normun, olduğu gibi doğru sayılarak benimsenmesi yoluna gidilmediği görülmüştür. Hukuk felsefesi, olanla ilgili bulunan pozitif hukuk yanında, olması gerekeni konu edinmekte; insan kişiliğinin üstün özelliğini deyimleyen eleştirel tutumunu takınarak, pozitif hukukun üstüne yükselmek yoluyla insanın bu temel gereksinmesini karşılamaktadır.<sup>(16)</sup> Hukuk kurallarının geçerliliğinin

dayanağını araştırmak ve bu konuda uğraş göstermek, hukuk felsefesinin en temel ödevidir.<sup>(17)</sup> Gerçek anlamda hukukçu, hukuksal normları uygulama ödevinde olmanın yanında, hukuksal eylem ve olgulara uygulanması gereken adaletli normun, başka bir deyimle olması gereken hukukun yürürlükteki hukuk normlarıyla uyuşup uyuşmadığını araştırmak durumunda olduğunun bilincinde olmalıdır. Yürürlükteki hukuksal normların etki alanından sıyrılarak yapılması gereken bu araştırma, aynı zamanda, olanın değerlendirilmesi yoluyla, meşruluk derecesini ölçmeye de yardımcı olacaktır.<sup>(18)</sup> Hukuksal bir kural, meşru kılınabildiği zaman ancak adaletli sayılabilir ve hukukçu açısından, bir değişikliğin benimsenebilmesi meşru olması koşuluna bağlı olmalıdır; meşruluk kazanmamış bir değişiklik, adaletsiz ve taraflı bir niteliği yansıtır.<sup>(19)</sup> Diğer yandan, önemle vurgulanmalıdır ki, hukuksal meşruluk konusunda yapılacak araştırmanın başarıya ulaşabilmesi için öncelikle etik bir bakış açısına sahip olunması gerekir.<sup>(20)</sup> Günümüzde insanlığın içinde bulunduğu durum; özellikle, birbirleriyle çelişki ve çatışki içinde bulunan politik ve toplumsal sistemlerin aynı zaman dilimi içerisinde varlıklarını sürdürmeleri, meşruluk sorununun aydınlatılmasını, hukuk teorisyenleri için olduğu kadar bütün insanlık açısından da yaşamsal derecede önemli ve zorunlu kılmaktadır. Hukuk felsefesinin uygulama açısından yerine getirmekle yükümlü bu-

lunduğu en önemli ve belki de biricik işlev, meşruluk sorununun çözümüne dayanak oluşturacak ölçütlerin ortaya konabilmesidir.<sup>(21)</sup>

### B- Olgusal ve Gereksel Meşruluk Ayrımı

Meşruluk kavramı olgusal ya da gereksel anlamda ele alınabilir. Sözgelimi sosyolojik açıdan bakıldığında belirli toplumlarda siyasal erkin meşrulaştırılması, bireylerce meşru görülmesinin sağlanması yönünde bazı etkinliklerin olduğu bir gerçektir;<sup>(22)</sup> ya da, değişim döneminde geleneksel yetkenin sorgulanmaya başlaması sözkonusu olabilmekle birlikte, insanların otoriteyi geleneklere dayanması nedeniyle benimsemesinden dolayı otoritenin uzun süreli uygulamalarıyla meşruluk tabanı bulması eylemsel olarak olanaklıdır.<sup>(23)</sup> Diğer yandan, "meşruluğun, özünde burjuva siyasal kurumlarının yasallığını ve toplumsal gerekliliğini değerlendirme sorunu olduğu"<sup>(24)</sup> söylenirken de, meşruluk kavramı olgusal açıdan ele alınmaktadır. Bütün bunlardan, meşruluğun, eylemsel olarak belli toplumlarda siyasal erkin "yönetilenlerin onayını" kazanmak amacıyla gerçekleştirdiği etkinlikler anlamında olumsuz anlamda ya da başka bir deyimle "meşrulaştırma" anlamında da alındığını çıkarıyoruz. Böylece, olgusal meşruluk, eylemsel olarak belirli somut bazı toplumlarda "meşruluğun algılanma ya da gerçekleştirme biçimi" olarak karşımıza çıkmaktadır.

(9) Özbilgen HMÜD., s. 8.

(10) Hirsch, s. 45.

(11) Özbilgen HMÜD., s. 10. Hukuksal normlar gibi hukuksal olguların da meşruluk açısından sorgulanmak durumunda olduklarında hiç kuşku yoktur. Bu nedenle, 1871 Paris Commune'ü esnasında Raoul Rigault'un ilan ettiği "meşruluk peşinde değiliz, devrim yapıyoruz (Braudel, s.400)" yaklaşımının, üstünde eleştiriye açık bir görüş olduğu burada belirtilmelidir.

(12) Cardozo, s. 24; Hobbes, s. 37.

(13) Fukuyama, s. 75.

(14) Daha başlangıçta terminolojik ve önemli bir uyarıda bulunmak gerekir: "Hukuk (the law)" ile "yasa (a law)" birbirinden ayrı şeylerdir (Bkz.: Braudel, s.400); ve bu çalışmada doğal olarak meşruluk açısından ele alınan, "hukuk"tur.

(15) Stammler, s. 92.

(16) Yörük, s. 12.

(17) Pound LM., s. 96.

(18) Yörük, s. 13.

(19) Perelman, s. 63,66.

(20) Stammler, s. 70, 40-44; Aral ABHB., s. 49.

(21) Özbilgen HMÜD., s. 7,10.

(22) Blau EPSL., s. 280.

(23) Cotgrove, s. 163.

(24) Swingewood, s. 136.



Meşruluk kavramının olgusal ve ger-  
reksel boyutları arasında önemli etki-  
leşmeler olduğu, dolayısıyla bu iki bo-  
yutun birbirinden kesin bir biçimde ko-  
puk olarak ele alınamayacağı gerçeği  
bir tarafa; meşruluğun eylemsel olan'la  
açıklanmasıyla yetinilmesi eleştiriye  
açık bir yaklaşımdır. Çünkü, yukarıda  
da değinildiği gibi, toplumsal olguların  
özdeksel doğa olaylarından ayrı olan  
anlamlandırılma biçimi genel anlamda  
meşruluk sorununu gündeme getirir ve  
meşruluk sorunu ilk olarak toplumsal  
bir olgunun olması gereken bir biçimde  
ortaya çıkmasını deyimler. Böylece  
meşruluk sorununun temelde olması  
gereken'le ilgili bir alana ilişkin oldu-  
ğu; eylemsel olarak varolan meşruluk  
olgusuyla ya da onun belli bir toplum-  
daki algılanmış biçimiyle yetinilmemesi  
gerektiği açık bir biçimde ortaya çık-  
maktadır.

Olguyla kuram arasında hiç kuşku-  
suz karşılıklı bir etkileşim vardır. Hiç-  
bir kuram kendi alanında varolan tüm  
olgularla tam olarak uyumaz; ne var  
ki, olgular daha önceki 'olması gereke-  
ne ilişkin görüşler' tarafından biçimle-  
nir. Olgularla kuramlar arasında varo-  
lan çatışma aynı zamanda bir ilerleme-  
nin de göstergesidir; kuramların ve gö-  
rüşlerin çeşitliliği, insanı bir dünya  
görüşünün temel parçasını oluşturur.<sup>(25)</sup>  
İnsanlık tarihinin başlangıcından beri  
süre gelen filozofik ve hukuksal bir dü-  
şünce süreci, olması gereken hukukun  
olan hukuk karşısındaki üstünlüğünü;  
insansal özgürlük ve eşitliğin evrensel  
ilkelerini ve bir insanlık topluluğunun  
evrensel idealini vurgulamaktadır. Bu  
bağlamda, yeryüzünde baskı ve haksız-

lık var oldukça, hukuk felsefesinin sü-  
rekli bir biçimde savaşçı bir niteliğe  
bürüneceği söylenebilir.<sup>(26)</sup> Hukuk fel-  
sesesinin ve hukuk filozoflarının somut  
koşulların değişikliğiyle sınırlanması;  
eleştirel tavrın bir tarafa atılıp somut  
gerçekliğe gözü kapalı bir biçimde  
uyulması ve somut koşulların gerçekli-  
ğinin bir bağımlılık psikolojisiyle  
normlaştırılmaya kalkışılması benimse-  
nebilir bir tavır değildir. Böyle bir tavır,  
hukuk felsefesini gereğinden fazla ger-  
çekliğe bağımlılaştırarak, gerçek hu-  
kuksal filozofik etkinliğin yok edilme-  
sini sonuçlandırır. Filozofik etkinliğin  
bu özelliği, gerçekliklerin üstünde olma  
durumudur ve bu özellik olmadan hu-  
kuksal filozofik eleştiri olanaksızdır.<sup>(27)</sup>  
Hukuksal filozofik uğraşlar özellikle  
hukukun meşruluğunun belirlenmesine  
ve açıklanmasına yönelik olmalıdır; tü-  
mel ve eleştirel bir yaklaşımla, belirli  
bir pozitif hukuk sisteminin değerini  
adalet idesine olan yakınlığı çerçeve-  
sinde belirlemek te onun görevidir.  
Adaletin, özgürlüğün, insanlık onur ve  
kişiliğinin eylemsel olarak yürürlükte  
bulunan hukuk kurallarınca korunup  
korunmadığını hukuk felsefesi araştırma-  
caktır.<sup>(28)</sup>

### C- 'Meşrulaştırma' Olgusu

"Meşrulaştırma" kavramı daha çok  
olgusal bir özelliğe sahiptir. Bu kavram  
ile genel olarak anlatılmak istenen, bel-  
li toplumlarda siyasal erkin, kendisine  
belli bir biçimde onay aramak ve ka-  
zandırmak amacıyla belli bazı araçsal  
yöntemlere başvurusudur; ve bu kav-  
ram daha çok meşruluk kavramının, ye-  
rinde olmayan bir biçimde işlev görme-  
si anlamında, olumsuz bir anlam edin-

miştir.<sup>(29)</sup> Sözelimi, eskiden beri geldi-  
ği için geleneksel olanın kutsal ve bu  
yüzden de geçerli yani bağlayıcı sayıl-  
ması; dinsel inançların, meşruluk aracı  
olarak siyasal erk tarafından kullanıl-  
ması; ya da konulmuş olan hukuksal  
normların, yalnızca konulmuş olmak  
nedeniyle salt bir biçimde algılanması  
ve meşruluğun dayanağı sayılması gibi  
durumlar, insanlık tarihinde ve günü-  
müzde de zaman zaman görülebilen ol-  
gulardır. Özellikle sosyolojik açıdan  
bakıldığında, bazı toplumlarda, siyasal  
erkin, bireylerce meşru bilinmesinin  
sağlanması yoluyla meşrulaştırılmasına  
yönelik çeşitli aktivitelerin gerçekleştiril-  
diği görülmektedir.<sup>(30)</sup>

Siyasal erki elinde tutanların, kendi  
iktidarlarına meşruluk kazandırmak  
amacıyla başvurdukları önemli araçlar-  
dan birisi ideoloji olgusudur. 'İdeoloji'  
kavramı, kesin bir tanımlanması yapıla-  
mamakla birlikte<sup>(31)</sup> günümüzde olumsuz  
bir anlam taşımakta; düşünce ve eylem-  
lerde objektif olarak değil de önyargıla-  
ra göre davranmayı, dünyayı sadece  
kendi bakış açısıyla biçimlendirmek is-  
temeyi yansıtmaktadır. Belirli bir ide-  
olojinin "adamı", biricik gerçek olarak  
benimsediği görüşünü bütün insanlara  
benimsetmek, dünyaya kendi bakış açı-  
sıyla bir biçim vermek isteyen kişi ola-  
rak çıkar karşımıza. Böylece ideoloji ön-  
celikle bilgisel bir yanılgı özelliğini taşı-  
maktadır.<sup>(32)</sup> İdeoloji kavramı, sadece bil-  
gi ve politik teoriyi kapsamakla sınırlı  
kalmayıp; aynı zamanda, Marx'ın açık-

lamalarında vurguladığı gibi<sup>(33)</sup> metafizik, etik, din ve gerçekte belli bir 'bilinç  
biçimi' olup, belli bir toplumsal grubun  
temel tavır ve bağlılıkları olarak deyim-  
lenen durumları da kapsamaktadır.

İdeolojinin meşrulaştırma aracı ola-  
rak kullanılması, ideoloji ile, o anda ey-  
lemsel olarak varolan belirli bir politik  
erk biçiminin ya da ileri sürülen belirli  
bir politik erk isteminin meşruluğunun,  
sözde ussal yollar izlenerek, toplumu  
oluşturan bireylerin zihninde yerleştiril-  
mesi amacının güdülmesi biçiminde  
gerçekleştirilebilir. İnsanlık tarihi bo-  
yunca toplumsal ve politik güç kulla-  
nımlarına meşruluk kazandırmak ama-  
cıyla gerçekleştirilen etkinliklerin sağla-  
dığı başarılar ve özellikle son on yıllarda  
bilimsellik inancının da bu amaçla za-  
man zaman kullanılmış olması gerçeği  
dikkat çekicidir.<sup>(34)</sup> Bu gerçeğin en çarpıcı  
noktası şudur: Uygun etki araçları ve  
metotları yardımıyla, zamanın entellek-  
tüel insanlarını bile, o ana kadar kendile-  
ri için benimsememesi olanaksız görüşleri  
meşru saymak derecesine getirmek ola-  
naklı olduğuna göre, bu durumda bu de-  
neyimin etik bir meşruluk özelliği söz-  
konusu olmamakta; bu sonuç daha çok  
dogma ve inanç ilkelerini deyimleyen  
ideolojilerin etkinlik derecesini kavranır  
duruma getirmektedir. Bütün bunları in-  
san kişiliğine işlemek, siyasal erk sahip-  
lerinin ya da bu amacı taşıyanların temel  
ilkesi olacaktır.<sup>(35)</sup> Bu açıdan hukuk fel-  
sesesi tarihine bakıldığında, "hukuksal  
teoriler" in bile zaman zaman değişim ve

(25) Feyerabend YH., s. 58, 63.

(26) Del Vecchio, s. 16; Pound LM., s. 96.

(27) Çağır RMKN., s. 41-42.

(28) Gürkan HSG., s. 33-34; ayrıca bkz.: Scheingold, s. 13.

(29) 'Meşrulaştırma' kavramının bu anlamda kullanılmasına örnek olarak bkz.: Swingewood, s. 236; Scheingold, s. 3; Şennet, s. 160-161; International Encyclopedia, s. 244.

(30) Blau EPSL., s. 280.

(31) İdeoloji'nin çeşitli anlamlarından birisi onun, ideal ya da soyut spekülasyon ve düşsel teorileştirmeyi deyimlemesidir (Bkz.: Aiken, s. 13).

(32) Aral DGN., s. 33.

(33) Bkz.: Aiken, s. 17.

(34) Hirsch, s. 44; Hart LLM., s. 82-83.

(35) Hirsch, s. 44; ayrıca bkz.: Swingewood, s. 136.



gelmeye karşı bir etkilemede buluna-bildikleri ve varolan politik yetkeleri güçlendirme yönünde bir araç olarak kullanılabildikleri söylenebilir.<sup>(36)</sup> İnsanlık tarihinin ilk dönemlerinden beri, eylemsel olarak varolan yürürlükteki hukukun üstünde ve ötesinde, değişmez, salt ve genel geçerliliğe sahip bir adalet anlayışı gündeme getirilmiş; bunun karşısında siyasal erki elinde tutan egemen güçler, hukuk ve adaletin kendi ideolojilerinden oluştuğunu baskı yoluyla ileri sürerek, kendi çıkarlarını "norm" olarak ortaya koyabilmişlerdir.<sup>(37)</sup>

İdeolojinin meşruluk aracı olarak kullanılması konusunda, şu nokta da vurgulanmalıdır: Meşruluk kavramını evrensel etik ilkelerle ilişkilendirerek açıklamanın, gözönüne alınması gereken bazı özellikleri vardır. Meşruluğun temeli etik ilkeler olmakla birlikte; bu anlamdaki ahlaksallığın, daha açıkçası bireyin ahlaksal ilişkilerde genel kuralları çerçevesinde düşünmesinden ve hem kendisini hem de başkalarını yansı olarak ele alıp özdenetim uygulamasından günyüzüne çıkan erdem anlamındaki ahlaksallığın korunup kollanmasını, ahlaksal tutuculuktan ayırt etmek gerekir. Sorunu kaygı duyarak ve açık bir biçimde tartışan herkes, bütün ahlaksallığın odak noktasının insanın acı çekmesinin ve özgürlüğünün kısıtlanmasının kötülük olduğu inancı olduğunu unutmamak durumundadır.<sup>(38)</sup> Hukukun meşruluğu sorununun çözümüne ilişkin yapılacak çalışmalar ve getirilecek öneriler, öncelikle bu iyiniyet temeline dayanmalıdır.

#### D- Siyasal Meşruluk - Hukuksal Meşruluk Ayrımına İlişkin

Siyasal meşruluk kavramı, hukuksal meşruluğun bir boyutu olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekte, hukuksal meşruluk-siyasal meşruluk ayrımının gerekliliği de tartışılabilir. Toplumsal yönetimin temel dayanağının sorgulanması anlamına gelen siyasal meşruluk sorununun hukuksal bir sorun olduğunda ve bu nedenle hukuksallığın kapsamına girdiğinde hiçbir kuşku yoktur. Temel hukuk ilkelerinin, giderek tüm hukuk normlarının meşruluk açısından sorgulanmak durumunda olduklarını benimsedikten sonra, tüm toplumu ilgilendiren siyasal erkin dayanağına ilişkin bir meşruluk sorgulamasına gerek görmemek<sup>(39)</sup> ya da bu konuyu hukukla ilişkisiz bir olgu saymak olanaksızdır.

Asıl ilgi çekici özellik şudur: Siyasal meşruluk konusunda, siyasal erkin yönetilenlerin onayıyla iş başına gelmiş olmasıyla meşruluk sorunu tümünden bitmemekte; siyasal erkin daha sonradan gerçekleştireceği etkinlikler açısından da meşruluk sorgulanması durumu devam etmektedir. Günümüzde hentüz politikanın tam anlamıyla bilimselleştirilmiş olduğunu söylemek güç olsa da,<sup>(40)</sup> sözgelimi, insan haklarının en geniş anlamda siyasal meşruluğun bir ölçütü sayıldığında hiç kuşku yoktur; yönetimler ve onların uygulamaları, insan haklarına bağlı kaldıkları oranda meşrudurlar. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde belirtildiği gibi, insan hakları "bütün haklar ve uluslar için başarının ölçütü"

niteliğindedir.<sup>(41)</sup> Böylece insan hakları aynı zamanda meşru bir siyasal erkin çerçevesini belirleyen bir haklar listesini de deyimleme özelliğini yansıtmaktadır.<sup>(42)</sup>

#### E- 'Toplumsal Gerçekliğe Uyum'un Meşruluk Açısından İrdelenmesi

Toplumsal gerçeklik; bir toplumun ekonomik, kültürel, doğal, tarihsel, dinsel vb. tüm insansal varoluşsal etkinliklerinin toplumsal oluşum ve işleyim biçimlerini deyimler. Bu durumda, hukukun, toplumsal gerçeklik kapsamında herhangi olgusal bir gerçekliği hukuksallaştırırken ne gibi bir metod izlemesi gerektiği konusu önemli bir sorun olarak durmaktadır. Bir başka anlatımla, toplumsal bir olgunun, olduğu gibi ve salt toplumsal bir olgu olması nedeniyle hukuksallaştırılması yani hukuk tarafından tanınması ve hukuk kapsamına alınması bu durumun meşruluğunu sonuçlandıracak mıdır? Sözgelimi, "toplumsal gerçekliğin" kapsamına girecek "toplumsal düzenin sağlanması" biricik amacıyla baskı ve terör uygulayan siyasal erklerin ve hukuk düzenlerinin meşru olduğunun ileri sürülmesi olanaklı mıdır?

Genel olarak hukukun algılanma konusundaki sürecine bakıldığında, hukukun ilk olarak salt içerdiği normla; daha sonra ise, toplumun değişen koşulları varolan yasalarla yaşamın gerçek gereksinimleri arasındaki uyumsuzluğu günyüzüne çıkarınca, toplumsallıkla

açıklanmaya çalışıldığı ve sosyal olguyla özdeşleştirildiği görülmür.<sup>(43)</sup> Bu gelişmelerden sonra, hukukun norm, etik değer ve sosyal olgudan oluştuğu düşünülen üç ögesi içerisinde, en son sosyal olgunun ayırdına varıldığı için ve belki de salt bu nedenle, sosyolojik pozitivizme ve giderek sosyolojizme varan uç yaklaşımlara gidilmiştir. Ne var ki hukukun tek başına olguyla özdeşleştirilemeyeceği; olgusal, var olduğu biçimiyle ve salt bu, yani olgusal olması nedeniyle benimsemenin olanaksızlığı açıktır.<sup>(44)</sup> Hukukun toplumsal gerçeklikle ilintili olduğu, dolayısıyla onu gözardı etmesinin olanaksız olduğu kuşkusuzsa da; onun etik değerle de iç içe geçmesi ve ayırmaması gerekir; bu durum aynı zamanda 'hukuk felsefesi'nin başladığı hukuksal gelişim aşamasını da yansıtmaktadır.<sup>(45)</sup> Hukuk sadece toplumların etkinliklerini yöneten normlar bütünü olarak algılanmamalı, insan topluluklarını uygarlık ve ilerlemeye götüren moral değerler üzerinde kurulu olmak ta hukukun temel görünümü olmalıdır.

Toplumsal gerçekliğin biricik ölçüt alınması, aynı zamanda bireyin topluma bağımlı bir duruma düşmesini sonuçlar. Etik değerlerin tümüyle görmezlikten gelinmesi ve bunun yerine bireyin topluma bağımlılığına dayalı bir hukuk anlayışının benimsenmesinin açık bir sonucu ise, baskıcı ve yetkeci siyasal rejimlere yol açmak ve buna onay vermek olacaktır.<sup>(46)</sup> Oysa hukuk,

(36) Bu konuda bkz.: Friedmann, s. 427; Ünsal SAM., s. 19; Scheingold, s. 2.

(36) Öktem SFDHA., s. 109; Kelsen, s. 266.

(38) Hart'LM., s. 72,82.

(39) Swingewood, s. 134. Bu konuda karşı görüşü ileri süren Machiavelli, siyasal erkin salt eylemsel olarak varolanı nedeniyle meşru olduğunu, bu alanda artık bir değerlendirme yapılamayacağını savunmuştur (Bkz.: Ağaoğulları, s. 77).

(40) Habermas İOTB., s. 75.

(41) İnsan haklarının siyasal meşruluğun bir ölçütü niteliğinde sayılması ile "sosyal sözleşme kuramı" arasında bu açıdan bir benzerlik olduğu söylenebilir. Bu kuram taraftarlarına göre, meşruluk, egemenin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirme etkinliğini deyimler; bu yükümlülükler yurttaşların doğal haklarının hukuk aracılığıyla gerçekleştirilmesini sağlamaktan oluşmaktadır (Donnelly, s. 285, dn. 4).

(42) Donnelly, s. 29.

(43) Can HSGY., s. 161.

(44) Can HSGY., s. 161-162; ayrıca bkz.: Öktem SFDHA., s. 132-133; Aral ABHB., s. 45-46.

(45) Pound LM., s. 90-91.

(46) Özbilgen EHB., s. 129.

bir yandan toplumsal yaşam gerçekliği-ne yönelik olarak çaba gösterirken, diğ-er yandan adaletin bu gerçeklikte uy-gulanmasına çalışmak durumundadır. Toplumsallık, hukuk, insanlık ve adalet gibi kavramlar birbiriyle ilintili kav-ramlardır. Toplum, bir yandan kökeni geçmişe dayanan, diğ-er yandan şimdiki zamanda yaşanan ve aynı zamanda geleceğe yönelik bir olgu; bir uzay-zaman oluşumudur. İnsanın bu, doğadan tarihe ve kültüre akışı, yine insanın ahlaksal ve kültürel atılımına bağlı olmak üzere, evrensel değerlerin bulgulanmasına ve benimsenip yaşantılanmasına yol açabilir.<sup>(47)</sup>

Toplumsal yapının hukuku belirleme özelliğinin yanında, evrensel hukuksal değerlerin de toplumsal yapıyı belirle-meye yönelik bir etkinliğinin olabileceğinin gözardı edilmemesi gerekir. Söz-gelimi, insan haklarıyla ilgili değerler ve yapısal değişimler bu gün bile tam olarak gerçekleşmemiş ve modern çağ boyunca büyük ölçüde dünya nüfusu-nun küçük bir bölümüyle sınırlı kalmış olmasına karşın, yine de bu idealin ar-tık yerleşmiş ve gerçekleştirilmeye baş-lanmakta olduğu söylenebilir. İnsan hakları istemi “burjuvazinin kendi sınıf çıkarlarını koruma taktiği olarak başla-mış” olsa da, evrensel ve vazgeçilmez birey hakları anlayışı, bu kökenlerden çoktandır kopmuş durumdadır. Bunun da ötesinde günümüzde “toplumsal ya-pı”nın gittikçe insan hakları düşüncesi-nin ve insan haklarının evrensel olduğu filozofik savının neredeyse evrensel bir yaygınlık kazanmasına koşut duruma gelmekte olduğu söylenebilir.<sup>(48)</sup>

Hukukun sosyo-ekonomik yönünü görmezlikten gelmek olanaksız olmak-

la birlikte, toplumsal ekonomik koşul-ların mekanik bir biçimde hukuka yan-sıtılmaları benimsenemez. Adalet değ-eriyle, hukukun diğ-er yönünü oluşturan toplumsal gerçekliği uzlaştırmak çağı-mız felsefelerinin ortak yanıdır; bu ko-nuda, toplumsal alana ahlaksal değerle-rin egemenliğinin tehlikeli olduğunu ileri sürmek ancak bir korkuntu olarak nitelendirilebilir.<sup>(49)</sup>

## 2. Bölüm: Evrensel Hukuksal Değerler

### A- Evrensel Hukuksal Değerlerin, Çağdaş Dinamikleri

Hukukun evrenselleşmesi insanlık tarihi boyunca çok çeşitli koşullarda deneyimlenen ve “evrensel us”, “insan doğasının evrensel karakterleri” ya da “objektif ahlaksal değerler” biçiminde özs-er olarak benzer gerçekliğin, günü-müz dünyasında giderek insanlararası, uluslararası ve küresel düzeyde yaygın-lık kazanması, benzer nitelikte değ-erlendirilmesi anlamına gelmektedir. Böylece hukukun evrenselleşmesi ola-yında; nesnel, genel geçerli, özgür ve yetkin toplumsal koşulların sağlanması durumunda hukukun insanlığın hemen hemen tümü tarafından benimsenebilir temel ilkelere ve anlayışa dayanması söz-konusu olmaktadır. Bu özelliklere sahip bir hukuk oluşumu aynı zamanda evrenselleşme eğilimine de sahip ola-caktır. Çünkü bu durumda somut olarak insansal, toplumsal ya da coğrafya an-larındaki ayrımlar önem taşımayacak; koşullar ve toplumsal ilişkiler nesnel il-kelerce çözümlenecek, yorumlanacak-tır. Hukukun evrenselleşme eğilimi ola-yına günümüz açısından bakıldığında, sözü edilen bu evrenselleşmenin, parçal

olarak ta olsa “olgusal olanın normatif gücü” ilkesi gereğince de desteklendiği söylenebilir. Başka bir anlatımla dün-yanın belli ülkelerinde teorik ve pratik açıdan benimsenen ve uygulanan temel hukuksal değerler, bu nedenle diğ-er toplum ve ülkelerde de benimsenip uy-gulanabilmektedir. Bu durum da temel hukuksal ilkelerin evrenselleşmesinde itici bir neden olabilmektedir.

Kitle iletişim araçları düşünsel ve kültürel bir benzerliğin, giderek alansal bir genişlemeyle yaygınlaşmasında önemli rol oynamaktadır.<sup>(50)</sup> Evrensel hukuksal değerlerin oluşması ve bunla-rın algılanması açısından olaya bakıldı-ğında, kitle iletişim araçlarının bu ko-nuda önemli yönde etkili olabileceği ortadadır. Evrensel hukuksal değerler sorunu, iletişim olgusunun önemini or-taya çıkarmaktadır: İletişimsellik teme-linde oluşması, benimsenebilir norma-ların evrenselliğinin ve bununla bağlantı-lı olarak, davranan öznelere özerkliği-nin güvencesi konumundadır.<sup>(51)</sup> Başka bir anlatımla, evrensel hukuksal değ-erlerin oluşmasının ve algılanmasının ile-tişimsellik aracılığıyla gerçekleşmesi, onların birey ve toplumların istençleri dışında ve ona karşın oluşup dayatılma-yışını; tersine, aynı zamanda birey ve toplulukların istençlerine dayanmasını olanaklı kılabilir. Modern etkileşim ol-gusunun kültürler arasında bir benzeş-me yaratma durumu, çeşitli bağlamlar-da tartışılabilir. Ancak özellikle evren-sel hukuksal değerlerin benimsenmesi-ne karşı kültürel rölativizmin savunul-masının; başka bir deyimle, somut bir kültür olgusunun, sözgelimi, evrensel insan hakları karşısında savunulması-

nın benimsenemeyeceği açıkça vurgu-lanmak gerekir.

İletişim gerçeği, politik tercihleri yönlendirebildiğinden dolayı hukuk felsefesi açısından üzerinde durulması gereken bir konudur. İletişim olgusu, evrensel hukuksal değerlerin oluşma-sında ve algılanmasında olumlu yönde önemli etkisi bulunmakla birlikte, poli-tik tercihleri yönlendirebilmesi nede-niyle değişik açılardan incelenmek ve sorgulanmak durumundadır. Sözge-limi, kitle iletişim araçlarının, toplumsal değ-er yargılarının oluşmasında etkin oluşu ve dolayısıyla her zaman için olumsuz yönde kullanılabilme olasılı-ğının da içermesi nedeniyle, gerçek de-mokrasinin kurulmasında güçlükler doğurabileceği söylenebilir. Bu bağlam-da, çözüm yolu olarak, çağımızın son dönem politika bilimcileri artık demok-rasiyi kadroların sık değiştiği, belli bir toplumsal ve siyasal yetkenin uzun sü-re ülkenin geleceğini belirleyebilme gücünde olmadığı bir yönetim biçimi olarak algılanmaktadır.<sup>(52)</sup> Bu durum, hukuk felsefesi açısından, iletişim çağı-na geçilmesiyle birlikte artık demokra-si ve devlet tanımlarına yeni kavramla-rın eklenmesinin söz-konusu olduğunu göstermektedir. Kitle iletişim araçları-nın sürekli bir biçimde aynı belirli odakların yönetiminde olması tek boyutlu, belirlenmiş birey tiplerinin yara-tılmasına yol açabileceğinden dolayı, demokrasi artık güç odaklarının ya da kitlesel öğelerin kısa sürelerle toplu-mun yönetimini üstlenmesi anlamında değerlendirilmelidir. Bu ise, toplum yö-netiminde yönetici öğelerin sık sık de-ğişmesiyle yaratılacak alternatiflerin

(47) Çağıl HBD., s. 342-343.

(48) Donnelly, s. 79-80.

(49) Öktem SFDHA., s. 40, 35; Özbilgen ASJKS., s. 477.

(50) Russel WD., s. 117-118.

(51) Bubner, s. 186.

(52) Öktem SFDHA., s. 65.

çoğaltması ortamıyla olanaklılaşabilir.<sup>(53)</sup>

Kitle iletişim araçlarının sürekli olarak aynı odakların elinde kalması ya da bunların, başka amaçlarla kullanılması yoluyla tek boyutlu, belirlenmiş birey tipleri yaratılması durumu, evrensel hukuksal değerlerin oluşması ve algılanmasına da olumsuz yönde etki eder. Çünkü hukuksal meşruluğun kaynağı olan evrensel hukuksal değerlerin oluşması ve algılanması için, özgürlük ilkesinin, istenç ve eylem alanını kapsamak üzere tüm boyutlarıyla işlerlik kazandığı bir toplumsal ortamın varlığı bir önkoşuldur. Bireylerin ya da toplulukların istençlerinin iletişimsellik aracılığıyla yönlendirilmesi ve belirlenmesi durumunda, evrensel hukuksal değerlerin sağlıklı bir biçimde oluşması, algılanması ve işlev görmesi olanaksızdır.

Çağdaş küreselleşme olgusunun en önemli sonucu, hukuk kuralları ve hukuk kurumlarının gelişmesiyle bağlantılı olarak, hukuk felsefesinin gelişiminde hukuk ile etik ilişkisini yeniden gözden geçirme gereğini yaratması olarak benimsenmelidir.<sup>(54)</sup> Günümüzün birey ve toplumu, iletişimsellik ve küreselleşme olgularının bir sonucu olarak, çağından ayrılamayacağını bilincinde duyduğu için onunla kaynaşmak durumundadır.<sup>(55)</sup> Küreselleşme, dünya üzerinde, içinde artık “başkalarının” olmadığı yeni karşılıklı bağımlılık biçimlerini ortaya çıkartır. Diğer yandan, toplumsal yaşamın küreselleşmesi, hiçbir biçimde tamamlanmış bir süreç olarak algılanmamalıdır.<sup>(56)</sup> Küreselleşme olgusunda, bir “tamamlanmışlık”tan çok,

süregelen bir değişim ve dönüşüm söz konusudur.

Kitle iletişim araçları ve küreselleşmenin bir sonucu olarak, günümüzde “toplum” kavramı anlamsal olarak önemli bir değişim yaşamaktadır. Küresel topluluk kavramı, giderek ulusüstü toplum özelliğini içermektedir. Bu anlamda küresel toplumun ya da “toplumsal topluluk”un en önemli özelliği olarak, coğrafik ya da politik bir birliğin varlığının zorunlu olmaması yönünü vurgulamak gerekir. Dolayısıyla çözümlenmesi gereken temel nokta, bu anlamda ulusüstü küresel toplumun durumudur. Eğer günümüz dünyasında ulusüstü ya da devletlerüstü bir küresel toplumdan, bir küreselleşmeden söz edilebiliyorsa, bu durumda, ortak değerlerin benimsendiği ve işlerlik kazandığı bir toplum ya da ülkenin, bu küresel topluluğun kapsamında değerlendirilmemesi için hiçbir neden kalmayacaktır.

İletişimsellik ve küreselleşme olguları aynı zamanda bir toplumsal dönüşümüne de yol açmaktadır. Dünyanın değişik bölgeleri birbirleriyle bağlantı içine çekildikçe, toplumsal dönüşümün etkileri adeta bütün yerküre yüzeyi boyunca yayılmaktadır. Dolayısıyla günümüz toplumlarının özelliklerini dile getirirken, bu küresel ya da toplumsal topluluk gerçekliğinin kendine özgü niteliklerinin ayırt edilmesi gerekir. Çağdaş yaşam koşullarının ve çağdaş gelişmelerin bir sonucu olarak, dünyanın çok değişik parçalarında yaşayan insanlar aynı bilgi birikimleriyle donatık bir durum alabilmekte, aynı değerleri paylaşabilmektedirler. Diğer yandan yine

bu çağdaş koşulların ve gelişmelerin bir sonucu olarak, dünyanın, biçimsel ya da özsel olarak değişik “toplum”larına ait ve değişik toprak parçalarında yaşayan birey ve topluluklar, herhangi bir toplum ya da coğrafya parçasındaki gelişmeleri anında öğrenebilmekte ve eylemsel olarak ona ilişkin bir aktivite içine girebilmektedirler. Bütün bunlar, klasik toplum tanımlarının günümüz açısından anlamsal bir değişim yaşadığını ve artık küresel ya da toplumsal bir topluluk gerçekliğinin gündemde olacağını göstermektedir. Sözü edilen bu toplumsal yaşamın küreselleşmesi aynı zamanda hiçbir biçimde tamamlanmış bir süreç olarak algılanmamalıdır. Modern toplumsal yaşamın düşünsel yönü, toplumsal uygulamaların, bu uygulamalara ilişkin yeni bilgiler ışığında sürekli incelenip reforme edildiği ve bunun sonucunda karakterlerini yapıcı olarak değiştirdikleri gerçeğinden oluşmaktadır.<sup>(57)</sup> Toplum kavramı alanında oluşan bu anlamsal değişim, insanın bu değişime paralel bir biçimde, evrensel değerleri kavrayabilmesi için uygun bir ortam yaratmaktadır aynı zamanda. Dostoyevski’nin “her insan herkes karşısında her şeyden sorumludur” sözü, gün geçtikçe ve özellikle ulus toplulukları insan topluluğuna biraz daha katıldıkça daha geniş ölçüde doğruluk kazanmaktadır.<sup>(58)</sup>

Çağdaş toplumsal yaşam koşullarının anlamsal olarak değişikliğe uğrattığı ve bu bağlamda sorguladığı önemli olgulardan bazıları geleneksellik, yöresellik, ulusalcılık gibi kavramlardır. Günümüzde hukuksal antropoloji, kü-

türel farklılıkların ötesine geçerek, hukuk alanında insanlığın ortaklaşa paylaştığı değerleri araştırmaya yönelmekte; tüm pozitif hukuk sistemlerinin değerlendirilme ölçütünü oluşturabileceği düşünülen ve “insan doğası”, “akıl” gibi kavramlardan kaynaklanan bir doğal hukuk anlayışının tüm insanlığa uygulanabileceği görüşünü de kapsamaktadır.<sup>(59)</sup>

Ulusalcılığın olumsuz yönlerinin giderilmesi, kuşkusuz çağdaş dünyanın en önemli ve güç sorunlarından birisidir. Teknolojik alanda ileri ülkelerin, istemeleri durumunda birbirlerini yıkacak başka araçları geliştirebilmeleri olanağının bulunması gerçeği, sorunu bir bakıma nükleer silahların denetimi sorunu olmaktan çıkarmaktadır. Günümüz dünyasında bir çok ulusun, ulusalcılığı hümanizme ve demokrasiye eşit değerde gördüğü gerçekliğinden söz dileyebilir.<sup>(60)</sup> Belli bir ülkenin yurtseverlerinin, öteki ülkelerin ulusalcılıklarını kötüleyen kendi ulusalcılıklarını yüceltmeleri gerçeği de, ulusalcılığın doğasının kavranmasını güçleştirmektedir. Ulusalcılığı denetim altına almak için, tüm insanların kardeş oldukları yolunda bir eğitim dışında herhangi bir yöntemle ilerlemek, gittikçe artan bir oranda kin ve korkularla kuşatılan bir dünyada yaşadıkça olanaksız gibi görünmektedir.<sup>(61)</sup>

#### B- Hukukun Değer Boyutu

Daha öncede belirtildiği gibi, hukuk felsefesinin en önemli sorunu, başka bir deyimle insanlığa sağlayabileceği en güzel katkı hiç kuşkusuz hukuksal meşrulukla ilgili temel ölçütler yakalamak ve bunları vurgulamaktır. Hukukun

(53) Ökem SFDHA., s. 66.

(54) Pound LM., s. 115.

(55) Camus SS., s. 94.

(56) Giddens, s. 157.

(57) Giddens, s. 40-41.

(58) Sartre DEN., s. 17.

(59) Can HSGY., s. 15, 19; ayrıca bkz.: Pound IPL., s. 61.

(60) Burns, s. 474.

(61) Burns, s. 475.

meşruluğunun temel ölçütü olarak benimsenebilecek olan 'evrensel hukuksal değerler yaklaşımı'nın belirginleşebilmesi için, "değer" kavramının irdelenmesi gerekir. Değer teorisinin yer almadığı bir hukuk felsefesinin yetersiz kalacağı söylenebilir; bunun nedeni, hukukun, sonuçta insansal değerleri gerçekleştirmeye yönelik bulunuşu ve dolayısıyla, biçimsel bir kalıp olmaktan çok, insansal değerlerce belirlenmiş bir içeriği yansıtmak durumunda olmasıdır.<sup>(62)</sup> "Değer" kavramı, genel olarak, bir anlamda insan yaşamının kendisiyle dolu olduğu, insanın niteliği gereği olan, insanı belirleyen ve adeta onun yazgısı olan değerlendirmelerde kullanılan ölçütü deyimler.<sup>(63)</sup>

Değerlerin önemli bir özelliği onların geçerliliğinin ortaya konmasının, deneysel ya da mantıksal kanıtlamalarla sağlanamaz oluşudur. Dar anlamda değer yargıları olgusal anlamda gerçekliği deyimlemedikleri gibi, mantıksal ya da mantıkdışı da değildirler; onlar sadece bir tercih konusu olarak var bulunmaktadır.<sup>(64)</sup> Bir şeyin varolduğunun kanıtlanması deneyim aracılığıyla olur; doğrudan deneyimimize girmemiş olan herhangi bir şeyin varolduğunu kanıtlamak için, doğrudan deneyimimize girmiş şey ya da şeylerin varlığının verileri arasında yer alması gerekir.<sup>(65)</sup> Ahlaksal ve hukuksal temel değerler hiç olmazsa bir yanıyla dolaysız ve önsel olmalıdırlar.

Etik değerlerin iki önemli özelliği vardır ve bu iki özellik bir arada etik te-

mellendirme için bir mantık geliştirmeye yeterlidir.<sup>(66)</sup> Birinci özellik "evrenselleştirilebilirlik" denilen özelliktir ve bir olaya ilişkin olarak verilen ahlak yargısının, bu olaya tam olarak benzer başka bütün olaylar için de verilmesi gerektiğini deyimler. Temel ahlaksal ilkeler, doğaları gereği evrensel dirler; ahlaksal ilkelerimiz, yalnızca bizim için sözkonusu değildir. Bunun gibi, doğal haklar ve insan hakları kuramları da elbette doğaları gereği evrensel dirler.<sup>(67)</sup> İkinci özellik ise "bağlayıcılık" özelliğidir: Etik değerlerin önemli bir özelliği salt bir istemi dile getirip, insandan buyurucu bir biçimde gerçekleştirmeyi beklemeleridir.<sup>(68)</sup> Bu ise, temel özellik taşıyan ahlaksal yargılarımızın eylem ve davranışlarımız üzerinde etkiye sahip olduğunu; sözü edilen bu ahlak yargılarına inanıyorsak, elimizden geldiğince onlara uygun davranmamız gerektiğini deyimler. Çünkü belirli bir eylem ya da olaya ilişkin verdiğimiz ahlaksal yargılar, sadece o eylem ya da olayla sınırlı olmayıp, o konuya benzer konulardaki genel ve gizil yargılarımızın somutlaşmış biçimidir.<sup>(69)</sup> Bu iki biçimsel özellik, etik temellendirmeye yardımcı olacak bir mantık geliştirmeye kendi içinde yeterli olmaktadır.

Değerlerin nesnel bir özelliğe sahip olduğu, değer kavramının sonuç olarak bir seçim sorunu olduğu her zaman anımsanmakla birlikte, belirli açıklamalara dayanılarak ortaya konabilir.<sup>(70)</sup> İlk olarak fenomenolojik açıdan bakıldığında, değerleri salt subjektif, istek

ve arzularımıza bağlı bir şey olarak algılamadığımızı; tersine, tarafımızdan onanması ve benimsenmesi istemi ile karşımıza çıkan objektif bir şey olarak yaşayıp algıladığımızı görürüz. İkinci olarak ontolojik açıdan bakıldığında insan varlığının, biyolojik bir oluşuk anlamında özdeksel bir varlığa; kendi yasalarına uyan ruhsal yaşam alanına; ayrıca, yalnızca insana özgü bir biçimde tüm bu bedensel ve ruhsal yaşamın üstüne yükselen, onu bütün doğa varlıklarından ayırt eden bir yeniliği deyimleyen, kendisiyle insanın dış koşulların belirleniminden kurtulup özgür olabileceğine kavuştuğu tinsel yana sahip olduğu görülür. İnsanın, ancak kendisi aracılığıyla gerçekliği, yani olan'ı eleştirip onun karşısına olması gereken'i koyabildiği tinsellik, tüm insan varlığında var ve özdeş olduğundan dolayı, tüm insanlar için özdeş değerlerin geçerli olacağı söylenebilir. Her insanın bireysel kişiliği kökünü doğrudan doğruya tinsellikte bulduğu için, her insanın kendi metafizik gerçeğini bulabileceği yöntem kesin ve genel geçerlidir.<sup>(71)</sup> Son olarak, kültür felsefesi açısından bakılırsa, "kültür"ün varlığının yadsınamaz bir gerçeklik olduğu ortadadır. Bütün kültür, insan çabası ile, objektif değerlerin insan tarafından gerçekleştirilmesini, gerçekleştirilmiş değer yığını deyimler. Kültür görünümünün varlığı, önkoşul olarak objektif değerlerin varlığını gerektirir; değerler bütünüyle bireysel ve göreceli olsaydı 'kültür' oluşamazdı.<sup>(72)</sup>

Başka bir açıdan konuya yaklaşıldığında, sorunun değerlerin salt ya da göreceli olduğu biçiminde konması nede-

niyle gereksiz tartışmalara yol açtığı da belirtilmelidir. Göreceli (relative) etik karşı saltık etik tartışmasının, "saltık" ve "göreceli" terimlerinin dikkatsizce kullanılmalarından dolayı yanlış anlaşılmalara yol açabilmesi nedeniyle, "saltık etik" yerine "evrensel etik" deyiminin kullanılması daha uygun olabilir.<sup>(73)</sup> Etik önermelerin tartışmasız ve öncesiz-sonrasız doğru oldukları, içeriklerinin düzeltilmesine olanak tanınmaması gerektiği biçimindeki bir görüş yetkeci anlayışı sonuçlandırma sakıncasını içerir. Oysa bilim tarihi yetersiz ve eksik önermelerin tarihidir; her yeni görüş, önceki önermelerin yetersizliklerinin onaylanmasını olanaklı kılar ve daha uygununun ortaya konması için bir ortam yaratır. Düşünce tarihi bu açıdan doğruluğa durmadan artan bir yaklaşmanın tarihidir. "Saltık etik" yerine "evrensel etik" deyiminin yeğlenmesinin nedeni, insanın gelişme ve kendini gerçekleştirmesi olan davranış kurallarını deyimlemesidir. Gerçekte tüm büyük kültürlerin etik dizgeleri, sözgelimi "komşunu da sev" ya da "öldürmemelisin" gibi, insanın gelişmesi için zorunlu sayılan şeyler, yani insanın doğası sonucunda ortaya çıkan kurallar ve ilerlemesi için zorunlu koşullar olarak değerlendirilen şeyler konusunda şaşırtıcı bir benzerlik sunarlar.<sup>(74)</sup> Zaten "objektivite (nesnellik)" kavramıyla büyük oranda "evrensellik" içerme" vurgusu yapılır.<sup>(75)</sup>

Değerlerin nesnel ya da göreceli olduğu tartışmasının sağlıklı bir zeminde yapılabilmesi için, 'değer' kavramı ile 'değerlendirme olayı'nın birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Zamana bağlı

(62) Yörükoğlu YAHT., s. 31.

(63) Aral İMY., s. 60.

(64) Sartory, s. 103.

(65) Russel PP., s. 41-42.

(66) Magee, s. 186: "R.M. Hare ile Söyleşi"den Hare'a ait.

(67) Donnelly, s. 126.

(68) Aral İMY., s. 101.

(69) Everett, s. 229.

(70) Aral HFTS., s. 69-74.

(71) Scheler FDG., s. 231; ayrıca bkz.: Hegel TG., s. 470.

(72) Aral HFTS., s. 69-74.

(73) Fromm, s. 228.

(74) Fromm, s. 229-231.

(75) Westermarck, s. 183; Everett, s. 232.

görece değer sistemlerinin üzerinde nesnel değerler vardır; insanlığın değer yaşamındaki görüş ayrılıkları değerlendirilmeler, değer yargılarının dünyasında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla değişmekte olan nesnel değer değil, yalnızca öznel ve somut değerlendirmelerdir. Değerlerde değil de yalnızca değer yargılarında görülen bu değişme, değerlendirmelerin niteliğinden kaynaklanmaktadır.<sup>(76)</sup> Değerler, aynı toplumlarda ve giderek özdeş toplum içerisinde ayrı zamanlarda değişmelerine karşın, gene de öz olarak bengi ve değişmezdirler. Değişimleri yalnızca özdeş değerlerin özünün görünüşlerini deyimler. Sanki her birimiz aynı değere ayrı bir pencereden bakıyor ve bu çerçevede ayrı bir perspektif ediniyormuşuz gibidir.<sup>(77)</sup> Görecelik değer yargılarının değiştiği anlamında doğrudur; yanlışlığı ise tek yanlı gözlem ve yanlış yorumlaria, değer yargılarının dayalı bulunduğu doğrudan doğruya değerlerin değiştiği biçimindeki yargısıdır. Görecelik kuramı tarihsel süreç içerisinde, değerlendirmelerin değiştiği yolundaki doğru gözlemi ile dolaylı bir biçimde eleştirel düşünceyi uyandırıp insanlığa özgürlük ve hoşgörüyü getirmişse de; diğer yandan, nesnel hiçbir değer varlığını benimsememekle, insanlararası ilişkilerde tinselliğin ortadan kalkması, anti-hümanist bir dünyanın oluşması, otoriter ve totaliter politik güçlerin etkinlik kazanması tehlikesini yaratmıştır.<sup>(78)</sup> İnsan eylemine ya da toplumsal gelişim eğilimlerine ilişkin sistematik bilginin olanaksızlığını sa-

vunan görecelik, aynı zamanda, belli bir görüşü savunma çabası göstermekle kendi kendisiyle de bir çelişki içerisinde görünmektedir.<sup>(79)</sup>

Değerler değişmez olmasına karşılık, değerlendirmelerin yani değer yargılarının değişebilirliğinin belirli nedenleri vardır: Değerlendirilen nesnenin bir ve özdeş olmaması, değerlendirmenin dile getirildiği kavram ya da deyimmin özdeş içeriğe sahip olmayışı, değer yargılarının formüle edilmesinin güçlüğü, değerlendirme objesinin karmaşık nitelikte oluşu gibi etkenler değerlendirmelerin ya da değer yargılarının değişik oluşunu doğurursa da, en önemli neden sosyo-ekonomik kültürel koşulların değişikliğidir.<sup>(80)</sup> Bu noktada, eğitimin önemi ortaya çıkmaktadır: Eğitim, Platon'un deyimiyle "ruhun gücü"nü "iyi"ye doğru yöneltmede en kolay ve kaçınılmaz yolu bulma sanatıdır.<sup>(81)</sup> Buradan, değer yargıları ile değerler arasındaki gerekli uygunluğu engelleyen bu dış etkenlerin, ön yargıların, yanlışların, yanlış inanç biçimi ve tasarımlarının eğitim aracılığıyla ve çağdaş özgürlükler çerçevesinde ortadan kaldırılmasının olanaklılığı ve önemi vurgulanmalıdır.<sup>(82)</sup> Böylece yinelenerek belirtilmelidir ki soyut, nesnel ve evrensel değer kavramıyla, somut ve öznel değer yargıları ya da değerlendirmelerin birbirinden ayırt edilmesi çok önemli olup, bu konudaki uç tartışmaların gerçek nedenini oluşturmaktadır. Bu ayırım yapıldıktan sonra, rölatif ve değişken olanın değerler değil de somut değerlendirmeler olduğu ve bunun da en

önemli nedenini, belli bir zaman-uzay bağlamında içinde bulunulan bireysel ya da toplumsal koşulların oluşturduğu<sup>(83)</sup> ve bu çerçevede eğitimin, bireysel ve toplumsal koşulların düzeltilmesinin büyük önem taşıdığı ortaya çıkacaktır.

Değerlerin bilgisine nasıl ulaşılabileceği, değerlerin nasıl bilinebileceği konusunda; değer bilgisinin sadece rasyonel olarak elde edilebileceğini ileri süren entelektüalizm ile, değer kavranması eyleminin bir duygu işlemi olduğunu ve dolayısıyla değerlerin ancak duygu aracılığıyla elde edilebileceğini savunan emosyonalizm tek başlarına yeterli açıklamayı yapamamaktadırlar. Bu iki görüşün birlikte bir bütün olarak alınması ve bunun sonucunda değerlerin 'akıl ve duygu birlikteliği'yle ancak bilinebileceğinin benimsenmesi gerekir.<sup>(84)</sup> Doğal olarak vurgulanmalıdır ki, insanın gerçek değerleri algılaması toplumsal ve çevresel koşulların elverişsizliği oranında güçleşir: Sömürünün, tutsaklığın, baskının egemen olduğu toplumlarda ve devlet düzenlerinde bireyin "özgürlüğü" ve "iyi"yi algılama ve yaşantılaşma olanağı çok azdır.<sup>(85)</sup> Bu bağlamda insanlığın bir oluş süreci yaşadığı unutulmamalıdır: 'İnsan' kavramı felsefe tarafından anlaşıldığı biçimiyle insanın tarihidir; dolayısıyla, öz ve varoluş edimsel olarak karşılıklı ilişki içindedirler; öz, varoluş süreci içinde doğar ya da varoluş süreci öze bir geri dönüşür.<sup>(86)</sup>

İnsanlık, bir bütün olarak doğada etik değerlerin görünüm kazanmasıdır. Bütün bunlar insan yaşamının olağan-

nüstü önemliliğini vurgulamaktadır; çünkü insan, görüngüleri ve evrimi etik anlamda değerlendirme yeteneğine sahip tek varlıktır.<sup>(87)</sup> Diğer yandan, gerçek özgürlüğün, filozofik bağlamda değerlerle ancak elde edilebileceği de vurgulanmalıdır: Özgürlük insanın kendisine uyması, dışsal etkenlere bağımlılıktan kurtulmasıdır; "kendisi" ise, ancak onun tinsel yanı olabilir. Çünkü yaşamda ne yapmamız gerektiğine yanıt verecek olan, eylemlerimize "insan eylemi" olmak özelliğini kazandıracak olan değerler, tinsel yanımızda kök salmaktadır.<sup>(88)</sup> Değerlerin sağlıklı bir biçimde algılanmasının yolu ise, filozofik düşünceye dalmadan geçer.<sup>(89)</sup> Filozofik düşünceye dalma, evreni düşünman kamlara bölmeden herşeye yansız bakmayı sağlar. Bu eylem gerçekleştirilirken, kişisel ve özel olan; alışkanlığa, çıkar duygusuna ve isteklere bağlı olan her şey konuyu çarpıtır ve usamlamanın bütünselliğini bozar. Bu durumda, kişisel ve özel şeyler, özneyle nesne arasına bir engel olarak girer ve us için bir tutsaklık durumu yaratırlar. Özgür us, burda'sız, şimdi'siz, alışılmış inançların ve geleneksel önyargıların engeline takılmadan; dingin, tutkusuz, erişilmesi yalnızca insan için olanaklı olan bilgi isteğiyle değerlendirilmelidir.<sup>(90)</sup> Dolayısıyla burada, içine özel tarihin rastlantılarının karışmadığı soyut ve evrensel bilgiye; duyulardan gelen ve doğası gereği dar ve kişisel bir görüş biçimine bağlı olan bilgiden daha çok değer verilmesi gereği sözkonusu-

(76) Aral İMY., s. 95; ayrıca bkz.: Bauman, s. 104.

(77) Sahakian, s. 334; M. Schefer'e atfen.

(78) Aral İMY., s. 96.

(79) Giddens, s. 47.

(80) Aral HFTS., s. 78.

(81) Rhys, s. 211.

(82) Aral HFTS., s. 78.

(83) Bu konuda bkz.: Randall/Buchler, s. 204; Levi-Strauss HD., s. 153; Marks/Engels YSÜ., s. 53; Levi-Strauss YD., s. 305; Hobbes, s. 79; Izveren TT., s. 92; Adjukiewicz, s. 130.

(84) Aral HFTS., s. 57-60.

(85) Öktem SFDI IA., s. 210.

(86) Marcuse UD., s. 80; Hegel TG., s. 488.

(87) Bookchin, s. 50-51.

(88) Aral İMY., s. 35-36.

(89) Russel PP., s. 92-94.

(90) Russel PP., s. 92-93.

dur. Filozofik düşünceye dalmada yansızlık; eylemde adalet, tutkuda ise yalnızca yararlı olan ve sevilenlere değil herkese verilen evrensel sevgi ile özdeş olan düşünce niteliğini deyimler. Felsefenin, önünde düşünceye daldığı evrenin büyüklüğü aracılığıyla bilinç te büyümüş olacak ve en yüksek iyiyi, yani evrenle bütünleşme yeteneğini kazanacaktır.<sup>(91)</sup>

Görüldüğü gibi, “değer” kavramı, temelde etik bir kavram olmakla birlikte, etik hukuk arasında önemli ve yadsınamaz bir ilinti olması nedeniyle aynı zamanda hukuksal bir görünüm de taşımaktadır. Hukuk, etik bir temele dayanmak ve geçerliliğini buradan almak durumunda olduğundan dolayı; özsel olarak ahlaksallık alanına ilişkin olan “evrensel değerler”, hukuksal alanda da etkinliklerini göstermekte ve sonuçta evrensel hukuksal değerler anlayışının oluşumunu sağlayabilmektedirler. Objektif ya da evrensel değerlerden evrensel hukuksal değerlere geçiş, kendiliğinden ve özgürlük temeline dayalı olarak; dışsal bir karışma sözkonusu olmadan ve bir süreç çerçevesinde gerçekleşebilir. Nasıl, ahlaksallığın sözkonusu olabilmesi, daha doğrusu var olabilmesi için, birey ya da toplumların özgür istençlerine dayanması gerekiyorsa; bunun gibi, hukuksal değerlerin algılanması, benimsenmesi, yaşantılanması ve işlerlik alanlarının genişletilmesi için de, bunların birey ya da toplulukların özgür istençlerine dayanması gerekir.

### 3. Bölüm: Hukuksal Meşruluğun Ölçütü Olarak Evrensel Hukuksal Değerler:

#### A- Teorik ve Temel Yönleriyle Evrensel Hukuksal Değerler

Hukuksallığın açıklanmasında metafizik kavramlara başvurma kaçınılmazlığı ortadadır. Doğrusu, insan, nefes alır gibi, istemeksizin ve özellikle çoğu zaman ayrımında olmaksızın metafizik yapar ve bu nedenle aynı zamanda her bilim de minimum bir metafizik içerir.<sup>(92)</sup> Dolayısıyla metafizik kavramlara başvurmaksızın gerçekliğin saptanması, özellikle ahlaksal alan için sözkonusu edilemez. Bu bağlamda, metafiziği içermeyen hukuk açıklamalarının gerçeği saptama yeteneğinden yoksun kaldıkları söylenebilir; sözgelimi, adaletin deneysel realiteden çıkarılamayacağı ve bu nedenle de bir aşkınlığı içerdiği yadsınamaz.<sup>(93)</sup>

Bir bakıma evrensel hukuksal değerlerin etik temellendirilmesini yapan Kant, rasyonel varlıklar olduğumuzdan dolayı, kendimizi evrensel uygulamaya sahip ilkelere uymak durumunda görmemiz gerektiğini savundu. Bu anlamda rasyonel olmak, bizim ve ilgili benzer durumlarda eylemde bulunan herkes için geçerli olan ilkeler doğrultusunda davranmaktır. Diğer bir anlatımla ahlakın salt anlamda temel ilkesi, yalnızca aynı zamanda evrensel bir ilke olması gerektiğine inanılan norm uyarınca davranmaktır.<sup>(94)</sup> Kant bu usulamada bulunurken, öz çıkarına düşkün bireyin bile, kendisi için istediği hakların benzer konumda olanlar için de benimsenmek zorunda olduğunu algılaması gerekliliğinden yola çıkmaktadır:

Bir kimse kendi yaşamını kendi uygun gördüğü biçimde düzenlemede özgür olması gerektiğini savunuyorsa, bu kişi, başkalarının da benzer haklarını tanıma ve benimseme konusunda bir tutarlılık ilkesine bağlı sayılır. Kant’a göre, ilkeye bağlılık, rasyonel varlıklar olarak doğamızın parçasıdır ve rasyonel varlıklar olarak bizim haklarımızı ve ödevlerimizi tanımlayan şey, evrensel yasalar olarak istenebilen haklardır.<sup>(95)</sup> Bütün bunlar, aynı zamanda F. A. Hayek’in deyimlemesiyle “adil davranışın evrensel kuralları”<sup>(96)</sup> ile özdeş anlama sahip olan evrensel hukuksal değerlerin etik temellendirilmesini oluştururlar. Böylece, “evrensel hukuksal değerler”in, nesnel ve salt bağlayıcı olma özelliğine sahip olan ahlaksal ilkelere dayandığı ve bağlayıcılığını buradan aldığı söylenebilir.

Evrensel hukuksal değerlerin algılanmasıyla ilgili olarak kullanılan kavram ve tanımların değişkenliği, gözardı edilmemesi gereken bir gerçekliktir. İnsan bilimlerinin kelime birikimi, çoğu zaman kesin tanımlara izin vermemektedir. Bu kavram ve terimlerin çoğu, sonsuza dek geçerli olarak saptanmış olmanın uzağında, bir yazardan diğerine değişmekte ve hep evrilmektedir. İnsan bilimleri alanında en yalın kelimeler bile, onları devindiren ve kullanan düşünceyi izleyerek, çoğu zaman ve zorunlu olarak değişmektedirler.<sup>(97)</sup> Bu yüzden, kullanılan kavram ya da terimin biçimsel ve genel anlamı bağlamında algılanmasıyla yetinilmemeli; bu kavram, terim ya da deyimle vurgulanmak istenen düşünce yakalanmaya çalışmalıdır. Bu metod, özellikle evren-

sel hukuksal değerlerin içeriğinin genel olarak benimsendiğinin ortaya çıkarılması açısından, büyük bir önem taşımaktadır. Günümüzün gerçek hukukçu ve aydını, hiçbir dünya görüşünün kör ve katı bir sözcüsti olma durumuna düşmeden; insanın tinsel boyutundan kaynaklanan içi boş adalet ve diğer yüksek değerlerin buyruğunda olmalıdır. Belirli bir uzay ve zaman ortamı içerisinde, her somut yaşam durumunda adalet ilkesi doğrultusunda özgürce değerlendirmeler yapmak gerekir.<sup>(98)</sup> Bu bağlamda yapılacak çalışmalar ve gösterilecek çabalar, soyut ve formel adalet ilkesinin somutlaştırılmasında ve içeriğinin oluşturulmasında önemli katkılar sağlayacaktır.

#### B- Somut ve İçerik Olarak Evrensel Hukuksal Değerler

Yinelenerek vurgulanmalıdır ki, bir bütün olarak hukukun “meşruluk” niteliğini kazanması evrensel hukuksal değerlerle uyumlu olmasına bağlıdır. Evrensel hukuksal değerler ise, nesnel, salt bağlayıcı ve evrensel olan etik değerlere dayanır; etik değerlerin hukuksal alana aktarımını deyimler. “Evrensel hukuksal değerler” deyimini bir bakıma “adalet” kavramıyla bir özdeşliği yansıtır; daha doğru bir deyimlemeyle, soyut “adalet” kavramının içeriğini “evrensel hukuksal değerler” oluşturur. Evrensel hukuksal değerler, soyut adalet kavramına oranla daha bir somut içeriği deyimlemekle birlikte; bunların bulgulanması, algılanması ve yaşantılanması belli uzay ve zaman koşullarıyla doğrudan ilgilidir. Bir başka deyimle somut toplumsal koşulların ya da daha kapsayıcı bir deyimle belli uzay ve za-

(91) Russel PP., s. 93-94.

(92) Le Fur, s. 133; M. Meyerson’dan naklen.

(93) Özbilgen EHB., s. 99, 250.

(94) Poole, s. 36; Stroll/Popkin, s. 194.

(95) Poole, s. 37; Kant PUE., s. 62; Everett, s. 228-229.

(96) Hayek SPPE., s. 162.

(97) Braudel, s. 27; bu konuda ayrıca bkz.: Hobbes, s. 45, 37.

(98) Aral ABHB., s.50.



man koşullarının niteliği, evrensel hukuksal değerlerin insanlık toplumu tarafından bulgulanma, algılanma ve yaşantılanması açısından olumlu ya da olumsuz etki yapar. Bu açıdan günümüzün çağdaş dünyasının insanlık tarihinin çok çeşitli deneyimlerinden geçmiş olmak, çok değişik toplumsal yaşamsal deneyimlere sahip olmak ve insanlık tarihinin sunduğu bilgi birikiminden yararlanabilmek gibi çok önemli avantajlara sahip olduğu söylenebilir. Bu bağlamda çağdaş dünyanın özelliklerinden olan iletişim olgusu, globalleşme vb. olanaklar da bu avantajı destekleyici etkenlerdir. Böylece, soyut adalet kavramına oranla bir somutluğu deyimleyen evrensel hukuksal değerler, bununla birlikte, içeriksel açıdan gelişmeye, değişmeye, tamamlanmaya açık olmakla bir soyutluğu da içermektedirler. Yine de çağdaş dünyanın teorik ve pratik koşulları açısından, evrensel hukuksal değerlerin içeriğini oluşturan bazı temel ilkelerden söz etmek olanaklıdır.

Evrensel hukuksal değerlerin somut içeriği olarak; adalet, özgürlük, eşitlik, insan hakları, demokrasi, hukuk devleti, laiklik gibi temel ilkeler gösterilebilir. Bu temel ilkeler arasında yakın ve esaslı bir ilişki olduğundan dolayı, bunların bir bütün olarak bir arada var olması gerektiği hiçbir zaman gözardı edilmemelidir. Bütün bu, evrensel hukukun kurucu temelini oluşturan ilkeler, daha yüksek ve kutsal 'insanlık ideali'nin içeriğini oluşturup geliştiren neden ve değerleri yansıtır.<sup>(99)</sup>

Temel insan hakları, hukuksal meşruluğun ölçütünü oluşturan evrensel hukuksal değerlerin önemli somut bir

örneğini oluşturur. İnsan hakları, "haklar efsanesi"<sup>(100)</sup> olarak nitelendirilebilecek, insanlık toplumunun kültürel yapı taşları olan değerleri yansıtmaktadır. İnsan hakları kişinin salt insan olduğu için sahip bulunduğu haklar olduğundan dolayı bütün insanlar bu haklara, bütün diğer kişi ve kurumlara karşı "evrensel olarak" sahiptirler. İnsan hakları, aynı zamanda en üstün ahlaksal haklar olmaları bakımından, siyasal yaşamın temel yapı taşlarının ve siyasal uygulamaların düzenleyicisidirler ve normal olarak diğer ahlaksal, hukuksal ve siyasal istemlerden önce gelirler. Bu boyutlar, insan haklarının ahlaksal evrenselliği özelliğini oluşturmaktadır.<sup>(101)</sup>

İnsan haklarının evrenselliği bir yandan ahlaksal olarak söz konusuysa; diğer yandan da bunlar ideal standartlar olarak en azından sözde evrensel onay görmektedirler. Bütün devletler uluslararası insan hakları normlarını benimzediklerini ilan etmekte; insan haklarının ihlal edildiği suçlaması, uluslararası ilişkiler alanında yapılabilecek en güçlü ve etkili suçlamalar arasında yer almaktadır.

Hukuksal meşruluğun ölçütü olarak evrensel hukuksal değerlerin önemli bir içeriksel ögesini, hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, devletçe güvence altına alınan hukuk düzeninin, bireyleri birbirlerinden koruma gücüne sahip olmasına koşut olarak, bu kez de kendisinin birey için bir baskı oluşturacak kimliğe girmesiyle gündeme gelir; ve devletin de yasalara ve tüm hukuka bağlı kalmasını deyimler. Bu konuda vurgulanması gereken, hukuk devleti ilkesinin, devlet yönetiminde bir seçenek değil de yönetenle

yönetilenin eşitliğini öngören adaletin bir istemi, dolayısıyla da ahlaksal bir olması gereken olduğudur.<sup>(102)</sup> Hukukun pozitifleştirilmiş olması, tek başına, herhangi bir toplumsal sistemin bir hukuk devletini zorunlu olarak içerdiğini göstermez. Meşruluk, hukuk devletinin değersel içeriği olan temel hak ve özgürlükler dayanmalıdır; temel hak ve özgürlüklerin düşüncede ve eylemde olanaklılaşabildikleri bir toplumsal yapı meşruluğun kaynağıdır.<sup>(103)</sup>

Hukuk devleti ilkesi aynı zamanda haklı bir sivil itaatsizlik olanağını da içerir; bu ise bir hukuk düzenindeki yasal düzenlemelerin meşruluk açısından sorun taşınmasından, başka bir deyimle, varolan yasal düzenlemelerin evrensel hukuksal değerlerle uyumlu olmama durumundan kaynaklanır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözü edilen meşru olmama durumunun ölçütünün, herhangi özel bir ahlak anlayışından, bir ayrıcalık hakkından ya da hakikati bilmede ayrıcalıklı bir konumdan gelmediği; tersine, modern anayasal devletin, yurttaşlarınca özgürlük içerisinde tanınmak beklentisini temellendirdiği ve herkes için anlaşılabilir olan ahlaksal ilkelerden ve onlara dayanan evrensel hukuksal değerlerden geldiğidir. Bu durum evrensel içerikli temel ilkelerin gerçekleşmesinin uzun bir süreç özelliğini taşımasından kaynaklanmaktadır ve bu süreç bu gün de devam etmektedir. Hukuk devleti, bu açıdan bakıldığında bütünüyle bitmiş bir yapı olarak değil, tersine, meşru bir hukuksal anlayışın değişen koşullara göre kurulup, kolanıp geliştirilmesini amaçlayan bir girişim olarak gö-

rünmektedir.<sup>(104)</sup> Bu durum bütün evrensel hukuksal değerler için geçerlidir: İnsan hakları, demokrasi gibi tüm değerler, bütünüyle tamamlanmış, bitmiş bir yapıyı değil de; 'özgürlük ortamında; görüş ve düşüncelerin, tavır ve tutumların bilinmesinden sonra özgürce ve kendiliğinden oluşan genel benimsemelere dayalı olarak oluşmak' biçiminde bir süreci yansıtır. Belli bir süreç içerisinde, özgürce ve kendiliğinden oluşmakta olan bu evrensel hukuksal değerlere uygun ve onlarla uyumlu olmak biçimindeki bir meşruluk koşulu, demokratik hukuk devletinin meşruluğun koruyucusu olarak başvurmak durumunda olduğu en son kurumu yansıtmaktadır.<sup>(105)</sup>

Evrensel hukuksal değerlerin önemli bir içeriksel ögesini oluşturan demokrasi, günümüz dünyasında bütün yönetimlerin meşruluklarının bir ölçütü olarak benimsenmektedir.<sup>(106)</sup> Demokrasi halkın egemenliğini deyimler ve bu nedenle pozitif politik özgürlüğü içerir; bir demokrasinin, tüm yurttaşlarının karar süreçlerine katılmasına olanak tanıyan ve bunu sağlayan kurumlarla işlemesi demokratik politikanın özünü oluşturur.<sup>(107)</sup> Demokrasi anlayışı, çağımızın, damgasını taşıdığı ana karakterlerinin başında gelir; öyle ki, demokrasiye temelde ters düşen ideolojiler bile, bu kimlikleriyle ortaya çıkamamakta, gerçek demokrasiyi kendilerinin gerçekleştirdiklerini ileri sürmekten bile geri kalmamaktadırlar.<sup>(108)</sup> Bu nedenle, tüm olumsuz gelişmelerin önüne geçmek için, demokrasi düşüncesinin temel ve onusuz olmaz ilke-

(102) Aral DH., s. 935.

(103) Ökçesiz, s. 145-146.

(104) Habermas St., s. 42-43.

(105) Habermas St., s. 44-45.

(106) International Encyclopedia, s. 245.

(107) Heller/Feher, s. 103; bu konuda ayrıca bkz. Gareis, s. 230-231.

(108) Giddens, s. 150.

(99) Öktem ÖSH., s. 288.

(100) Scheingold, s. 13.

(101) Donnelly, s. 11.

lerini belirlemek ve vurgulamak gerektiği de ayrıca belirtilmelidir.

Özgürlük kavramı bir yandan eylem, istenç, inanç ve değerlendirmelerimizin öznesi olmamız anlamında istenç özgürlüğünü; diğer yandan da inanma ve davranma özerkliği anlamında inanç ve eylem özgürlüğünü içermektedir. Özgürlüğün bu iki boyutu arasında önemli bir ilişki vardır ve bu yakın ilişki, özgürlüğün bir bütün olarak ele alınmasını ve varlığının benimsenmesini gerektirir. Özgürlük konusunda hukuka düşen ödev, bireylerin ve toplulukların hem istenç özgürlüklerinin ve hem de inanç ve eylem özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan koşulları hazırlamaktır. Evrensel hukuksal değerlerin somut bir içeriksel ögesini oluşturması açısından sözkonusu olan özgürlük ilkesi, belirtilen her iki anlamı da kapsamak üzere anlaşılmalıdır.

İstenç, inanç ve eylem alanlarını içerecek anlamda bir bütün olarak özgürlüğün en önemli işlevi, evrensel hukuksal değerlerin bulgulanması, algılanması ve yaşantılanması sürecinde kendisini gösterir; özgürlük, gerçekte bu nedenden ötürü en büyük öneme sahip bulunmaktadır. Adalet, insan hakları, hukuk devleti, demokrasi vb. evrensel hukuksal değerlerin somut içeriksel öğelerinin sağlıklı bir biçimde bilinmesi ve oluşması için özgür bir ortamın varlığının bir önkoşul olduğunda hiçbir kuşku olamaz. Özgürlüğün değil de baskının egemen olduğu, baskının izlerinin bile sözkonusu olduğu bir varoluşsal ortamda evrensel hukuksal değerlerin yetkin ve sağlıklı bir biçimde bulgulanmasına, algılanmasına ve özel-

likle yaşantılanmasına olanak yoktur. Böylece, özgürlüğün iki açıdan önem taşımakla bir üstünlük elde ettiği vurgulanmalıdır: Özgürlük, bir yandan kendisi bir değer olarak önem taşımakta; diğer yandan ise, hem bir değer olarak kendisinin ve hem de diğer evrensel hukuksal değerlerin bulgulanması, algılanması ve yaşantılanması için bir önkoşul olmakla gerçek önemini göstermektedir. Özgür bir ortam olmadan, özgürlüğün bile değeri bilinemez.

Çağdaş algılanış biçiminde adalet kavramının odağına çeşitlik düşüncesi yerleşmiştir. Son yüzyılın hukukçu düşünürlerinden özellikle Roscoe Pound, eşitlik kavramının, adalet anlayışında anahar bir rol oynadığını vurgulamıştır.<sup>(109)</sup> Tarihsel sürece baktığımızda, Sokrates'ten esinlenerek, Staocıların, evrenselci ve çeşitlikçi bir hukuk felsefesini savunmalarının büyük önem taşıdığı görülmür.<sup>(110)</sup> Günümüzde, hukuk felsefesinin amacının eşitsizliği korumak değil, eşitliği sağlamak olduğu noktasında görüş birliği vardır.<sup>(111)</sup> Burada eşitlik kavramının anlamına ilişkin kesin olarak söylenebilen şey, Bentham'ın deyimiyle "her bireyin tek bir değeri olduğu ve hiçbir bireyin birden çok değeri bulunmadığı"<sup>(112)</sup>; başka bir deyimle, hukuksal işlemlerde ayrımcılık yapmama anlamında formel bir eşitlik<sup>(113)</sup> durumunun içerildiğidir. Bu anlamda bir eşitlik düşüncesi günümüzde evrensel hukuksal değerlerin somut bir örneğini oluşturmaktadır. Eşitlik ilkesi kesin olarak içerdiği bu anlamla sınırlı değildir: Genel olarak, insanların eşitliğine inanan çağdaş demokratik toplumlar da kurumlaşmaya başlayan biricik evrenselci ilkeyi deyimleyen eşitlik ilkesi; bü-

tün insanlara özgür ve eşit varlıklar olarak davranılmasını; bu bağlamda, tüm insanların konuşma, düşünme, din ve örgütlenme haklarını içeren temel hakların korunması gereğini de içermektedir.<sup>(114)</sup> İnsan hakları uluslararası yasasındaki haklar listesinin, insanları eşit ilgi ve saygıya değer, eşit ve özerk bireyler olarak gören insan doğasıyla ilgili bir ahlaksal görüşe dayandığı; evrensel bildiride yer alan haklar listesinin böyle bir anlayıştan türetildiği söylenebilir.<sup>(115)</sup>

Hukuk felsefesi tarihinde, özellikle Aristo'nun evrensel ve insandan bağımsız bir "doğal adalet" katkısıyla gündeme gelen<sup>(116)</sup> soyut adalet düşüncesi; günümüz dünyasında "toplumsal adalet" olarak somutlaşmakta ve giderek evrensel hukuksal değerlerin bir ögesini oluşturmaktadır. Toplumsal adalet düşüncesini açıkça hiçe sayan bir hukuk düzeninin meşruluğundan söz etmek olanaksızdır; böylece toplumsal adalet düşüncesinin, diğer evrensel hukuksal değerlerle birlikte bir meşruluk ölçütü konumunda olduğu vurgulanmalıdır. Bir toplum içerisinde belirli bir sınıf ya da grubun, diğerlerinin aleyhine sermaye biriktirmeye çalışmasına yardımcı olmak üzere zor aygıtlarını açıkça seferber eden bir hukuk düzeni ya da siyasal erkin, meşruluğunu yitirdiği söylenebilir.<sup>(117)</sup> Toplumsal adalet kavramının tarihçesi ve yerleşmesi insan hakları, demokrasi gibi diğer evrensel hukuksal değerlerin somut içeriksel öğelerinin gelişimiyle ilintili olup, bunların yerleşmesiyle paralellik oluşturmaktadır.<sup>(118)</sup> Toplumsal adalet düşüncesi aynı zamanda günümüz demokra-

tik yönetimlerinin dayanağını ve itici gücünü de oluşturmaktadır.

Evrensel hukuksal değerlerin somut içerikleri kapsamında laiklik ilkesinin öneminden de söz edilmelidir. 'Laiklik' kavramı kısaca devletin, tüm inanç biçimlerini kapsamak üzere dinseliliğin algılanışı ve yaşantılanışı karşısındaki objektif duruşunun gerekliliği anlamında anlaşılmalıdır. Geniş anlamda dinsel ya da kutsal düşünce ve inançların bireysel, toplumsal ya da siyasal iktidar kazanma aracı olarak kullanılmasının engellenmesi; diğer yandan, dinseliliğin sağlıklı algılanmasını sağlayıcı koşulların yaratılması gerekliliği laiklik ilkesi bağlamında değerlendirilebilir.

### C- Evrensel Hukuksal Değerlerin İçeriksel Olarak Belirlenme Sürecinin Taşıdığı Sorunlar

Soyut adalet düşüncesi etik bir değer olarak nesnel ve salt bağlayıcı olma özelliğine sahipken; bu soyut adalet değerinin içeriğinin oluşması ve ayrıntılarının belirlenmesi, belli uzay ve zaman koşullarıyla ilintilidir. Böylece soyut adalet düşüncesi nesnel, yani somut koşullara bağlı değilken; adaletin içeriği somut koşullarla ilişkilidir. Başka bir deyimle, somut uzay ve zaman koşulları ya da toplumsal koşullar; nesnel, salt bağlayıcı ve soyut olan adalet değerinin bulgulanmasında, algılanmasında ve yaşantılanmasında belirleyici olma anlamında büyük bir öneme sahiptir. Bütün bunlardan sonra, evrensel hukuksal değerlerin soyut adalet düşüncesinin içeriğini deyimledikleri; bu evrensel hukuksal değerlerin, bir yandan nesnel ve soyut etik değerlere dayanmakla ay-

(109) Tammelo, s. 76.

(110) Chambers's Encyclopedia, s. 446.

(111) Lloyd, s. 119.

(112) Dicey, s. 158.

(113) Lloyd, s. 119.

(114) Gutmann, s. 29-30.

(115) Donnelly, s. 35. Eşitliğin insan doğasında içerildiği konusunda bkz.: Hobbes, s. 92.

(116) Chambers's Encyclopedia, s. 446.

(117) O'Connor, s. 6.

(118) Gürkan SA., s. 77.

nı zamanda kendilerinin de nesnel ve soyut bir boyutlarının bulunduğu, diğer yandan ise, bunların somut içeriksel öğelerinin ayrıntılarının oluşması açısından somut koşullara bağlı oldukları söylenebilir.

Bugünün dünyası oluş halinde bir dünyadır; şimdiki zaman, geçmiş yüzyıllardan, giderek insanlığın günümüze kadar yaşadığı tarihsel sürecin tümünden beslenmektedir.<sup>(119)</sup> Bir bütün olarak ele alındığında insan kültürü, insanın gittikçe gelişen kendini özgürleştirme süreci olarak değerlendirilebilir; dil, sanat, din, bilim vb. bütün bunlar bu süreçteki çeşitli aşamaları deyimleyip; insan, bunların hepsinde yeni ve kendine özgü düşünsel bir dünya kurma gücünü bulgulamaktadır.<sup>(120)</sup> Dolayısıyla, 'evrensel hukuksal değerler', sürekli oluş durumunda olan ve süreçsel bir gelişmeyi deyimleyen bu insansal toplumsal varoluşla ilişkilidirler; daha doğrusu bu sürecin bir sonucu olarak algılanmalıdır. Günümüz açısından genel ve nesnel olarak temel ilkeler biçiminde ortak bir benimsenmeye dayanan bu evrensel hukuksal değerler, içeriksel ayrıntılarının belirlenmesi açısından bu süreçsel gelişmeyle ilintili olmaya devam etmektedirler.

Evrensel hukuksal değerlerin içeriksel öğelerinin neler olduğu, bunların içerdiği anlamın çerçevesi ve ayrıntılarının nasıl belirleneceği konusunda, çözüm olarak, "genel kabul görmüş materyaller"<sup>(121)</sup> kullanılabilir; bu durumda, "hukuksal alanda ardarda gelen benzer yargılar"<sup>(122)</sup> söz konusu olmaktadır. Bu konuda kesin olarak vurgulanması ve

benimsenmesi gereken şey, evrensel hukuksal değerlerin içeriği ile ilgili ilke ve standartların, akıl ve bilgiyi ölçü almak durumunda olmasıdır.<sup>(123)</sup> Başka bir deyimle, evrensel hukuksal değerlerin içeriğine ilişkin getirilecek önerilerin ya da bu konudaki oluşumların, bilimle ve temel etik ilkeleriyle çelişmemesi, bunlarla uyumlu olması gerekir. Bunun yolu ise özgürlük ortamından geçer; yani, evrensel hukuksal değerlerin somut içeriksel öğelerinin neler olduğu ve bu öğelerin anlamlarına ilişkin çerçevenin nasıl belirleneceği sorusunun çözümle- nebilmesi için, ivedilikle ve birincil olarak, istenç, inanç ve eylem alanlarını kapsamak üzere bir bütün olarak özgürlük ortamının sağlanması gerekir. Çünkü kesinliğin dayandığı tek temel, insan görüştür ve bu nedenle, anlamsal gerçekliğe götüren biricik yol tartışma ortamıdır. İnsan, insansal gerçekliğin düzenleyici öznesi olarak kendine yeterlidir. Bu anlamdaki gerçeklik, insan istencine göre yapılanmaya hazır ve esnek bir özelliğe sahiptir. Hakikatin ortaya çıkarılması konusunda, insan bilinci en üstün ve tek veridir; bu açıdan, tartışmanın ve toplumsal olarak tanımlanmamış bireylerin görüşüyle bütünlenen bir ortamın önemi vurgulanmalıdır.<sup>(124)</sup>

Evrensel hukuksal değerlerin içeriğinin belirlenmesinde, "genel kabul görmüş materyallerin kullanılması"nın ya da "hukuksal alanda ardarda gelen benzer yargıların" söz konusu edilmesinin, hiçbir zaman, "gerçekliğin bilinmesinde çoğunluğun ölçü alınması" biçiminde anlaşılması gerekir. Doğru bilim-

lerinde olduğu gibi moral ve toplumsal bilimlerin alanında da, geçerlilik bir çoğunluk sorunu olmakla özdeş değildir.<sup>(125)</sup> Belli bir toplumsal yapıda, insanlık açısından genel olarak geçerli olan evrensel hukuksal değerlerin tümünün, sözü edilen toplumun tümüne benimsenmemesi olanaklıdır. Sözelimi, tüm insanlığın en azından teorik düzeyde de olsa üzerinde bir uzlaş sağladığı insan haklarıyla ilgili olarak, belli bir ülke halkının belli bir çoğunluğu karşıt bir düşünce ve tavır öne çıkarabilir. Bu karşıt düşünce ve tavır, bir çoğunluğu da yansıtsa benimsenemez; çünkü, bilindiği gibi, bir bütün olarak hukukun belirleyici özelliği, onun, 'olması gerekeni içermesi'dir; hukuk, olanı değil, olan karşısında olması gerekeni belirler.<sup>(126)</sup> Hukukun olması gerekeni belirlemesinde temel alınması gereken ölçüler ise, insan hakları, hukuk devleti, demokrasi gibi evrensel hukuksal değerlerdir.<sup>(127)</sup> Daha da önemlisi, evrensel hukuksal değerlerin temel dayanağını oluşturan nesnel, evrensel, salt bağlayıcı olma özelliğine sahip olan etik değerlerin ve bu bağlamda yine bir etik değer olarak soyut adalet, eşitlik, özgürlük gibi kavramların, formel değerler ya da içi boş soyut kavramlar olarak metafizik bir söylemle benimsenmesi gerektiği; ve bu anlamdaki değerlerin yadsınmasını içeren, onlara karşıt bir söylemi ve uygulamayı öne süren bir yaklaşımın, salt çoğunluğun görüşünü yansıtmış olma nedeniyle benimsenemeyeceğidir.

#### D- Hukuksal Meşruluğun Ölçütü Olarak Evrensel Hukuksal Değerler Yaklaşımının Trajik Boyutu

Evrensel Hukuksal Değerler yaklaşımının bir değişme ve ilerleme olanağını içerdiği öncelikle belirtilmelidir. Adaletli, başka bir deyimle doğru hukukun<sup>(128)</sup> içeriği ve ayrıntılarının ortaya konmasına ilişkin deneyimler, bu konudaki düşünceler arasında bir farklılık olabileceğini ve evrensel hukuksal değerlerin içeriğinin ayrıntılarına ilişkin, tam anlamıyla gerçekleşmiş bir uzlaşının söz konusu olmadığını<sup>(129)</sup> göstermektedir. Ne var ki, evrensel hukuksal değerlerin hukuksal meşruluğun bir ölçütü olarak benimsenmesini içeren bir yaklaşımın, bu konuda, yani hukuksal meşruluğa ilişkin, nesnel, salt bağlayıcı ve etik temele dayalı bir bakış açısına yönelik olduğu ve bunu amaç edindiği gözardı edilmemelidir. Nesnel geçerlilik, sahip olunan ile değil, haklı istem anlamında savla ilgilidir; dolayısıyla, bu konuda temel sorunun, evrensel doğru ve belli sistematik ilkeleri olanaklı kılan gerçekçi ve doğru bir metod ortaya konabilmesi olduğu unutulmamalıdır.<sup>(130)</sup> Konuya etik boyuttan bakıldığında, evrensel hukuksal değerlerin hukukun meşruluğunun ölçütü olarak ortaya konmasının temelinde, insanın acı çekmesinin ve özgürlüğünün kısıtlanmasının kötülük olduğunu içeren bir inancın yer aldığı söylenebilir;<sup>(131)</sup> hukuksal açıdan ise, insan davranışlarının nesnel bir geçerlilikle değerlendirilme-

(119) Braudel, s. 20, 22, 58.

(120) Cassirer, s. 213.

(121) Pound LM., s. 102.

(122) Ritchie, s. 25.

(123) Manin, s. 363.

(124) Bauman, s. 48.

(125) Özbilgen EHS., s. 22.

(126) Can HSGY., s. 71.

(127) Can HSGY., s. 71-72.

(128) Aral DH., s. 932.

(129) Cairns, s. 25.

(130) Stammier, s. 92.

(131) Hart LLM., s. 82.

nı zamanda kendilerinin de nesnel ve soyut bir boyutlarının bulunduğu, diğer yandan ise, bunların somut içeriksel öğelerinin ayrıntılarının oluşması açısından somut koşullara bağlı oldukları söylenebilir.

Bugünün dünyası oluş halinde bir dünyadır; şimdiki zaman, geçmiş yüzyıllardan, giderek insanlığın günümüze kadar yaşadığı tarihsel sürecin tümünden beslenmektedir.<sup>(119)</sup> Bir bütün olarak ele alındığında insan kültürü, insanın gittikçe gelişen kendini özgürleştirme süreci olarak değerlendirilebilir; dil, sanat, din, bilim vb. bütün bunlar bu süreçteki çeşitli aşamaları deyimleyip; insan, bunların hepsinde yeni ve kendine özgü düşünsel bir dünya kurma gücünü bulgulamaktadır.<sup>(120)</sup> Dolayısıyla, 'evrensel hukuksal değerler', sürekli oluş durumunda olan ve süreçsel bir gelişmeyi deyimleyen bu insansal toplumsal varoluşla ilişkilidirler; daha doğrusu bu sürecin bir sonucu olarak algılanmalıdır. Günümüz açısından genel ve nesnel olarak temel ilkeler biçiminde ortak bir benimsenmeye dayanan bu evrensel hukuksal değerler, içeriksel ayrıntılarının belirlenmesi açısından bu süreçsel gelişmeyle ilintili olmaya devam etmektedirler.

Evrensel hukuksal değerlerin içeriksel öğelerinin neler olduğu, bunların içerdiği anlamın çerçevesi ve ayrıntılarının nasıl belirleneceği konusunda, çözüm olarak, "genel kabul görmüş materyaller"<sup>(121)</sup> kullanılabilir; bu durumda, "hukuksal alanda ardarda gelen benzer yargılar"<sup>(122)</sup> söz konusu olmaktadır. Bu konuda kesin olarak vurgulanması ve

benimsenmesi gereken şey, evrensel hukuksal değerlerin içeriği ile ilgili ilke ve standartların, akıl ve bilgiyi ölçü almak durumunda olmasıdır.<sup>(123)</sup> Başka bir deyimle, evrensel hukuksal değerlerin içeriğine ilişkin getirilecek önerilerin ya da bu konudaki oluşumların, bilimle ve temel etik ilkeleriyle çelişmemesi, bunlarla uyumlu olması gerekir. Bunun yolu ise özgürlük ortamından geçer; yani, evrensel hukuksal değerlerin somut içeriksel öğelerinin neler olduğu ve bu öğelerin anlamlarına ilişkin çerçevenin nasıl belirleneceği sorusunun çözümü için, ivedilikle ve birincil olarak, istenc, inanç ve eylem alanlarını kapsamak üzere bir bütün olarak özgürlük ortamının sağlanması gerekir. Çünkü kesinliğin dayandığı tek temel, insan görüşüdür ve bu nedenle, anlamsal gerçekliğe götüren biricik yol tartışma ortamıdır. İnsan, insansal gerçekliğin düzenleyici öznesi olarak kendine yeterlidir. Bu anlamdaki gerçeklik, insan istencine göre yapılanmaya hazır ve esnek bir özelliğe sahiptir. Hakikatin ortaya çıkarılması konusunda, insan bilinci en üstün ve tek veridir; bu açıdan, tartışmanın ve toplumsal olarak tanımlanmamış bireylerin görüşüyle bütünlenen bir ortamın önemi vurgulanmalıdır.<sup>(124)</sup>

Evrensel hukuksal değerlerin içeriğinin belirlenmesinde, "genel kabul görmüş materyallerin kullanılması"nın ya da "hukuksal alanda ardarda gelen benzer yargıların" söz konusu edilmesinin, hiçbir zaman, "gerçekliğin bilinmesinde çoğunluğun ölçü alınması" biçiminde anlaşılmaması gerekir: Doğa bilim-

lerinde olduğu gibi moral ve toplumsal bilimler alanında da, geçerlilik bir çoğunluk sorunu olmakla özdeş değildir.<sup>(125)</sup> Belli bir toplumsal yapıda, insanlık açısından genel olarak geçerli olan evrensel hukuksal değerlerin tümünün, sözü edilen toplumun tümüne benimsenmemesi olanaklıdır. Sözelimi, tüm insanlığın en azından teorik düzeyde de olsa üzerinde bir uzlaş sağladığı insan haklarıyla ilgili olarak, belli bir ülke halkının belli bir çoğunluğu karşıt bir düşünce ve tavır öne çıkarabilir. Bu karşıt düşünce ve tavır, bir çoğunluğu da yansıtsa benimsenemez; çünkü, bilindiği gibi, bir bütün olarak hukukun belirleyici özelliği, onun, 'olması gerekeni içermesi'dir; hukuk, olanı değil, olan karşısında olması gerekeni belirler.<sup>(126)</sup> Hukukun olması gerekeni belirlenmesinde temel alınması gereken ölçüler ise, insan hakları, hukuk devleti, demokrasi gibi evrensel hukuksal değerlerdir.<sup>(127)</sup> Daha da önemlisi, evrensel hukuksal değerlerin temel dayanağını oluşturan nesnel, evrensel, salt bağlayıcı olma özelliğine sahip olan etik değerlerin ve bu bağlamda yine bir etik değer olarak soyut adalet, eşitlik, özgürlük gibi kavramların, formel değerler ya da içi boş soyut kavramlar olarak metafizik bir söylemle benimsenmesi gerektiği; ve bu anlamdaki değerlerin yadsınmasını içeren, onlara karşıt bir söylemi ve uygulamayı öne süren bir yaklaşımın, salt çoğunluğun görüşünü yansıtmış olma nedeniyle benimsenemeyeceğidir.

#### D- Hukuksal Meşruluğun Ölçütü Olarak Evrensel Hukuksal Değerler Yaklaşımının Trajik Boyutu

Evrensel Hukuksal Değerler yaklaşımının bir değişme ve ilerleme olanağını içerdiği öncelikle belirtilmelidir. Adaletli, başka bir deyimle doğru hukukun<sup>(128)</sup> içeriği ve ayrıntılarının ortaya konmasına ilişkin deneyimler, bu konudaki düşünceler arasında bir farklılık olabileceğini ve evrensel hukuksal değerlerin içeriğinin ayrıntılarına ilişkin, tam anlamıyla gerçekleşmiş bir uzlaşının söz konusu olmadığını<sup>(129)</sup> göstermektedir. Ne var ki, evrensel hukuksal değerlerin hukuksal meşruluğun bir ölçütü olarak benimsenmesini içeren bir yaklaşımın, bu konuda, yani hukuksal meşruluğa ilişkin, nesnel, salt bağlayıcı ve etik temele dayalı bir bakış açısına yönelik olduğu ve bunu amaç edindiği gözardı edilmemelidir. Nesnel geçerlilik, sahip olunan ile değil, haklı istem anlamında savla ilgilidir; dolayısıyla, bu konuda temel sorunun, evrensel doğru ve belli sistematik ilkeleri olanaklı kılan gerçekçi ve doğru bir metod ortaya konabilmesi olduğu unutulmamalıdır.<sup>(130)</sup> Konuya etik boyuttan bakıldığında, evrensel hukuksal değerlerin hukukun meşruluğunun ölçütü olarak ortaya konmasının temelinde, insanın acı çekmesinin ve özgürlüğünün kısıtlanmasının kötülük olduğunu içeren bir inancın yer aldığı söylenebilir;<sup>(131)</sup> hukuksal açıdan ise, insan davranışlarının nesnel bir geçerlilikle değerlendirilme-

(119) Braudel, s. 20, 22, 58.

(120) Cassirer, s. 213.

(121) Pound LM., s. 102.

(122) Ritchie, s. 25.

(123) Manin, s. 363.

(124) Bauman, s. 48.

(125) Özbilgen EHS., s. 22.

(126) Can HSGY., s. 71.

(127) Can HSGY., s. 71-72.

(128) Aral DH., s. 932.

(129) Cairns, s. 25.

(130) Stammler, s. 92.

(131) Hart LLM., s. 82.

si ve yargılanması amacı taşınmaktadır.<sup>(132)</sup>

Hukuksal meşruluğun ölçütü olarak evrensel hukuksal değerler savunusu, hiçbir zaman herhangi bir ayrımcılık durumunu, yani hakikati bilmede ayrıcalıklı bir konumun varlığının benimsenmesini içerecek bir anlamda alınmamalıdır. Çünkü bu durumda; sözgelimi, eski çağlardan kalma, korkuya dayalı, öç amaçlı ya da belli ideolojik ve çıkar çatışmalarına dayalı kuralların "ahlak-salılık" ve "evrensel hukuksal değerler" biçiminde sunulması;<sup>(133)</sup> başka bir deyimle, "değersel baskıcılık" söz konusu olabilecektir. Bu riskli konuma düşülmemesi özgürlük ortamının sağlanması ve özgürlüğün değerinin bilinmesiyle olanaklıdır. Evrensel hukuksal değerlerin somut içeriksel öğelerinin ve onların içeriksel ayrıntılarının bulgulanması, algılanması ve yaşantılanmasında, ölçüt olarak, "insanlık toplumunun üyelerince özgürlük içerisinde gerçekleşmiş olmak" koşulu aranmalı ve bu ortamın sağlanması yönünde gerekli olanaklar yaratılmalıdır.<sup>(134)</sup>

Evrensel hukuksal değerlerin somut içeriksel öğelerine ilişkin, eksiksiz bir uzlaş çerçevesinde, olgusal olarak genel bir geçerliliğin söz konusu olamaması, bu ilkelerin gerçek olmadığı ve her yerde uygulanamayacakları anlamına gelmez.<sup>(135)</sup> Bu konuda, 'aynı zamanda, insanlığın evrensel hukuksal değerlerle bir uyum sağlama sürecini deyimleyen bir sürecin'<sup>(136)</sup> söz konusu olduğunu; "zamanın, henüz çağdaş toplumu kusursuzlaştırmadığını"<sup>(137)</sup> hiçbir za-

man unutmamak gerekir. Bütün amaçların ve düşüncelerin kaçınılmaz göreceliliği, bizi, evrensel hukuksal değerlerin varlığının ve etkinliğinin sağlanmasına yönelik uğraş verme yolundan alıkoymamalıdır. Kuşkusuz burada amaç, tarihsel olarak önümüzde duran materyalleri öğrenmek ve tersi durumda, bir kargaşa devinimi olabilecek, hiçbir zaman sona ermeyecek değişimi, sistematik bir düzen içerisinde ayarlamak ve denetlemek olmalıdır.<sup>(138)</sup>

### Sonuç ve Değerlendirme

Hukuk felsefesinin üzerinde kafa yormak durumunda olduğu konuların başında geldiğinde hiçbir kuşku olmayan hukuksal meşruluğun irdelenmesine yönelik bu çalışmada, hukuksal meşruluk sorununun evrensel ve nesnel bir ölçüte bağlı kılınması gereğinden yola çıkılmıştır. Bunun için ise, eylemsel olarak belli toplumlarda ve belli zamanlarda konunun, yani hukuksal meşruluğun nasıl algılandığının belirlenmesiyle yetinmek ve özellikle bu eylemsel durumu aynı zamanda bir "olması gereken" olarak benimsemek ve savunmak yanlışlığına düşülmemesi; konuya, bütün toplumları bağlayıcı olacak temel ilkeler açısından ve evrensel olarak yaklaşılması gerektiği açıktır. Çağdaş dünyanın, bu açıdan, tüm insanlık tarihinin kültürel mirasına sahip olmak, iletişim ve küreselleşme olguları gibi çok önemli avantajları vardır ve bu avantajlar, tüm dünya insanlığının bütün ülkelerde ve koşullarda uymak zorunda olacakları temel evrensel ilke-

lerin oluşturulmasına yönelik olumlu yönde katkı yapabilecek özelliğindedir. Temel insan hak ve özgürlükleri, hukuk devleti, demokrasi, toplumsal adalet, laiklik gibi ilkelerle somutlaşan bu temel ilkelerin; gittikçe uluslararası normatif bir yapıya kavuştukları, genel ve ortak bir kabulü ve dili yansıttıkları yadsınamaz bir gerçektir. Bu çalışma, genel olarak hukuksal meşruluğun açıklanmasına yönelik açıklamaların bu çerçevede yoğunlaştırılmasını; "evrensel hukuksal değerler" denebilecek temel hukuksal ilkelerin hukukun meşruluğunun temeli olarak benimsenmesini önermektedir.

Bu önerinin taşıyacağı en önemli güçlük evrensel hukuksal değerlerin somut içeriklerini deyimleyen temel ilkelerin ve bunların ayrıntılarının nasıl belirleneceği olduğundan dolayı, burada yineleyerek, özgürlüğün bu açıdan önemini vurgulamak gerekir: Evrensel hukuksal değerlerin somut temel ilkelerinin ve bunların anlamsal içeriklerinin oluşturulmasında, kuşkusuz özgürlük ortamının sağlanmasının büyük önemi vardır. İstenç, inanç ve eylem alanlarını kapsamak üzere bir bütün olarak özgür bir ortamın var olması, evrensel hukuksal değerlerin içeriğinin sağlıklı bir biçimde oluşturulabilmesi için bir önkoşuldur. Hukuksal çerçeve içerisinde bir özgürlük ortamında; düşüncelerin, eylem ve tavırların birbirleriyle karşılaşmalarından, tanışmalarından ortaya güzel ve doğru olan çıkacaktır. Algılama ve yaşantılaşma açısından insanlık dışında erdem ve bilginin öznesi olmaması ve tek gerçekliğin insanlık olması karşısında; bunun dışında bir ölçütün benimsenmesinin daha güzel ve adaletli bir insanlık yaşamının kurulmasında olumlu yönde bir katkı sağlayacağının

savunulabilmesi olanaksız görünmektedir. Bu konuda gerçekte üzerinde yoğunlaşılması gereken, hukuksal meşruluğun ölçütü olarak benimsenebilecek olan evrensel hukuksal değerlerin somut içeriksel öğelerinin ve bunların anlamsal içeriklerinin sağlıklı bir biçimde oluşturulması yönünde çaba harcamak ve katkıda bulunmaktır. Bu çerçevedeki çaba ve katkılar, aydınlık ve adaletin sağlandığı bir dünyanın oluşturulması yönünde önemli adımlar olarak değerlendirilmelidir.

### Kaynaklar

ADJUKIEWICZ, Kazimierz: Felsefeye Giriş, Temel Kavramlar ve Kuramlar (çev. Ahmet Cevizci), Ankara 1989.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: "La Boétie ve Siyasal Kulluk", b.y.: Etienne De La Boétie,

Gönüllü Kulluk Üzerine Söylev (çev. Mehmet Ali Ağaoğulları), Ankara 1980, s.71-139.

AIEKEN, Henri D.: The Age of Ideology, New York 1956.

ARAL, Vecdi: "Doğru Hukuk", b.y.: Yeni Türkiye, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl:2, Sy.10, s.928-937 (Metinde "Aral DH" olarak gösterilmiştir).

ARAL, Vecdi: "Dünya Görüşü Nedir?", b.y.: İÜHFD (Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan), Ayı Bası, İstanbul 1978, s.25-41 (Metinde "Aral DGN" olarak gösterilmiştir).

ARAL, Vecdi: Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul 1983 (Metinde "Aral HFTS" olarak gösterilmiştir).

ARAL, Vecdi: İnsan ve Mutlu Yaşam (Yaşamın Anlamı), Birinci Kitap: Mutluluğun Koşulları, İstanbul 1992 (Metinde "Aral İMY" olarak gösterilmiştir).

BAUMAN, Zygmunt: Yasa Koyucular İle Yorumcular (çev. Kemal Atalay), İstanbul 1996.

(132) Stammler, s. 92.

(133) Hart LLM., s. 82-83.

(134) Bkz.: Habermas Sİ., s.42.

(135) Heller/Feher, s. 109; ayrıca bkz.: Ritchie, s. 79.

(136) Hayek CL., s. 40.

(137) Stammler, s. 276.

(138) Stammler, s. 92.

BLAU, Peter M.: Exchange and Power in Social Life, John Wiley & Sons, Inc., Chicago (Metinde "Blau EPSL" olarak gösterilmiştir).

BLAU, Peter M.: "Parameters of Social Structure", b.y.: Peter M. Blau (der.): Approaches to the Study of Social Structure, The Free Press, New York (Metinde "Blau PSS" olarak gösterilmiştir).

BRAUDEL, Fernand: Uygarlıkların Grameri (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Ankara 1996.

BUBNER, Rudiger: Modern Alman Felsefesi (çev. Aziz Yardımlı), İstanbul 1993.

BURNS, Edward McNall: Çağdaş Siyasal Düşünceler (çev. A. Şenel), Ankara 1984.

CAIRNS, Huntington: The Theory of Legal Science, The University of North Caroline Press, 1941.

CAMUS, Albert: Başkaldıran İnsan (çev. Tahsin Yücel), 3. Baskı, Ankara 1990 (Metinde "Camus B1" olarak gösterilmiştir).

CAMUS, Albert: Sisyphe Söylemi (çev. Tahsin Yücel), İstanbul 1983 (Metinde "Camus SS" olarak gösterilmiştir).

CAN, Cahit: Hukuk Sosyolojisinin Gelişim Yönü, Ankara 1996

CARDOZO, Benjamin N.: The Growth of the Law, Yale University Press, New Haven.

CASSIRER, Ernst: İnsan Üstüne Bir Deneme (çev. Necla Arat), İstanbul 1980.

CHAMBERS'S ENCYCLOPEDIA, Vol. VII, London, George Newness Ltd., 1964.

COPLESTON, Frederick C.: Philosophy and Culture, Oxford University Press, 1980.

COTGROVE, Stephen: The Science of Society, London 1979.

ÇAĞIL, Orhan Münir: Hukuk Başlangıcı Dersleri (Birinci Kitap), Genişletil-

miş İkinci Baskı, İstanbul 1963 (Metinde "Çağıl HBD" olarak gösterilmiştir).

ÇAĞIL, Orhan Münir: Ruh ve Mânâ (Mânevî Nefs), Metaziği Kontra "Nietzsche" ve Kozmolojik Nihilizm, İstanbul 1978 (Metinde "Çağıl RMKN" olarak gösterilmiştir).

DEL VECCHIO, Giorgio: Hukuk Felsefesi Dersleri (çev. Şahir Erman), İstanbul 1952.

DICEY, A.V.: Lectures on the Relation Between Law and Public Opinion in England, London 1940.

DONNELLY, Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (çev. Mustafa Erdoğan/Levent Korkut), Ankara 1995.

EVERETT, Millard Spencer: Ideals of Life, John Wiley & Sons Inc., New York.

FEYERABEND, Paul K.: Yönteme Hayır (çev. Ahmet İnam), İstanbul 1991

FRIEDMANN, W.: Legal Theory, Stevens and Sons Ltd., İkinci Baskı, London 1949.

FROMM, Erich: Kendini Savunan İnsan (çev. Necla Arat), İstanbul 1991.

GARAI, Karl: Introduction to the Science of Law: Systematic Survey of the Law and Principles of Legal Study, Rothman Reprints, inc., New York 1968.

GIDDENS, Anthony: Modernliğin Sonuçları (çev. Ersin Kuşdil), İstanbul 1994.

GUTMANN, Amy: "Giriş" (Çev. Özcan Kabakçıoğlu), b.y.: Charles Taylor vd.: Çok kültürcülük (Hazırlayan: Amy Gutmann), İstanbul 1996, TODAİE, S.23-41.

GÜRKAN, Ülker: Hukuk Sosyolojisine Giriş, Ankara 1989

HABERMAS, Jürgen: "İdeoloji" Olarak Teknik ve Bilim (çev. Mustafa Tüzel), İstanbul 1993 (Metinde "Habermas İOTB" olarak gösterilmiştir).

HABERMAS, Jürgen: Sivil İtaatsizlik (çev. Hayrettin Ökçesiz), İstanbul 1995 (Metinde "Habermas Sİ" olarak gösterilmiştir).

HANÇERLİOĞLU, Orhan: Felsefe Ansiklopedisi, C.7, İstanbul 1993.

HAYEK, F. A.: Studies in Philosophy, Politics and Economics, London 1967 (Metinde "Hayek SPPE" olarak gösterilmiştir).

HAYEK, F. A.: The Constitution of Liberty, Chicago 1960 (Metinde "Hayek CL" olarak gösterilmiştir).

HEGEL: Tinin Görüngübilimi (çev. Aziz Yardımlı), İstanbul 1986

HEINEMANN, Fritz: "Etik", b.y.: Diemer vd.: Günümüzde Felsefe Disiplinleri (çev. Doğan Özlem), İstanbul 1990, s.335-359.

HIRSCH, Ernst E.: "İktidar ve Hukuk" (çev. Hayrettin Ökçesiz), b.y.: Hukuk Araştırmaları, C.2, Sy.3, İstanbul 1987.

HOBBS, Thomas: Leviathan (çev. Semih Lim), İstanbul 1993.

INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES, Vol:8, The Macmillan Company & the Free Press (ed. David L. Sills), 1968.

İZVEREN, Adil: Hukuk Felsefesi, Ankara 1988

KANT, Immanuel: Pratik Usun Eleştirisi (çev. İsmet Zeki Eyuboğlu), İstanbul 1989

KOVEL, Joel: Tarih ve Tin -Özgürleşme Felsefesi Üzerine Bir Deneme- (çev. Hakan Pekinel), İstanbul 1994.

LE FUR, Louis: Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin (çev. Nihat Raif Erim), İstanbul 1940.

LÉVI-STRAUSS, Claude: Hüzünlü Dönenceler (çev. Ömer Bozkurt), İstanbul 1992 (Metinde "Lévi-Strauss HD" olarak gösterilmiştir).

LÉVI-STRAUSS, Claude: Yaban Düşünce (çev. Tahsin Yücel), İstanbul

1994 (Metinde "Lévi-Strauss YD" olarak gösterilmiştir).

LLOYD, Dennis: The Idea of Law, Penguin Books, Baltimore-Maryland 1964.

MAGEE, Bryan: Yeni Düşün Adamları (Haz. Mete Tunçay), Ankara 1985.

MANIN, Bernard: "On Legitimacy and Political Deliberation", b.y.: Political Theory, Vol.15, No:3, Sage Publications Inc., August 1987, s.338-368.

MARCUSE, Herbert: Us ve Devrim (Çev. Aziz Yardımlı), İstanbul 1989.

MARKS, K./ENGELS, F.: Alman İdeolojisi (çev. Hamdullah Erbil), İstanbul 1990 (Metinde "Marks/Engels Aİ" olarak gösterilmiştir).

MARKS, K./ENGELS, F.: Yazın ve Sanat Üzerine I (çev. Ömer Ünal), Ankara 1995 (Metinde "Marks/Engels YSÜ" olarak gösterilmiştir).

O'CONNOR, James: The Fiscal Crisis of the State, New York 1973.

ÖKÇESİZ, Hayrettin: Hukuk Devleti Olgusu", b.y.: HFSA, 3. Kitap, İstanbul, Mayıs 1996, s.140-153

ÖKTEM, Niyazi: Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul 1977 (Metinde "Öktem ÖSH" olarak gösterilmiştir).

ÖKTEM, Niyazi: Sosyolojinin ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1995 (Metinde "Öktem SFDHA" olarak gösterilmiştir).

ÖZBİLGEN, Tanık: "Antinaturalist Sosyoloji Anlayışının Justifikasyonu Bakımından Kompreansif Sosyoloji Anlayışının Legitimasyonu", b.y.: İÜHFİM (Hirsch'e Armağan), C.XIII, 1976, Sy.1-4 (Metinde "Özbilgen ASJKS" olarak gösterilmiştir).

ÖZBİLGEN, Tanık: Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, C.I, İstanbul 1971 (Metinde "Özbilgen EHS" olarak gösterilmiştir).



ÖZBİLGEN, Tarık: Hukukta Meşruiyet Meselesi Üzerine Bir Deneme (Ferdietçi Bir Hukuk Anlayışının Müdafası), İstanbul 1969 (Metinde "Özbilgen HMÜD" olarak gösterilmiştir).

PERELMAN, Chaim: "Yeniden So-ruşturulan Adalet" (Çev. Murat Önderman), b.y.: HFSA, 1. Kitap, İstanbul 1993, s. 61-67.

PERRY, Ralph Barton: Realms of Value: A Critique of Human Civilization, Harvard University Press, Cambridge 1954.

POOLE, Ross: Ahlak ve Modernlik (Çev. Mehmet Küçük), İstanbul 1993.

POUND, Roscoe: An Introduction to the Philosophy of Law, Oxford University Press, Cambridge 1954 (Metinde "Pound IPL" olarak gösterilmiştir).

POUND, Roscoe: Law and Morals, New York 1969 (Metinde "Pound LM" olarak gösterilmiştir).

RHYS, Ernst (ed.): The Republic of Plato, Everyman's Library, London, New York 1935.

RITCHIE, M. A., DAVID G.: Natural Rights: A Criticism of Some Political and Ethical Conceptions, George Allen & Unwin Ltd., London.

RUSSEL, Bertrand: The Problems of Philosophy, Oxford University Press, Oxford - New York 1963 (Metinde "Russel PP" olarak gösterilmiştir).

RUSSEL, Bertrand: The Will to Doubt, The Wisdom Library, New York 1958 (Metinde "Russel WD" olarak gösterilmiştir).

SAHAKIAN, William S.: Felsefe Tarihi (Çev. Aziz Yardımlı), İstanbul 1990.

SARTORY, Gidvanni: Demokrasi Kuramı (çev. Deniz Baykal), SİTDY, No:23, Ankara.

SARTRE, Jean - Paul: Denemeler (çev. Sabahattin Eyüboğlu/Vedat Gün-

yol), Say Kitap Pazarlama, İstanbul (Metinde "Sartre DEN" olarak gösterilmiştir).

SARTRE, Jean - Paul: Yazınsal Denemeler (çev. Bertam Onaram), İstanbul 1984 (Metinde "Sartre YD" olarak gösterilmiştir).

SCHEINGOLD, Stuart A.: The Politics of Rights, Lawyers, Public Policy and Political Change, New Haven, Yale University Press, 1974.

SCHELER, Max: "Felsefi Dünya Görüşü" (çev. Akın Etan), b.y.: Bedia Akarsu: Çağdaş Felsefe, İstanbul 1979, s.220.

STAMMLER, Rudolf: The Theory of Justice (çev. Isaac Husik), Rothman Reprints, inc., New York 1969.

STROLL, Avrum/POPKIN, Richard H.: Introduction to Philosophy, New York 1961.

SWINGWOOD, Alan: Kitle Kültürü Efsanesi (çev. Aykut Kansu), Ankara 1996.

ŞENNET, Richard: Otorite (çev. Kamil Durand), İstanbul 1992.

TAMMELO Lyndall Lorna: "Adaletin Özü Olarak Eşitlik" (Çev. Murat Önderman), b.y.: HFSA, 1. Kitap, İstanbul 1993.

TÜRK DİL KURUMU: Türkçe Sözlük, Ankara 1982.

ÜNSAL, Artun: Siyaset ve Anayasa Mahkemesi ("Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi), Ankara 1980

WESTERMARCK, E.: Ethical Relativity, London 1932.

YÖRÜK, Abdülhak Kemal: Hukuk Felsefesi Dersleri, Fasikül:I, İstanbul 1952.

YÖRÜKOĞLU, Ömer: Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi, İstanbul 1982

## Hakların Normatif Temelleri

Erol Kuyurtar<sup>(\*)</sup>

Hakların normatif temellerinin neler olabileceği sorusunu ele almak, haklara ilişkin bazı tartışmaların üzerine yoğunlaştığı üç problemin hesaba katılmasını gerektirir. Birincisi, hak kavramının içerdiği kurucu öğelerin neler olduğunu; ikincisi, kendisine hak atfedilen veya ilgili hakka sahip olduğu iddia edilen varlığın niteliklerinin neler olabileceğini; ve nihayet, bir hakkı meşru kılacak ahlaksal bakımdan kabul edilen veya kabul edilmesi gereken argümanların neler olabileceğini belirtmeyi gerektirir. İşte bizim bu bildiride yapacağımız da, haklara ilişkin birçok tartışmalarda farklı derecelerden ve farklı biçimlerde kendilerinden söz edilen bu üç problem üzerine genel değerlendirmelerde bulunmak olacak.

Hakları oluşturan kurucu normatif öğelerin neler olduklarını ele alırken, bunu sadece insanla sınırlandıracağız. İnsan olmayan varlıkların haklarından günümüzde epeyce söz edildiği bir vakadır kuşkusuz; ama biz bu grubu, kim veya ne bir hakka sahiptir sorusunu tartıştığımızda ele alacağız.

Wesley N. Hohfeld'in hak kavramının dört farklı kullanımını içeren yasal haklara ilişkin yaptığı analizden çıkarıldığı sonuçlar üzerinde, oldukça geniş bir görüş birliğinden söz etmek mümkündür. "Talep-hakkı" (claim-right), "serbestlik veya ayrıcalık" (liberty -

privilege), "güç" (power) ve "dokunulmazlık" (immunity)<sup>(1)</sup> olarak önerilen bu dört farklı kullanım aynı zamanda bir hak kavramının temel kurucu öğeleri olan ve dolayısıyla verili herhangi bir hakka temel olabilecek kavramsal öğelerdir de. Verili herhangi bir hakkın içerdiği bu kavramsal öğelerin her birinin, ikinci veya üçüncü bir tarafın, hak sahibiyle ilişkisinde durumunu belirleyen, diğer bir kavramsal öğeyle bağlantısı vardır. Örneğin A'nın X'e hakkı vardır dediğimizde, A'nın X'i yapmasına hem izin veren hem de X'i yapmaması konusunda A'ya engel olabilecek herhangi bir eylemden sakınan B'ye karşı, bir "talebinin" olduğunu kastedebiliriz. Hak kavramının buradaki kurucu öğesinin talep hakkı olduğunu ve bu talep hakkının kavramsal bağlantısının da ikinci tarafın genel olarak ödevi olduğunu söyleyebiliriz. İkinci olarak, A'nın X'e hakkı vardır ifadesi, A'nın X'i yapmamaya ilişkin herhangi bir ödevinin yokluğu anlamına gelebilir. Dolayısıyla, bu "serbestlik" hakkı, X'in yapılmayabileceğine ilişkin bir ödevin yokluğunu doğurur. Başka bir deyişle, buradaki hak kavramının kullanımında hak sahibi olan bir kimsenin, söz konusu olan bu hakkı kullanıp kullanmama serbestliği vardır ve dolayısıyla ilgili hakkı kullanmamaya ilişkin herhangi bir ödevin varlığı söz konusu değildir.

(\*) Yrd. Doç. Dr., Muğla Üniversitesi, Fen Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü.

(1) Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, 1923.

bu kimse için. Üçüncü olarak, A'nın X'e hakkı vardır ifadesiyle, A'nın bir "güce" sahip olduğunu ve böylece onun bu gücü kullanmayla diğerlerinin statülerini etkileyebileceğini veya değiştirebileceğini kast edebiliriz. Bu durumda, "güç hakkının" kavramsal bağlantısı "tabi olma"dır (liability).<sup>(2)</sup> Örneğin eğer ben yasal bir güce sahipsem, birilerinin (veya herkesin) durumu benim bu gücü kullanma tarzıma uygun olarak değişmeye tabidir. Son olarak, A'nın diğerlerinin eylemlerinden korunduğu anlamında onun X konusunda dokunulmaz olduğunu belirtiriz. Buradaki dokunulmazlık hakkının kavramsal bağlantısı bir bakıma 'yetersizlik'tir. "Anayasal güvencesi olan bazı ayrıcalıklar ve talep hakları genellikle bir dokunulmazlığı da içerirler: sadece X'i yapmama ödevimin olmadığı veya sadece diğerlerinin benim X'i yapmama izin vermelerine ilişkin ödevlerinin olduğunu ileri sürmek anlamında değil, ama aynı zamanda yasama organı da dahil olmak üzere hiç kimsenin bu durumu değiştiremeyeceği anlamında" bir dokunulmazlıktan söz edebiliriz.<sup>(3)</sup>

Bazı hak teorisyenleri Hohfeld'in önerdiği bu dört kurucu öğeden sadece birinin bir hakkı oluşturduğunu ileri sürmektense, herhangi bir hakkın kurucu öğesi olarak yukarıda belirttiğimiz dört kavramsal öğenin, yani bir talep, bir güç, bir serbestlik ve bir dokunulmazlık olarak hakları oluşturan normatif kurucu öğelerin tümünün birden bir hak kavramında içerik olarak bulunduğunu iddia ederler. Bu teorisyenlerden biri olan ve ilgisini yasal haklar üzerine yoğunlaştıran Carl Wellman'a göre

"yasal bir hak, yasal serbestlikler, talepler, güçler ve dokunulmazlıkların oluşturduğu karma bir kümedir."<sup>(4)</sup> Öte yandan, herhangi bir verili hakkın bu dört kavramsal öğenin bir aradalığıyla oluştuğunu söylemek, bu her bir öğenin ilgili hakkın yapısında eşit derecede ve yoğunlukta olduğu anlamına gelmez. Nitekim Wellman bir hakkı oluşturan belirleyici öğe ile bu öğeye bağlı olan diğer öğeler arasında bir ayrım yapar. Bir hakkı talep, serbestlik, güç veya dokunulmazlık olarak tanımladığımızda, bu hakkın sadece sözü edilen öğeden oluştuğunu söylemek istemeyiz; tersine, böyle bir tanım yapmakla bu hakkı kendisiyle tanımlayabileceğimiz ve yine bu hakkın temelinde yer alan belirleyici öğeye işaret ederiz. Böylece bir hakkın temel belirleyici öğesi, bu hakkın kurucu öğeleri olan diğer öğelerin de biraradalığını sağlar. Wellman bunu şöyle dile getirir: "borcun geri ödenmesine ilişkin sahip olduğum yasal hakkımın temel öğesi, benim borcun geri ödenmesine ilişkin ileri sürdüğüm yasal talebidir." Bu, aynı zamanda, bana borçlu olan kimsenin borcu geri ödemesi yönünde yasal bir yükümlülüğünün olduğu anlamına da gelir. "Eğer yasa borcun geriye ödenmesi için yaptırım uygulama anlamında bana yasal bir güç verirse, bu, [söz konusu] yükümlülüğün yerine getirilmesini yasal olarak kontrol edebilirim [demektir] ... Yasa aynı zamanda, bana borçlu olan kimsenin, borcu ödemeyi önerdiğinde, bu öneriyi kabul edip etmeme yönünde bir yasal serbestliği de verir. Nihayet, bana borçlu olan şahsa, borcunu geri ödetme konusunda yasal olarak doku-

nulmaz değilsem, bu borcun bana geri ödenip ödenmemesi hiç de bana bağlı olmaz."<sup>(5)</sup>

### Talepler Olarak Haklar

Şimdi bu kavramsal öğelerden sadece biri üzerine yoğunlaşarak, seçim yapabileceği kapasitesine sahip olan insanlar için bir hak durumunun pratikte nasıl işlediğini göstermeye çalışalım. Örneğin Joel Feinberg bir hak durumuna ilişkin öğelerin "talep-haklar"ı olduğunu ileri sürer.<sup>(6)</sup> Buna göre, bir hakka sahip olmak halihazırdaki veya potansiyel hak sahibi kimsenin iki durumda olmasını gerektirir: bir şeye talep ve bir kimseye karşı talep. Bir şeye talep ve bir kimseye karşı her talep durumu, bir hakkın varlığını her zaman zorunlu olarak gerektirmez. Bir talebin hak durumunu oluşturmaması, söz konusu talebin geçerli olmasını gerektirir. Bir talebi geçerli kılan şey ise "talep etme eyleminin salt bir aktivite olması değil; tersine, bu talebi yönlendiren, geçerli kılınmış ahlaksal ve yasal ilkelerdir."<sup>(7)</sup> Başka bir deyişle, "bir kişinin A'ya sahip olabilmesini veya onu yapabilmesini destekleyen belirli nedenlere dayanan yasal ve ahlaksal gerekçeler olduğunda, o zaman bu kişi bir talebe sahiptir. Bir talebe sahip olmak ise, bir talepte bulunma pozisyonunda olmak demektir."<sup>(8)</sup>

Bir şeye talebi ile bir kimseye karşı talebi birbirinden bağımsız olarak değerlendirebiliriz. Başka bir deyişle, bir özelliğin, bir şeyin veya bir durumun bir hakkın konusu olması için, bu şeyin, özelliğin veya durumun kime karşı bir

talep olarak ileri sürüldüğünden bağımsız olarak meşru kılınabilir olması mümkündür. Öte yandan, bir şeye ilişkin geçerli veya meşru kılınmış bir talebe sahip olma, tamamlanması gereken bir hak kavramının sadece bir bölümünü oluşturur. Bu haliyle ilgili hak henüz tamamlanmış değildir. Dolayısıyla geçerli veya meşru kılınmış bir talebin bir hak kavramını tamamlayan ikinci öğesine gerek vardır, ki bu da, talebin konusu olan şeyin, durumun veya özelliğin kendisine karşı yapılabileceği belirlenmiş olan tüzel veya gerçek bir kimsenin varlığını gerektirir. İşte bir talebin kime karşı yapıldığını belirler belirlenmez, bu kimsenin aynı zamanda ödevinden veya yükümlülüğünden de söz etmiş oluruz. Burada yükümlülük ve ödev kavramlarına ilişkin kısa bir belirmede bulunmak faydalı olabilir. Yükümlülük kavramı daha çok hukuksal bir kavramdır ve yazılı bir hukuk sisteminde tanınan haklara karşılık gelir. Başka bir deyişle, yasal haklardan söz ettiğimizde, bu haklara karşılık gelen kavram yükümlülüktür. Öte yandan ödev kavramı ise daha çok ahlaksal bir kavramdır ve Evrensel İnsan Hakları gibi bazı hakların belli bir toplumun hukuk sisteminde tanınıp tanınmamasından bağımsız olarak varolan haklara karşılık gelir. Bu haklar belli bir toplumda yasal haklar olarak tanınmayabilirler; fakat bu, söz konusu hakların var olmadığı ve ilgili kimselere bu haklara karşılık gelen belli bir sorumluluğu yüklediği anlamına gelmez. İşte yasal haklar olarak tanınması gerekip de tanınmayan bu haklar ahlaksal haklar-

(2) Walter W. Cook, 'Introduction' to Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, 1923, s. 5-10; ve Jeremy Waldron, 'Introduction' Jeremy Waldron (der.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1995, s. 6-8.  
(3) Waldron, s. 7.  
(4) Carl Wellman 'Upholding legal rights', *Ethics*, 1975, s. 51

(5) Wellman, s. 52-53.  
(6) Joel Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice-Hall, 1973, s. 58-59.  
(7) Joel Feinberg, *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton University Press, 1980, s. 154.  
(8) R. Martin & J. Nickel, 'Recent work on the concept of rights', *American Philosophical Quarterly*, vol. 17, 1980, s. 168.

dır ve ilgili kimseler üzerinde yarattığı sorumluluk da ahlaksal bir kavram olan ödev kavramıyla açıklanır. Buradan itibaren metnimizin akıcı olması açısından yükümlülük kavramını her iki anlamı içerecek şekilde kullanacağız. Yukarıdaki tartışmamıza dönecek olursak, şunu belirtebiliriz: kendisine karşı meşru kılınmış her talep durumunda ilgili kimsenin sözkonusu talebe karşılık gelen bir yükümlülüğünden söz etmek, bizi haklarla yükümlülükler arasında bir karşılıklılık ilişkisinin olduğu görüşüne götürür.

### Haklar ve Yükümlülükler

Nitekim haklarla yükümlülükler arasında karşılıklılık ilişkisinin olduğunun kabulü oldukça yaygın bir görüştür. Buna göre, bir yükümlülük olmaksızın bir haktan, bir hak olmaksızın da bir yükümlülüğünden söz edilemeyeceği ileri sürülür. Haklarla yükümlülükler arasında doğrudan bir karşılıklılık ilişkisinin olduğunu kabul ettiğimizde, hakları da ikinci tarafın yükümlülükleriyle tanımlanmış oluruz. Burada şöyle bir itiraz yöneltilebilir: eğer dil, hak ve yükümlülük gibi iki farklı kullanıma sahipse, o zaman bu iki terim farklı anlamlara işaret etmelidir. Richard B. Brandt isimli bir hak teorisyenine göre farklılık sadece dilin aktif ve pasif kullanımıyla ilgilidir. Örneğin, "X, borcunun ödenmesi hakkına sahiptir" ifadesi "Y'nin borcu ödeme yükümlülüğü vardır" ifadesiyle eşdeğerdir.<sup>(9)</sup> Bu bakımdan, her bir hak kendisine karşılık gelen bir yükümlülüğü gerektirdiği gibi, her bir yükümlülük de kendisine karşılık gelen bir hakkı gerektirir. Gerçekten de, bir borcun geriye ödenmesi hakkı gibi bir çok hakkı ikinci tarafın yükümlülüğüyle ilişkilen-

dirnek mümkün olmakla birlikte, haklarla yükümlülüklerin karşılıklı birbirlerini gerektirdiği iddiası, bazı hakların yükümlülükleri gerektirmediği ve yine özellikle bazı yükümlülüklerin de bunlara karşılık gelebilecek bir hakkı gerektirmediği gösterilerek reddedilebilir.

Yükümlülük belli bir eylemliliği gerektirir. Bu bakımdan bazı haklar, hak sahibinin ilgili hakkın bir gereği olarak, bu hakkın kendisine yöneldiği kimsenin belli bir eylemlilik içinde olmasını gerektirmesine rağmen, başka bazı haklar ise ikinci tarafın belli bir eylemsizlik içinde olmasını gerektirir. Her bir hakkın kendisine karşılık gelen bir yükümlülüğün olduğunu ileri sürmek, söz konusu hakkın kullanımı için ikinci bir tarafa belli bir eylemsizlik yükleyen negatif haklardan ziyade, yine ilgili hakkın kullanımı için ikinci tarafa belli bir eylemlilik yükleyen pozitif haklar için geçerli olduğunu söylemek daha doğrudur. Pozitif veya refah hakları olarak da adlandırılan hakların kullanımı için, gerçekten de ikinci tarafın belli bir eylemlilik içinde olması durumu vardır ve bu nedenle biz bu eylemlilik durumunu yükümlülük kavramıyla açıklayabiliriz. Öte yandan, negatif haklardan söz ettiğimizde, yani bireylerin bir şeyler yapmalarına izin verme, ve bu yaptıkları şeylere engel olmaktan sakınma gibi durumlarda, haklarla yükümlülükler arasındaki bu sıkı ilişki zayıflar. Örneğin, anayasal bir hak olarak konuşma özgürlüğü üzerine yoğunlaşan David Lyons'a göre, bir kimsenin anayasal hakkı olan konuşma özgürlüğünün kavramsal bir bağı vardır. Ama "bu bağı yükümlülük oluşturmaz; [tersine bu bağı] yasamanın sağladığı yetersizlikler."<sup>(10)</sup> Görülebileceği gibi, özellikle ser-

bestlik haklarının kavramsal bağı, doku- nulmazlıkların (immunities) sınırları içinde görülebilir ve dolayısıyla bu haklar ikinci bir tarafın yükümlülükleriyle bir bağlantısal ilişki içinde olmalarından ziyade, söz konusu tarafın yetkisizliğiyle (disabilities) açıklanabilirler.

Öte yandan, Feinberg'in ileri sürdüğü "talep-hakları" teorisi, ödev ve yükümlülüklerin yanı sıra, karşı tarafa yüklenen yetersizlikleri ve tabi olmaları da içerecek şekilde genişletilebilir. Bu haliyle Feinberg'in teorisi hak kavramı için çok daha zengin kavramsal içerikler sunabilir, zira hakların talepler olarak ortaya çıktığı düşüncesine dayanan bu teorinin, bir talepte bulunma durumunun doğasına yakından baktığımızda, bunun bir hak durumunun oluşması için teoriye oldukça kabul edilebilir bir zemin sağladığını söyleyebiliriz. Yani, bir talebin kime karşı yapıldığını bilmeksizin, bir şeye talebi meşrulaştırarak, bu talebe sahip olan kimseye bazı yasal ve ahlaksal avantajları sağlamanın, bir hak kavramından söz etmemizin ilk ve zorunlu aşaması olduğunu kabul etmek oldukça makuldür. Bir kez bu aşama temellendirildiğinde, söz konusu hakkın uygulanmasının veya kullanılmasının, Wellman'ın belirttiği gibi ikiden fazla tarafın varlığını gerektirdiğini ileri sürmek pek de zor olmayacak.

### Kim (ve Ne) Bir Hakka Sahiptir

Bir hak kavramını oluşturan kurucu öğeler nelerdir sorusu, kim veya ne bir hakka sahiptir sorusunu da ele almayı gerektirir. Bu soruya verilebilecek yanıtlar yukarıda kısaca değindiğimiz kavramsal belirlemelerden çok daha çeşitli ve bir o kadar da tartışmalıdır, zira kim veya ne bir hakka sahip olabilir sorusuna yanıt olarak birbirinden oldukça farklı ve çatışmalı görüşlerin ileri sürül-

düğünü görüyoruz. Bu çeşitliliğin ve dolayısıyla çatışmanın önemli bir nedeni, bir hak durumunun sadece insanla sınırlı olmadığından hareketle, diğer varlık alanlarına da hak kavramını atfedilen görüşlerin varlığıdır. Bu nedenle de, bu görüşlerin hiçbirisi, hak kavramının konusu olabilecek bütün varlık alanlarını tek başlarına kapsayamazlar. Örneğin acı çekme kapasitesine sahip olmanın, ilgili varlığa söz konusu hakkı atfetmenin meşru bir gerekçesi olarak kabul edilmesi, acı çekme yetisine sahip olan bazı insan olmayan varlıkları da kapsar. Ama öte yandan böylesi bir kabul, örneğin ötenazi tartışmalarının üzerine odaklandığı iyileşmesi mümkün olmayan koma durumunda olan (yani acı çekme yetisini kaybetmiş olan) insanların ölme hakkına sahip olmaları gerektiğini iddia eden görüşü dışta bırakır. Bunun gibi, bir varlığın hak sahibi olmasının ölçütü olarak akla, dolayısıyla seçim yapabilme kapasitesine vurgu yapmak, bu kapasiteye sahip olmayan veya onu kaybetmiş olan insanları dışarıda bırakabileceği gibi, bu kapasiteye oldukça sınırlı da olsa sahip olan insan olmayan varlıkları kapsadığını görürüz. Ve nihayet, bir hakka sahip olmanın ölçütü olarak bir çıkara sahip olma gerektiği ileri sürüldüğünde, hayvanların yanı sıra, bir çıkara sahip olduğunu düşündüğümüz herhangi bir varlık alanını da hak kavramının içine katmış oluruz. Ama öte yandan, bir çıkara sahip olma kimin bir hakka sahip olduğunu belirlemede bir ölçüt olarak kabul edildiğinde ise, bu ölçüt, örneğin insan ceninine bir hak atfetmeyi sağlamakla birlikte, kürtaj tartışmalarının aslı taraflarından biri olan kadının bedeni üzerinde bir tasarrufta bulunma hakkı-

(9) Richard B. Brandt, *Ethical Theory*, Prentice-Hall, 1959, s. 434.

(10) David Lyons, 'The correlativity of rights and duties', *Nous*, 1970, s. 47.

nın olduğunu ileri süren görüşü dışta bırakabilir.<sup>(11)</sup>

Görülebileceği gibi, kimin veya neyin bir hak sahibi olabileceğine ilişkin a priori olarak kabul edilebilecek ahlaksal bir ilke yoktur. Söz konusu ahlaksal ilkeyi belirlemek için ileri sürülen herhangi bir ölçüt, sadece belli bir varlık alanını kapsar, ve dolayısıyla haklar söyleminde hesaba katılması gereken veya hesaba katılması gerektiği düşünülen diğer varlık alanlarını dışta bırakmış olur. Brenda Almond isimli bir yazar, hakların nüfuz alanını genişletmenin veya daraltmanın, bir kimsenin ilgili hakkı atfedeceği varlığa olan empatisinin veya cömertliğinin derecesine bağlı olduğunu ileri sürer. Fakat öte yandan, bu nüfuz alanı çok geniş tutulursa hak kavramı kendisinden beklenen etkili bir yaptırıma sahip olma gücünü kaybeder; eğer hakların içine aldığı nüfuz alanı daraltılırsa, bu durumda da insanların hesaba katılması gerektiğini ileri sürdükleri varlık kategorileri dışta kalmış olur.<sup>(12)</sup>

Bu durumda iki farklı perspektiften söz edebiliriz: birincisi, ilgili varlığın ahlaksal bir statüye sahip olması koşulu bir hakka sahip olmanın ölçütü olarak ileri sürülebilir. Fakat bu pek de makul bir görüş olmayacaktır, çünkü hakları, sadece ahlaksal ilkeler oluşturan ve bu ilkeler doğrultusunda bir yaşam sürdüren anlamında ahlaksal statüye sahip olan varlıklarla sınırlandırmamız, yukarıda belirttiğimiz gibi, ahlaksal statüye sahip olmayan ama haklar söyleminde hesaba katılmaları gerektiğini düşündüğümüz varlık kategorilerini dışta bırakmamıza neden olur. O halde ikinci perspektifi, yani ilgili varlığın bir hakka sahip olup olmamasını belir-

leyen ölçütün, onun ahlaksal bir statüye sahip olup olmamasına bağlı olmadığını belirtip, söz konusu varlığa bir hak atfetmemizi mümkün kılacak ahlaksal bakımdan bazı geçerli nedenlerimizin olup olmamasına bağlı olduğunu ileri sürmek daha anlamlıdır.

### Hakların Meşrulaştırılması

Bu son söylediklerimiz bizi kaçınılmaz olarak hakların meşru temellerinin neler olduğu sorusuna, bu soru da bizi ahlaksal bir boyutun haklar söyleminde zorunlu olarak hesaba katılması gerektiği kabulüne götürür. Hakların meşrulaştırılmasında ahlaksal bir temellendirmenin kaçınılmaz olduğunun kabulü ise, bizi yasal hakları kapsayan pozitif hukukun ötesine, yani kaynağını doğal hukuk öğretilerinde bulan doğal haklara veya ahlaksal da diyebileceğimiz haklara götürür. Doğal veya ahlaksal haklar, ilgili herhangi bir hakkın ahlaksal bakımdan meşru olup olmadığının kendileri aracılığıyla değerlendirildiği haklardır.

Öte yandan, ahlaksal haklardan söz etmenin felsefi açıdan anlamlı olup olmadığının ilişkin kayda değer bir tartışmanın olduğu da bir vakadır. Örneğin Raymond G. Frey'e göre ahlaksal haklardan söz etmek oldukça keyfi bir iddiadır, zira bizler bu hakların meşru temelleri olabilecek ahlaksal ilkeler üzerinde tam olarak uzlaşmış değiliz. O halde problem, ahlaksal hakların olup olmadığı problemi değildir; problem, daha temelde, üzerinde uzlaşılmış genel geçer evrensel ahlak ilkelerinin olup olmadığı problemidir. Frey'e göre, eğer ahlaksal hakların varlığından söz edilecekse "bu hakların temelleri olarak ileri sürülen ilkeleri belirtmek zorunda-

yız."<sup>(13)</sup> Yok eğer, ahlaksal hakların varlığından söz edilmeyecekse, biz yine de söz konusu ilkelerin meşruiyetini gösterebiliriz. Frey'in burada vurgulamak istediği şudur: ahlaksal ilkeler üzerinde bir uzlaşıya varsak bile, bu uzlaşı yine de ahlaksal haklardan söz etmemizi gerektirmez. Ona göre ahlaksal hakların varlığını iddia etmenin gereksizliği şu şekilde gösterilebilir: ahlaksal ilkeler üzerinde bir uzlaşıya varamayacaksa, o zaman ahlaksal hakların varlığı üzerinde de bir uzlaşıya varamayız; öte yandan, eğer bazı ahlaksal ilkeler üzerinde bir uzlaşıya varacaksa, o zaman da bu uzlaşıya karşılık gelebilecek ahlaksal bir hakkın varlığını ileri sürmek gereksiz olacaktır, zira ahlaksal bir varlık olarak ben, diğerleriyle üzerinde uzlaştığım söz konusu ahlak ilkelerini artık kendi ilkelerim kılıp, bu ilkeler doğrultusunda cıleyeceğim ve bu durumda da benim diğerleriyle ilişkilerimi düzenleyecek bir hakka gerek kalmaz.

Frey'in iddiasına şöyle bir itiraz yöneltilebilir: ahlaksal ilkeler üzerinde her uzlaşının zorunlu olarak bir hakkı gerektirmediğini, ve yine bazı ilkeler üzerinde görüş farklılıklarının olmasının bir hakkın yokluğunu zorunlu olarak gerektirmediğini söyleyebiliriz. Bazı ahlaksal ilkeler üzerinde uzlaşının olması, gerçekten de ilgili bir hakkı gerektirmeyebilir, zira uzlaşılan ilkeler doğrultusunda eylediğimiz sürece, bu duruma karşılık gelebilen bir haktan söz etmemiz oldukça gereksiz olur. Bu nedenle, bir uzlaşı durumunda haklara gerek olmadığının kabulü, bizi haklardan söz etmenin koşulu olarak bazı ihtiyaçların, çıkarların ve taleplerin çatışma halinde olmaları gerektiği kabulüne götürür. İşte haklardan söz etme tam da

bu gibi durumlarda anlamlı olur. Başka bir deyişle, haklar söz konusu olduğunda hak sahibi ile ilgili ikinci ve üçüncü taraflar arasında bir çatışma kaçınılmazdır, zira tarafların çıkarlarının veya pozisyonlarının çatışması hak kavramının kendisinde içkin olarak vardır. Çatışmanın hak kavramında içkin olarak var olduğunun kabulü ise, haklar söyleminin hangi hakkın ne için istendiğini belirten kişinin subjektif bakış açısından ibaret olduğu ve dolayısıyla haklara ilişkin ifadelerin, olguları dile getirmekten ziyade, bu olgulara ilişkin bireylerin seçtikleri bireysel perspektiflerini yansıtan ifadeler olduğu kabulüne götürür.

Hakların hangi varlık alanlarına atfedilebileceğine ilişkin ileri sürülen ölçütlerin çeşitliliğinin, ve yine haklara ilişkin ifadelerin olguları dile getirmekten ziyade, bu olgulara ilişkin bireylerin seçtikleri bireysel perspektiflerini yansıtan ifadeler olduğunun kabulü, hakların varlığına ilişkin kuşkucu bir tavra yönelmemizi cazip kılabilir. Fakat bu, özellikle insanla ilgili haklar söz konusu olduğunda iki nedenden dolayı çok da cazip bir seçenek olmayacaktır. Birincisi, her şeyden önce haklar ahlaksal söylemlerde ve özellikle siyasal taleplerde günümüzün oldukça revaçta olan bir terimi olmuş ve bu terim hem hak talebinde bulunan kimseler üzerinde hem de bu hak talebinin kendisine yöneldiği insanlar ve yönetimler üzerinde oldukça etkili olmaya başlamıştır. Bu bakımdan haklar, ilgili kimselere bazı yükümlülükler ve yetkisizlikler (veya yetersizlikler) yükleyerek, bu kimselerin davranışlarından incinebilir veya mağdur olabilecekleri koruma gibi önemli bir pragmatik işleve sahiptir-

(11) Brenda Almond, 'Rights', Peter Singer (der.), *A Companion to Ethics*, Blackwell, 1995.

(12) a.g.m.

(13) Raymond G. Frey, *Interests and Rights*, Clarendon Press, 1980, s. 11.

ler. İkincisi, toplumlar en geniş anlamında yaşama ve bu yaşamın nasıl yaşanması gerektiğine ilişkin farklı pratik ilkelere sahip olsalar bile, bu ilkelere bazılarının kendilerine dayandıkları bazı değerler bütün toplumlarda ortaktır. Örneğin, bütün toplumlar insan yaşamına yüksek değer verirler; meşru kılınmış belirli gerekçeler olmadığı sürece, bireylerin hemcinslerini öldürmele-ri kabul edilmez. Bütün toplumlar, cinsel ilişkiler üzerine şu veya bu dereceden bazı kesin kısıtlamalar getirirler; hiçbir tecavüzü veya üyelerinin cinsel tercihlerini sınırlandırmamalarını uygun görmez. Yine bütün toplumlar, doğruyu söylemeyi, arkadaşlığı, ilgili

kimsenin kendisi aracılığıyla hayatını anlamlı kılan bir inanca sahip olmayı, kendisi bakımından çocuk yetiştirmeyi ve bunun gibi bazı değerleri takdir ederler. Yukarıda belirttiğimiz gibi, toplumların bu gibi ortak değerleri gerçekleştirme biçimlerini yönlendiren pratik ilkeler farklıdır kuşkusuz, ve dolayısıyla her bir toplum bu değerlerin gerçekleştirilmesinde kendi ahlaksal gerekliliklerini ve sınırlamalarını üretir. Fakat bu, bazı temel değerlerde farklılığın olduğu anlamına gelmez, ve bu temel değerlerin tehdit altında olabileceği her durum, bu değerlerin korunması ve yaşatılması hakkını doğurur.

## Demokrasi Hukuku ile Toplumsal-Ekonomik Gelişme Arasındaki İlişki

Özer Ozankaya<sup>(\*)</sup>

AMAC: "Demokrasi hukuku" terimi, bireylerin hiçbir soy, inanç, düşünce, cinsiyet ve toplumsal konum ayrımı yapılmaksızın, eşit biçimde ve doğuştan, vazgeçilmez, devredilmez olmak üzere sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri ve bunların gerçekleşmesini, güvence altında bulunmasını sağlayıcı hukuksal kurumlar" toplamını anlatır.

Bildirimin amacı, küreselleşme, post-modernizm gibi terimlerle adlandırılan son 25 yılda, Siyaset Batısı'nın Batı dışı dünyada demokrasi hukukunu engelleyici başlıca bir etkene dönüştüğünü vurgulamak, Türkiye'de de, Türk demokrasi devrimini simgeleyen ve tüm İslam dünyasına, tüm geri bırakılan insanlığa demokrasi yolunda asıl örneklik edecek değeri taşıyan Atatürk ilke ve kurumlarını bu Siyaset Batısının toplumumuzdaki demokrasi karşıtı çevrelerle birlikte zayıflatığına işaret etmektir.

Gerçi dünyada demokrasinin en gelişkin, hatta tek gelişkin olduğu bölgenin de Batı, yani Batı Avrupa ve Kuzey Amerika olduğu gerçeği karşısında bu gözlem biraz şaşırtıcı, çelişkili gibi görünebilir. Oysa her iki gözlem de doğrudur. 1789 Devrimini yapan da, iki dünya savaşıyla tüm dünyayı yangın yerine çeviren de, bugün petrol uğruna Orta Doğu'yu hem ortaçağcıl bırakan, hem savaş ve terör batağına iten de ay-

nı Batı'dır. Daha bir hafta önce eski İngiliz başbakanının oğlu, Ekvator Ginesinde petrol kuyusu karşılığında darbe yapmak girişiminden yakalandı!

Ortada çelişki bulunmadığını görmek için iki ayrı Batı bulunduğunu gözönüne almak yeterlidir. Bunu daha Kurtuluş Savaşımızın başlarında Mustafa Kemal yapmış, dünyada insanlığın demokratik ve onun vazgeçilmez gereği olan ekonomik gelişmesini önleyen Batı'ya "Siyaset Batısı", bilim, sanat, özgürlük ve teknoloji öncüsü Batı'ya da "Uygurluk Batısı" demiş, Uygurluk Batısı'nın Siyaset Batısını sömürgecilikten alıkoyamadığını vurgulamıştı:

"Batı'nın bilim, sanat ve teknoloji sahibi uygar halkları, kendi yurdumuzda özgür ve bağımsız yaşamak hakkımızı bize çok görmüyor. Ama sömürgeci sermayedar sınıflarının güdümündeki askeri ve siyasal güçlerini bize saldırıktan alıkoyamıyor. Bize saldıran, 'Siyaset Batısı'dır' diyordu. Atatürk'ün koyduğu tanının günümüze de ışık tutucu olduğunu, Siyaset Batısı'nın kendisi dışındaki ülkelerde demokrasi dışı kurumlara destek verdiğini göstermesi bakımından, Halifeliğin kaldırılışı sırasında yaptığı gözlemi de aktarayım: "Yabancılar halifelğe saldırmıyorlardı; ama Türk ulusu saldırıdan kurtulamıyordu. Türk ulusuna daha kolay saldırabilmek için halifeliğin sürmesini ter-

(\*) Prof. Dr., Bilkent Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Öğretim Üyesi

cih ediyorlardı." diyordu. Bugün Fethullah Gülen'lerin ABD'de, Metin Kaplan'ların Almanya'da, Şeyh Nazımların İngiltere'de korunmakta olmalarının gerçek anlamına da ışık serpiyordu. Günümüzde bu "Siyaset Batısı"na demokrat, ama Mustafa Kemal Atatürk'e demokrat değil diyen post-modernistlerin gerçek nitelikleri de böylece ortaya çıkıyor.

I. Siyaset Batısı'nın demokrasi hukukuna saldırısı, kendi dışındaki dünyada tümüyle ÇAĞDAŞ TOPLUM KOSULLARının engellemeye yönelik bir saldırıdır. Toplumbilim çağdaş toplumu şu niteliklerle tanımlar:

- a) felsefesi, sanatı ve bilimi özgür toplum;
- b) yönetimi demokratik yolla belirlenen toplum;
- c) ekonomisi ileri teknolojiye ve ileri ölçüde işbölümüne dayalı, yani sanayileşmiş olan toplum;
- d) dili gelişkin bir yazılı dil düzeyinde olan toplum.

Bunlar, demokrai hukukunun gerçekleşip uygulanması için olmazsa olmaz koşullardır. Dikkat edilirse, Türk demokrasi devrimi, tüm bu öğeleri kurup geliştirerek iç ve dış sömürgeciliği yenmekte olan bir devrimdi. Siyaset Batısı'nın hüsumına uğramasının nedeni budur.

II. Siyaset Batısı demokrasi hukukuna yönelik bu saldırısında, bu toplumların içindeki demokratik ulusal yapılarımaya karşı, aşiret ve kabile temelinde, etnik kimlikli, tarikat düzeyli, usdışı düşünceli, ortaçağcıl kesimlere destek vermekte, onlarla işbirliği yapmaktadır. Böylece de demokrais hukukunu baltalamaları

A. Demokratik ulusal örgütleniş ve ulusal kimliğe yöneliyor,

B. Ulusal egemenlik ilkesine ve örgütlerine yöneliyor,

C. Laiklik kavramına ve laik ilkelere dayalı kurumlara yöneliyor, Pozitif hak ve özgürlüklere, dolayısıyla da bunlar için ön-koşul olan negatif hak ve özgürlüklere yöneliyor,

D. Kamu ekonomik etkinliklerine yöneliyor ve devleti yatırımcı olmaktan çıkararak ekonomik kalkınmayı, yani demokrasi hukukunun zorunlu toplumsal ortamını engelliyor.

III. Bunları Türkiye somutunda gözlemlemek hem olanaklı, hem de çok öğretici ve yol gösterici: Çünkü sömürgeciliği yenmenin ve insanlığın kapitalist ya da komünist diktadan birini seçmeğe yazgılı olmadığını, hem siyasal hem de ekonomik boyutlarıyla demokrasiyi gerçekleştirmenin yolu bulunduğunu gösteren bir UYGARLIK PROJESİ değerindeki Türk devrimine saldırmak, demokrasiyi engellemekle eş anlamıdır.

#### A. Demokratik Ulusal örgütleniş ve ulusal kimliğe Yönelen Tehdit:

Girişte tanımladığımız demokrasi hukuku düzeninin gerçekleşmesi, toplumun alt kimlik öğelerinin üstünde yer alan bir "ulusal üst kimlik" ekseninde örgütlenmesine bağlıdır. Demokratik ulusçuluk, demokratik ulusal kimlik olamayacağı, ulusçuluğun ancak faşizm biçiminde olabileceği dogması demokrasiyeye yönelmiş küresel saldırılardan birisidir. Oysa ne demokratik bir siyasal düzen, ne özgür sanat, bilim ve felsefe, ne ileri teknolojiye yani sanayiye ve ileri teknolojiye tarıma dayalı bir ulusal ekonomi, ne de her uzmanlık alanında kendi sözcük kaynaklarından yararlanarak yazılı ürünler verebilecek bir gelişkin dil, yerellik ve yöreselliğin düzeyinde kalınarak gerçekleştirile-

mez. Yerel kültür düzeyinde, yani folklor düzeyinde kalan, dolayısıyla ulusal çapta bir birlikteliği gerçekleştiremeyen topluluklar, bilim, teknoloji ve sanat düzeyine çıkamaz, bu nedenle de hukuka bağlı, etkin işleyişli ne bir güvenlik ve adalet kurumu, ne eğitim, sağlık ya da ulaşım düzeni, ne bir çalışma düzeni, ... oluşturabilir, ne bir üniversite, fabrika, hava alanı ... kurabilir, ne opera, bale, tiyatro, .. düzeyine çıkabilirler. Kadını ve erkeğiyle özgür bireylik bilincinden de, bilim, sanat ve meslekten de yoksun, eğitimsiz insan yığınları olarak, o bilim, sanat ve teknoloji düzeyindeki ulusal toplumların avı, yani sömürgesi olmaları kaçınılmazdır.

Van'da eroin kaçakçılığı olayının samıği olarak tutuklu bulunan kişinin gözetim evinden sivil kaba güçle kaçırılması, devletin polislinin tartaklanması, aşiret ağası bir eski milletvekilinin kaçırılan kişiye dokunulacak olursa aşiretleri devlete karşı harekete geçireceği tehdidini savurabilmesi bu toplumbilimsel saptamanın önem ve geçerliliğini ortaya koyuyor. Buna karşılık ne Avrupa Birliği ve yandaşları, ne de post-modern kitle iletişim araçları bu durumun demokrasi, insan hakları, hukuk devleti ... önünde en temel engeli oluşturacağı görülmemek istenmiyor!

Etkin, güçlü ve dürüst bir kamu yönetimine olanak bırakmayan iç ve dış sömürgeci güçler, toplumu tam derbeder edebilmek için tümüyle ulusal devleti yıkmak üzere aşiret, tarikat, mezhep, alt dil kümeleri gibi etnik kimliklere dayalı bir dağınıklığa destek veriyor ve bunu insan hakları, demokrasi hukuku adına yaptıklarını öne sürmek tutarsızlığını sergiliyorlar. Oysa bu ilkel yapılar içinde, örneğin tarikat ya da

aşiret yapısında hangi insan hak ve özgürlüklerinden söz edilebilir?! Bu yapılar içinde bireylik yoktur ki insan hakları söz konusu olabilsin!

Kamu yönetimi yetkilerini yerel yönetimlere devretme girişimi, İngiliz yanlısı Osmanlı Prensi Sebahattin'in Adem-i Merkeziyetçilik önermesinde olduğu gibi, sömürgeci Batıyla elele, aşiretçiliği, tarikatçılığı, şariatçılığı, rençberlik ve çobanlığı, insanlık onurundan yoksun kadın konumunu, bilim sanat ve teknolojiye yoksunluğu yağınlıştırmak ve insan haklarının gerçek sağlayıcısı kurum ve kavramlarıyla çağdaş Türkiye Cumhuriyeti'ni yıkmak sonucu verecek bir girişimdir. Bununla birlikte yabancılara -karşılıklılık koşulu bile aranmaksızın- ülkemizde taşınmaz mal alma hakkı tanınarak, en stratejik ve verimli, turizme en elverişli yerlerimizin Siyaset Batısı'nın koruması altındaki yabancılara eline geçmesi dönemi başlayacaktır. Demokratik hakların en başında bir ulusun yurdunun sahibi olarak yaşama hakkı gelir. Bu hakkın çiğnenmesi, o ulusal toplumun dağılması, o toprak üzerinde bağımsız yaşama hakkını yitirmesi demektir.

#### B. Ulusal egemenlik ilkesine ve örgütlerine yönelik tehdit:

Demokrasi hukukunu sağlayan siyasal düzen, demokrasinin özünü oluşturan "ulusal egemenlik" ilkesi üzerine kuruludur. Ulusal egemenlik, toplum yaşamının her alanına yön veren, onu derinden etkileyen yönetim erkinin doğrudan doğruya toplumdan kaynaklandığını, yani bütün ulusun aynı zamanda yöneten durumunda bulunmasını anlatır. Oysa Siyaset Batısı kendi dışındaki dünyada bu ulusal egemenlik ilkesini de türlü yol ve yöntemlerle tehdit etmektedir. Bu tehdidin en yaygın biç-



mi, ulusal egemenlik ilkesinin gelişigüzel bir oy çoğunluğu anlayışına indirgenmesidir.

Örneğin Türk Kurtuluş Savaşı'nın başındanberi Mustafa Kemal'in Cumhuriyet, yani demokrasi yolundaki atımlarını önlemek isteyenler, bunların en başında da ABD mandaterliği dışında bir kurtuluş yolu bulunmadığı görüşünün şampiyonu olan Rauf Orbay, Halide Edip vb. kişiler, hep ulusal egemenlik ilkesini "Halk çoğunluğu neyi istiyorsa onun yapılması ulusal egemenlik demektir" diyorlardı. Onlara göre Halk Halifelik'in sürmesini istiyorsa, kadını erkeğin eşiti saymayan şeriat düzenini istiyorsa, ulusal egemenlik düzeni buydu.

Oysa "Ulusal egemenlik" gelişigüzel bir çoğunluk yönetimi demek değildir. Ulusal egemenlik düzeni, bu temel hakların çoğunluk oyuyla çiğnenebileceği, kaldırılabilirliği bir düzen demek değildir. Hatta bu hakların olsun mu olmasın mı diye oya sunulmasının bile meşru olmadığı düzendir, ulusal egemenlik düzeni. Bunun tersi çoğunluk diktatörlüğü demektir.

Ulusal egemenlik ilkesi, çoğunluk diktatörlüğüne karşı "Zulme karşı direnme hakkı" doğacağını, bunun en başta gelen insan hakkı olduğunu kabul eder.

Bu nednele, ulusal egemenlik düzeninde demokrasiyi reddeden siyasal örgütlenmelere yasallık tanınmaz; demokrasiyi reddeden kişilerin siyasal örgütlerde yer almasına, demokrasinin özgürlüklerinden yararlanıp o özgürlük düzenini işlemez kılmalarına izin verilemez. Hatta, demokras suçu işlemekten hüküm giyenlerin, bu suçtan kapatılan partilerin yöneticilerinin "Ben artık değiştim, demokrasiyi Hristiyan kulübü

düzeni, şeytan düzeni saymıyorum. Oyunu kurallarına göre oynayacağım." Demeleri, ulusal egemenlik düzeninde onlara siyasal yönetim makamlarına gelme hakkını kazandırmaz. Çünkü ulusal egemenlik düzeni, "sayım-suyum yok" düzeni değildir. Ulus yaşamı yaz-boz tahtası değildir. "Değiştim" diyenlerin, yeniden diktacı niyet ve eylemlerine geri dönmeyeceklerinin hiçbir güvencesi yoktur. Bırakınız demokrasi suçu işlemeyi, bir önemli başarısızlık (örneğin resmi rakamlara göre 39 kişinin ölümüne yol açan bir 'Hızlandırılmış tren' faciası) bile ulusal egemenlik ilkesinin işler olduğu bir ülkede en üst düzey siyasetçilerin aktif siyaseti bırakmalarını gerektirir. Çünkü ulusal egemenlik düzeninde hiç bir birey, yeri dolduramaz niteliğe sahip sayılamaz.

Oysa siyaset Batısı, kendisi dışındaki ülkelerde bunun tam tersi anlayıştaki siyasetçileri her zaman tercih etmekte, onlara destek vermektedir. Örneğin hiçbir Amerikan ya da Fransız siyasetçisi gidip bir başka devletin yöneticileriyle kapalı kapılar akasında görüşme yapamaz. Ulusal egemenlik, yani demokrasi hukuku düzeninde böyle bir şey meşruluk dışıdır. Oysa bu ülkelerin yöneticileri, örneğin Türkiye'de demokrasi suçundan dolayı milletvekili seçilme hakkını bile yitirmiş olan bir kişiyi Beyaz Saray'da, Şanzelize Sarayında, Berlin'de kırmızı halılar sererek kabul ediyor ve onunla kapalı kapılar arkasında Türk ulusunun yaşamı üzerinden bir takım kararlar alabiliyorlar!

### C) Laik Düzene Tehdit

Bilindiği gibi laiklik, demokrasinin bir başka adıdır; demokrasinin dinsel gerekçelerle engellenmesine fırsat vermeyen devlet, toplum ve insan anlayışını anlatır. Bu anlayış, toplumda insan-

lararası ilişkileri düzenlemek üzere yapılacak yasaların ve başka hukuksal düzenlemelerin hiçbir dinsel inanca dayandırılmamasını gerektirir. Her yurttaşın toplum yaşamını düzenleyen tüm yasaları ve hukuk kurallarını her gün yeniden yeniye özgürce irdeleyebilmesi, eleştirebilmesi, yurttaş hak ve özgürlüklerini kullanarak gerekli gördüğü yönde değişmesine çalışabilmesi için, bu kurallara herhangi bir kutsallık, eleştirilmezlik, değiştirilmezlik niteliği verilmemesi gerekir. Laiklik bunun güvencesidir. Niteki 3 Mart 1924 günlü Şer'iye ve Evkaf Vekaletini kaldırarak yasanın birinci maddesi, "Türkiye Cumhuriyeti'nde insan ilişkilerini düzenlemek üzere yasa yapmak yetkisi yalnız TBMM'ne aittir" demekle din adına yasa yapılamayacağı ilkesini getirmiş. Eğitim Birliği ilkesiyle de tüm yurttaşların bu laik anlayışla yetişmelerini güvenceye almıştır.

Görüldüğü gibi laiklik, bütün toplumsal alanın demokratik ölçülerle düzenlenip yürütmesi için zorunlu olan bir ilkedir. Böylece yaşamın ussal temeller üzerinde örgütlenip yürütmesi, dolayısıyla da toplumsal, ekonomik, kültürel ilerlemenin önündeki iç ve dış her türlü engellerin kaldırılması yolu açılıyor.

Oysa her türden dogmatik görüşlü, özgürlük karşıtı güçler, "herkesin kendi hukukunu yaşaması" "inançlara saygılı laiklik" gibi terimlerde çelişki niteliğindeki demagogik yaklaşımlarla, bir yandan eğitim birliği ilkesini baltalamış, bir yandan da tarikat türü özgürlük yıkıcı örgütlenmeleri sanki demokratik dernekleşme hakkının kullanılması imiş gibi sunarak devlet kaynaklarıyla beslemeye koyulmuş, Siyaset Batısı da bu gerici siyasal güçlerle işbirliği içinde bulunmuştur. Fethullah Gülenlerin

Vaşington'da, Kaplan'ların Almanya'da, Şeyh Nazımların İngiltere'de barınmaları, "Said-i Nursi'yi islam ile modern bilimi bağdaştıran, asıl laikliğe öncülük edecek düşünür" diye pompalamaya kalkışanların Vaşington'dan beslenmekte olmaları bunun göstergeleridir. Tüm petrol zengini müslüman halkları, sözde komünizme karşı koruma gerekçesiyle ortaçağcı emirliklerin, şahların, kralların, askeri boyunduruğunda yaşatıp her türlü özgür ve ussal düşünce ortamından yoksun yaşatan, El Kaide örgütlerini kurup palazlandıran Siyaset Batısı, bugün aynı toplumları terör yuvası olarak görmekte, onlara İslamın nasıl anlaşılması gerektiğini bile, kendi çıkarlarının seyrine göre kendisi belirlemeye soyunmaktadır.

### D) Özgürlük kavramı saldırıya uğruyor

Demokrasi hukukunun anlattığı "insan hakları"nın bir bölümü siyasal erkin karışmaması, engellememesi gereken ve bu nedenle "negatif haklar" olarak sınıflandırılan, can, mal ve konut dokunulmazlığı, gezi, meslek seçme ve yapma, düşünce, dernek kurma ve toplanma, basın ve yayın özgürlükleri gibi haklardan oluşur. Ama demokrasi hukukunun temsil edip güvenceye alması gereken haklar yalnız bunlar değildir. Bir de kamusal otoritenin belli şeyleri yapmasını zorunlu kılan, bu nedenle de "pozitif insan hakları" olarak sınıflandırılan bir bölüm insan hakları vardır. Buna göre her bireyin, yine soy, cinsiyet, toplumsal konum, inanç, düşünce ayrımı gözetilmeksizin doğuştan, vazgeçilmez, devredilmez olmak üzere kamu otoritesince gerçekleştirilmesi gereken "eğitim hakkı", "işsizliğe karşı korunma hakkı", "sağlık hizmeti bulma hakkı", "emeğinin karşılığı olan bir üç-

ret alma ve adaletli gelir dağılımı bulma hakkı", "sağlıklı çevre bulma hakkı" gibi "insan hakları" da vardır. Özetle, "Devlet, insan için vardır." İnsan ise, her zaman hem bireysel, hem de toplumsal boyutları olan bir varlıktır.

Bu açıklamalar gösteriyor ki insan hakları, yalnız önleyici güvenlik ve yargı yollarıyla gerçekleştirilip korunabilecek haklar değildir. "Sosyal hukuk devleti" kavramında anlatımını bulan ve devlete doğrudan doğruya toplumsal ve ekonomik hizmetler türünden görevler yükleyen bir insan hakları anlayışına ve bunu sağlayacak toplumsal-ekonomik bütünleşme ortamına kesin zorunluluk vardır. Bu anlayış olmayınca, düşünce, dernek, yayın, meslek ...özgürlüklerinin de yaşama geçirilmesi olanağı halkın büyük bölümü için kalmamaktadır.

Oysa Siyaset Batısı, kendi dışındaki dünyayı ham madde, ucuz emek kaynağı ve hazır pazar olarak elinde tutmak için "devleti küçültmek" gibi bir demagoji arkasında, bu ülkelerin ortaçağcıl erk sahipleri ve bilimle teknolojiyen de, ulusal bilinçten de yoksun, ithalat-ihracat karlarına fit olan alsatıcı ticaret kesimleriyle işbirliği etmiş, sanayileşmenin de, tarımda işgücü ve toprağın verimini arttırıcı hukuksal-egitimsel-kültürel düzeltimlerin de önüne engeller çıkarmış bulunuyor. Atatürk'ün, kapitülasyonlar denilen ekonomik ve kültürel ayrıcalıklardan vazgeçmek istemeyerek Lozan Barış görüşmelerinin kesilmesi ne neden olan Siyaset Batısı'nın bu ni-

yetini sergileyen şu tanısı bugün de güncelliğini koruyor:

"Hiçbir uygar devlet yoktur ki, ordu ve donanmasından önce ekonomisini düşünmüş olmasın." "Tam bağımsızlığı sağlayabilmek için tek gerçek güç, en güçlü temel, kesinlikle ekonomidir." "Ekonomi savaşı sürüyor. Uzun sürecektir. Ama bunu da kesinlikle kazanacağız."

"Efendiler, görülüyor ki bunca kesin ve yüksek bir askeri zaferden sonra bile bizi barışa kavuşmaktan alıkoyan neden, doğrudan doğruya ekonomik nedenlerdir; ekonomik düşüncelerdir. Çünkü bu devlet, bu ulus, ekonomik ege-menliğini elde ederse, öylesine güçlü bir temel üzerinde yerleşmiş ve yükselmeğe başlamış olacaktır ki, artık bunu yerinden kımıldatmak olanağı kalmayacaktır. İşte düşmanlarımızın, gerçek düşmanlarımızın uygun bulmadıkları, bir türlü olur demedikleri şey budur."

Küreselleşme ya da Yeni Dünya Düzeni denilen ortamda, Siyaset Batısı kendisi dışındaki dünya ülkelerinde devleti yatırımcı olmaktan çıkararak bu ülkelerin kendisiyle yarışabilecek bir ekonomik gelişme gerçekleştirmesini engellemekte, bu amaçla da her türlü demokrasi dışı tertiplere, teşviklere, düzenlere başvurmaktadır. Oysa Siyaset Batısı, Le Monde Diplomatique'in yayınladığı resmi rakamlara göre, sanayisine her yıl 1.350 milyar dolar, tarımına da 850 milyar dolar sübvansiyon sağlamaktadır!

## Kamusal Alanda Düşünce, Duyunç ve İnanç Özgürlükleri - Savlar

Hayrettin Ökçesiz<sup>(\*)</sup>

1) Kamusal alanda özgürlüklerin kavranması bakımından Kant'ın ünlü üç sorusunu yol gösterici olarak alabiliriz: Ne bilebilirim? Ne yapmalıyım? Ne ümit edebilirim? Doğaldır ki, bu sorular "insan nedir?" sorusunun ardından gelmektedir. Şu halde, kamusal alana felsefi ve hukuksal bir antropoloji ile bir çerçeve önerebiliriz.

2) Özgürlükleri yaratım ve tüketim özgürlükleri olarak ayırabilirsek; nihai bir değer olarak insanı kuran niteliklerin yaratım özgürlükleri alanında kaynağını bulacağını, tüketim özgürlüklerinin araç değerlerin insan için önemi derecesinden daha öne geçmesine izin verilmesi durumunda kamusal alanı tahribe yol açacağını söyleyebiliriz. Düşünce, duyunç ve inanç özgürlükleri insanın yaratım özgürlüklerinin kabını oluşturmaktadır.

3) Kamusal alanın yasaları: (Empatik) eşitlik, (talep edilen) özgürlük ve (sürekli kılınmış eşit özgürlük olarak) güvenlidir.

4) Kamusal alanın insan için değeri, anlam-eylem ilişkisinde, bunların birbirlerinden olabildiğince geniş bir çerçevede türetilbildiği bir özgürlük düzeni olması gerektirir. Bu bakımdan şu sözler kamusal alanı bir ölçüde nitelenebilir:

- "Kamusal alan bilmek istemediklerimizin örtülü tutulduğu yerdir."

- "Kamusal alan bilinmesini istediklerimizin açıklanması için mücadele edildiği yerdir."

- "Kamusal alan iradenin sürekli hukuka dönüştüğü yerdir."

- "Kamusal alan hukuk alanıdır."

- "Hukuk alanında özgürlükler ne denli korunuyorsa, kamusal alan o denli işlevsel demektir."

5) "Kamusal alan" arayışı, buyurma yetkisinin haklılığının yeniden sorgulanmasından doğmuştur. Düşünce, vicdan ve din kavramları altında daima bir muhalefetin dile gelmek çabasının bulunduğu bilmiyoruz. Buyurgan bunlara bu dile gelmek özgürlüğünü niçin ve hangi koşullarda verebilir, vermelidir? Dile gelmenin ardından eyleme dönüşmesinin karşısında tutumunun ölçütleri neler olacaktır? Bu ne kadar örtersek örtelim, çıplak bir kabagüç karşılaşması değil midir? Finalist tutumların çatışması olarak bakıldığında bu soruya evet demek gerekecektir. Ancak gidilen yolun attığımız adımlar olduğunu düşündüğümüzde, bunun bir kabagüç karşılaşması olmak zorunda bulunması yerine, daha üstün argümanın geçerliliğine dayalı bir ortak tutum ilişkisi biçiminde kavranabileceğini de tasarlayabiliriz. Geriye şu sorular kalıyor: Daha üstün argüman diğerlerine temel hak ve özgürlüklerinde bir varoluş şansını ortadan kaldırıyorsa, hala bu ortak tutum

(\*) Prof. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ilişkisi sürececek midir? Yani ben böyle bir argümanın üstünlüğü uğruna örneğin yaşam hakkından feragat edebilecek miyim? Ya da benim yaşam mücadelem en üstün argüman sayılarak bu temellendirme faaliyetinin çerçevesini, sınırlarını oluşturabilir mi? En üstün argümanlar çürütebilir mi? Kamusal alanın sınırları nihayet bu imkansızlık ile mi çizilmektedir? Bu sorulara hangi yanıtları verir isek verelim, finalist tutumun özgürlükleri ciddi biçimde tehdit ettiğini, kamusal alanın gelişimini zorlaştırdığını söyleyebiliriz.

6) Umut etmek, inanmak ve dinsel inanç arasındaki ayırma dikkat etmelidir. Dinsel inanış özgürlüğü ile din özgürlüğü arasında kesin bir farkın bulunduğu da dikkat etmelidir: Din bir kurum ve alt sistem olarak tüm özgürlük alanlarını kendi lehine kullanmak, insanın düşünce, duyunç ve inanç alanlarına hükmetmek istiyor. İnsanın dinsel inanışı ile dinin insanı bütünüyle isteyişi arasındaki bu tehlikeli ilişki bir “din özgürlüğü” kategorisi ile gizlenemez. Bir dinsel inanış özgürlüğünden söz etmelidir.

7) Özgürlüklerin öncelik sıralaması düşünce, duyunç ve dinsel inanış yönünde olmalı, bu sıra tersine çevrilmemelidir.

8) Düşünce ile inanç arasındaki yaratıcı ilişki ile din özgürlüğü arasında doğrudan bir tamamlayıcılık yoktur.

9) Düşünce-duyunç-inanç bir bütünlük içinde seyredir. Bu bütünlük yedi erdemde (bilgelik, cesaret, ölçülülük,

adalet, inanç, umut ve sevgi’de) kendini gösterir. Bu bütünlük kamusal alanın zeminini oluşturur. Bu zeminde temel taşıyıcı insanın özgürlük içerisinde sorumluluğudur.

10) Kamusal alanın normatif yapılanması hukuk idesi öğelerine (eşitlik, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği’ne) uygunluk içerisinde gerçekleşmelidir.

11) Tabi olduğumuz yasaları kendimiz yapmalıyız. Bunlar elbette özgürlük yasaları olacaktır. Kamusal alanın belki gerçek anlamı ve ütopyik yanı bu olsa gerektir.

12) Düşünce bilmeye, duyunç eylemeye ve inanış umut etmeye olanak vermektedir. İnsanın bu durum ve duygularda bilgelik, cesaret, ölçü ve adalet içerisinde giderek özgürleşmesi süreci ona bugüne kadar yaşayageldiği trajediden kurtulma yolunu açmaktadır. Kamusal alan bu iyimserliğin koşuludur.

13) Kamusal alanda tüm canlılığı ve devinimi sağlayan şey ifade özgürlüğüdür. Ancak bu özgürlüğün sınırları bakımından ifade edilen şeyin niteliğine göre bir ayırım yapmak, özgürlük alanını ileri düzeyde genişletmek olanağını sağlayacaktır. Bugün ifade için tanınabilecek en geniş özgürlük alanını, yalnızca kişilik hakları saklı kalmak üzere, düşünceye mutlak özgürlük vererek daha da genişletebiliriz. Düşünce olan şey ilk elde yanlışlanabilir önermelerdir. Yanlışlayabilmek için gerekli tüm özgürlükler de bu çerçevede tanımlanmak zorundadır.

## Hukuk ve Toplumsal Gerçeklik

Ali Şafak Balı<sup>(\*)</sup>

### Giriş

Bu tebliğde, hukuk ile toplum arasındaki gerilimi tarihsel ve sosyolojik bir bakışla ele almaya çalışacağım. Dikkat çekmek istediğim temel sorun, hukukun toplumla, toplumsal gerçeklik ve değerler ile ilişkisinin niteliği sorunu olacaktır. Çağdaş dünyada hukukun toplumsal düzenin kahcılığına en önemli güvencesi olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak, toplumsal gerçekliğin gerektirdiği (zorunlu kıldığı) düzen anlayışı ile hukukun öngördüğü (dayattığı) düzen anlayışı arasında önemli boyutta farklılığın ve uyumsuzluğun olmasının yüzyıllardır toplumsal çatışmaların temel kaynaklarından birini oluşturduğu da bilinmektedir.<sup>(1)</sup> Hukukumuzu Avrupa Birliği mükteşebatına uyumlaştırma çabaları çerçevesinde yoğun bir hukuk reformunun gündemde olduğu şu günlerde, bu sorunun dikkatle ele alınmasının her zamankinden çok daha önemli olduğu kanısındayım.

Cumhuriyet dönemi boyunca hukukun toplumsal gerçeklikle bağdaştırılması konusunda zaten ciddi boyutta sınıktılar yaşamış ve hala “ithal edilmiş”

hukuk normlarının toplumla uyum problemlerini aşma çabasında olan bir ülke olarak, şimdi yine, bu sancılı sürecin ortaya çıkmasına yol açan bir tarzda<sup>(2)</sup> hukuk yapabilir miyiz? Yaparsak, gerçekte bu ne kadar hukuk olur? İşte cevap arayışında olduğumuz temel soru budur. Bir başka şekilde sormak gerekirse, hukuk bir toplum mühendisliği aracı olarak kullanılabilir mi? Yani, toplumsal değişimi hukuk normları aracılığı ile sağlamak mümkün müdür? Yoksa aksine, hukuk toplumsal değişim sürecinin bir ürünü ve düzenleyicisi, yani, toplumsal gelişimin bir göstergesi midir?

### Türk Toplumunu ve Hukuk

Tanzimat dönemine gelinceye kadar Türk tarihinde, hukuk ve toplum arasında ya da hukuk ile toplumsal değerler, ahlak, din ve gelenekler arasında önemli temel çatışmalar görmüyoruz. Türk toplumlarında, İslam’ın kabulüne kadar töre ve gelenek, İslam’ın benimsenmesinden sonra ise, bunların yanı sıra din olgusu, hem hukukun, hem de toplumsal yapı ve yaşamın şekillenmesinde çok etkin role sahip olmuştur.<sup>(3)</sup>

(\*) Yard. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Durkheim’a referansla Özcan’ın işaret ettiği gibi “Hukuk düzeni [toplumsal] gerçekliği dikkate almıyor ise, ilgili toplumun gerçekliğinin zorlayıcılığı ile hukukun zorlayıcılığı arasındaki gerilim toplumsal çatışmaların temel kaynaklarından birini oluşturur.” Mehmet Tefik ÖZCAN, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, İstanbul 2001, s. 5

(2) Yani, toplumsal olgu (ihtiyaç ve değerler) öyle gerektirdiği için değil de hukukumuzu Avrupa Birliği’nin hukuk sistemi ile uyumlaştırmak üzere ve belki de toplumsal gerçekliğe rağmen.

(3) Halil İNALCIK, *Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet* isimli çalışmasında hem İslam öncesi Türk toplumlarında hem de Müslüman-Türk toplumlarında, hukukun eski Türk töresi ve İslam ile ilişkisini ayrıntılı olarak ortaya koymaktadır. İstanbul 2000, s. 27-46; Ayrıca bkz. Ümit HASSAN, *Örgüt-Inanç-Davranış’tan Hukuk-İdeoloji’ye*, 3. Baskı, İstanbul 2002

Bu bağlamda, Osmanlı sadece Türk töresi ile İslam'ı kendine has bir sentezde uzlaştırmakla kalmamış aynı zamanda, hukukunu, bu ikili değerler sistemi ile bağdaştırma gayreti içinde olmuş ve bu çerçevede toplumsal ihtiyaç ve duyarlılıklar gereğince hem Şer'i hukuku, hem de Örfi hukuku bir arada uygulamıştır.<sup>(4)</sup> Osmanlı modernleşmesine kadar, hukukun, toplum üyeleri gözündeki önemi ve konumunu, "şeriatın kestiği parmak acımaz" özdeyişi ile sembolleşen anlayış ile özetlemek mümkündür.<sup>(5)</sup>

Osmanlı modernleşmesi ile başlayan süreçte ise, "batılılaşma" temel hedefine yönelik reformist değişikliklerle, hukuk ve toplumsal gerçeklik arasında çok ciddi çözümler, kopmalar başladığını söyleyebiliriz.<sup>(6)</sup> Osmanlı sarayı ve aydını Osmanlı'nın içine düştüğü zor durumdan, ancak kendisini alt eden Batılı medeni toplumların silahlarını kuşanarak kurtulabileceğini düşünmekteydi. Bu düşünceyle benimsenen batılılaşma politikasıyla, başta din ve hukuk olmak üzere, o zamana kadar toplumsal hayatın düzeninin sağlanmasında etkin olan hemen tüm normatif değerler önemli ölçüde bir tarafa bırakılarak, gelişmiş batılı toplumların rasyonel ve daha önemlisi dünyasal kurallarının Osmanlı toplumuna adapte edilmesi sayesinde toplumsal değişim ve gelişimin sağlanması hedeflenmişti.<sup>(7)</sup>

Bu çerçevede girilen yenilik hareketlerine toplumda iki kesim karşı çıkmaktaydı. Din adamları ve halk. Ancak özellikle halk, kendisi için neyin iyi olduğunu bilemeyecek kadar cahil-cühele bir gruh olarak görüldüğü için<sup>(8)</sup> seslerine hiç kulak verilmemiş, din adamları ise, varlıklarını devlete borçlu oldukları için seslerini yeterince yükseltmemişlerdir. Yükseltenler ise bedelini pahalı ödemek zorunda kalmışlardır. Dolayısıyla, yenilik hareketleri, çoğu yurtdışında eğitim görmüş, genç reformistlerin<sup>(9)</sup> önerileri doğrultusunda batılı kurum ve kuralların, olduğu gibi Osmanlı kurum ve kurallarının yerini almasına yönelik bir hareket olarak yürütülmüştür.

Osmanlı modernleşmesi olarak adlandırılan bu toplumsal dönüşüm projesine benzer bir yaklaşım, Cumhuriyet döneminde de benimsenmiş ve artık daha bilinçli olarak çok önemli adımlar atılmaya başlanmıştır. O zamanki ifadeyle, toplumu "muasır medeniyetler seviyesine çıkarmak" amacıyla kılık-kıyafetin belirlenmesinden, alfabenin değiştirilmesine varıncaya kadar bir seri devrim yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlisi hiç şüphesiz hukuk devrimidir. Zira halka ve benimsediği toplumsal değerlere (ve tüm itirazlara) rağmen yapılan bu değişiklikleri bir taraftan hayata geçirebilmek, etkin kılabilmek, diğer taraftan da getirilen yenilik-

- (4) Ö. L. BARKAN, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iîliği Meselesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XI, Sayı 3-4, Yıl 1945, s. 203-204; Aktaran, İlber ORTAYLI, İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı, 3. Baskı, İstanbul 1995, s.155-156. Ayrıca bkz. İnalcık, s. 41
- (5) Adnan GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, Ankara 2003, s. 441
- (6) Tarihçiler, bu olguyu, genel olarak "geleneksel değerlere yabancılaşma" biçiminde yorumlamaktadırlar. Özellikle bkz. Niyazi BERKES, Türkiye'de Çağdaşlaşma, İstanbul 1978, s. 27-39
- (7) Berkess, s. 216; Ortaylı, Tanzimat ile başlayan uygulamanın laikliğe doğru bir gidiş olduğuna işaret etmekle birlikte, çelişki ve karışıklığın büyümesini neden olduğunu da önemle vurgulamaktadır. s. 164; Ayrıca bkz. Ömer ÇAHİA, Aşkın Devletten Sivil Topluma, İstanbul 2000, s. 198
- (8) Çaha, s. 170-171
- (9) Jön Türkler olarak bilinen bu genç reformistlerin, modernleşmeyi gerçekleştirmeye çalışırken nasıl bir düşünce ufkuyla (belki de ufuksuzluğuyla) sahip olduklarını görmek için bkz. Şerif MARDİN, Jön Türklerin Siyasi Fikirleri 1895 - 1908, 6. Baskı, İstanbul 1999, özellikle önsöz, s. 7-19.

leri ve onları dayatan yeni iktidar yapısını meşrulaştırmak üzere kaynağı batı medeniyeti, referansı akıl olan (yani seküler) hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu açıdan, bu tarife uygun olduğu düşünülen "medeni batı toplumlarının" kanunları hızla iktibas edilmiş, derhal yeni kanunlar yapılmış, mevcut kanunlarda köklü değişikliklere gidilmiştir.<sup>(10)</sup>

Bütün bu süreç içerisinde iktibas edilen ya da orijinal dilinden olduğu gibi Türkçe çevirisi yapılan hukuk kurallarının toplumsal yapıyla örtüşüp örtüşmediği, toplumsal ihtiyaçları karşılamaya elverişli olup olmadığı yeterince incelenmediği gibi, farklı ülkelerden iktibas edilen hukuk normlarının birbiriyle uyumlu olup olmadığı, tutarlı bir bütünün parçaları olup olamayacakları da dikkate alınmamıştır. Çünkü zaten amaç kanunların toplumsal ihtiyaçları karşılamasını sağlamak, onların, toplum gerçekliği ve değerleriyle uyumunu sağlamak değil, bu kurallar aracılığıyla toplumsal ilişkileri yeni baştan belirlemek ve o zamana kadar benimsenen, (toplumun geri kalmasına yol açtığına inanılan) değerleri, bir anlamda toplumun kişiliğini (türünü) değiştirmek, toplumun batılı değerler çerçevesinde yeniden yapılanmasını sağlamaktır. Hal böyle olunca daha yürürlüğe konuldukları andan itibaren, bu yeni hukuk kurallarını hem toplumsal yapı ve değerlerle uyumlulaştırma; hem de farklı kanunlar arasındaki çelişkilerin doğurduğu uygulama sorunlarını gide-

rebilmek amacıyla, tekrar ve tekrar değiştirmek, eklemek, düzeltmek, yenilemek ihtiyacı baş göstermiş bulunmaktadır. Bu yüzden de seksen yıllık dönem içerisinde muhtemelen bir dünya rekoru sayılabilecek sayıda kanun değişiklikleri yapılmış, yönetmelikler ve tüzükler çıkarılmıştır. Ancak günümüze gelindiğinde hala bu konuda bir başarı sağlanabilmiş değildir.<sup>(11)</sup>

Bununla birlikte, bugün artık bu sorunun, kanunların bazı maddelerinin değiştirilmesi (amiyane tabirle, hukuk sisteminin yamalı bohçaya dönüştürülmesi) suretiyle çözülemeyeceğinin anlaşılmış bulunmaktadır. Ayrıca zaten, Avrupa Birliğine girmek hedefi doğrultusunda kanunların Avrupa Birliği hukuk sistemi ile uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu nedeniyle de daha köklü bir hukuk reformu yapılması gerektiği düşünülmeye başlanmıştır. Bu çerçevede, Bazı Anayasa hükümleri ile Medeni Kanun başta olmak üzere Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu, Usul Kanunları gibi hemen tüm temel kanunların yeni baştan yapılması yönünde çalışmalara hız verilmiştir.

Ancak ne var ki, bu reformların yapılmasında, toplumsal gerçekliğin rolünün ne olacağı, hangi temel ilkelerin yol gösterici olması gerektiği konusunda hala bir belirsizlik hüküm sürmektedir. Acaba, bugün yine Batılı medeni toplumların hukuk anlayışlarını mı esas almalıyız? Ya da o hukuk sistemlerine de kaynaklık ettiği düşünülen ve iddia edilen (sözde rasyonel, özünde ise ide-

- (10) Gülnehal BOZKURT, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Ankara 1996, s. 209
- (11) Çağdaşlaşma ve gelişme adına resepsiyon yoluyla hukuk reformu yapılmasını yanlış olmadığı görüşünü savunmakla birlikte Bozkurt, diğer yandan resepsiyonun yarattığı temel sorunların da farkındadır. Bozkurt, s. 211-212 Ayrıca Türkiye'nin resepsiyon yoluyla aldığı yeni hukukun sosyal yaşamın bazı temel özelliklerini değiştirme konusunda etkili olmadığı konusunda erken tespitlerden (Tulane Law Review'de 1959'da yayınlanan bir makalede) biri için bkz. Yehezkel DROR, "Law and Social Change", Vilhelm Aubert (Editör), Sociology of Law Selected Readings, Harmondsworth 1969 içinde, s. 96-97.

olojik olan) insan hakları söylemi mi bize yol göstermelidir? Yoksa bütün bunlardan önce, içinde yaşadığımız toplumun şartları, toplumun benimsediği ahlaki değerler, dinsel inanışlar ve gelenekler, kısacası toplumsal gerçekliğimiz mi bize rehberlik etmelidir? Bütün bu sorular hem hukuk politikacıları ve kanun koyucunun kafasını karıştırmakta, hem de akademik çevrelerde tartışma konusu olmaktadır.

Osmanlı modernleşmesinde, Osmanlı sarayı ve aydınları arasında ülkeyi içine düştüğü felaketten kurtarabilmek için, "batılılaşma" dışında başka alternatif olmadığı düşüncesi hâkimdi. Her ne kadar yöntemi ve tarzı tartışılabilirse de bu, o günün şartlarında, oldukça gerçekçi bir yargıydı. Ancak, yaşadığımız bunca deneyimden sonra hukukun toplum mühendisliği aracı olarak kullanılamayacağı, bunun toplumsal değişimi sağlamaya yetmediğini görüp anlamış olmamız gerektiği halde, bugün hala aynı şeyi<sup>(12)</sup> benimsemeli miyiz? Belki de gerçekten bir değişim kaçınılmazdır, ancak acaba değişim hangi yönde olacaktır ve salt hukuku değiştirmekle sağlanabilir mi? Yoksa hukuk, kendisinden başka araçlarla sağlanacak sosyal-kültürel değişimi takip etmeli, desteklemeli midir? Bu sorulara doğrudan doğruya evet ya da hayır biçiminde kestirme cevaplar vermeden önce, verilecek temel cevabı da gerekçelendirmek üzere, öncelikle hukukun toplumsal işlevi (özellikle, toplum-

larda hukuk niçin gereklidir sorusu) üzerinde durulması yararlı olacaktır.

### Hukukun Toplumsal İşlevi ve Kaynağı Sorunu

Bildiğimiz gibi, hukuk, günümüz toplumlarının en temel yapı taşlarından birisidir. Çağdaş devletler, "hukuk devleti" olmakla, "hukukun üstünlüğü" ilkesine bağlı kalmakla övünmektedir. Günümüz dünyasında hukuka bağlı devlet imajı (hele, demokratik sıfatıyla da birleşmişse) bir gelişmişlik göstergesi sayılmaktadır. Dahası yine çağdaş dünyada hukuk yegâne meşruluk aracı olarak kabul edilmekte, uluslararası müdahaleleri haklılaştırmak için bile, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin hukuksal nitelikli bir kararı yeterli görülebilmektedir.

Özellikle, çağdaş demokratik toplumlarda hukuk, devletin her şeyidir. Devletin hem varlık nedeni, hem meşruluk aracı, hem de elikolu ve silahıdır. Kısaca devleti hukuk var etmiştir ve hukuk ayakta tutmaktadır.<sup>(13)</sup> Bu açıdan bakıldığında, sanki hukuk toplumsal yaşantıyı düzenlemek, toplum üyelerinin hak ve özgürlüklerinin muhafazası için değil, aksine devletin bekası için vardır bile denilebilir.<sup>(14)</sup> Oysa biliyoruz ki, hukuki olan her şey meşru değildir.<sup>(15)</sup> Kaldı ki, sadece pozitif hukuka (kanuna) uygun olan her şey gerçekte hukuki bile olmayabilir. Buradan hareketle, hukukun devletin koyduğu kuralardan ibaret olmadığını, pozitif hukuktan önce ve onun ötesinde de hukuktan

söz edilebileceğini belirtmek gerekir. Teorik olarak devleti ve siyasal iktidarı meşrulaştırmasına, kısaca bir meşruluk aracı haline dönüşmüş olmasına rağmen, salt devletin yaptığı kurallardan ibaret sayılan hukukun kendisinin de bir meşruluk sorunu ile karşı karşıya kalacağı kolaylıkla anlaşılabılır. Burada karşımıza kanunilik, hukukilik ve meşruluk gibi pek çok kavramsal sorun çıkmaktadır. Her biri farklı anlam taşıyan ve aralarındaki nitelik farkı çok önemli olan bu kavramları açıklamak başlı başına başka bir çalışma konusudur. Bu yüzden burada sadece hukukiliğin meşruluktan farklı olduğunu belirtmekle yetineceğim. Bununla, aynı zamanda hukukun yetkili organlarca usulünce yürürlük kazandırılan mevzuattan ibaret olmadığını, hukukun kendisi için de bir meşruluk probleminin her zaman söz konusu olabileceğine tekrar işaret etmek istiyorum. Başka bir biçimde söylemek gerekirse, hukukun kendisi meşru kılınmadıkça bir toplumda, devlet ve siyasal iktidarlar başta olmak üzere, hemen hiç bir kurumsal yapının meşru olarak varlığını sürdürebilmesine olanak yoktur.

Tarihin her döneminde toplumsal ihtiyaçlar ve değerlerle hukuktan daha çok örtüşen ve dolayısıyla, hukukun ve buna dayalı olsun olmasın, devletin eylem ve işlemlerinin daha kolay benimsenmesini sağlayabilecek başka bazı normatif meşruluk araçları var olmuştur.<sup>(16)</sup> Ancak günümüzde, özellikle

"medeni" (batılı) toplumlar hukukun yerine başka bir meşruiyet aracı koymak niyetinde değildir. Spekülatif bir iddia olsa da hemen şimdi şöyle diyebilir miyiz? Çünkü hukuk, iktidar aracılığı ile her tür ideolojiyi dayatmanın ve gerçekleştirmenin, her tür siyasal, sosyal ve ekonomik çıkarı "sözde meşru" (pozitif hukuka uygun) zeminde elde etmenin en rasyonel ve en kolay aracıdır.<sup>(17)</sup> ABD'nin, her türlü ulusal ve uluslararası moral meşruiyeti kaygısından uzak olarak ve her türlü iç ve dış muhalefete rağmen, özellikle uluslararası alandaki dayatmaları, müdahaleleri ve güç gösterileri, Nazi Almanyası'na hatırlatmasıyla, buna örnek gösterilebilir. Yine geçtiğimiz yüzyıl içerisinde İtalya'da, son on yıllarda ise Türkiye'de önemli sosyal sorunlar olarak görülen siyaset, çete, mafya, para, banka ve devlet ilişkileri bu gerçekliği daha iyi kavramaya yardımcı olacaktır. Hem İtalya'da, hem de Türkiye'de ve benzer başka ülkelerde, kısmen kanuna uydu- rularak (örneğin, akrabalara, eşe-dosta verilen devlet ihaleleri, kısmen kanunsuz ya da hangi çerçevede (mesela, ulusal güvenlik, kamusal yarar kavramlarının perdelemesi arkasında) kurulduğu bilinmeyen iktidar-çevre ilişkileri sayesinde (Temiz eller, Susurluk), hukuk kuralları uyarınca "meşru" yoldan iktidarda olanlar ve çevresindekilerin, hukuka dayalı iktidarlarını hangi "gayri meşru" menfaatlere kolaylıkla aracı kılabildiklerini göstermeye yetmektedir.

(16) Habermas, sosyolojik açıdan meşruluğun, toplumda doğru olarak kabul edilen değerlerle ilişkili olduğunu savunmaktadır. Kanımca, hukuk ise doğru olandan ziyade adil olanla ilgilidir. Bkz. Jürgen HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Cambridge 1997, s. 95-97.

(17) Bunu Erdoğan'ın tartıştığı Hikmet-i Hükümet kavramı ile ilişkilendirebiliriz. Bununla ne kastettiğini Erdoğan, Machiavelli'ye referansla şöyle ifade ediyor. "bir prensin devletin bekası amacıyla "sadaqat, merhamet, insaniyet ve din gözetmeksizin hareket etmesinin çok kere zorunlu olduğu" veya "Anayurdun korunması için, kişi bir şeyin hukuki mi hukuk dışı mı, yumuşak mı zalimce mi, övgüye değer mi utandırıcı mı olup olmadığını düşünmek için bir an için bile durmamalıdır." Mustafa ERDOĞAN, "Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?", *Doğu Batı, Düşünce Dergisi*, Yıl 4, Sayı 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01, s. 47-48.

(12) Yani, Avrupa Birliği'ne üye olmak, dolayısıyla onun standartlarını, normlarını benimsemek kaçınılmazdır, başka da bir alternatif olmadığına göre, hukukumuzu bu doğrultuda değiştirmeliyiz anlayışını

(13) Niyazi ÖKTEM / Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İstanbul 2001, s. 259-260.

(14) Hukuk ve devlet bekası kavramları arasındaki gerilime ilişkin bir çalışma için bkz. E. Fuat KEYMAN, "Devlet Bekası - Hukukun Üstünlüğü Karşılığı: Türkiye'de Devlet Sorunu ve Demokratikleşme Olasılığı", *Doğu Batı, Düşünce Dergisi*, Yıl 4, Sayı 13, Kasım, Aralık, Ocak 2000-01, s. 137-149.

(15) Bazen meşruluk, açıkça yürürlükteki hukuk kurallarına aykırılıkta eşanlamı olabilir. Genel olarak sivil itaatsizlik eylemleri buna örnektir.

Bir yanda "sözde" meşru iktidarlara kurarken, diğer yandan meşruluğu ahlaki bir temel üzerine oturtmadığı için, iktidar gruplarının her türlü toplumsal amaç ve hedeflerini (verili bir ideolojiyi dayatmaktan, ekonomik hayata müdahaleler, siyasal manipülasyonlar ve din istismarlarına kadar) gerçekleştirmek üzere araç haline dönüşebilen ve (belki de bu yüzden) çağdaş dünya devletleri için vazgeçilmez önem ve değere sahip bulunan hukuk, gerçekte nedir? Pek çok açıdan cevap verilebilir. Birbirinden oldukça farklı tarihsel, sosyolojik, felsefi, ideolojik ve pozitivist hukuk tanım ve analizleri yapılabilir. Ne var ki, burada bütün bu farklı tanım ve analizlere uzun uzadıya değinme imkânımız yok. Ayrıca bunun gerekli olduğunu da düşünmüyorum. Mevcut sorunumuza esas olmak üzere, hukuku, bugün çağdaş dünyada hukuk denildiğinde en yaygın olarak anlaşıldığı biçimiyle "pozitif hukuk" olarak almanın yeterli olacağı kanısındayım. Zira hayatı değil de, gerçekçi bir bakış açısı sergilemeye çalıştığımızda (ki bu tebliğde bizim yaklaşımımız böyledir) karşınıza çıkan yegâne hukuk olgusu (sosyolojik anlamda yaşayan hukuk kavramı da hariç tutulmak üzere) devlet eliyle yaratılan hukuku ifade eden pozitif hukuk normlarıdır. Bundan sonraki açıklamalarda hukuk dediğimde pozitif hukuku, yani belli bir ülkede, belli bir zamanda, yetkili organlarca usulüne uygun olarak çıkarılmış ve devlet desteğine bağlanmış olarak yürürlükte bulunan hukuk kurallarını kastediyor olacağım.

Bununla birlikte, burada hukuk ve toplumsal gerçeklik ilişkisi sorununu

irdelerken sormadan geçilmemesi gereken bir soru var. O da şu: Hukuk realitede toplumsal gerçekliğin bir ürünü olarak mı pozitif hukuk haline dönüşmektedir? Yani toplumsal hayatta varolan ilişki biçimlerini olduğu gibi kurallara bağlamak hukuk yapmak anlamına gelir mi? Yoksa hukuk toplumsal hayatın ideal biçimini öngörüsü üzerine mi yapılmalıdır? Bu soruya verilecek cevap, bir taraftan hukukun toplumsal gerçeklik ve değerlerle ilişkisi sorununu ortaya koyacak, diğer taraftan kanun koyucunun ya da hukuk politikacısının pozitif hukuku yaparken izleyeceği yöntemi, yolu belirlemek, hukuk uygulayıcısının da boşlukları doldururken, yorum yaparken takınacağı tavra ışık tutmak açısından önem taşıyacaktır. Ancak bu soruya cevap verebilmek için önce başka bir soru sormak ve cevaplamak gerekmektedir: Hukuk niçin vardır? Hangi toplumsal işlevi yerine getirmektedir?

İlk akla gelen cevap hukukun "toplumsal düzeni sağlamak" için var olduğu şeklindedir.<sup>(18)</sup> Ancak bu, sanıldığı kadar gerçekçi bir saptama değildir. Zira tarihsel bir bakış, toplumsal hayatın düzenini sağlayan ilk normatif düzen kurallarının din kuralları olduğu gerçeğini göz önüne sermektedir. İlk insan ve ilk toplumla birlikte dinsel normlar toplumsal yaşamın en önemli belirleyicisi olmuştur. Bu toplumlarda hukuk, dine, ahlaka ya da geleneklere alternatif bir normatif düzen unsuru olarak ortaya çıkmamış, aksine dinsel normların ihlalinin önlemek, kutsala yönelik eylemleri cezalandırmak, gelenekleri muhafaza etmek düşüncesinden doğmuştur.<sup>(19)</sup>

(18) Hukukun toplumsal düzeni sağladığına ilişkin bir ifade tüm hukuk başlangıcı, hukuka giriş, hukukun temel kavramları ve benzeri temel hukuk kitaplarının vazgeçilmez kişisidir.

(19) Öktem / Türkbağ, s. 266-268; Cahit CAN, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Ankara 2002, s. 24-25

Bu çerçevede, tarihsel süreçte, özellikle kültürel açıdan homojen toplumlarda insan davranışlarını, hukukun ötesinde, hatta öncesinde, çok farklı toplumsal düşünce ve inanışların (tasarımların) belirlediğini ileri sürmek mümkündür.<sup>(20)</sup> Geçmişte olduğu gibi bugün de toplumsal düzenin sürmesinde, hukukun yanı sıra din, ahlak ve örf-adet kurallarının, kısaca kültürel normların çok etkin bir rol oynadığı söylenebilir. Bu anlamda bazen ahlak, bazen din ya da gelenekler ön plana çıkar.<sup>(21)</sup> Örneğin, insanlar dini inanışları ya da ahlak anlayışları öyle gerektirdiği için, kendilerini çaresizlere, evsizlere, düşkünlere yardım etme yükümlülüğü altında hissedebilir, yalan söylemekten kaçınabilir. Yine insanlar örf-adet ve görgü kuralları uyarınca yanlış olduğuna inanışları için büyükleri yanında alkol almaktan, açık saçık giyinmekten çekinebilirler. Başkasının canına, ırzına ve malına zarar vermemek, hırsızlık, dolandırıcılık yapmamak, adam öldürmek için de benzer şeyler söylenebilir.<sup>(22)</sup> Bu davranışların bir kısmı hukuk düzenince yasaklanmış ya da önerilmiş (yapılması emredilmiş) davranışlar olabilir.

Burada önemli olan soru, hukuk düzenince emredilmiş ya da yasaklanmış olması bizim herhangi bir davranışla il-

gili tavrımızı ne ölçüde belirlemektedir? Örneğin, ev kiramızı, kredi kartı borcumuzu, düzenli ödüyör olmamız ya da hırsızlık yankesicilik, dolandırıcılık yapmıyor olmamız, salt bunların hukuk kuralları içinde yer almış, hukuksal düzenlemeye kavuşturulmuş olması ile ilgili olarak açıklanabilir mi? Acaba, hukukça emredilmemiş olsaydı, her birimiz kiramızı, kredi kartı borcumuzu ödememeyi mi tercih edecektik? Ya da hukukça yasaklanmamış olsaydı, her birimiz her fırsatta hırsızlık ya da dolandırıcılık mı yapacaktık? Böyle bir soruya cevap vermek çok kolay görünmemektedir. Ancak insan psikolojisinden hareketle yapılacak bir tespit, toplumun sıradan üyelerinin hukuk karşısındaki tavır alışlarını açıklamak açısından oldukça faydalı bir bakış açısı sağlayacaktır. Psikolojik olarak her insan kendisine yönelen dayatmalara karşı tepki verme eğilimindedir. Dolayısıyla kültürel normlarla uyumlu olmayan bir davranışın hukukça emredilmiş olması toplum üyelerinin o davranışı benimseyecekleri (içselleştirecekleri) anlamına gelmez.<sup>(23)</sup> Ayrıca, tarihsel veriler göstermektedir ki, radikal hukuksal değişikliklerin gerçekleştirildiği pek çok toplumda, toplum üyelerinin önemli bir kısmı sırf hukuk kuralları yasakladığı (ya da emrettiği) için, kendi gele-

(20) Can, s. 25-26.

(21) Örneğin, "Uzakdoğu toplumlarında hukuk yolu en son başvurulması gereken ve normal olarak kullanılmayan bir araç sayılır... Şerefli bir vatandaş hukukla ilgilenmez, davranışlarını yüksek ahlaki ilkelere göre düzenler." Adnan GÜRİZ, Hukuk Başlangıcı, 9. Baskı, Ankara 2003, s. 2.

(22) Émile DURKHEIM, Sosyolojik Yöntemin Kuralları, Çeviren: Cenk Saraçoğlu, İstanbul 2004, s. 48-55. Durkheim'in ifadesiyle, "bu kuralların dışına çıkıp onları ihlal etme ve bağımsız davranışa gücünü kendimde bulsam bile, bu kuralları veri alıp onlara karşı mücadele etmeksizin yapmamı bunu. Hatta ve hatta bu kuralları bir şekilde alt ettiğim durumda bile onların benim üzerimde yeniden baskı kurmaya yönelik dirençleri bu kuralların zorlayıcı güçlerini bana hissettirir. Bütün yenilikçiler ne kadar şanslı olurlarsa olsunlar eninde sonunda girişimlerinin karşısında kuralların zorlayıcılığı ve muhalefetini bulurlar." s. 51.

(23) Parsons'a göre, "Bir sistem olarak toplumun özü, kendi içinde ... biçimlenmiş normatif bir düzendir. Bir düzen olarak bu normatif yapı, değerleri ve farklılaşmış ve özelleşmiş ayrıntılı norm ve değerleri içerir. Anlamlı ve yasal olabilmeleri için bu öğelerin kültürel referanslara gereksinimleri vardır. T. PARSONS, Societies, Evolutionary and Comparative Perspective, Prentice-Hall, Englewood Cliffs 1966, s. 10. Aktaran: Anthony D. SMİTH, Toplumsal Değişme Anlayışı, Çeviren: Prof. Dr. Ülgen Oskay, Ankara 1995



nek ve inanışlarından kolay vazgeçmemiş, hukuka aykırı hale getirilmiş olmasına rağmen, belli biçimde davranmak konusunda ısrarlı olmayı sürdürmüşlerdir.<sup>(24)</sup> Düşünlerde meskün mahallerde silahla ateş açılması, bundan çok daha ileri düzeyde olmak üzere, "namus temizleme" ve "kan davası" adı altında cinayetler işlenmesi bizim toplumumuzdaki bu geleneksel davranışlara örnek gösterilebilir. Salt, hukuka aykırı saymanın, hatta şiddetle cezalandırmanın bu türden davranışları engellemek adına yeterli olduğu söylenebilir mi? Sanırım bu defa cevap çok tereddüt edilmeksizin "hayır" olacaktır. Şu halde aynı mantık çerçevesinde yukarıdaki sorulara da aynı cevabı vermek mümkündür.<sup>(25)</sup> Zira, kendimizle ilgili olarak yapacağımız basit bir gözlem ve sorgulama bile, çoğu zaman davranışlarımızı hukuka uydurmak iradesiyle değil başkaları karşısında küçük düşmemek, rezil olmamak, ayıplanmamak, (ya da amiyane tabirle, karizmayı çizdirmemek), günah işlememek, görgüsüz sayılmamak ve benzer diğer bazı düşüncelerle ya da töre veya gelenek baskısıyla ayarladığımızı görmemize yetecektir.<sup>(26)</sup> Eğer bu türden toplumsal baskı ve zorlayıcılıklar olmasaydı, çoğu zaman hukuku ihlal etmek konusunda istekli bile olabilirdik. Hukuka aykırılı-

ğına rağmen vergi kaçakçılığının yaygınlığı, trafikte hız limitine uyulmaması veya emniyet kemeri bağlama konusundaki lakaytlık neyi kastettiğini somutlaştırmak adına oldukça elverişli bir örneklerdir. Pek çoğumuzun, hırsızlık yapmıyor olması, tıpkı yalan söylemekten hoşlanmadığımız gibi, onun hukuk düzenince yasaklanmış bir eylem olmasından çok, bizatihi hırsızlığın "kötü" ve "yanlış" olduğuna ilişkin değer yargılarımızdır ve bu yargıları biz hukuk öğretisinden ziyade toplumsal kültürden (din, ahlak, örf-adet, gelenek, görgü ve benzeri toplumsal normlardan) ediniriz. Bu anlamda, her toplumda insanların büyük bölümünün kendiliklerinden hukuka uygun davranışlar sergilemeleri, hukuk kuralları ile toplumsal kültür ve genel insani (ahlaki) değerler arasındaki uyumla açıklanabilir.<sup>(27)</sup>

Kısaca, bütün toplumsal düzen kuralları (kendilerini nitelerken işaret edildiği üzere) toplumda düzen sağlama işlevi ile ilgili bulunmaktadır.<sup>(28)</sup> O halde, diğer sosyal düzen kurallarının yanı sıra, bir toplumda niçin ayrıca hukuk kurallarına ihtiyaç duyulur? İşte az önceki sorumuzu bu çerçevede cevaplamak gerekmektedir. Bunun teorik olmaktan ziyade pratik nedenleri olduğunu düşünüyorum.

- (24) Hukuksal düzenlemelerin toplumsal değişimi sağlamak konusunda başarısızlığına ilişkin örnek ve açıklamalar için bkz. Anthony GIDDENS, *Sociology*, Polity Press, Cambridge 1989, s. 18.
- (25) Aksine bir yaklaşım psikolojik açıdan da savunulamaz. Çünkü insan psikolojisi, sırf birisi (kanun koyucu) bir şeyi emretti ya da yasakladı ve bu emir - yasaklara aykırılığı cezalandırabilme gücünü elinde bulunduruyor diye itaatkâr bir tavır geliştirmeye değil; tam aksine, özellikle de benimsemediği değerler sistemi ile çatışsa, bu tür zorlayıcılıklara karşı tepkisel davranışlar geliştirmeye daha elverişlidir.
- (26) Bununla birlikte, pozitif hukukçular da dâhil olmak üzere, pek çoğumuzun sayısını bilmediğimiz, içerdiği maddelerde nelerin emredilip nelerin yasaklandığından haberdar olduğumuz pek çok kanuna aykırı davranmadığı da gerçektir.
- (27) Bu konuda ayrıntılı teorik tartışmalar için bkz. Özcan, s. 66-97.
- (28) Özetle, hukuku da içeren tüm sosyal düzen kurallarının birey ve toplum hayatını düzenlemeye yönelik oldukları ve onlara, iyilik yapmak, yardım etmek gibi olumlu emirler ya da kötülükten kaçınmak, hırsızlık yapmamak gibi olumsuz emirler (yasaklar) tarzında bazı davranış modelleri önerdikleri söylenebilir. Hem hukuk hem de diğer sosyal düzen kuralları kapsamı ve biçimsel karakterleri açısından birbirlerine benzer nitelik arz etmektedir. Yine, tüm sosyal düzen kuralları, emir ve yasaklarına uyulmaması halinde, nitelikleri farklılaşsa da genel olarak yaptırım olarak anılan bazı toplumsal tepkileri de içerdiğinde barındırılmaktadır.

Bunlardan birisi, diğer toplumsal düzen kurallarının toplumsal değişime ayak uydurabilecek, değişen toplumsal şartları hızlı biçimde düzenleyebilecek nitelikte olmamasıdır. Bir başka ifade ile toplumların dinamik yapısına karşın, hukuk dışındaki toplumsal düzen kurallarının nispeten statik bir yapısı vardır. Bunlardaki değişim çok yavaş bir biçimde ve kendiliğinden gerçekleşir. İnsanlar istese de, din, ahlak, örf-adet kurallarını birkaç gün, ya da birkaç ay içerisinde değiştirebilmelerine olanak yoktur.<sup>(29)</sup> İkinci olarak diğer toplumsal düzen kurallarına uyulmaması halinde, kuralı ihlal edene uygulanabilecek belirli ve düzenli bir yaptırım sözü konusu olmaması da ortaya çıkabilecek belirsizliği gidermek açısından hukuk kurallarını gerekli kılmaktadır. Hukuk kuralları dışındaki toplumsal düzen kurallarının hepsinde, kuralın ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar belirsiz ve arızî niteliktedir. Bu ise, özellikle, kuralın artık sosyal ihtiyaçları karşılayamaması durumunda, spontane olarak yerine bir kural oluşana kadar, insanların yoğun olarak onu ihlal etmesi ihtimalini artıracak, dolayısıyla toplum düzeninin önemli ölçüde bozulmasına ve düzensizliğin giderek kaosa dönüşme-

sine yol açabilecektir. Oysa sosyal ihtiyaçları karşılasa da karşılamasa da hukuk kurallarına uyulmaması durumunda devlet tarafından desteklenen belirli ve güçlü nitelikte maddi yaptırımlar söz konusudur ve bu yaptırımlar, kurallar yürürlükte kaldığı sürece etkin olarak uygulanma potansiyeli taşımaktadırlar.

Başka bazı pratik sebeplerle de hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin, diğer toplumsal düzen kurallarının hiç ilgilendiği, eksik düzenlediği alanlarda ilk düzenleyici olarak hukuk kuralları ortaya çıkmaktadır.<sup>(30)</sup> Banka ve sigortacılık işlemlerini belirleyen hukuk kuralları, bilgisayar teknolojisi ve internet kullanımı dolayısıyla ortaya çıkan yeni davranış modellerini düzenleyen hukuk kuralları buna örnek gösterilebilir.

Bunlar dışında ve asıl önemlisi, günümüzde hukuk, daha önce de işaret edildiği üzere, devleti, vatandaşına karşı hem meşrulaştırmak, hem de üstün kılmak için, kısaca devlet için vardır. Devlet iktidarı ve gücünü toplumdaki en üstün güç ve tek meşru otorite olarak ilan eden hukuk, bu çerçevede vatandaşlara ödevler yükleyip, haklar bahşeden yegâne üstün otoritedir.<sup>(31)</sup>

- (29) Ancak bazen tersi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, kanun koyucunun hukuk normlarını toplumsal ihtiyaçlar paralelinde değiştirmekte gecikmesi durumunda toplum üyeleri kendi aralarında hukuki nitelikteki işlerini çözmek üzere bir takım kurallar geliştirmekte ve bunlara kendiliklerinden uymaktadırlar. Siyasal iktidar dışındaki sosyal iktidarlardan oluşturulan ve toplumda belli etkinliğe sahip bu türden kurallar her ne kadar pozitif hukuk kuralı olmasalar da sosyolojik olarak hukuk kuralı niteliği taşımaktadır.
- (30) Örneğin, Osmanlı'da, İnalıcık'ın ifadesiyle "zamanla, Şer'i'at'ın çözüm için bir kural koymadığı durumlar ortaya çıkmakta idi. Fetvâ kurumu, her zaman, özellikle kamu işlerinde yeterli değildi. Sultan tarafından verilen hükümler, bazen Şer'i'at'la uyumlu görünmese bile sivil otoritenin devamı nihai olarak Müslümanlar'ın hayrı için zorunlu kabul edilerek, uygulama alanına konmuştur. Bu kurallar, tamamiyle bağimsiz bir hukuk konusu olarak Şer'i'at ile yan yana mevcut devlet hukuku anlamına gelen kanun veya zevabit terimleriyle adlandırılmıştır. İnalıcık, s. 41.
- (31) Aslında bu bir bakıma, laiklik anlayışının bir sonucu olarak -ki bu da aydınlanma felsefesinin, rasyonalist düşüncenin bir ürünüdür- insanın nasıl davranacağını söyleyen ilahî irade ve bundan beslenen ahlaki ilkelerin yerine hukuk iradesinin, pratikte, siyasal iktidar ve kanun koyucunun iradesinin geçmesi anlamına geliyor. Bu temel sorunu ele aldığı çalışmada E. Fuat Keyman sonuç olarak şu özüme ulaşılmaktadır: "modernite içinde siyasal olanın devletle endeksli niteliği, devlet iktidarının toplumsal ilişkiler üzerinde hegemonyasını ve meşruiyetini kuran 'egemenlik söylemi'yle gerçekleştirildiği ölçüde, devlet-toplum/birey ilişkilerini tarihsel, ilişkisel, bağlamsal ve söylemsel kurulum çok boyutlu bir 'ilişkiler dizini' olarak düşünmek moderniteyi anlamamız ve devlet-iktidar-meşruiyet bağlanışını eleştirel bir yoldan çözümlememiz için önemli bir açılım sağlayacaktır." (İtalikler orijinal metinden) Keyman, s. 149.

Şu halde, hukuk toplumsal hayatın düzenini sağlamaktan çok, düzenin kalıcılığını sağlamak işlevini yerine getirmektedir demek yanlış olmayacaktır. Ancak sorun burada bitmemekte, aksine başlamaktadır. Zira realitede hukukun toplumsal gerçekliğin bir ürünü olarak kendiliğinden doğması mümkün değildir. Dolayısıyla, en azından pozitif hukukun yapımı sırasında acaba, toplumsal hayatta var olan ilişki biçimleri olduğu gibi kurallara bağlamak mı gerekecektir? Yoksa hukuku toplumsal hayatın ideal biçimi öngörüsü üzerine mi yapmak gerekecektir? Yukarıdaki örneklerle dönerek şöyle de sorulabilir: Kanun koyucu, töre cinayetleri ve kan davası olguları karşısında nasıl bir tutum takınacaktır? Bunları toplumun gerçekliği olarak kabul edip, hukuka cezasızlık ya da indirim sebebi olarak mı yansıatacaktır? Yoksa diğer cinayetlerle birlikte benzer cezaya çarptırılmasını mı öngörecektir? Eğer cevap ikinci ihtimaller ise, kanun koyucunun başvuracağı ideal toplum tasarımı öngörüsünde ona ne yol gösterecektir?

#### Hukukun Olgusal Niteliği ve Amacı Sorunu

Açıklandığı üzere, hukuk zorunlu olarak toplumsal hayatın içinden doğmuş, onun ayrılmaz bir parçası, bir başka ifadeyle, toplumsal bir olgudur ve kendisi dışındaki toplumsal unsurlarla ve özellikle normatif öğelerle uyum içinde olmak durumundadır.<sup>(32)</sup>

(32) Hukukun insan eliyle yapılıyor olması onun aynı zamanda sosyal olgu olması niteliğini değiştirmez. Bunun en önemli göstergesi ise, farklı toplumlarda farklı hukuk normlarının vücut bulmasıdır. Bunun anlamı, hukukun evrensel nitelikli rasyonel akıl, teoloji ya da ideolojiden ziyade genel olarak verili toplumsal koşulların bir ürünü olarak ortaya çıkmış olmasıdır. En önemli istisnalar, radikal ve devrimci nitelikteki hukuk değişiklikleridir.

(33) Burada tasavvur edilen toplum niteliğindeki ilkel toplumlardaki toplumsal yapıyı değiştirecek bir itici güç olmadığına dair tartışma ve açıklamalar için bkz. Alâeddin ŞENEL, *İlkel Topluluktan Uygar Topluma*, 2. Baskı, Ankara 1985, s. 119-120

(34) Şenel, s. 120.

Şimdi, hukukun toplumsal işlevine ilişkin yukarıda ortaya konulan düşünceleri ve buradaki savı bir arada daha somut ve anlaşılır kılmak üzere birlikte basit bir akıl yürütmede bulunalım. Tarihin herhangi bir döneminde diğer medeniyet ve kültürlerden uzakta bir toplum varsayalım. Bu toplum üyelerinin aynı dini ve ahlaki değerleri, gelenek ve örfleri paylaştıklarını kabul edelim. Diğer kültürlerle ilişki içinde olmayan bu toplumda birden çok doğru (toplumsal iyi ideali) söz konusu değildir. Tarihsel kaynağı din olan toplumsal tasarımların hepsinde aynı davranış modelleri, iyi-kötü, doğru-yanlış olarak benimsenmekte ve onanmaktadır. Böyle bir toplumda reformist bir hukuk düşüncesinin yeşermeyeceği aşikârdır.<sup>(33)</sup> Bu durumda ise, hukuk kurallarının yeni toplumsal davranış modeli yaratması düşünülemeyeceği gibi, hukuk kuralları ile din kuralları, ahlak kuralları ya da gelenekler arasında, başka bir söyleyişle hukuk ile toplumsal gerçeklik ve toplumsal değerler arasında bir gerilim olacağı da düşünülemez.<sup>(34)</sup> Çünkü böyle bir toplumda insan davranışlarının nasıl olması gerektiğini söyleyen hukuk değil, hukuk dışındaki, toplumsal yaşamın başlangıcından itibaren var olan ve onun yapı harcı olan, diğer toplumsal tasarımlardır. Hukuk, yeni bir toplumsal tasarım olarak değil, mevcut tasarımların öngördüğü sosyal düzenlere ilişkin çatışmaları çözümlemek, daha genel olarak da yukarıda açıklamaya çalıştığım pratik işlevleri üstlenmek üzere

varlık bulmaktadır. Bu anlamda hukuk sosyal yaşantının belirleyicisi değil, düzenleyicisi olmak rolünü üstlenecektir.

Yukarıdaki hukukun toplumsal işlevine ilişkin tartışmalar ve bu basit akıl yürütme ile göstermeye çalıştığım şey, homojen bir kültürel yapı içerisinde, toplum üyelerinin genellikle benzer ahlaki ve kültürel değerleri benimsemesi olgusunun, neyin hukuka aykırı olup-olmayacağı (ya da daha dar ve spesifik bir anlamda, nelerin suç sayılıp-sayılmayacağı) konusunda bir toplumsal uzlaşmaya işaret edeceğidir. Şu halde, böyle bir toplumsal yapı içerisinde kanun koyucunun aklına toplumu değiştirmek üzere hukuk yapmak ihtimali asla gelmeyecektir. Zaten hukukun işlevi de, amacı da bu değildir. Hukuk geleneksel olarak, kamusal vicdanı inciten ve yaralayan eylemlerin doğurduğu sonuçları ortadan kaldırmak, toplum üyelerinin mevcut inanç sistemleri ve daha genel olarak kültürel normlar çerçevesinde hak ve adalet duygularını tatmin etmek üzere varlık bulmuştur. Şu halde kural olarak hukuk bir toplum mühendisliği aracı değildir diyebiliriz. Hukuk toplumu değiştirmekten ziyade toplumda huzur ve güvenliğin sağlanmasına destek vermekle yetinmek, toplumsal değişim ve gelişimin önünü tıkamamak durumundadır.

Ancak realist olmak gerektiğinde, yukarıda sordüğümüz soru hala cevap bulmuş değildir. Zira günümüz dünyasında kültürel açıdan homojen bir insan toplumu bulmak olası değildir. Farklı kültürlerin bir arada yaşadığı toplumlar ise, kültürler çatışması, değerlerin farklılaşması kaçınılmazdır. Böyle bir durumda istesek de hukuku belirli bir kültürü hâkim kılmak sonucunu doğuracak bir anlayışla, yani belli toplumsal değerlerin diğerlerine oranla daha çok

ya da daha az korunmasını sağlayacak şekilde yapamayız. İşte bu durumda, yukarıda sorunsallaştırılan, geleneksel değerler ile ideal toplum öngörüsü arasındaki gerilimden söz edilebilir. Şu halde, böyle bir durumda, hukukun yapılması ve uygulanması aşamalarında ne yapmak gerekecektir? Temel ilke ne olmalıdır? Temel ilkeden sapmak gerektiğinde ölçü ne olmalıdır?

Bu noktada karşımıza hukukun işlevi sorunundan daha önemli bir sorun çıkıyor, hukukun amacı sorunu. Zira hukuku yaparken gözetilmesi gereken temel ilke ancak bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet edecek bir ilke olmak zorundadır. Aksi halde, hukuk başka toplumsal kurum ve kuralların yerine geçmiş, onların rolünü üstlenmiş olur. Hukukun toplumsal düzenin muhafazası için üstlendiği işlevi yerine getirirken güttüğü temel hedef ne olacaktır? İşte hukuk nasıl yapılmalıdır? Nasıl uygulanmalıdır? Nasıl değiştirilmelidir? Bunlar ve benzeri pek çok sorunun cevabı da burada yatmaktadır. Bir defa, şu noktada hemen hukukun amacının ne olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz sanıyorum. Hukuk, toplumu ileri medeniyetler seviyesine taşımak amacını güdemaz. Hukuk toplumsal refahı artırmak, kişi başına düşen milli geliri yükseltmek amacıyla da yapılamaz. Sosyal güvenlik imkânlarını artırmak, fiziksel ve ruhsal sağlığı tam nesiller yetiştirmek için de yapılamaz. Bu ve benzeri türden başka amaçları gerçekleştirmek için siyaset, eğitim, ekonomi, sanat, kültür gibi çok çeşitli başka sosyal branşlar ve kurumlar söz konusudur. İşte hukuk, gereksimin duyulan yenilik ya da reformları bizzat gerçekleştirecek öncü bir araç değil, bu değişim ve gelişimin diğer branş ve kurumlarca doğru biçimde gerçekleştirilmesine elverişli

zemini sağlayacak düzenleyici bir araçtır. Sosyal değişim gerçekleştikçe ve/veya gerektirdikçe, hukuk bu olgusal değişikliğin karşısında duyarsız kalmamak, değişimi takip etmek durumundadır. Örneğin, Türkiye’de özel radyo-televizyonların kurulması ve sonrasında hukuksal düzenlemeye kavuşturulması, dünyada bilgi teknolojilerindeki baş döndürücü gelişmeler ve buna ilişkin halen bu hızla ayak uyduramayan hukuksal düzenlemeler bu açıklamaları doğrulayan örneklerdir.

Kısaca, hukuk yukarıda sayılan amaçların herhangi birini gerçekleştirmeyi hedefleyerek yapılamaz. Bununla birlikte, tüm bu amaçların da sağlanmasına elverişli bir toplumsal yapıya işlerlik sağlamak zorundadır da. Bunu da ancak toplum üyelerinin ya da farklı sosyal gruplarının her birinin kendi toplumsal iyi (neyin doğru olduğuna ilişkin) anlayışları çerçevesinde diğeri ile barışık yaşamasını sağlayabileceği bir normatif sistem kurmak sayesinde gerçekleştirebilir. Bu normatif sistemin temeli ve dayanağı ise toplumdaki herkesin kolayca benimseyebileceği, benimsemese bile, kendi payına düşenin verildiğine inandığı temel bir değer, yani adalet değeri olacaktır.<sup>(35)</sup>

Bu noktada hukukun, sosyal olguyu olduğu gibi muhafaza etmek zorunda olduğuna da işaret etmek gerekmektedir. Adaletin gerekli kıldığı ölçüde, kanun

koyucu toplumsal gerçekliğe rağmen hukuksal düzenleme yapabilir. Örneğin, verili bir toplumda “töre gereği öldürmeler” hukuk tarafından “cinayet” olarak nitelendirilebilir ve cezalandırılabilir. Toplum üyelerinin bir kısmı tarafından meşru sayılsa da, bu eylemlerin yasaklanmasında tarihsel açıdan gelenek ve töreye de kaynaklık eden normatif düzen unsurları, yani, dinsel ve ahlaki ilkeler dayanak alınabileceği gibi, salt objektif bir adalet idesinden de hareket edilebilir. Özellikle çatışan değerlerin söz konusu olduğu çok kültürlü toplumlarda herkesin benimseyeceği ve işlevini etkin olarak yerine getirmeye elverişli bir hukuk, toplumsal şartlara uygunluğu sağlanmadığı ölçüde başka bir somut gerçeklik üzerine (örneğin, zenginlik, teknolojik gelişmişlik) değil, ancak ve sadece adalet idesi üzerine temellendirilebilir. Adalet ise, toplum vicdanında saklı (hak ve adaletle ilişkin bir) duygu<sup>(36)</sup> olmak bakımından her toplumda farklı bir somut içerik ve görünüme sahip olabilir. Bu nedenle burada bütün hukuk sistemleri için geçerli olabilecek bir adalet tanımını vermeye imkân yoktur.<sup>(37)</sup>

Söylenenleri bir örnek ile somutlaştırmaya çalışalım. Bilindiği gibi, ülkemizde yakın zamanlarda çeşitli vesilelerle zinanın suç sayılıp sayılmaması gerektiği tartışıldı. Zina da, “kan davası”<sup>(38)</sup> ve “namus cinayetleri” gibi salt

hukuksal bir sorun olarak nitelendirilemez.<sup>(39)</sup> Dolayısıyla hukuk sistemince herhangi bir şekilde düzenlenmiş olması, toplumsal sorunun çözüme kavuşturulduğu anlamına gelmez. Sosyolojik açıdan sorulması gereken soru, bu tür eylemlerin suç olarak düzenlenmiş ya da suç olmaktan çıkarılmış olması durumunda toplumsal tepki ne olacaktır, yeni durumu düzenleyici norm etkinlik kazanacak mıdır sorusudur. Örneğin, zinanın hukuken suç olarak kabul edilmemesi halinde acaba toplumun zinaya bakışında bir değişiklik söz konusu olacak mıdır? Bizim kültürümüzde, eşlerini aldatan kişilere toplum içinde saygı duyulmakta mıdır? Özellikle de zina yapan kadın olursa nasıl bir toplumsal tepki ile karşılaşılıyor? Bu konuda üniversite öğrencileri arasında yapılan bir ankette, katılanların % 75’i zina yapan eşi kendi elleriyle cezalandırabileceğini söylemiştir. Böyle bir toplumda, zinanın hukuken suç sayılmamış olması, dolayısıyla hukuk düzeni tarafından cezalandırılmasının öngörülmemiş olması toplum tarafından da hoş görüleceği anlamına gelebilir mi?<sup>(40)</sup> Bu sorulara olumlu cevap vermek zor görünmektedir. Ancak belki tam da aksi daha kolay iddia edilebilir: Toplumca onaylanmayan, kamu vicdanını yaralayan bir eylemin hukuk düzenince suç sayılmaması, insanları infiale sürükleyerek hoş karşılamadıkları bu eylemin cezasını kendileri vermek adına hukukun başka hükümlerine aykırı davranışlarına yol açabilir.

Kanun koyucunun hukuk yaparken toplumsal duyarlılıkları dikkate alma-

ması, toplumsal değerlere rağmen hukuk yapması, hukuk ile toplum arasındaki mesafenin açılmasına, hukukun saygınlık ve dolayısıyla etkinliğini yitirmesine yol açabilecektir. Bunun yanı sıra, sırf töreye uygun olduğu için temel insan hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir eylemi koruması da, insanlığın genel gelişim çizgisini görmezden gelmek olacağı; evrensel ahlak ilkelerine aykırılık taşıyacağı ve genel olarak insanların hak ve adalet duygularını inciteceği için hukukun amacına uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

### Sonuç

Çalışma boyunca savunulan düşünce iki cümleye indirgenerek özetlenecek olsa, sanırım şu iki cümle bu işlevi yerine getirmeye elverişli olabilir.

• Hukukun temel işlevi, bir toplumda, o toplumun kendi kültürü içinde tarihsellikte kazandığı düzen anlayışını sürdürebilmektir.

• Hukukun temel amacı ise, toplumu geliştirmeye yönelik herhangi başka amaç ve hedeflerin gerçekleştirilmesine de elverişli bir toplumsal yapıya geçirililik sağlayarak, toplum üyelerinin kültürel temelde farklılaşan hak ve adalet duygularını tatmin anlamında, adaleti yerine getirmektir.

Bu iki cümlede hukukun toplumsal mühendislik aracı olabileceğine ilişkin bir işaret bulmak imkânı yoktur. Daha önemlisi, bu iki cümle hukukun farklı tarihsel ve sosyolojik anlamlarına, teorik temellendirmelerine, felsefi analizlerine de aykırılık içermez.

(35) Sosyolojik anlamda hukukun bu ölçüt ile tanımlanmasına ilişkin bir örnek için bkz. Ernest HİRŞ, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Güncel dile uyarlayan: Selçuk Baran (Vezirioğlu), Üçüncü Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 271

(36) Hukuk ve adalet duygusuna ilişkin farklı bir yaklaşım için bkz. Hayrettin ÖKÇESİZ, “Hukuk ve Adalet Üzerine Duygular”, *Doğu Batı, Düşünce Dergisi*, Yıl 4, Sayı 13, kışım, aralık, ocak 2000-01 içinde, s. 225-230

(37) Adaletin toplumsal realite ile ilişkili bir kavram olarak tanımlanmasına yönelik bir çaba için bkz. Niyazi ÖKTEM, “Adalet Kavramı ve Sosyal Realite”, Adnan GÜRİZ (Editör), *Adalet Kavramı*, Ankara 1994 içinde, s. 51-56. Ayrıca, kimlik, hukuk ve adalet sorununu ele aldığı çalışmada Türkbağ, Adalet sorununun “kimliklerin kaynağı olan kültürel öbeklerin korunması ve bunlar arasındaki ilişkide adaletin bir ölçüde de olsa gözetilmesi” olduğuna, dolayısıyla, adaletin kültürel değerlerle örtüştüğüne ve yerselliğine işaret etmektedir. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ, “Kimlik, Hukuk ve Adalet Sorunu”, *Doğu Batı, Düşünce Dergisi*, Yıl 6, Sayı 23, Mayıs, Haziran, Temmuz 2003 içinde, s. 215.

(38) Kan davasının sosyolojik açıdan incelenmesi ve pozitif hukuktaki düzenleniş ve öneriler konusunda bir çalışma için bkz. Selahattin KEYMAN, “Kan Gütmeye Saniyle Adam Öldürme”, Adnan GÜRİZ / Peter BENEDICT (Editörler), *Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler*, Ankara 1974 içinde, s. 367-406.

(39) Burada sayılan türden davranışlar salt birer sosyal ya da aile-içi sorunlar olarak da görülemezler, aynı zamanda toplumsal sorunlardır. Bkz. Aysel YILDIRIM, *Sıradan Şiddet*, İstanbul 1988, s. 200; Emre KONGAR, *Türkiye Üzerine Araştırmalar*, İstanbul 1996, s. 26.

(40) Zina tartışmalarının gündemde olduğu bir dönemde, birkaç televizyon kanalında birden yayında olan, çocuk ve ailelere hitap eden ve çok izlenen bir dizinin, hem kadın hem de erkek başrol oyuncularının özel hayatlarındaki ilişkileri ve bir zina iddiası nedeniyle dizideki işlerine son verilmesi toplumsal bir tepkinin sonucu, dolaylı biçimde bir cezalandırma değil midir?

# Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları

Yasemin Işıktaç<sup>(\*)</sup>

*Handle so, dass du die Würde der Menschheit sowohl in deiner Person als in der jedes anderen jederzeit achtest und die Person immer zugleich als Zweck, nie als blosses Mittel gebrauchst.*

*(Gerek kendin gerekse tüm insanların şahsında ortaya çıkan insanlık şerefine her zaman saygı duy ve insanın asla bir araç olarak değil, daima bir amaç olarak anlaşılabileceği biçimde davran.)*

Kant

## 1-Genel Olarak:

Kant'ın insan merkezli felsefesinin temel ilkesi olan yukarıdaki emperatif salt insana değil insana dair her şeye yönelmektedir; devlete ve ulusa da. Kant, felsefenin tüm dalları üzerinde gerçekten oldukça önemli bir etki bırakmıştır. Biz bu etkinin özellikle hukuk felsefesi üzerindeki izlerini izleyeceğiz. Bu nedenle Kant'ın felsefesinin bu alana yansıyan etkilerini ve özellikle de "Yeni Kantçılık" ismiyle yeni ve modern bir kavrayışının günümüzdeki izlerini sürmek niyetindeyiz.

Evrensel insan düşüncesi, insanın değeri, kişiliği, doğal haklar kurucu ilkeler olarak alındığında, yüksek değerlere yönelme uluslararası topluma kadar genişletilmektedir.

Kant'ın ahlâk ve hukuk felsefesinin temel olan bu ilke, bir çok farklı insanlık durumuna karşı yine de önemini korumaya devam etmektedir<sup>(2)</sup>.

Kant'ın ahlak yasalarını, kendi kendine yasa koyan rasyonel varlığın buyruğu olarak açıklaması son derece önemli bir gelişme olmuştur.

Kant "eleştirel felsefesi" ile insan bilgi ve deneyimlerinin yapısını ortaya koyarken, insan aklının felsefi ya da "metafiziksel" sorularla olan ilişkisi içinde yüz yüze geldiği ikilemi yansıtır<sup>(3)</sup>. Kant'ın eleştirel felsefesi, Aydınlanma düşüncesinin temel konularından bir çoğunu anlamlı bir biçimde bir araya getirdiği için, Avrupa felsefesinin daha sonraki gelişiminde esaslı bir rol oynayabilmiştir. Saf Aklın Eleştirisi ile kurguladığı ampirizm-rasyonalizm düalizmini, transandantal idealizm içinde eritirken hukuk felsefesi açısından asıl önemli yapıtı olan Pratik Aklın Eleştirisi ile de yargı ve değere ilişkin çözümlemeyi gerçekleştirmiştir<sup>(4)</sup>. Ahlakî ve politik sorular alanı olan bu alan, Kant'ın insanlık için bir olgunlaşma süreci olarak tanımladığı Aydınlanmanın merkezindedir. Kant'ın ahlak alanı için öncelendiği ilke "özgürlük"tür. Özgür olmayan insanın eylemlerinden sorumlu olmayacağı noktasını da nedensel

(\*) Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(2) Orhan Münir Çağıl, "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk", İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: I, Sayı: 1-4, 1984, s. 73 vd.

(3) I. Kant, Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafizikçe Prolema, Çev. I. Kuçuradı, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1983, s. 3 vd.

(4) I. Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, Çev. ...., Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 7.

olarak belirlenmiş empirik ya da fenomenal benin değil de, numenal ya da akılla anlaşılabilir benin bir özneliliği olarak kavramaktadır. Buradan Kant soyut rasyonel bir iradeye ulaşmaktadır. Kişi, sadece aklın ürünü olan evrensel bir ahlak yasasına uygun olarak davrandığında, özgür ve ahlakî bir biçimde eylemde bulunur. Sonuçta Kant "kategorik emperatif"le, kişileri eylemlerini dayandırdıkları ilkeleri evrensel ilkeler olarak kavramaya çağırır. "Yalnızca, aynı zamanda evrensel bir yasa haline gelmesini isteyebileceğin maksime göre davran."

Kant'ın, olgusal ve normatifi, gerçeklikle değerlendirmeyi birbirinden ayırmayan doğal hukuk anlayışına karşı çıktığı açıktır. Doğanın fenomenleriyle ilgilenen teorik aklın karşısında, insan davranışlarını konu alan pratik aklın fonksiyonlarını koymuştur. Aklın bu iki alanının birbirinden ayrılmasını, felsefenin temel yapılmıştır. Bu değerlendirmenin aynı biçimde ahlak ve hukuk alanının ayrılmasında da kullanıldığını görüyoruz. Kant, hukuku "evrensel özgürlük yasasına göre bir kişinin iradi davranışın diğer kişilerin iradi davranışları ile uzlaştığı şartların bütünü" şeklinde tanımlar. Kant'ın hukuk sisteminde, genel özgürlük yasasına göre, kişilerin özgürlüklerinin birbiriyle uzlaştırılması başlıca amaç olduğu için, siyasi iktidarın ödevi de siyasi liberalizmin genel çizgisine uygun olarak, kişilerin özgürlük alanlarını belirlemekle sınırlıdır. Kant bu ödevin ebedi hukuktan doğan a priori kanunların yol göstericiliğinde kurulacağını belirtiyor<sup>(5)</sup>. Olması gereken hukuk alanına

tanıdığı fonksiyonla Kant, doğal hukukun gelişmesine büyük katkıda bulunmuştur. Kant pozitif hukuku tıpkı doğa olayı gibi algılar ve toplumsal ilişkilerin ürünü sayar. Doğal hukuk ise aklın buyruğudur. Doğal yasalar değişmez ilkeler getirir. Bunlar;

-Doğuştan kazanılan özgürlük en temel ilkedir. Başka iradelerin zorlamaları karşısında kişinin otonom davranabilmesinin temelini özgürlük ilkesi oluşturur.

-İkinci ilke ise eşitliktir. Kant eşitlikten salt bir eşitliği anlamaz. Onun kastettiği yasa önünde eşitliktir.

-Üçüncü ilke ise toplum içinde bireyin bağımsızlığıdır.

Aslında köklerini İlkçağ Doğal Hukuku'na kadar götürebileceğimiz bu yaklaşım, Klasik Yunan ve Roma felsefesinde ilk sistematik biçimini almaya başlamıştır. Ortaçağ'da doğal hukukun din felsefesi ile olan iç içeliği hem hukuk anlayışını hem de siyasî iktidar anlayışını biçimlendirmiştir. Tüm bu düşünsel temeller üzerinde yükselen Yeniçağ Doğal Hukuk anlayışı rasyonalist aydınlanmacı ve hümanist tavrıyla 17. ve 18. yy.'da en üst seviyeye ulaşmıştır. Yeniçağ'ın başlangıcında batıda hukukun gelişimi, genel gelişimin bir göstergesidir. Bu süreç sadece reform, hümanizm ve bir rönesans yansıması olarak alınmamalıdır. Bu gelişme aynı zamanda siyasi bir gelişmenin işaretidir ve en çok da bu yönüyle hukuka yansımıştır<sup>(6)</sup>. Hak duygusundaki gelişme hukuk bilincine de yansımıştır. Bu gelişme ile hukukun daha derinlemesine bir kavrayışı olarak yeni bir doğal hukuk ortaya çıkmıştır. Modern doğal hukuk

(5) I. Kant, Philosophie Practice Universalis, Etik Üzerine Dersler I, Çev. Oğuz Özügöl, Kabaalçı Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 27.

(6) Orhan Münir Çağıl, "Bir Eser Münasibetiyle Hukuk Mevhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: XXIX, Sayı: 1-4, 1959, s. 414.

anlayışının başlangıcını bulduğumuz Yeniçağ doğal hukuku "toplumsal bir varlık olarak insan"ı kavrayan yeni bir bakışı merkezine almıştır. Bu anlayışla Yeniçağ doğal hukuku hak düşüncesine bir pratik olarak yerleştirmede, yasama ve yargı içinde varlık bulma açısından tüm zamanların hukuksal yaklaşımlarından çok daha geniş ölçülerde bir etkiyi de yaratmıştır. İnsan anlayışı açısından da bu bilincin "insanın kendisini hukuksal bir varlık ve varlığın ayrılmaz bir değeri olarak" anlamasını da sağlamıştır.

Hukuk felsefesi, genel felsefenin ancak 19. yüzyılın son çeyreğinde bağımsızlığın kazanmış bir dalı olarak değerlendirilebilir<sup>(7)</sup>. Hukuk felsefesi de doğal hukuk ve karşı eleştiriler alanı olarak kendi varlığını bağımsızlaştırmıştır. Doğal hukuk görüşünün bütün zamanlar için geçerli olan niteliği, doğal hukukun zaman üstü ve genel olarak yani her çağda ve her toplum için geçerli bir kurallar düzeni biçiminde, her pozitif hukuk düzeninin değişmez olan temel bir örneği olarak düşünülmüş olmasıdır<sup>(8)</sup>. Bir bütün halinde ele aldığımız halde farklı doğal hukuk görüşleri vardır. Doğal hukuku belirleyen temel varsayımlardan önce bu farklılıkların dayandığı noktalara işaret etmek uygun olacaktır;

-İlk farklılık "doğa yasaları"nın kaynaklarının neler olduğu konusudur. Bazı düşünürlerde kaynak, dinsel inanç ve otorite iken bazı düşünürler laik bir ahlak anlayışını köken olarak benimsemişlerdir. Bu benimsemelerde bazen doğa bazen de aklın ya da iradenin temel alındığını görüyoruz.

-İkinci farklılık ise, doğal hukuka aykırı bir yasanın akıbetinin ne olacağına ilişkin üretilen cevaplardır. Bir kısım doğal hukuk teorileri bir yasanın geçerli olup olmadığı konusunda; yasanın aksiyolojik geçerliliği (ahlaki, dini vb. değerlere uygunluğu) onun hukuksal geçerliliği için gerekli ve yeterli bir önkoşuldur, görüşünü savunmaktadır<sup>(9)</sup>. Diğerleri ise doğal hukukun pozitif hukuk için ancak bir ideal olarak algılanabileceğine ilişkin görüşlerdir. İlk görüş pozitif hukukla, doğal hukuk arasında bir hiyerarşik ilişki kurar ve üstünlüğü yazılı olmayan doğal hukuka tanır.

Pozitif hukukla doğal hukuk arasında bir astlık üstlük ilişkisi kurulmasına verilen anlam doğal hukukçu yaklaşımın niteliğini de etkilemektedir. Eğer doğal hukuk bu anlamda salt bir hedef ya da ideal olarak alınacaksa pozitif yasa geçerlilik açısından etkilenmez, yok pozitif yasa doğa yasasından hiyerarşik olarak daha alta ise doğa yasasına uymayan pozitif yasa geçerliliğini yitirecektir.

Bu temel farklılıklara karşı doğal hukuku karakterize eden bazı genel niteliklerden de söz edebiliriz;

İlki, adından da anlaşıldığı gibi, her doğal hukuk bir doğal hukuk ilkeleri kataloğu önermektedir<sup>(10)</sup>. Bu ilkeler amprik olarak gözlemlenemeyen değerlerden doğmuştur; ve akla dayalı, a priorilerdir. Varlıkları değişmez niteliktedir ve insan aklının doğru kullanımı ile bulunabilirler. Özellikleri ile birlikte doğal hukuk ilkeleri evrensel niteliktedirler ve pozitif hukukun üzerindedirler<sup>(11)</sup>.

Hukukta ide ve ideal olarak belirlenen adalete ne anlam verileceği doğal hukukun temel sorunudur. Adalet bir yandan hukuk düzenlerince kabul edilmiş kuralların tarafsız ve tutarlı bir uygulamasıyken diğer yandan tüm hukuk düzenlerinin uyması gereken bir takım ilkelerin kendisinden çıkarılacağı bir idealdir ve ancak bu son anlamıyla bir varlığa ve diğer kavramlardan ayrılabilen bir niteliğe sahiptir. Adalet Ulpianus'tan beri süregelen "herkese kendine düşeni vermek" biçiminde tanımlandığında ne yazık ki sorun çözümlenmiş olmamaktadır. Herkese kendine düşenin ne olduğunu belirlemek gerekmektedir. En rahat yapılacak çıkarım, yasalarca tanınmış hakların verilmesidir. Buradan yasa adaletini çıkartabiliriz. Ancak yasanın gerçekten adaleti yansıtmıyorsa ölçülebilmesi için gereksinim duyulan bir kriter daha gerekir, bu da objektif adalet ya da yasa üstü adalettir<sup>(12)</sup>. İşte doğal hukukla pozitif hukuk arasında yüzyıllardır sürüp giden tartışma da tam bu noktadan doğmaktadır. Doğal hukukçular adaleti en azından pozitif hukukun değerlendirme kriteri sayarak iki farklı adaletin bir arada bulunması ile kavramaktadırlar. Oysa pozitif hukukçular, örneğin Kelsen, herhangi bir hukuk düzeninin adalet açısından değerlendirilebilmesi için öncelikle somut bir pozitif hukuk düzeninin zorunluluğuna işaret etmekte, buna rağmen içerik açısından adaletin saptanmasındaki güçlükler de göz önünde tutulduğunda bu tartışmanın bütünüyle hukuk alanı dışına itilmesini daha uygun bulmaktadır. Ya da pozitif hukukun sunduğu adaletle yetinmek gerekir. Buna ek olarak pozitif hukukun başarılı uygulaması ile adaletin te-

mini bir başka pozitif hukukçu tutumdur.

Temel varsayımlarını belirttiğimiz doğal hukuk Platon, Aristoteles ve Cicero tarafından geliştirilmiş Thomas Aquinas tarafından rasyonalist ve dini bir yaklaşımla bütünleştirilerek sistematik hale getirilmiştir. XVI. yüzyıldan itibaren Reform ve Roma Katolik kilisesinin gücünün azalmasıyla da giderek laikleşmiştir. Akıl Çağı olarak da adlandırılan XVIII. yüzyıl yeni bir düşünce biçimi doğurması açısından önemlidir. Kant da bu çağ görüşlerini biçimlendirmiştir.

Felsefenin engin geçmişine rağmen hukuk felsefesi henüz yeni gençlik çağına girmiş görünüyor. Ancak pür felsefecilerin, hukuku felsefenin konusu olarak ele almalarının kökenlerini çok daha eskiye götürebiliriz. Hukuk felsefesi bu anlamda hem felsefecilerin hem de teologların önemli çalışma konularındandır. Hukuk felsefesinin iki dünya savaşı sonrası özellikle doğal hukukun rönesansı ile birlikte kuvvetlenip giderek bağımsız ve geniş bir çalışma alanına dönüştüğünü söyleyebiliriz. Aslında doğal hukuk idesi zamanımızda nasıl hala canlılığını korumuşsa, Yeniçağ'da da yeni keşfedilmiş bir şey değildir; daha önce de işaret ettiğimiz gibi tarihi kökenleri vardır.

Doğal hukuk karşısında en az onun kadar köklü bir geçmişe sahip olan hukuksal pozitivizm de doğal hukuka karşı ürettiği cevap ve eleştirilerle en geniş anlamda hukuk felsefesi alanını doldurmuştur. Hukuksal pozitivizm hukukla devletin bir organı olan kanun koyucunun koyduğu ya da onayladığı mevzu hukuk arasında herhangi bir fark gözetmeyen, bunların her ikisini aynı şey ka-

(7) Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara, 1954, Giriş.

(8) Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1984, s. 45.

(9) L. Coleman, *Philosophy of Law, An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, London, 1990, s. 12 vd.

(10) Lord Lloyd of Hampstead; M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 5th Edition, Stevens and Sons, London, 1985, s. 92-93.

(11) Lord Lloyd of Hampstead; Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, s. 93 vd.

(12) Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2003, s. 127.



bul eden görüştür. Bu görüşün eleştirisi hukuk felsefesi için her zaman bir zemin yaratmaktadır. Yürürlükteki hukukla doğal hukukun bu açıdan karşılaştırılması doğru ve haklı bir noktadır.

"Adalet eşittir yürürlükteki hukuk ve devlet iradesi" formülüne dayanan hukuksal pozitivizmi reddeden, hukuk idesi-pozitif hukuk düalizminden beslenen doğal hukuk hukuksal yaşamda ihtiyaç duyulan genel ve temel prensipleri oluşturmaya çalışmaktadır<sup>(13)</sup>. Bu prensipler aynı zamanda hukukun nihai prensipleridir. Hukuk felsefesi hukuku belirli bir konu çerçevesinden kavrayan dogmatik hukuk bölümlerinden farklı olarak hukuku kapsayıcı ve hiyerarşik yapının çatısı olarak algılamak durumundadır, yani hukuk felsefesi hukukun üstünü örter ve onun bir bütünlük olarak kalmasını sağlar, böylece hukuk felsefesinin gerçek değeri de ortaya çıkmış olmaktadır.

İnsanlığın iki bin yıldan çok bir zamandan beri ilgilenip uğraştığı, diğer değerlerle tamamlanmış olarak adaleti deyimleyen, adaletin kimlik kazanıp uygulanabilir bir yetkinliğe ulaşacağı hukuksal ilkelerden oluşan doğal hukuk, pozitif hukukun karşısında, daha doğrusu dışında ve üstünde bir öneme sahiptir<sup>(14)</sup>. Hukuksal pozitivizmin, hukukun ancak işlevlerinden birisi olabilecek bir durumu onun temel amacı olarak almaktadır. Ancak hukukun amacıyla, onun işlevleri arasındaki ayrımın önemini vurgulamak gerekir. Hukuk öz olarak adaletle örtüşür. Normatif yapısı da göz önünde tutulduğunda hukuk için ampirik amaç çizme olanaksızlaşmaktadır. Hukukun da bir amaç değil bir

araç olarak ele alınması sonucu da dikkatle değerlendirilmelidir. Hukuku hukuk yapan egemen gücün iradesi ile sınırlı tutulursa hukuk icat edilmiş bir şeye dönüşür<sup>(15)</sup>. Devletin insanları ona uymaya zorladığı ilkeler sadece bu nedenden dolayı yani devlet tarafından istendiği ve zorla benimsetildiği için hukuk olarak değerlendirilemez. Hukuktan, haklı olarak daha fazlası beklenmektedir. Hukukun işlevi sadece düzen yaratmak değil aynı zamanda ahlaken iyi bir düzen yaratmaktır<sup>(16)</sup>.

Böylece günümüzde, hukukun genel ilkeleri biçimini almış doğal hukuk ilkelerinin bir yandan pozitif hukuk doğal hukuk çatışmasından beslendiği diğer yandan ise Kantçı anlamlardaki teorik akıl-pratik akıl ayrımıyla başlayan düalizme dayandığı anlaşılmaktadır. Bu genel değerlendirmeyi bugünkü noktaya ulaştıran tartışmalara da bağlamakta yarar vardır.

## 2-Yeni Kantçı Anlayış:

Avrupa'da bir yandan faydacı düşüncelerin etkisi diğer yandan ulus devlet oluşumunu güçlendirmek için abartılan pozitivizm, doğal hukuk görüşünün uzunca bir süre modası geçmiş ve tarihin sayfalarına gömülmüş bir görüş olarak anlaşılmaya yol açmıştır. Bu uzunca süreç içinde iki temel pozitivist girişim etkili olmuştur. İlki eski imparatorluk hukuklarının yeniden yapılandırılmasıdır. Diğer ise günümüze çok daha yakın olan ve özellikle Almanya'da başlayan Nasyonalist Sosyalist uygulamadır. Bunlara bir de insanı küçümseyen doktrinler eklendiğinde, Avrupa hem düşünsel hem de maddi bir

karmaşa içine girmiştir. Totaliter ve otoriter sistemler insan odaklı olma noktasından çok uzaktırlar. Özellikle 1930'lu yıllarda Avrupa modernlikle tanıştığı çağında, eski krallıklar zamanından çok daha otoriter ve insanı bozuk para gibi harcayan bir sistemle karşı karşıya olduğunu çok açık bir biçimde anlamıştır.

Her sıkıntılı dönemde olduğu gibi insan, yine kendi ideale yönelerek değere atıf yapan yeni bir düşünsel dalga ortaya çıkarmıştır. Bu Doğal Hukukun Rönesansı olarak da isimlendirilmektedir. Yeniden doğan doğal hukuk bir yandan kendi eski sağlam temellerine tutunurken diğer yandan da yeni bir çok ilkeyle eski çocukluk hastalıklarından kurtulmaya çalışmaktadır. Burada da asıl sorun egemen, kişi ve hukuk arasındaki çatışmanın başarılı bir çözümlemesinin ne olduğudur.

Kant'ın düşüncelerinden beslenen Doğal Hukuk Rönesansı daha çok Yeni Kantçılık olarak da isimlendirilmektedir. Yeni Kantçılık oldukça geniş bir çerçevedir, ancak bazı temel başlıklar altında değerlendirilebilir;

- Klasik Doğal hukuka dönüş,
- Klasik doğal hukukun yeniden gözden geçirilmesi,
- Yeniden modern bir doğal hukuk doktrini oluşturma çabaları.

Bu yaklaşımların hepsi bir ölçüde doğal hukuktan beslenmektedir. Ancak Yeni Kantçılar olarak isimlendirilen akım aslında yeniden modern bir doğal hukuk doktrini oluşturmak istemekteydiler. Doğal hukukla ilişkilendirdiğimiz bu yaklaşımın yanında oldukça farklı eğilimlerin farklı isimlerle Kantçı okullar olarak biçimlendiğini de görmekteyiz.

XIX. yüzyılın son çeyreğinde Almanya'da yeniden gündeme gelen Kantçı yaklaşımları yedi temel başlık altında toplayabiliriz<sup>(17)</sup>:

- a-Fizyolojist Okul (H. Helmholtz, A. Lange)
  - b-Metafizik Okul (O. Liebmann ve J. Volkelt)
  - c-Gerçekçi Okul (A. Richl ve R. Högnigswald)
  - d-Görececi Okul (G. Simmel)
  - e-Ruhbilimsel Okul (H. Cornelius)
- Bu okullar ortodoks Kantçı okullar olarak isimlendirilmektedir. Ancak tarihe mal olan bu okullardan sonra gelenler günümüze kadar etkilerini sürdürmüşlerdir, bunlar;

f-Marbourg Okulu (H. Cohen, P. Natorp, E. Cassirer, A. Liebert ve R. Stammler)

g-Aksiyolojik Bade Okulu (W. Windelband, H. Rickert ve E. Lask)

Bruno Bauch bu iki okulu birleştiren yeni bir eğilimi ortaya çıkartmıştır. Bu okullar içerisinde özellikle Marbourg okulunun üzerinde durulması hukuksal düşünce açısından önem taşımaktadır. Diğer akımlar ise farklı konuları odaklarına almışlardır.

Yeni Kantçı düşüncenin temel özellikleri;

- Öncelikle Kant'ın temel savlarını benimseme,
  - Kavramcılık,
  - Bilgi konusunda idealist oluşturma.
- Ancak Windelband'ın söylemiyle "Kant'ı anlamak, onu aşmaktır" ilkesinden yola çıkarak Kant'a ilişkin yeni okuma biçimleri ortaya koymuşlardır.

Aksiyolojik Okul ya da Bade Okulu Alman tarihçiliğinin belirgin etkisi altındadır. İlgiğini teorik aklın eleştirisinden çok pratik aklın eleştirisine yö-

(13) Çağrı, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mevhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", s. 396-397.

(14) Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, s. 44 vd.

(15) Özbilgen, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 65 vd.

(16) Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, s. 31.

(17) Joseph Bochenski, Çağdaş Avrupa Felsefesi, Çev. Serdar R. Kirkoğlu, Kabaıcı Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 118 vd.



nelmişlerdir. Örneğin Rickert gerçeklik alanıyla değerler alanının karşılıklı ilişkilerinin nasıl açıklanabileceği sorusunu sormaktadır. Bu sorunun cevabı için oluşturduğu üçüncü bir kategori olarak "anlam yapıları"nı (Sinngelbde) önermektedir. Bu eğilimden yola çıkan Lask ise, Okulun fenomenoloji ile olan bağlantılarını geliştirerek, sezgisel içerikleri kabul eden bir dizge ortaya koymuştur.

Yeni Kantçı akımın Marbourg Okulu özellikle kategorilerin deneyden bağımsız oluşunu vurgulamaktadır. Ahlak alanında normların zorunlu olarak a priori olduğunu düşünmektedirler. Etik'in bir ödev anlayışı içinde kavranması biçimsel yani içeriksiz oluşu Kant'daki gibidir.

Malbourg Okulu kökenli bir başka düşünür ise Hartmann'dır. Onun Etik (1926) isimli eseri, üç bölümden oluşan bütünsel bir varlıkbilim ortaya koyma girişimidir. Kitabının üçüncü bölümünde ortaya koyduğu "özgürlük" yaklaşımı Aristotelesçi etkiler taşımakla birlikte özgün bir katkı sayılır. Hartmann, olumsuz özgürlük (belirlenmemişlik) ile olumlu özgürlüğü (özgül tipte belirlenme) birbirinden ayırt etmektedir. İrade özgürlüğü değerler karşısında kişinin kendisine karşı olan özgürlüğünü de göstermektedir. İnsan, iki farklı gücün, gerçek dünya ile ideal dünyanın birbiriyle kesişime noktası olarak ortaya çıkar. Değerler sadece insanın özgürlüğü sayesinde dünya üzerinde etki gösterirler.

Aşağıdaki başlık altında Yeni Kantçı akımın ülkemizdeki etkileri açısından asıl önemin Malbourg Okulu çerçevesinde toplanan düşünürlerden geldiğini göreceğiz. Radbruch, Stammler ve Hartmann dolayısıyla bu okul çerçevesinde değerlendirilmektedirler. Bu düşünürlerin etkisinde olan bir çok hukuk felsefecisi de Yeni Kantçı eğilimleri Türkiye'ye taşımışlardır.

### 3-Türkiye'de Yeni Kantçı Akımın Etkileri:

Orhan Münir Çağıl hukuka ilişkin önemli bir makalesinde<sup>(18)</sup> hukuk felsefesi açısından hukuk kavramı ve hukuk idesi arasındaki tartışmanın ilk kez Ord. Prof. Dr. Abdülhak Kemal Yörük'ün "Hukuk Felsefesi Dersleri" kitabında yapıldığını belirtmektedir. Buradan yola çıkarak Yörük, hukukun tanımlanması, hukuk kavramı, doğal hukuk ve hukuk idesi gibi günümüzde de hukukun temel sorunu olamaya devam eden bir perspektifi kurma çabasına girmiştir.

Aslında 1933 Üniversite Reformu ve batı yasalarıyla köklü bir ilişki kurulmadan önceki hukuk kültürü ile hukuk öğretiminin, felsefeye çok fazla ilişkileştirilmediğini görüyoruz. İslam hukuku kökenli Osmanlı hukukunda dinsel metodolojik açılımlar vardı ve diğer hukuk kaynakları (örfi hukuk ve kanunnameler) bir mantıksal bütünlük içeriyordu; bu hukukun kendi yapısal özelliklerinden de kaynaklanmaktaydı. Ancak bu metodik tutum bugün kavradığımız anlamda hukuk felsefesi sayılmamaktadır. Usul-i Fıkıh yani hukuk usulünün hukuk felsefesinin bütünsel bir kavrayışı olmayacağı açıktır. Bu nedenlerle 1933 Üniversite Reformuyla, üniversitelerin resmi programına hukuk felsefesinin ders olarak girdiğini görüyoruz. Ülkemizde hukuksal pozitivizmi aşarak doğal hukuka yönelen düşünürler olarak Ord. Prof. Sadri Maksudi Arsal, Prof. Dr. Yavuz Abadan öncelikle hatırlanması gerekenlerdir. Üniversite

reformu sonrası ülkemize gelerek hizmette bulunmuş olan Ord. Prof. Dr. Richard Honig ve Ord. Prof. Dr. Ernst von Aster de bu anlayış çerçevesinde ele alınmalıdır.

Hukuk felsefesi alanında Abdülhak Kemal Yörük ve Rahmi Çobanoğlu ile biçimlenmeye başlayan İstanbul Üniversitesi'ndeki doğal hukukçu yaklaşımın, Orhan Münir Çağıl ile mecrana girdiğini görüyoruz. Orhan Münir Çağıl yapmış olduğu çalışmalarda özellikle Malburg okulunun önemli temsilcisi olan Stammler'den ve daha sonra da Radbruch'tan esinlenmiştir. Genel olarak Stammler ve Radbruch'un görüşleri üzerinde durarak bu etkiyi göstermeye çalışacağız.

Türk hukuk felsefesi tarihi açısından İstanbul Hukuk Fakültesi'nde Prof. Dr. Abdülhak Kemal Yörük'le başlatılan doğal hukukçu yaklaşımın Prof. Dr. Rahmi Çobanoğlu ve özellikle de Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl ve onun öğrencisi olan Prof. Dr. Vecdi Aral'la ve Prof. Dr. Tarık Özbilgen'le biçimlenmiştir.

Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'ın doktoraasını Almanya'da yapmış olması ve Alman diline hakimiyeti, bu dili ve kültürü yakından izlemesine ve Almanya'da bulunduğu dönemlerde şöhreti giderek aratan Stammler'in etkisinde kalmasına yol açmıştır. Çağıl aynı zamanda pür felsefeye olan ilgisini de bir çok yetkin çalışmasıyla özellikle de Kant ve Gothe ile ilgili çalışmalarıyla ortaya koymuştur. Onun Stammler'in yaklaşımını da hem ülkemizde tanıttığını hem de çalışmalarında kullandığını görmekteyiz. Stammler ve Radbruch'un Yeni Kantçı yaklaşımlardaki önemine paralel olarak ülkemizde de bu akımın öne çıkmasında Çağıl etkili olmuştur. Yeni Kantçı felsefenin insan

merkezli oluşu ve Çağıl'ın aynı zamanda tasavvufa hakimiyeti insan yetkinliğinin yeni ve modern bir kavrayışına yol açmıştır.

Stammler'de Kant'ın etkisi, Alman idealizmi ile tarihi süreç ve evrensellik arasında kurduğu bağıdır. Hukuk kavramı ve hukuk idesi ayrımını düşünce ekleninin merkezine alan Stammler'in özgün yanını hukuka getirdiği tanımda da görebiliriz; "Hukuk ihlal edilemez ve tam güçlü kolektif iradedir". Hukukun sosyal yanına yani subjektif çıkarlardan çok karşılıklı ilişkiler zeminine yapılan bir göndermenin bu tanımın merkezinde olduğu açıktır.

Stammler, hukukun bir yandan, daima sınırlı ve değişen içerikli hükümler içermesi, diğer yandan hukuk felsefesinin sadece tasarlanabilir hukuk için genel kavramlar araması arasındaki gelişkiye dikkatimizi çekmiştir. Eğer en geniş anlamda geçerli ve yürürlükteki hukuksal hükümler yoksa, bunun yerine hukuksal prensiplere ulaşılabilecek midir? Böyle bir teorik saptama yürürlükteki tüm hukuktan ayrı, bağımsız ve ideal anlamda uygulanabilir bir teori demektir. İki tür hukuk arasındaki bu karşıtlık canlı bir biçimde durmaktadır. Hukuk felsefesi, aynı zamanda bir kültür görünümü olarak da ortaya çıkan yürürlükteki hukuktan da esinlenir. Böylece hukuk, "insan toplumunun zorlayıcı düzenidir" şeklinde tanımlandığında hukuk felsefesinin alanı, yürürlükteki hukukun geçerliliğini dayandığı amacın araştırması olacaktır. Amacın araştırılması her zaman bir "öz" araştırmasına dönüşür. Böylece herhangi bir hukuk düzenindeki yürürlükteki hukuktan farklı ve üst bir hukuk kavramına dayanan bir teorik çalışma zemini kurulacaktır. Öz, adaletin kendisidir.

(18) Çağıl, "Bir Eser Münasibetiyle Hukuk Mevhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", ss. 289-431.

Adalet yer ve zaman koşulları bakımından toplumsal uyumun en üst düzeyde sağlanmasıdır. Bunun için;

-Hukukun bağlayıcılığının toplumda yaşayan herkesi kapsayacak genişlikte olması,

-Hukukun muhataplarına yönelteceği emirlerin insan onuruyla bağdaşır olması,

-Kişilerin uğrayacağı her türlü baskının hukuksal güvence ile kuşatılması, gerekir.

Stammiller bu çerçevede doğal hukukun içeriğini, değişebilir kabul etmiştir. Toplumların sürekli bir gelişim içinden geçtiklerini ve hukuk düzeninde bu gelişimi ve değişimi karşılayabilmek için hukukun teorik zeminini oluşturan doğal hukukun "değişebilir içerikli" olması gerektiği üzerinde durmaktadır. Aslında burada metodolojik bir sorun çıkmaktadır. Doğal hukukun içeriği değişebilir olarak alındığında değişmez mutlak bir ideal gibi yani sabit olması gereken doğal hukuk, bizzat ölçeceği ve değerlendirmesini yapacağı gelişmeleri izleyecek duruma girerse o zaman çizgi tersine dönmüş olmaz mı?

Bu noktada sosyal yaşamla sosyal olanaklar arasında doğrudan bir bağlantı kurulmaktadır. İnsanlar bu ilişkiyi iradelerini kullanarak biçimlendirmeye çalışırlar. Bunun başarılması için "özgür düşünceli insanlar topluluğu" ölçü olarak gösterilmektedir. Böyle bir toplum içinde bir araya gelen insanların her birisi, diğerinin objektif amacını kendi amacı gibi kabul eder.

Hukuk kurallarının amacı, ona tabi olanların davranışlarını düzenlemek olduğuna göre bu amacı gerçekleştirmek için sistematik bir yasalar hiyerarşisinin kurulması gerekir. Bu sistemleştirme salt zaman ve yer açısından izlenecek bir süreç değildir. Buna ek olarak bilinç

içeriklerine de bakmak gerekir. Böylece sistematik bir hukuk, ideolojik yani amaçsal bir sentez olarak da varlığını göstermektedir.

Amaçların bu birleşmesinin temel ilkesi asla "yarar" olamaz. Bu temel "özgür düşünceli insanların oluşturduğu toplum" idealidir. Bu formal düşünce aynı zamanda doğru hukukun idesi anlamındadır. İktisat ve Hukuk isimli çalışmasında Stammiller, Kant'ın bilgi kriterini kullanarak yukarıda kısaca açıkladığımız sistemini kurmuştur.

Stammiller, hukukun zorunlu olarak ampirik ve tarihsel açıdan kavranması gerektiği görüşüne karşı, "doğru hukuk düşüncesi" olarak isimlendirdiği teorisini geliştirmiştir. Stammiller'in doğru hukuk teorisi (Die Lehre von dem richtigen Rechte) sosyal teorisinin önemli bir parçasıdır. Öncelikle bu teorisinde hukuk ve ahlakın ortaklaşa bir zeminde bulunmakla birlikte, ödevlerinin farklılığına dikkatimizi çeker. Biçimsel ve içeriksel oluşun birbirinden ayrılmasındaki hassasiyet tipik bir Kantçı yaklaşımdır. Yeni Kantçı yaklaşımın klasik tutumuyla hukuku, davranışların dış görünümü ile ilişkilendirirken, ahlak davranışların iç görünümüyle ilgilidir.

Stammiller, Kant'ın aşkın doğal hukuk anlayışından yola çıkıyordu. Aynı şekilde Kantçı olmakla birlikte farklı bir hukuk anlayışı Kelsen de dikkat çekmektedir. Kelsen Kantçı argümanlar kullanmakla birlikte, doğal hukuku reddetmektedir. Günümüzdeki hukuksal pozitivist anlayış içinde önemli bir odak noktası olarak Kelsen'in teorisinin normativist pozitivism olarak isimlendirildiğini görüyoruz. Burada da genel olan-olması gereken ayrımı yapmakta ancak olması gerekene ilişkin alan bütünüyle hukuk dışına itilerek,

ideoloji ve felsefe olarak değerlendirilmektedir. Daha sonra ele alacağımız Aral, Çağıl'la ilişkilendirdiğimiz Yeni Kantçı eğilimi benimseyerek Kelsen'in tüm teorisine karşı oldukça ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Kelsen, hukukta normun, içerikten önce geldiği ve dolayısıyla da biçimin değişmez içeriğin ise değişir olduğunu benimsemektedir. Böylece Kelsen ve Stammiller aynı ilkelere yola çıkmakla birlikte Normativist pozitivism ve değişen içerikli doğal hukuk okulları gibi çok farklı yaklaşımlar ortaya koymuşlardır.

Stammiller teorisini Marx'ın tarihsel materyalizm düşüncesini eleştirerek yeni bir boyuta daha taşımıştır. Hukuk eğer ekonomik koşullarla belirlenen bir gölge olursa, doğal hukuk varlığını bütünüyle kaybedecektir. Ekonomi, sosyal yaşamın içeriği, hukuksal mantıksal önkoşuludur; diyerek hukuk olmaksızın sosyal yaşamın ve dolayısıyla da onun maddesi olan ekonomik fenomenlerin algılanamayacağını vurgulamaktadır. Böylece Markxist düşünce bütünüyle tersine çevrilmiş olmaktadır<sup>(19)</sup>.

Özbilgen özellikle bir noktada Stammiller'i eleştirmektedir. Hukuk ekonomiyi belirlememekte, sadece ekonominin, sosyal yaşamın etik değeri ters yönde belirlemesini engellemek üzere hukuka iş düşmektedir. Doğal hukuk da en çok bu konuda işe yaramaktadır.

Özbilgen'in bir diğer temel eleştirisinde ise, Stammiller'in teorisinde doğal hukuk ilkelerinin temel belirleyicisi ne özgürlük ne de eşitlik; "Özgür insan-

lar topluluğu" olarak isimlendirdiği sosyal idealdir, demektir. Özbilgen, hem insanın hem de topluluğun bir arada vurgulanmasını birey haklarına bir sınır olarak görerek, nasyonal bir sosyal düzen anlayışı savunması açısından da Stammiller'i eleştirmektedir<sup>(20)</sup>.

Yeni Kantçı akımın bir başka önemli ve Türk hukuk felsefesine yansıyan düşünürü Gustav Radbruch'dur<sup>(21)</sup>. Radbruch'un hukuka ilişkin görüşlerinin irdelenmesinde iki farklı dönemin olması nedeniyle ciddi tartışmalar bulunmaktadır.

Radbruch'un Nasyonal Sosyalizm öncesi ve sonrası görüşleri ile Nasyonal Sosyalist dönem içindeki görüşlerinin iki farklı yönde geliştiği konusunda tezler vardır<sup>(22)</sup>. II. Dünya Savaşı ve Almanya'nın ortamının Radbruch'un çalışmalarını daha rölativist ve hukuksal pozitivist bir biçim almasına yol açtığı, Savaş sonrasında ise yine ilk yıllardaki gibi daha net bir doğal hukukçu düşünür profilini ortaya koyduğu belirtilmektedir. Aslında Radbruch'un erken dönem çalışmaları ile 1945 sonrası çalışmaları açısından bir farklılaşma ya da kopukluk söz konusu değildir. İlk çalışmalarında, yoğun biçimde etkilendiği George Jellinek, Hans Kelsen, Max Weber ve doğal hukukun tipik düalizmi olan "olan-olması gereken" ayrımını net bir biçimde görüyoruz. Radbruch, Hukuk Felsefesi adlı temel eserinde "olan" ile "olması gereken" ayrımını vurguladığı gibi, bu her iki alanın

(19) Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 207 vd.

(20) Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 209.

(21) Çağıl, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mevhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", s. 416.

(22) Radbruch 1878'de Lübeck'de doğmuştur. Hukuk eğitimini 1895-1900 yılları arasında Münih, Leipzig ve Berlin'de tamamlamıştır. Daha sonra Heidelberg Üniversitesi'nde doçent ve profesör olarak çalışmalarını sürdürmüştür. 1919 yılında Alman Sosyal Demokrat Partisi'ne (SPD) üye olmuş ve politika ile ilgilenmiştir. III. Reich döneminde 1933 yılında "siyasal olarak güvenilir" ilan edilmiştir ve görevinden alınmıştır. 1945'de yeniden görevine dönmüş ve pek çok makale yayınlamıştır.

birbirinden çıkartılamayacağını da açıkça ortaya koymaktadır.

Radbruch diğer yandan söz konusu dönem içinde hukuksal pozitivizmin apaçık kendiliğinden anlaşılır bir unsur üzerinde durmaktadır. Hiç kimsenin neyin adil olduğunu belirlemediği bir ortamda da neyin hukuk sayılacağını anlaşılır bir halde olması gerektiğini belirtir. II. Dünya Savaşı sonrası çalışmalarında Radbruch temel soru olarak adil olmayan hukukun statüsünün ne olduğunu sormaktadır. Usulüne uygun yürürlüğe girmiş ve devlet tarafından korunan pozitif hukukun adil olmadığı söylenemeyeceği düşüncesindedir. Yani hukuk güvenliği fikri öncelenmektedir. Ancak pozitif hukukun adalete aykırılığı dayanılmaz ölçüye ulaşır da gerçekten "yanlış hukuk"a dönüştürse bu farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır, görüşünü de ekler.

Yanlış hukukun ne olduğunun araştırmasını da hukuk felsefesi yapar. En geniş anlamıyla ele aldığımızda hukuk felsefesinin amacı hukukun niteliğini, kökenlerini, uygulama yeteneğini ve meşruiyetinin temellerinin araştırılmasıdır. Yani hukukun salt pozitif yasa olarak algılamak ve bu düşüncenin doğuracağı sonuçlardan yola çıkarak hukuku salt iyi bir uygulamaya dönüştürülmesi olarak kavramak hukukun felsefesini yapmak değildir<sup>(23)</sup>. Yasanın salt yasa olduğu için geçerli olduğunu söylemekle ifadesini bulan pozitif hukukçu yaklaşımlarda, yasa aynı zamanda uygulama gücü açısından da tanımlanmaktadır. Yasa ve geçerliliğine ilişkin olan ve genel olarak hukuksal pozitivizm olarak adlandırılan bu anlayış

kötü yasalar ya da daha teknik deyimiyile adil olmayan yasalar karşısında sessiz kalmaktadır. Hukuk ile gücün eşit tutulması yani güç nerede ise hukukun da orada olacağı vurgulanmaktadır. Bunun bir başka anlamı da egemenlerin kendi çıkarlarını kamusal olarak kavramalarıdır. Böylece hukuk bir haksızlıklar devletine de dönüşebilir<sup>(24)</sup>.

Hukuksuz hukuk ile taşıdığı kusurlara rağmen geçerli olan kanunlar arasında kesin bir ayırım yapmak olanaksızdır. Buna rağmen iki anlayışın da olabildiğince açıklıkla ayrılabilmesi bir nokta bulunabilir ve o da şudur;

"Eğer adaletin özü olan eşitlik pozitif hukukta ortaya konmamışsa, bu hukuk kuralı sadece yanlış hukuk olmakla kalmaz ayrıca hukukun özünü de taşımaz. Aksi halde hukuk, pozitif hukuk da dahil, anlamı adaleti sağlamak olan sistem olarak tanımlanamaz"<sup>(25)</sup>.

Radbruch'un yukarıdaki alıntısından adil olmayan hukuk kurallarının statüsü konusunda birbiriyle kısmen örtüşen iki formül çıkartılabilir:

İlki adaleten uzaklaşmanın katlanılmaz hale gelmesi,

İkincisi ise böyle bir hukukun adaleti sağlamak için bir girişim olma özelliğinden yoksun olmasıdır.

Formüllerden birinin veya diğerinin uygulanması halinde, biçimsel kriter bakımından ortaya çıkan durum ya hukuk kuralının yanlış olması ve adalete uygun hale getirilmesi ya da sadece yanlış hukuk olmakla kalmayıp ayrıca hukukun özünden bütünüyle yoksun olmasıdır<sup>(26)</sup>.

Radbruch'un adil olmayan hukuk kurallarının statüsü konusundaki savaş sonrası döneme ait görüşleri sadece

akademik ilgiyi çekmemiştir. Batı Almanya Mahkemeleri Nazi Rejimi'ne ait hukuk kurallarının hükümsüz ve geçersiz olduğunu ifade ederken Radbruch'un görüşlerine başvurmuşlardır. Federal Anayasa Mahkemesi'nde 1968 yılında görülen bir dava buna örnektir. Bu davanın konusu 1941 tarihli Vatanşlık Kanunu'na göre Yahudi kökenli bir Alman'ın 2. Dünya Savaşı'nın patlak vermesinden kısa bir süre önce Hollanda'ya göç etmesiyle Alman vatanşlığını kaybedip kaybetmeyeceğidir. Mahkemeye göre Nasyonel Sosyalist döneme ait hukuksal yargılamaların geçerliliği, eğer adaletin temel ilkelerini açık bir biçimde ihlal ediyorsa, reddedilebilir. Tartışma konusu olan vatanşlık kanunu da bu temel ilkeleri ihlal etmiştir. Radbruch'un ilk formülünü açıkça kullanarak mahkeme şu açıklamayı yapmıştır;

"Bu hukuk kuralının adalete aykırılığı o kadar katlanılmaz bir boyuttadır ki, onun geçersiz ve hükümsüz olduğu, kabul edilmelidir. Uzun yıllar uygulamada kalmış olması da kuralın geçerliliğini olanaklı kılmaz. Ortaya çıkmış olan hukuksuz hukuk açıkça hukukun idesini ve temel ilkelerini ortadan kaldırıyorsa, her nasılsa uygulanmış olmakla hukuka dönüşmez"<sup>(27)</sup>.

Hukukun bir adalet talebi olarak ortaya çıkmasının ölçü alındığı bu hukuksal kavrayışta adaletin ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Radbruch öncelikle adaletin kimsenin adına sanına ba-

kılmadan yargılanması, herkesin aynı kriterlerle ölçülmesi olduğunu belirtir. Eşitlik adaletin belirleyici kriteridir. Ancak hukuku salt adalet değeriyle açıklamak yeterli değildir. Yasa, hatta kötü yasa bile özellikle hukuk güvenliği açısından kaosa karşı bir üstünlük taşıır. Sonuç olarak en kötü yasa bile yassızlıktan daha iyidir.

Radbruch kamu yararı, hukuk güvenliği ve adalete uygun olmayı bir arada ele almaktadır<sup>(28)</sup>. Bu üç değer bir arada olması gerekir. Eğer bu tür bir bütünlük yoksa, kötü, zararlı, haksız yasanın hukuk güvenliği nedeniyle geçerli sayılıp sayılmayacağını ya da içerdiği adaletsizlik veya kamuya zararlılık nedeniyle geçerliliğinin yadsınıp yadsınamayacağını takdir edilmesi gerekir<sup>(29)</sup>.

Radbruch her türlü hukukun ortaya çıkarılmasından daha güçlü olan ve yasaları önceleyen hukuk ilkelerinden söz etmektedir. Bu ilkeleri doğal hukuk ya da aklın hukuku olarak isimlendirmektedir. Ayrıntıları da bazı sorunlar taşımakla birlikte, yüzyılların birikimiyle ortaya çıkan bu ilkeler en somut görünümelerini İnsan ve Yurttaş Hakları Bilirgeleri ile kazanmışlardır.

Temel felsefi tartışmada ortaya çıkan idealizm-materyalizm düalizminin hukuka yansıyan biçiminde en kaba hatlarıyla doğal hukuk-pozitivist hukuk düalizmi olarak biçimlendiğini görüyoruz. Hukukun pozitivist kavrayışında güç, egemenlik ve düzen kavramlarının abartılmasıyla hukukun değer yanının

(23) Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Ed.: E. Wolf- H. P. Schaeider, B. Basi, Stuttgart, 1973, s. 328.

(24) Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 329 vd.

(25) Radbruch, *Rechtsphilosophie*, s. 112.

(26) Stanley L. Paulson, "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol:15, 1995, s.491.

(27) Karar tarihi 14 Şubat 1968, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 23 (1968, 98-113, 106; Ayrıca Radbruch'un ilk formülü ve onun Batı Almanya'daki mahkeme kararlarına etkisi konusundaki değişik perspektifler için bkz. Ralf Drier, "Recht und Moral", *Recht-Moral-Ideologie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1981; Walter Ott, "Die Radbruch'sche Formel, Pro und Contra", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, NF 107, 1988; Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg und Munich: Karl Alber, 1992. Aktaran, Paulson, "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?", s.491.

(28) Gustav Radbruch, "Beş Dakika Hukuk Felsefesi", H.F.S.A., 2. Kitap, Çeviren Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, İstanbul, 1995, s. 7.

(29) Radbruch, "Beş Dakika Hukuk Felsefesi", s. 8.

geriye itildiğini ve bu nedenle de hukuk-felsefe ilişkisinin istenmeyen bir ilişkiye dönüştüğünü görüyoruz. Oysa doğal hukuk farklı dönemlerde farklı kriterlerle de olsa hukukun değer yanını dolayısıyla da felsefi zeminini daima göz önünde bulundurmıştır.

Orhan Münir Çağıl, birey, devlet ya da toplumu putlaştıran görüşleri benimsemediğini belirtmektedir. Bireyi, devleti ve toplumu; varlık, insan ve dünya ya da Tanrı, insan ve dünya üçlü birlik içinde kavramak ve değerlendirmek gerektiğini düşünmektedir. İnsanın sosyal bir varlık olması, ancak bir devlet, bir toplum ve sosyal sorunlar ve ilişkiler içinde kavrayacağından hareket etmektedir. Ancak burada bir eksiklik olarak insanın bireysel karakterinin de ihmal edilmemesini, çünkü buradan bireye özgü bir özgürlük alanının çıktığını söylemektedir. Böylece daha başlangıçta hem aydınlanmacı düşüncenin hem de özel olarak Kant'ın etkisi açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Çağıl, devlet totalitarizmi veya insan kişiliğini yok sayan kollektivist anlayışların insanı "anlamsız bir dış alem" kavraması içinde tükettiği kanısındadır. Bu da insanın kendine yabancılaşmasına yol açmıştır. Buradan kurtulmak insanın sorumluluğundadır. Kant'ın ahlak ve hukuk felsefesinin temelinde yatan özgürlükle bu sorumluluk yerine getirilebilecektir.

Çağıl, Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş kitabının amacını; hukuku yani adaleti, saf Platoncu bir açılımla saf bir ide olarak aldığı ve bu hukuka yaklaşılabildiği ölçüde pozitif hukukun "hukuk" niteliğine sahip olabileceğini göstermek olarak belirtmiştir.

Hukukun temel ilkeleri olarak da isimlendirilen doğal hukuk ilkeleri hukuk kuramları ve hukuksal yapının nihai amaç olarak hukuk idesine kadar uzanan ve uzanması gereken teleolojik bir yapı ve organizasyondur. Hukuksal kavramlar, yaşam alanını hukuk idesine bağlayan bir köprüdür<sup>(30)</sup>. Hukukun bir bütün olarak kavranması açısından işlevsel olan doğal hukuk prensipleri hukukun bir yapı olarak ele alınmasıyla ortaya çıkan fonksiyonlarının belirlenmesinde de iş görmektedir. Yapısal olarak ele alındığında hukukun dört temel fonksiyonundan söz edebiliriz. Bunlardan ikisi formal yani biçimsel fonksiyonlardır: Düzen ve iktidar. Diğerleri objektif içeriktedirler: Pratik yaşam ve etik. Pratik yaşam ilkesi toplumsal, siyasi, psikolojik, biyolojik ve diğerleridir. Bunlara ekonomik etkenleri de ekleyebiliriz. Etik ilkeler ise doğal hukuk ve adaletten kaynaklanırlar. Gerek biçimsel gerekse objektif etkenler diyalektik karşıtılıklar halindedir. Yani hukukun bu etkenleri arasında antinomik bir ilişki söz konusudur. Çelişik değerlerdir, ancak çatışkırtırlar. Bu çatışkıya rağmen hukukun etmenlerini bir arada ve olabildiğince uyumlu ifade etmek hukukun sanat yanını göstermektedir.

Çağıl'da dört başlıkta belirtilmiş olan hukukun fonksiyonlarının iki ana başlıkta toplandığını görüyoruz. Bu sınıflandırma Özbilgen ve Aral'da üçlü bir sisteme çevrilmiştir. Bugün Yeni Kantçı akımın daha çağdaş görünümle-ri olarak biçimlenen "hukukun çok boyutlu kavranması" yaklaşımlarının da aynen bu üçlü ayırmadan hareket ettiğini görüyoruz<sup>(31)</sup>. Hukukun değer yanı yani adalet, hukukun normatif yanı yani düzen ve hukukun sosyal yanı yani

sosyal olgu boyutu. Gerek Özbilgen gerekse Aral, Çağıl'la aynı şekilde bu üç boyutun birbiriyle olan antinomik çatışık ilişkilerine dikkat çekerek, hukukun sonuçta bir "denge içinde uygulama" ile başarılı olabileceği ve kendinden beklenebilecek fonksiyonları gerçekleştireceği görüşündedirler.

Ancak Aral'ın gerek Çağıl'dan gerekse Özbilgen'den farklı olarak hukuk güvenliği fikrini biraz daha öncelediğini görüyoruz. Aral, hukuk güvenliği-kaos çatışkısından çıkış yolu olarak da düzen kavramını gördüğünü belirtmektedir<sup>(32)</sup>. Devlet, düzen, hukuk ilişkilerinde hukukun salt bir düzen aracı olarak algılanmasına yani değer yanına ağırlık verilmesine yönelik eleştirilere katılmakla birlikte, hukuk güvenliği-hukuk ideali ilişkisinin kavranışında pratik ve teorik zorunluluğa işaret etmekte, hukuk güvenliği düşüncesinin değerini vurgulamakta, pozitif hukukun adaletsizliği apaçık olacak ölçüde doğal hukuktan uzaklaştığı yerde bu değer geri çekilir demektir<sup>(33)</sup>.

Çağıl'a göre hukuk, devletin, politikanın, idarenin üstünde hem düzenleyici hem kurucu bir değer ve güçtür. Hukuk, politik, ekonomik, sosyal ve idari yapıları içinde barındırmakla birlikte, hukukun kökeni çok daha derinlerdedir. Hukuk ilk bakışta, günlük hayatın pratik gereksinimlerini karşılayan bir uygulamaymış gibi görünür, ancak hukuk mekan zaman ilişkisini kapsayan tarihi süreç ve şartları düzenli ve an-

lamlı bir bütün haline getiren manevi bir realitedir, demektir<sup>(34)</sup>.

Çağıl'ın bu çerçevede hukukun manevi boyutunu sosyal olguyla birleştirerek daha farklı bir açılıma yöneldiğini görüyoruz. Fransız ekolüne yakınlığı ve sosyolojik kavrayışıyla Prof. Dr. Tahir Özbilgen ise gene aynı çizgide olmakla birlikte hukukun değer yanını sosyolojik boyutunu da vurgulayarak ortaya koymuştur. Onda ağırlığın, hukukun sosyal bir düzenek olarak algılanmasına verildiğini görüyoruz.

Özbilgen'in daha Eleştirel Hukuk Başlangıcı kitabının giriş cümlesinde "hukuka yabancı kimselerin onu yasa ile özdeş saymasından" bahsettiğini görmekteyiz. Özbilgen Hukuk realitesinin yürürlükteki hukukla tüketilip tüketilemeyeceğinin temel sorun olduğu düşüncesindedir<sup>(35)</sup>. Hukuksal pozitivizm, yürürlük alanı dışında bir hukukun varlığını kabullenmezken, doğal hukuk yanlıları ile sosyolojik hukuk yanlıları, bu görüşe karşı çıkmakta ve yürürlükte olmakla birlikte, doğal ya da sosyal karakterli bir takım hukuk kural ve kurumlarının varlığında söz etmektedirler. Özbilgen, ancak klasik doğal hukuk teorisine de eleştiriler yöneltir. Şöyle ki, doğal hukuk teorisi, etik değer-hukuk ilişkisini soyut biçimde ele almakta ve hukuku etik değere indirgemektedir. Böylece doğal hukuk teorisinin temel karakteri –ve de temel yanlılığı– sosyal gerçekliğin sistematikleştirilmesi ve egemen iradeyi hesaba katmamasıdır, demektir<sup>(36)</sup>.

(32) Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 19, 35, 47. Ayrıca bkz. Vecdi Aral, "Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri", *I.Ü.H.F. Mecmuası*, C. XXXI, 1966, ss. 1-4, ss. 220-241.

(33) Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 50.

(34) Orhan Münir Çağıl, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1971, giriş, s. xxxix.; Çağıl, "Hukuk Felsefesinde Tabii Hukuk", *I.H.F.M. Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'e Armağan*, 1956, ss. 217-262.

(35) Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 2.

(36) Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 181 vd.

(30) Çağıl, "Bir Eser Munasebetiyle Hukuk Mevhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", s. 399 vd.

(31) Işıktaç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulanması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 16 vd.

Özbilgen, Aydınlanma ile ortaya çıkan kanunlaştırma hareketlerinde ve özellikle de XX. yüzyıldaki Doğal Hukuk Rönesansı ile doğal hukukun amprik koşullara olan ilgisi daha açıkça ortaya çıkmış olduğunu belirtmiştir; bu gelişmelerle ortaya çıkan yaklaşımın artık klasik doğal hukuk olarak değerlendirilemeyeceği eleştirisini de ortaya koymuştur.

Özbilgen, XX. yüzyıl Doğal Hukuk Rönesansı, genel ilkelerin saptanmasıyla yetiştirilip doğal hukukun içeriğini zaman ve yer koşullarına göre değiştirebilir kabul etmesini, klasik doğal hukukun yanlıklarından sıyrılma çabası olarak görmektedir. Bu tutumun sonucu olarak doğal hukuktan, hukukun sosyolojik kavranmasını benimsemiş okulların yararına olarak ödün verilmiş olması noktasına ulaşır. Bu nedenlerle hukukun aynı zamanda anlamsal ya da etiko-filozofik yürürlüğünün de her zaman hesaba katılması gerekir, doğal hukukun içeriğinin belirlenmesinde tercihler de bu yönde kurgulanmalıdır, görüşündedir<sup>(37)</sup>.

Etik değerler hiyerarşisinin en üstünde yer alan değerler, insanın saygınlığı, adalet, eşitlik ve özgürlüktür. Buna paralel olarak bir hukuk kuralının ve kurumunun etik yürürlüğü de, insana saygılı, adaletli, özgürlükçü ve eşitlikçi olmasıyla olanaklıdır. Ancak burada bahsedilen kavramların anlamını belirlemek oldukça güçtür. Tartışmalar, söz konusu değerlere karşı olmaktan çok, bunların içeriklerini belirlemeye dönüktür. Bu durumda bütün sorun, metafizik saplantı ve maddesel çıkar hesaplarının dışında, bilimsel mantığa dayalı bir etik anlayışında düğümlenmektedir. Özbilgen etik yürürlüğü, sosyal olay ve kurumların, fonksiyon-

nel varlıklarına indirgenmesi olarak öngörmektedir<sup>(38)</sup>. Amacını, etik yürürlüğü, hem metafizik olandan hem de sosyal alışkanlıklardan ayırarak, salt uygulanabilir kılmak olduğunu belirtmektedir.

Hukukun fonksiyonlarından -değer, sosyal olgu ve normdan- yola çıkarak kavranmasını haklı bulmakla birlikte, bunların aynı zamanda farklı hukuksal kavrayışlarla ilişkilendirilmesinin gerektiğini de ekler.

Aral, hukuk idesi ve pozitif hukukla karşılaştırılmasında, doğal hukukun yerinin her ikisinin arasında olduğunu belirtmektedir. Buradan hukukun gerçekleştirmeyle yükümlü bulunduğu adaleti formal bir ide olarak tanımlamakta ve içeriğinin doldurulmasında hukuk felsefesinin işlevine vurgu yapmaktadır<sup>(39)</sup>. Doğal hukukun pozitif hukukun karşısında, daha doğrusu dışında ve üstünde düşünülmüş olmakla hukukun bir değil, iki türlü olduğu anlaşılmaktadır. Pozitif hukukun, belli bir toplumda ve belli bir zamanda fiilen yürürlükte bulunan hukuk olduğunu belirtmektedir. Pozitif hukukun bu koşullar dolayısıyla, iyi bir iradenin ürünü olabileceği kadar çok kez rastlantısal hükümlerin ve bazen de kötü bir iradenin ürünü olabileceği için, daha çok geçici ve kusurlu bir insan yapısı olması karşısında, ondan kuşkulanan insanın umudu çok eskiden beri doğal hukuka bağlanmıştır, düşüncesindedir<sup>(40)</sup>.

Aral, doğal hukuk pozitif hukuk ilişkisinden bazı önemli fonksiyonlar çıkarmaktadır:

- Doğal hukukun pozitif hukukun bir ideali olarak örnek oluşturması,
- Doğal hukukun, pozitif hukukun adalete uygunluğunu ölçme açısından

bir kriterini oluşturmasıdır. Bu değerlendirmenin Çağl ve Radbruch ile ve Yeni Kantçı yaklaşımla paralellliği açıktır.

Toplumsal yaşamın varlık koşulu olan hukukun tüm olarak niteliğinin, fonksiyonlarının bilinmesi, onun gerek meydana getirilmesinde, gerekse bilimsel araştırması ve uygulamasında kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu düşüncesindedir. Nitekim bir toplum içindeki insanların, temelinde ahlak normlarına tabi olan karşılıklı davranış ve ilişkilerini düzenleyen hukukun adaletle yönlendiği, onun son amacının adalet olduğu bilinince, günümüzde teknik ve ekonomik gelişmenin hızlanması ile daha dinamik bir karakter kazanan toplum ve toplumsal yaşamdan gelen ihtiyaçların giderilmesi için hukukta yapılması öngörülecek değişiklik ve yeniliklerin, insan onuruna yaraşır bir biçimde daha çok özgürlük, daha çok adalet, daha çok hümanite sağlamak yolunda düşünülmesinin gerektiği açıkça ortaya çıkmaktadır. Üstelik modern toplumda özgürlüğe, adaletle ve insanlığa yönelik tutkulu bir isteğe işaret eden iç huzursuzluğun ve güvensizliğin canlı bir biçimde algılanması, bunu doğrular niteliktedir, demektedir<sup>(41)</sup>.

Tüm yaşamı bir takım değerlendirmelere dayalı bulunan insan, türdeşleriyle olan ilişki ve davranışlarını da değerlendirmelerinden uzak tutamamıştır. Bu yolla, adalet değerinin ışığı altında davranışların haklı ve haksız olarak ayrımı, hukukun oluşumunu sağlamış ve sağlamaktadır. Bu nedenle, hukukun adaleti, gerçekleştirmeye yönelik bir toplumsal yaşam düzeni olduğunu bilmek çok önemlidir.

Buna göre, bir toplumda kanun koymak durumunda olanların bu yetki ve güçlerinin kaynağı kişisel bir irade olamaz; onlar bu yetki ve güçlerini fiili olaylardan değil, adalet değerine giden yolda, bir "olması gereken"den alırlar. Meydana getirecekleri kanunlarla da tek yanlı bir egemenlik ilişkisini kurmak ve sürdürmek değil, ilişkileri karşılıklı olarak bağlayıcı bir kimliğe sokmak, etik temele dayalı bir düzen sağlamak sorumluluğunu yüklenmek zorundadırlar.

Tüm bu değerlendirmelerin Kant'ın eleştirel felsefesi çerçevesinde şekillendiğini görüyoruz. Bu genel çerçeveye eklenmiş olan Yeni Kantçı düşüncelerle doğal hukuk çağın ihtiyaçlarını daha başarı ile kavrayacak bir yön kazanmıştır. Doğal hukuk kadim oluşuna ek olarak her yeni düşünce sıçramasıyla birlikte kazandığı reflekslerle yeni yüzyılı da karşılamaya hazır görünüyor. Bu çalışma özellikle 1950'li yıllarda başlayıp 1980'li yıllara kadar olan genel gelişimin Türkiye'de yansımaları açısından bir çerçeve oluşturmak amaçındadır. Kant'ın felsefi yaklaşımının XIX. yüzyıl içindeki etkilerinin bir yansıması olan tablo özünde şu noktaya dayanmaya devam ediyor; Kant, rasyonel bir tutumla bilgiye giden yolda iki açık kapıya işaret etmektedir: Ya dünyayı bilimin yöntemleriyle kavramak bu durumda felsefe bilimin aracılığıyla elde edilmiş çeşitli sonuçların bir birleşimine indirgenmekteydi, ya da gerçekliğin aklın kurucu ilkelerinden doğduğundan hareketle evreni kavramak bu durumda felsefe, düşüncenin oluşumunun bir çözümlemesi olmaktadır.

Gerçekten de XX. yüzyıl felsefesinin büyük bir akımı, bu çifte olanağın gelişimidir. Olguculukla, maddecilik felse-

(37) Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 377.

(38) Özbilgen, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 372.

(39) Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 43 vd.

(40) Aral, "Hukuk İlimini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri", s. 220-241.

(41) Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 2. Basıma Önsöz.

(42) Bochenksi, *Çağdaş Avrupa Felsefesi*, s. 27.

fenin rolünü bilimlerin dışına itmiş, buna karşın idealizm, dünyayı, düşünce devriminin bir ürünü olarak açıklayan dizgeyi oluşturmuştur<sup>(43)</sup>. Bu yansımanın aynen hukuk felsefesi alanında da ortaya çıktığını görüyoruz. İşte tam bu noktada Kant bilgiyi değil insan aklını pratik ve teorik akıl olarak ayırarak kurmuş olduğu yani bilgi teorisi ile metodolojik bir çığır açmıştır. Böylece akıl ve deney arasındaki kesin ayrım birlikte değerlendirilmeye doğru kaymıştır. Bunun hukuk felsefesi alanındaki yansıması şekil-içerik ayrımının aşılmasıdır. Böylece hukuk birden fazla fonksiyonu ile de kavranabilecek bir bütün olarak daha anlaşılabilir kılınmıştır. Bu metodun başarılı değerlendirilmesini yapan Çağıl, Özbilgen ve Aral İstanbul Üniversitesi Hukuk Felsefesi içinde modern göndermelerle tamamlanmış bir Yeni Kantçı bakışın ortaya çıkmasını sağlayarak Türk hukuk felsefesine çok büyük katkılarda bulunmuşlardır<sup>(44)</sup>.

#### Kaynakça

- Abadan, Yavuz, Hukuk Felsefesi Dersleri, Ankara, 1954.
- Aral, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.
- Aral, Vecdi, "Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri", İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: XXXI, Sayı: 1-4, 1966.
- Bochenski, Joseph, Çağdaş Avrupa Felsefesi, çev. Serdar R. Kırkoğlu, Kambalçı Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Coleman, L., Philosophy of Law, An Introduction to Jurisprudence, Westview Press, London, 1990.

(43) Konu İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile sınırlandırıldığı için, Yeni Kantçı yaklaşım içinde yer alan diğer hukuk felsefecilerine burada gönderme yapılmamıştır. Kuşkusuz bu konuda katkısı bulunan birçok hukuk felsefecisi daha vardır.

Çağıl, Orhan Münir, Hukuk ve Hukuk Bilimine Giriş, Fakülte Matbaası, İstanbul, 1971.

Çağıl, Orhan Münir, "İnsan Hakları ve Tabii Hukuk", İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: L, Sayı: 1-4, 1984.

Çağıl, Orhan Münir, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mevhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", İ.Ü.H.F. Mecmuası, Cilt: XXIX, Sayı: 1-4, 1959.

Çağıl, "Hukuk Felsefesinde Tabii Hukuk", İ.H.F.M. Ord. Prof. Dr. Tahir Taner'e Armağan, 1956.

Drier, Ralf, "Recht und Moral", Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

Kant, Immanuel, Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafizik Prolema, çev. I. Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1983.

Kant, Immanuel, Pratik Akılın Eleştirisi, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1980.

Kant, Immanuel, Philosophie Practice Universalis, Etik Üzerine Dersler I, Çev. Oğuz Özgül, Kambalçı Yayınevi, İstanbul, 1994.

Lord Lloyd of Hampstead, M.D.A. Freeman, Lloyd's Introduction to Jurisprudence, Stevens and Sons, London, 1985.

Ott, Walter, "Die Radbruch'sche Formel, Pro und Contra", Zeitschrift für Schweizwrisches Recht, NF 107, 1988.

Özbilgen, Tarık, Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Paulson, Stanley L., "Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views", Oxford Journal of Legal Studies, Vol: 15, 1995.

## Pozitif Hukukun Meşruiyet Zemini

### Neşet Toku<sup>(\*)</sup>

Hukuk düzeni elbette kültürel bir veridir ve elbette ki hukuk kuralları toplumsal hayatın değişimine göre şekillenir. Ancak, verili dünyaya tabi olmayan akıl ve akıldan kaynaklanan hukuk idealleri de söz konusu kültürel-hukukî düzenin yaratılmasına katkıda bulunur. Esasen özgürlüğü mümkün kılan şey de rasyonalitenin böyle bir determinasyona muhatap olmamasıdır. Aksi takdirde hukuktan da bahsedilemezdi. Bu çerçeveden bakıldığında hukuk, evrensel bir özgürlük ilkesi (universal principle of right) gereğince, bireyin iradesinin ve eylemlerinin, diğer bütün bireylerin iradeleri ve eylemleriyle birlikte bulunmasını sağlayan kuralların bütünüdür ("Every action is right which in itself, or in the maxim on which it proceeds, is such that it can coexist along with the freedom of the will of each and all in action, according to a universal law.")<sup>(1)</sup>. Bir diğer ifadeyle hukuk, evrensel-etik bir prensip tarafından, bireyler arasında cereyan eden ilişkilerin bitarafane tanzimidir. Haddizatında hukuk ve etik kurallarının ortak bir takım özellikleri vardır ve bu nedenle de hukuk ve etik arasındaki karşılıklı etkileşim önlenemez.

Geniş perspektifte değerlendirildiğinde mutlak bir ayrım imkânsız gibi gözükse de modernleşmeyle birlikte

etik ve hukuk ayrımına gidilmiştir. Şüphesiz yapılan bu ayrımın zorunlu nedenleri vardı. Sözlü geleneğin ya da dinin egemen olduğu modern öncesi klasik toplumlar; bireysel farklılaşmanın, daha doğrusu bireyselleşmenin yaygın olmadığı hayat tarzını sürdürdüklerinden; hukuk, etik bağılılığı dayanır, onunla birlikte bulunur ve ondan farklı değerlendirilmezdi. Çünkü her ikisinin de kaynağı tanrısal logos kabul edilirdi. Etiği yürürlüğe koymak aynı zamanda hukuku yürürlüğe koymaktı. Tanrısal logosu yürürlüğe aktarmanın bir vasıtası olan devlet de sadece tali bir öneme sahipti. Ne zaman ki sözlü gelenekten kopuş ve dinsel farklılaşmalar gerçekleşti, hem etik ve hukuk ayrımı zorunlu hale geldi hem de devletin önem derecesi birincil sıraya yükseldi. Bu değişim hukuk dilinde "statü hukuku"ndan "sözleşme hukuku"na geçiş ifade eder.

Statü hukukunun temel özelliklerini şu şekilde belirlemek mümkündür: 1- Statü hukuku, farklılaşmanın çok sınırlı olduğu bir kurallar sistemini içermekte olup, onu etik ve dinî öğelerden ayırt etmek zordur. 2- Statü hukukunda niteliksel eşitsizlik inancına bağlı olarak, bireyden ziyade onun mensubu bulunduğu grup ya da statü önemli olup, dolayısıyla bireysel haklara değil, bireysel

(\*) Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

(1) I. Kant, The Science of Right, trans., by W. Hastie, Great Books of the Western World, 1952, s. 3.



vazifelere ağırlık tanınır. 3- Statü hukuku normatif, emredici ve zorlayıcı olmaktan çok inandırıcılığı ön planda tutar. 4- Statü hukukunda ihtilafları müzakere ile çözmek, mahkemeye gitmekten daha fazla tercih edilen bir yoldur. 5- Statü hukuku oldukça durağandır ve bir toplumsal değişim aracı olarak fonksiyonel değildir.<sup>(2)</sup>

Statü hukukundan sözleşme hukukuna geçiş, bir takım değişimler sonucunda gerçekleşmiş olup, bu dönem, özellikle Avrupa'nın Rönesans ve Aydınlanma yüzyıllarına tekabül eder. Şüphesiz geçişi sağlayan en önemli faktörlerden biri, hümanizmin profilini çizmiş olduğu insan anlayışının kabul görmeye başlamasıdır. Hümanizm, Antik Yunan felsefesinin insan ve hayat anlayışından esinlenerek, Ortaçağ Avrupa'sında egemen olan sözlü geleneğe karşı yeni bir insan ve hayat anlayışı oluşturmayı içeriyordu. Bu kontekste hümanizm, insanda merkezini bulan bir hayat ve evren görüşü olarak tanımlanabilir. Kavramın ön plana çıkan bu felsefi niteliği, onun insan davranışını etkileyen ve özellikle toplumun yapılandırılmasında yön gösteren bir ideoloji niteliği taşıdığı anlamını da ifade etmektedir. Hümanizmayla birlikte, insan ve insan eylemlerinin etik değerlendirilmesinde yeni bir sayfa açılmıştır. Klasik dönemlerde olduğu gibi etik eylemin amacı, artık insanın doğasını aşmak, bir takım soyut metafizik kurallara uymak değil, bilakis insanın yeteneklerini bir ahenk içerisinde geliştirmek, yani insanın doğasını gerçekleştirmektir. Bütün bunlar, hümanist etiğin, klasik geleneğin eskatolojik etiğinin aksine, temelde bu dünya içerisinde insanın yerinin ve görevlerinin tespit

edilmesine yönelik seküler bir etik anlamını taşıdığını gösterir. Yetkinlik anlayışının bu yeni ve dünyevi boyutları çerçevesinde toplumsal ilişkilerle ilgili gerçekler, kısa süre sonra yeni bir forma dönüşecektir. Rönesans hümanizmini klasik insan anlayışından keskin hatlarla ayıran asıl nokta, "insan onurunun (honour) temeli nedir?" sorusuna verilen cevapların değişmesidir. Hümanizm, klasik dönemin niteliksel eşitsizlik inancından kaynaklanan kategorik erdem ve hiyerarşik onur (honour) kavramının, türdeş onur (dignity) kavramına dönüşümünü sağlamış ve insan, hiyerarşik statülerden ötürü değil sadece ve sadece insan olduğu için onurludur, denmesini temin etmiştir. Hümanist düşüncenin en önemli şahsiyetlerinden; Giannozzo Manetti için insanın onuru, esasen onun çalışma gücünde, aklında ve yaratıcılığında. Çalışmasına özgün nitelik kazandıran şeyse onun özgürlüğüdür. İnsan, özgürlüğüyle kendi faaliyetinin sahibidir. Onur ve değer nihai temeli de budur. Giovanni Pico della Mirandola'ya göre ise özgür iradesi ve aklıyla evrenin merkezini oluşturan insan, kendi kaderini çizdiği gibi, kendi varlığının değerini de belirler. Dolayısıyla kendi kendisinin yaratıcısı da olur.<sup>(3)</sup> Oysa ki klasik dönemin insanı, bizihi değil, muayyen anlamlara ve amaçlara sahip roller bütününe yerine getiren; bir aileye, bir ülkeye, bir devlete, bir dine mensup olduğu için değerliydi.

Hümanist kültür, 18. yüzyıl Aydınlanma Çağı sonrası Avrupa'da istikrar kazanan ve bilahare bütün dünyayı etkisi altına alan yeni hayat tarzı ve yeni örgütlenme biçimlerini ifade eden "modernite"nin nirengi noktalarının oluş-

maya başladığı atmosferdir. Aydınlanma denilen şey; Alman filozof İ. Kant'ın ifadeleriyle, "insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olmayış durumu ise insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır. İşte bu ergin olmayışa insan kendi suçu ile düşmüştür. Bunun nedenini de aklın kendisinde değil, aklını başkasının kılavuzluğu ve yardımı olmaksızın kullanma kararlılığını ve yürekliliğini gösteremeyen insanda aramalıdır. ...oysa aydınlanma için özgürlükten başka bir şey gerekmez ve bunun için gerekli olan özgürlük de özgürlüklerin en zararsız olanıdır. Akli her yönüyle ve her bakımdan, çekinmeden kitlelerin önünde apaçık olarak kullanma özgürlüğü."<sup>(4)</sup> Anlaşılabileceği üzere Aydınlanma zihniyetinin temel şartı rasyonalizasyondur. Varlığın, bilginin, değerlerin, kısacası insan ve hayatı ilgilendiren her şeyin sadece ve sadece akılla temellendirilmesidir. Böyle bir temellendirme de tabiatıyla sekülerdir. Kısacası modernite; ana unsurları bireysel, toplumsal ve siyasal hayatın rasyonalizasyonu ile ahlakın sekülerizasyonu şeklindeki yaşama biçimini tanımlayan ve kendisini tanrısal logosa bağlı olarak örgütlemeyen bir sosyo-politik projedir. Böyle bir örgütlenme içerisinde insan, rasyonel işbölümünü gösteren statülere bağlı, toplumsal yapının iyi biçimde işlemesine katkı sağlayacak rolleriyle belirlenmiş, eşit ve türdeş onuru haiz sosyal bir aktör olup, statüsünün gereği olan rolleri ifa ettiği taktirde değerlidir.

İşte tüm bu değişimler çerçevesinde oluşan modern devlet de; her türlü kutsaldan bağımsız, kendi akli ve kendi

çabasıyla kaderini kendisinin belirlediğine inanan ve rasyonel düşünen insanların yurttaş adını alarak, "eşit tanınma" temelinde örgütlendiği siyasal formu ifade eder. Elbette bu yeni siyasal formun meşruiyet zeminini de farklıdır. Klasik dönemde yönetim veya monarşi ya da aristokrasi kendisini doğal seçkinlik ve tanrısal logosla meşrulaştırırken; modern devlet, doğal eşitlik ve eşit tanınan yurttaşlarla yani insanî logosla meşrulaştıracaktır. Devletin meşruiyet zemininin değişmesiyle beraber ahlak ve hukuk ayrımı da kaçınılmaz hale gelecektir. Klasik dönemlerde bu ayrım yapılmıyordu çünkü, doğuştan farklı toplumsal kategorilere mensup olmalarına rağmen insanlar, doğru ya da yanlış, aynı inancı paylaşıyorlar ve hayatları da söz konusu inanç temelli sözlü gelenekle, tanrısal logosla yahut dinle düzenleniyor ve bu tanzimin sonuçları da kader olarak kabul ediliyordu. Esasen niteliksel eşitsizlik düşüncesi de bu kader anlayışının bir uzantısıdır. Şüphesiz klasik dönemlerde devlet - toplum, kamusal alan - özel alan gibi ayrımların yapılmamasının, daha doğrusu modern anlamda yapılmamasının gerçek nedeni de budur. Klasik devlet, muayyen bir toplumsal kategoriye aitti ve o kategoriye niteliksel üstünlüklerinden ötürü tanrısal logos tarafından bahşedilmişti. Dolayısıyla doğal bir verililiği, bir entiteydi (entity) ve bu yüzden de bir sözleşmenin eseri değildi. Ayrıca, klasik siyasal düzen, patrimonial köle ekonomisine dayandığından, kamusal alan (publicity), devletin yani imtiyazlıların alanı demektir ve köylülük veya yoksulluk ya da köleden yoksulluk, daha doğrusu aristokrasiye mensup olmamak, kamusal alana kabul

(2) Mehmet Yüksel, *Modernite Postmodernite ve Hukuk, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2002, s. 61.*

(3) Boğos Zekiyan, *Hümanizm, İstanbul, İnkılâp ve Aka Yay., 1982, ss. 22-28.*

(4) Immanuel Kant, *Seçilmiş Yazılar, Çev., Nejat Bozkurt, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1980, ss. 213-215.*

edilmenin önündeki temel engeldi. Doğal olarak özel alan (privatus) da kamusal alana iştirak edemeyenlerin alanı anlamını taşıyordu. İşte bu kategorilerin yeniden yorumlanması, ancak modern devletin ve ondan ayrılan modern toplumunun oluşumuyla gerçekleşebilmiştir.<sup>(5)</sup>

Niteliksel eşitsizlik temeline oturtulan kategorik ayrımlarla ilgili anlam değişikliğin kaynağı, Rönesans ve Aydınlanma dönemlerinde savunulmaya başlanan "doğal hukuk" doktrini-dir. İnsanlara yönelik niteliksel eşitsizlik inancının niteliksel eşitlik şekline dönüşümündeki en önemli pay, şüphesiz Hugo Grotius ile birlikte Avrupa'nın gündemine giren doğal hukuk doktrini-ne aittir. Monarşi ve aristokrasilerin yerini modern demokrasiler almışsa, muayyen bir zümreye ait olan devlet, halka ait temsili devlete dönüşmüşse elbette ki bunun kökeninde yatan şey, niteliksel eşitliğe vurgu yapan doğal hukuk düşüncesidir. Doğal hukuk; insan tabiatına neyin uyup neyin uymadığını gösteren, ilkesel anlamda emredici veya yasaklayıcı olan ve apriori bir şekilde metafizikten ya da eşyanın mahiyetinden yahut da adaletin özünden çıkarılan normlar bütünüdür.<sup>(6)</sup> Bu çerçeveden bakıldığında hukuk, kurucu kurgulayıcı aklın buyrukları değil; insanların kalplerine ya da zihinlerine yerleştirilmiş olan doğal prensiplerin araştırılıp, keşfedilmesinden ibarettir. Eğer hukuk, kurucu rasyonalitenin emirleri ya da egemen gücün irade bildirimi olsaydı, pozitivitenin (mevzuat) adaletle aynı şey olması, adaletin mevzuata tabi kılınması ve bunun sonucu olarak da ceb-

rin ve keyfi hareketin meşru görülmesi icap ederdi. Oysa ki sağduyu, nesafet duygusu ya da vicdan böyle bir tavrı reddetmektedir. Zaten tarih, adil olanın, sadece kanunlara uygun olandan ibaret olmadığının delilleriyle doludur. Akıl, sağduyu, nesafet ve vicdanla keşfedilen bu objektif ve daimi hukuk, bizzat menşei dolayısıyla öylesine amir durumdadır ki mevzuatla ilgili tearuz (çelişki) ve ihtilaf halinde ona müracaat zorunda kalınır.<sup>(7)</sup> Sahip olmak için insan olmaktan başka herhangi bir şartı gerektirmeyen yaşama, özgürlük ve mülkiyet (lives, liberties, estates) gibi temel insan hakları iddiası kadar, doğal eşitlik iddiası da şüphe yok ki doğrudan doğruya doğal hukuktan kaynaklanırlar.<sup>(8)</sup>

Bu noktadan hareketle modern devletin temel niteliklerine dönülecek olursa şunları söylemek mecburiyeti vardır:

1- Modern devlet, insanların tebaa değil, birey ve yurttaş adı altında ve eşitlik ekseninde örgütlendikleri bir siyasal formdur.

2- Modern devlet, tanrısal logosun muayyen bir toplumsal kategoriye bahsettiği, verili bir durum, bir entite (entity) değil; tabiaten özgür olan insanların iradî kararları ve sözleşmeleriyle kurdukları bir sosyal organizasyondur.

3- Modern devlet, kendisinin değil, insanların siyasi organizasyona girişmeden önce de sahip oldukları doğal hakların güvencesidir.

4- Modern devlet, sınırlı bir devlet olup, doğal hukukun pozitivite edildiği bir temele dayanır ve bu hukuk onu da bağlar.

5- Modern devlet, temsili devlet olup, yalnızca imtiyazlı bir sınıfı değil, herkesi temsil eder.

6- Modern devlet, homojen bir toplumsal yapıyı temsil etmediğinden, belirli bir din ya da etik eksenli hukuku değil, doğal hukuk ilkeleri çerçevesinde farklılıkların müzakeresiyle tespit edilen ve "eşit tanınma" eksenli rasyonel hukuku uygular. Pozitif hukuk denilen şey de budur.

Sıralanan bu temel niteliklere "modern" olduğu iddia edilen siyasal formlar örnek gösterilerek bir takım itirazlar ileri sürülebilir ise de elbette ki onlara cevap vermek de mümkündür. İleri sürülebilecek itirazlar muhtemelen şunlar olacaktır:

1- Faşist ve sosyalist kolektivite temelli siyasal formların bireyci olmamaları modern olmaya engel midir?

2- Sözleşme karşıtı "devrimci" siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

3- Hukuku "egemen gücün irade bildirimi" olarak tanımlayan, otoriter siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

4- Devlet, "hak"ların, ya da "vazife"lerin kaynağıdır, diyen pozitivist siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

5- Muhalefete yer vermeyen tek partili siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

6- "Her egemen güç kendi hukukunu yaratır" ilkesi çerçevesinde kurgulanan rasyonel-pozitif hukuku uygulayan ve farklılıkları muayyen bir formda eşitleyen siyasal formlar, modern olmaya engel midir?

Bu nevi soruların, anlamlı olmakla beraber, bir takım manipülasyonları içerdikleri apaçıktır. Şöyle ki, moderni-

tenin ana unsurunun rasyonalizasyon olduğu dikkate alındığında elbette ki cevaplar daha çok olumlu yönde olacak ve modern olmaya engel değildir, denilecektir. Ancak, modernleşmenin aynı zamanda, klasik dönemlerin, hiyerarşik sosyo-politik yapılarına karşı, bir eşitlik ve özgürlük projesi, I. Kant vari bir aydınlanma projesi olduğu da kabul edilecekse bu taktirde cevaplar kesinlikle olumsuz olacaktır. Kollektivist siyasi projelerin özgürlüğü ortadan kaldırdığı inkâr olunabilir mi? Bireylerin farklılıkları benimsenmeden, eşitliklerinden söz edilebilir mi? Rızaya dayanan ve devrim zoruyla inşa edilen bir siyasal formun herkes için özgürlük ve eşitlik inşa etmesi mümkün müdür? "Egemen gücün irade bildirimi" hukukun aksine keyfiliği doğuramaz mı? "Hak yok vazife vardır" diyen bir anlayış, zorbalıktan başka bir şey olabilir mi? Doğruları yalnızca biz belirleriz, yaklaşımı hukuk gözetebilir mi? "Her egemen güç kendi hukukunu yaratır" ilkesini savunmak, hukukun aksine egemenliği, gücü savunmak değil midir? Başkalarını kurmaya ve kurgulamaya çalışan bir rasyonalite, yalnızca kendini kayırmaz mı? Farklılıkları yok ederek muayyen bir formu eşitlik diye sunmak, imtiyazlı bir form yaratmak olmayacak mıdır? Doğal olarak bu soruların cevabı sadece "evet"ten ibarettir. Dolayısıyla böyle anlaşıldığı taktirde modernleşme; Platon ve Aristoteles'in iyi siyasal form dedikleri monarşi ve aristokrasilerin, dejenerasyon sonucu, yerlerini kötü form dedikleri diktatörlük ve oligarşilere bırakması olacaktır. Oysa ki gerçek anlamda modernleşme; başkalarının keyfi ve cebrî isteklerinden bağımsızlaşma, doğal ve hukuki eşitlik ve de ekonomik refah demektir. Mo-

(5) J. Habermas, *Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü*, Ç., T. Bora - M. Sancar, İletişim Y., İstanbul, 1997, ss. 60-61.

(6) Stig Jørgensen, *Hukuk ve Toplum*, Çev., Ü. Yükselbaba - N. Beysan, Donkişot Yay., İstanbul, 2001, s. 66.

(7) Henri De Page, "Tabii hukuk ve hukuk Pozitivizm", Çev., H. Uzbank, İÜHFM., İstanbul, 1944, ss. 99-100.

(8) J. Locke, *Two Treatises of Government*, Book II., Ed. P. Laslett, Cambridge Uni. P., Cambridge, 1994, Chap. I.

narşi ya da aristokrasinin yerine dikta-törlüğün ya da oligarşinin geçmesi, cumhuriyet veya demokrasi olarak adlandırılıyorsa bu olsa olsa sadece bir demagoji, bir manipülasyondur. Bu duruma maruz kalan özgürlük ve eşitlik müdafileri de tabiatıyla özgürlük ve eşitlik peşinde mücadeleye devam edeceklerdir.

Sonuç babında söylenecekse: Modern demokratik devlet; kurumsallaşmış bir siyasal iktidar yokken, doğal bir takım haklara sahip olan özgür insanların, kendi rızalarıyla yazdıkları anayasa (sözleşme) çerçevesinde ve eşitlik ekseninde örgütlendikleri bir organizasyondan ibarettir. Eşitlik, farklılıkların muayyen bir forma dönüştürülmesi değil, hukuk karşısında aynı muameleye tabi tutulmasıdır. Bu organizasyonun varlık nedeni de yalnızca insanların doğal haklarını güvence altına almaktır. Hakların korunmasında uygulanacak kurallar, varlığını aklın, sağduyunun, nesafetin ve vicdanın keşfettiği doğal hukuk ilkelerinin mevzuata dönüştürüldüğü pozitif kanunlardır. Pozitif kanunların geçerli olduğu kamusal alan, sözde imtiyazlıların alanı değil, tüm farklı kesimlerin eşitlik alanıdır. Bir başka ifadeyle; kamusal alan, insanların belirli bir anlayış çerçevesinde eşitlendiği, toplumdan bağımsız, devlete ait bir alan olmadığı gibi, özel alan da bireylerin, kamusal alanda yaşayamadıkları farklılıklarını yaşayabilecekleri, bir nevi tecrit alanı değildir. Kamusal alan, bireylerin tüm farklılıklarıyla birlikte var olabilecekleri ve eşit tanınacağı, herkese ait eşitlik alanı; özel alan ise hiç kimsenin bir diğerinin eşiti olduğunu iddia edemeyeceği, yalnızca bireyin kendisine ait olan, bireysel mahremiyet

alanıdır. Bunun aksine tanımlamalar, sadece otoriter ve totaliter yönetimlere ait olup, gerçek demokrasiyle alakası yoktur.<sup>(9)</sup> İnsanların rızaları ve sözleşmelerine dayanan modern demokratik devlet, ne insanların özgürlükleri ve kaderleri üzerine mutlak ve keyfi bir otorite ne de tanrısal ve kutsal bir otoritedir. Böyle bir iddiadaki devlet, modern de olsa oligarşik, diktatöryal ve gayri meşrudur. Oligarşik, diktatöryal ve gayri meşru otoritelere karşı koymak da bireyler için hem adil hem de haklı bir tavidir. Herhangi bir devletin yönetimi altında bulunmak, bireyleri o devletin hukukuna bağımlı kılıyor ise de kölesi yapmaz. Doğal hukuk eksenli olması gereken pozitif kanunlar haricinde muamelelere maruz kalan insanların, otorite meşru dahi olsa ona karşı direnme hakkı (right of resistance) vardır. Hatta, meşru olmayan şiddet uygulamalarına karşı yalnızca direnme hakları değil, hayatlarını tehdit eden durumlarda nefsi müdafaa, yani saldırganı ortadan kaldırma hakları da vardır. Zira hukuk, her türlü icraatında devlet için de bağlayıcıdır.

Hukuk, "tekillik ilkesi" (monizm) ileri sürülerek, doğal hukuktan bağımsız, devletin belirlediği anlamda pozitif kanunlara indirgenemez. Hak fikrini mutlak olarak tasavvur etmek, şuurun esası bir ihtiyacıdır. Aksi taktirde hakikati ve adaleti herhangi bir şahsın keyfine tabi tutmak gibi kabulü imkansız bir neticeye varılmış olur. Kanun, haksız davranışı önlemesi gereken kural; adalet de kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Pozitif kanunlar emredici gücünü (imperatif), doğal hukuktan kaynaklanan adalet ilkesinin (empati) içeriğinden alırlar (kendine yapılma-

sını istemediğin şeyi başkasına yapma). Adalet ilkesi insan iradesinden kaynaklanamaz. Keyfi bir hukuk arzu edilmeyeceği taktirde, pozitif kanunların içeriğinin, insana kendini apaçık şekilde sunan adil bir mahiyette olduğunu kabul etmek icap eder. Pozitif kanunlar içerik bakımından hipotetik -şartlı- (hırsızlık yaparsan cezalandırılırsın), emredici gücü (imperatif) bakımından da kategorik -yükümlü- (hırsızlık yapmamalımsın) olmalıdırlar. Bu benimsendiği taktirde, pozitif hukuku, doğal hukukla aynı kaynağa bağlama imkanı doğacak ve pozitif hukukla doğal hukuk arasındaki ikilik de ortadan kalkacaktır. Netice olarak da hukukun tekilliği korunacak ve ayrılık sadece mevcut yegâne hukukun haiz olabileceği iki vasıftan ibaret görünecektir. Pozitivite, yani pozitif hukuk, hukukun yani doğal hukukun mahiyetini değiştirmeksizin ona ilave olunan bir takım niteliklerden ibaret olduğu taktirde de pozitif ve doğal şekilleriyle hukuk, yine ayniyetini yani tekilliğini sürdürecektir.<sup>(10)</sup> Pozitif hukukun meşruiyet zeminini derken kastettiğimiz şey de işte budur.

### Kaynaklar

BONNARD Roger, "Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk" Çev., M. A. Aybar, İÜHFM, İstanbul, 1936.

HABERMAS J., Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, Ç., T. Bora – M. Sancar, İletişim Y., İstanbul, 1997.

JERGENSEN Stig, Hukuk ve Toplum, Çev., Ü. Yükselbaba – N. Beysan, Donkişot Yay., İstanbul, 2001.

KANT I., The Science of Right, trans., by. W. Hastie, Great Boks of the Western World, 1952.

KANT I., Seçilmiş Yazılar, Çev., Nejat Bozkurt, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1980.

LOCKE J., Two Treatises of Government, Book II., Ed. P. Laslett, Cambridge Uni. P., Cambridge, 1994.

PAGE Henri De, "Tabii hukuk ve hukuf Pozitivizm", Çev., H. Uzbank, İÜHFM., İstanbul, 1944.

TOKU Neşet, John Locke ve Siyaset Felsefesi, Liberte Yay., Ankara, 2003.

YÜKSEL Mehmet, Modernite Post-modernite ve Hukuk, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2002.

ZEKİYAN Boğos, Hümanizm, İstanbul, İnkılâp ve Aka Yay., 1982.

(9) Neşet Toku, John Locke ve Siyaset Felsefesi, Liberte Yay., Ankara, 2003, ss. 154-155.

(10) R. Bonnard, "Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk" Çev., M. A. Aybar, İÜHFM, İstanbul, 1936, ss. 34-59.

## Hukuk ve Relativizm

Nebil Reyhani<sup>(\*)</sup>

Değişik şekillerde karşımıza çıkan bir hikayedir, bir tanesi şöyle: Adamların yakalayıp kendisine getirdikleri bir korsana Büyük İskender sorar: "Ne hakla denizlerde önüne gelene saldırıyorsun?" Korsanın gözü pek yanıtı şu olur: "Asıl sen ne hakla dünyanın tamamına saldırıyorsun? Benim sadece bir gemim olduğu için ancak tek tük gemilere gücüm yetiyor. Senin gibi bir ordum olsa bütün dünyaya saldırır, şimdi adi bir korsanken, o zaman büyük bir kahraman olurum". Başka herkese şiddet kullanımını yasaklamak isteyen hükümdar kendi egemenliğinin dayandığı şiddeti nasıl haklı çıkarabilir? Bu hikaye başka bir tartışmayla da yakından ilgilidir: Anayasa hükümlerinin nasıl, ne şekilde değiştirilebileceği yine anayasaların kendileri tarafından belirlenir. Anayasayı burada belirtilen biçimlerin dışında, zor kullanarak değiştirmeye kalkışmanın anayasal suç sayılacak olması da eşyanın tabiatı gereğidir. Oysa ki anayasaların bir öncekinin yerine anayasal yollardan değil, tam da böyle bir şiddet kullanımı ile geçtiğine de tanık olmuşuzdur. Peki nasıl olur da, varlığını bir önceki anayasanın şiddet yoluyla ortadan kaldırılmasına borçlu olan bir anayasa kendisini aynı akibetten korumak için yasaklar koyabilir? Yanıt malum: Bir önceki anayasayı deviren şiddeti anayasaların da üstünde olduğuna inanılan bir merciye dayandı-

rıp meşrulaştırarak. Ama sorun bununla bitmiyor, çünkü gücü ne kadar cılız görünürse görünsün, günümüzün hiçbir 'korsan'ı böyle 'yüce merciler'den mahrum değildir. Kimin mercisinin daha yüce olduğuna, kimin söz konusu merciyi daha doğru yorumladığına karar verecek bir budünya mercisi bulunmadığı sürece de, güçlü ile güçsüz korsan uyguladıkları şiddeti dayandırdıkları hak açısından ayırdedecek hiçbir ölçüt yoktur. Tek ölçüt gücün kendisidir: Gücü yeten kendini meşru kılar.

Bunun temelinde hakların tanınması ile ilgili şu kısır döngü vardır: Birşeyin ne şekilde hak konusu edilebileceği hukuk sistemleri tarafından belirlenir. Peki söz konusu hukuk sistemi bunu neye dayanarak yapar? Eğer kendisi dışında hiçbirşeye dayanmıyorsa keyfidir. Eğer dayanıyorsa, kendisinin üstünde bir merci tanımış olur ve bir başkasının bu merciyi daha doğru yorumluyor olmak gibi bir iddiasına muhatap olur. Bu defa hukuk sisteminin bu merciyi en doğru kendi yorumladığını iddia etmesi gerekecektir ki, bu son iddianın dayanacağı çıplak güçten başka hiçbir şey bulunamaz. Bu durumda bu son dayatma ve bundan dolayı tartışmaya konu olan hak yine keyfidir.

Hukuk alanında relativizm bu gordion düğümünün bir çözümü şeklinde ortaya çıkar. Çözüm herhangi bir hak talebinin mevcut hukuk sistemi dışında dayandırılabilceği bir son, mutlak mercinin olma-

dığıdır. Birşey herhangi bir hukuk sistemi içinde hak olarak tanımlanmakla hak olur, bu tanımlama olmadıkça da ondan hak olarak söz edilemez. Bunun bir anlamı da hakların göreceli olduklarıdır. Bir hukuk sistemi içinde hak olan birşey bir diğerinde hak olmayabilir, hatta aynı hukuk sistemi içinde bugün hak olan birşey yarın hak olmayabilir.

Bu çözümün salt burada söylenene tatmin edici olmaktan çok uzak olduğunu, hatta insanın kafasında öncekinden daha fazla soru uyandırdığını kabul etmek gerekir. Relativizmin hukuk alanında da pek çok yüzü vardır ve bunlar ayrıntıda birbirlerinden kısmen köklü bir biçimde ayrılırlar. Öyle ki, hukukta relativizmi, bunu göze almadan, sanki tek bir düşünce ekolüymüş gibi ele almak insanı bazı çelişkili sonuçlarla yüzyüze bırakabilir. Bunun ilginç bir örneğini geçtiğimiz yıl Muğla'da düzenlenen Adalet Sempozyumu'nda sunulan ve HFSA'nın dokuzuncu kitabını oluşturan bildirilerden ikisinin karşılaştırılması verebilir: Bu bildirilerden biri norm olarak adaletin mutlaklığını belirttik olarak savunup bu alandaki relativizmi tehlikeli bulurken, diğer bildiri belirttik olarak relativizmi savunup mutlaklığı bir tehlike olarak görmektedir. Bu iki yazının birbirine taban tabana zıt olacağını düşünmek şu halde bir zorunluluk. Oysa ki, biri Hüseyin Hatemi Hocamıza, diğeri Doğan Özlem Hocamıza ait olan bu iki yazıya, bu 'soyut' belirlenimlerin ötesinde, somut bir eleştiri ve somut bir talep hakimdir. Ve bu somut eleştiri ve talepte iki yazı arasında şaşılacak bir ahenk söz konusudur: Her iki yazı da liberalizmin hukuk anlayışına karşıdır. Gerçi liberalizmin bu yazılardan birinde 'relativist' olarak, diğerindeyse 'mutlakçı' olarak ele alın-

dığını görürüz, ama her iki yazının somut eleştirisi aynıdır: sosyal adaletin liberalizm tarafından dışlanması.

Ne tür bir relativizmden söz edildiği açıkça belirtilmeden, hukukta genel olarak bir relativizmden söz etmek, demek ki pek mümkün değildir. Şu halde hukukta relativizmin hangi şekillerinin olduğunu, hangi şekilleri olabileceğini hesaba katmak gerekecektir. Doğan Özlem söz konusu ettiğimiz yazısında hangi türden relativizmi savunduğunu yine belirttik olarak söyler. Onun savunduğu "tarihsel relativizm"dir.

Felsefe tarihinde belirli bir ekol olarak tarihsel relativizmin pek çok bakımından eleştirilmesi mümkündür. Ancak, bu eleştiriler, haklı bile olsalar, tarihsel relativizmin temel eleştirilerini yok sayamazlar. Çünkü tarihsel relativizm bu temel eleştiriler bakımından insanın kendisiyle ilgili bir bilinçlenme, dahası insanın ne olduğu ve ne olmadığı konusunda bir aydınlanmadır. Hatta aydınlanma dönemine bir tepki olarak ortaya çıkmış olan tarihsel relativizmi bu nedenle bir ikinci aydınlanma olarak görmek bile, bana çok abartılı olmazmış gibi geliyor. Tarihsel relativizmde bu bilinçlenmenin birbirine bağlı iki yönü var. Birincisi, aydınlanma dönemine atfedilen, ama aslında kartezyen epistemolojiye dayanan insan anlayışının aşılmasıdır. Descartes epistemolojisinde insanı bilme yetisi bakımından, yani özne olarak, bu dünyaya içinde ortaya çıkan, belirli bir gelişim gösteren ve yokolan bir budünya varlığı olarak ele almaz. Dolayısıyla onun ne olduğu, içine doğduğu yer ve zamanın koşullarına bağımlı değildir. Bilme yetisi bakımından insanın mutlak bir özerkliği vardır. İnsan bilme yetisi bakımından her durumda aynıdır ve

(\*) Yrd. Doç. Dr., Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümü.

hangi yer ve zamanda doğmuş olursa olsun, bilme yetisi aracılığıyla olduğu kişi olabilir. Pek naiv olduğu bugün su götürmez olan bu insan anlayışı buna rağmen tüm aydınlanma dönemi boyunca örtük olarak varlığını sürdürebildi ve ilkin tarihsel relativizmin cleştirileriyle aşıldı. İnsanın ne olduğunun içine doğduğu kültür hesaba katılmaksızın yanıtlanmaya çalışılmasının anlamı yoktur, çünkü insan ne ise onu en başta içine doğduğu kültüre borçludur. Bu naiv insan anlayışının aşılması o zaman için pek yeni olan bir tarihsellik bilincini beraberinde getirmiştir. Bu bilincin bir yönü şudur: Tarihte ortaya çıkan şeyleri anlayabilmemiz için onlara ortaya çıktıkları zamanın kendine özgü koşulları içinde bakmamız gerekir. Çünkü bu şeyin zamandan bağımsız bir anlamı varsa bile, bu gerçekten bu şeyin kendi anlamı değildir. Bir diğeri ise şöyle özetlenebilir: İnsanların hayatındaki herşey belirli bir tarihin içinden geçerek o şey olmuştur. Bu nedenle, bu şeyleri dilediğiniz gibi değiştiremez, birinin yerine bir yenisini koyamazsınız (Bunu daha açık şöyle dile getirmek de mümkün: Tarihi değiştiren hiçbir şey gökten zembille inmez, gökten zembille inerek tarihe yön veremezsiniz.)

Tarihsel relativizmin sağladığı bilinçlenmenin ikinci yönü mutlak egemenlik iddiasıyla ortaya çıkanların egemenliklerini dayandırdıkları meşruiyet zemininin de nihayetinde tarihsel koşullara bağımlı olduğu, dolayısıyla mutlak olamayacağı bilincidir. Aydınlanma düşüncesinin siyasi ürünü olan Fransız Devriminin Robespierre ve Marat'ların elinde nasıl bir terör makinesi haline geldiği düşünülürse bu bilinçlenme herşeyden önce insanı özgürleştiricidir – 'ikinci aydınlanma' ile kastettiğim de büyük ölçü-

de budur. İnsan artık politik aktörlerin istedikleri gibi şekillendirebilecekleri, kendisinden mutlak itaat talep edebilecekleri bir unsur olarak görülemez. Çünkü ne bu kişilerin bekledikleri mutlak itaat karşılığı gerçekleştirmek istedikleri değerler gerçekten kalıcı, hep sürüp gidecek olan değerlerdir, ne de bu itaat talebini dayandırabilecekleri Tanrı, Ulus, Akıl gibi mutlak bir merci vardır.

Şimdi tarihsel relativizmi bir kenara bırakıp hukuk alanında karşımıza çıkacak bir relativizmin ne gibi şekiller alacağına bakmak istiyorum. Hukusal relativizmin her durumda bir adaletten feragat olacağını söylemek mümkündür. Ama bu feragat iki biçimde karşımıza çıkabilir: Relativizmin radikal olduğu durumda, yani herhangi bir hakkın mevcut hukuk sistemi dışında dayandırılacağı hiçbir mercinin olamayacağına ödünsüz savunulması durumunda, bu feragatin adaletten toptan feragat anlamına geleceği pek açık. Çünkü bu durumda yasakoyucunun birşeyi hak olarak tanımlamış olup olmaması – yasakoyucuyu da bağlayan bir merci bulunmadığına göre – ancak keyfi olabilir. Bu ise yasakoyucunun bu belirlemesinin adil olmadığını söylemekle aynı anlama gelir, çünkü insanlar neyin adil olduğu konusunda çok nadir anlaşalar bile, keyfi bir yargının adil olamayacağına genelde anlaşılır. Bu anlayışa göre adalet olsa olsa keyfi oluşturulmuş olan mevcut hukuk sisteminin işletilmesinin keyfi olmaması olabilir. Bu sistemdeki en tuhaf norm dahi, bir defa ortaya atıldıktan sonra herkes için uygulanıyorsa bu sistem adildir. Böyle bir adalet anlayışının insanın adalet duygusunu tatmin etmeyeceği çok açık olduğu gibi, Hüseyin Hatemi'nin söylediği gibi, vahim sonuçlar doğuracağı da beklenebilir. "Hukuk sisteminin kendisi

açısından herşey mübahsa benim açımdan da herşey mübah olabilir" şeklinde bir akilyürütmeye dayanarak kanunları çiğnemiş, suçlar işlemiş kimseler olmuş mudur, bilemem; ama bu relativizmin bu akıl yürütmeye götüreceğini söylemek de gerekir. "Yasakoyucu benim, benim için herşey mübah" şeklinde bir akilyürütmeye dayanarak egemenlik sürmüş kimselerin olduğunu ise, ilkin karşıt olarak, tarih bize yeterince açık gösteriyor. Bunun en açık örneği Sosyalizmin Almanya'da işlediği insanlık suçlarıdır. Bu dönemin aktörleri kendilerini bağlayan kendileri dışında hiçbir merci tanımadıklarını hem resmi ideolojileriyle, hem de yapıp ettikleriyle yeterince açık göstermişlerdir. Burada ele aldığımız biçimiyle relativizmi yumuşatmadan ne kanun dışı adama karşı bir argümanımız olabilir, ne de Nazilere karşı. Çünkü, Nazilerin insanlık suçu işlediklerini söylemek, bunu örnek olarak almak gerekirse, ancak 'insanlık' denen şeyi mevcut hukukun üstüne yerleştirmekle mümkündür. Buysa bu anlayışın karşı çıktığı şeyin ta kendisi.

Bu ilk örnekte relativizmin kendisinin mutlak anlamda alındığı, dolayısıyla mutlaklaştırıldığı açıktır. Oysa bunun yanında relativizmin kendisinin de relative edildiği, yani kısmen geçerli olduğu başka relativizm türlerinin olacağını önceden tahmin edebiliriz. Bu türden relativizmler, ilkinden farklı olarak adaletin tamamından değil, yalnız mutlak adaletten feragat edeceklerdir. Böyle relativ geçerli relativizmin bir örneği insanlığın mutlak adalet idealinden feragat eder. Tüm insanlar arasında tam bir adaletin sağlanacağı bir insanlık durumu, bir tarihsel dönem, bu anlayışa göre mümkün değildir, çünkü böyle bir tam adaletten ne anlaşıldığı yer ve zamana göre değişiklik göstereceği gibi,

kişiden kişiye göre bile değişir. Bu nedenle böyle bir adalet idealinin savunucusu olan kimse insanları bu adalet idealine göre şekillendirmeye, onlara neyi adil olarak görmelerinden başlayarak, gitgide, mutluluklarını nede aramaları gerektiğine kadar bir dizi keyfi tercihi diktir etmeye meyleder. Oysa bu türden idealler hep ortaya çıktıkları tarihsel koşullara bağımlı, dolayısıyla keyfi olacaklarından, insanları böyle bir ideal göre şekillendirmeye kalkmanın kendisi asıl adaletsizliğin kaynağı olacaktır. Bu türden relativizmin adalet anlayışı da büyük ölçüde bu adaletsizliğin engellenmesinde, dolayısıyla mutlak adalet ideallerinin değillenmesinde ortaya çıkar. İnsan nasıl istenirse öyle şekillenecek, ona istediğiniz değerleri dayatabileceğiniz bir varlık değildir, bu dayatmalar da asıl adaletsizlik kaynağıdır, şeklindeki bir saptamanın kendisi adalet ölçütü haline gelir. Buna göre yaşayan bireyin bütünlüğü ve dokunulmazlığı her türlü hak talebinin ölçüleceği nihai mihenk taşıdır.

Liberalizmin nüvesini oluşturan bu adalet anlayışının, tüm yetersizliğine rağmen, büyük bir kazanım olduğunu kabul etmek gerekir. İnsanlara hayatlarıyla ne yapmaları, mutluluklarını nede aramaları gerektiğinin söylenemeyeceği, bunun olsa olsa despotizme götüreceği uyarısını daha aydınlanma döneminde Kant'tan pek sık duyarız. Ama ondan günümüze kadar ortaya çıkan ideolojilerden hiçbirinin bu uyarıya kulak asmamış olduğunu da rahatça söyleyebiliriz. Liberalizmin dayandığı bu relativizm bireyin bütünlüğüne kastedilen herşeyi relative etmiş, bireyin bütünlüğünün dokunulmazlığı hariç tüm tabuları yıkmıştır. Bu dokunulmazlık dışında başka hiçbirşeyin tabulaştırılamayacağını herkes tarafından kabul

gören bir ilke olması son derece arzu edilir bir şeydir. Ne var ki, liberalizmin temelindeki bu relativizmin her türlü idealde tüm ipleri koparmış olmasının yol açtığı bir dizi sorun mevcuttur. Birey gerçi özgürdür, hayatına istediği gibi yön verebilir, ama hayatına yön verecek ideallerden de mahrumdur. Kendisine sunulan tek seçenek, bu nedenle, kitle içindeki sayısız özdeş noktadan biri olmaktır. Herkes gibi kişisel tatmin peşinde koşar, yine herkesin tatmin olduğu şeyle tatmin olur; eğlence, boş zaman aktiviteleri kitleselleşir ve bu kitlesellenen aktiviteler kişinin yaşamının tamamını doldurur. Bir başka sorun da, bu görüşün, bireyin bütünlüğü dışında herşeyi relative edildiğinden, insanın adalet duygusu bakımından olmazsa olmaz diyebileceğimiz bazı değerlere kör kalmak zorunda olmasıdır. Bu değerlere iyi bir örnek dayanışmadır. Gerçi en az düzeyde bir dayanışma olmadan ne toplum varolabilir, ne de bireyin özgürlüğü. Ama bu minimumdan fazlası kendi başına bir değer olarak görülmez, çünkü dayanışma bireyden özgürlüğünü kısıtlamasını talep eder. Liberalizm bu nedenle "sosyal adalet" denen kavrama da kördür. Çeşitli hak taleplerinin dayandırıldığı her türlü adalet ideali relative edildiğinden ve bir hak talebi ancak bireyin bütünlüğünün dokunulmazlığıyla temellendirilebiliyorsa geçerli olabileceğinden, liberalizmin sosyal adaleti bir adalet türü olarak neden tanıyamayacağını kestirebiliriz. Liberalizmin her türlü adalet idealini relative etmesi ilk bakışta özgürleştiricidir – ve bu nedenle bu relativizmin yine kısmen geçerli olması gerektiğini düşünmek mümkündür. Ne var ki, bu relativizm idealleri büsbütün ortadan kaldırdığından, elde edilen özgürlüğün anlamı sorunlu hale gelmiştir. Herkesin özgürlü-

ğü kendisi için değerlidir, ama birinin kendi özgürlüğünü kullanarak eğlence endüstrisinin bir ürünü haline gelmesi, tüm iyiniyetime ve bu kişiye başka bir hayat tarzının dayatılmasını kesinlikle onaylamayacak olmama rağmen, bana pek övülecek bir şeymiş, pek büyük bir değermiş gibi gelmiyor.

Son olarak, bu iki relativizm yanında bir üçüncüsünün de mümkün olduğuna işaret etmek istiyorum. Bu üçüncüsü ne her türlü hak talebini, ne de her türlü adalet idealini relative eder. Onun relative ettiği, hak taleplerinin ya da adalet ideallerinin mutlaklaştırılmasına; bu talep ve idealler üzerinde mevcut olan düşünsel mücadeleye son vererek kendi görüşünü vazetmeye meşruiyet sağlayan, ancak şiddete dayalı olarak varolabilecek olan zemindir. Kendilerini yalnızca karşılıklı tartışma ile kabul ettirmek isteyen görüşler, bu görüşlerin dayandıkları idealde, bunlar çok çeşitli olduklarına göre, zaten görelidirler. Ama eğer bu görüşleri ileri sürenlerle bir tartışmaya giriyorsak, görelî olmayan, bizi de onları da bağlayan ortak bir zemin kabul ediyoruz demektir. Bu zeminin ne olduğunu bilmek, hatta ona bir ad koymak bile gerekmez. Önemli olan insanların tartışma yoluyla doğruyu beraber bulabileceklerine olan ortak inançtır. Bu inancı insanın insanlığından şüphe etmeden yok saymak mümkün değildir. Şu halde görünüş olarak tüm çelişen hak talepleri, adalet idealleri relativdir. Ama bu çelişen idealler insanlar arasında düşünsel bir tartışmaya konu olabildikleri sürece ortak bir zeminde kök salarlar.

Klasik "mutlakçı – relativist" ayrımına sığmayan filozofların bu son grup altında toplanmaları bana daha uygun gibi görünüyör.

## Etik Devlet Anlayışı Bir Çözüm Olabilir mi?

Halil Rahman Açar<sup>(\*)</sup>

Her gün bir yenisi daha eklenerek Türkiye'nin gündemini tutan siyasî ve kurumsal yolsuzluk ve usulsüzlükler yeni değildir. Bugün başbakan, bakan, milletvekili, paşa ve üst düzey yöneticilerin mahkeme koridorlarında yargılanmaları, genelde devletle, özelde hukukla ilgili çok ciddi sorunların önümüzde durduğunu gösteriyor. Toplum olarak, bu rezaletlerin kökenine inmek, nerede hata yapıla geldiğini anlamaya çalışmamız kadar, neyi göremediğimizi, neyi yakalamamız gerektiğini, nerede tıkan- dığımızı, gözden kaçırılmanın ne olduğunu tespit etmemiz de gerekiyor.

Seçip benimsenmiş sistemin ve bunun kalitesinin eleştirel bir sorgulama- dan geçirilmediği söylenebilir. Oysa bir sistemde, kurumlar sağlıklı işlemiyorsa, kokuşma ve ihlaller varsa ve bu ihtimâl dahilindeyse, bu durum; o sistemin yapılanmasında kendisine temel aldığı veya alamadığı değerlerle ilgili sorunların bulunduğunu ifade eder.

Devlet incelemesi, birçok yönden, mesela, iktisadî ve siyasî yönden yapılabilir. Kendim burada felsefî açıdan devletin sahip olduğu hukukunun etikle sıkı ilişkisine dikkat çekeceğim. Bir insan etkinliği olarak felsefenin ülkemizdeki devlet sorunlarını çözmede bir işlev üstlenebileceği ve sorunlarımızın çözümüne katkıda bulunabileceği inan-

cındayım. Bu bağlamda ilk olarak hatırlanması gereken husus, felsefenin hayattan kopuk bir faaliyet alanı olmadığının görülebilmelidir. Bunun için pratik felsefenin boyutlarına bakmak yeterlidir. İşte, bugün güncelliğini ve başat konumunu koruyan üç hayati boyut: 1- Etik 2- Siyaset 3- Ekonomi. Bu yarımda, etik-devlet (siyaset-hukuk) disiplinlerinin derin, içsel birlikteliğine dayalı bir yaklaşım sunmaya çalışacağım.

İkinci husus olarak, siyaset felsefesi alanında devlet ve yönetimle ilgili. "Nasıl bir devlet?" sorusunu cevaplamaya yönelik artık birçok kavrama sahibiz. "Hukuk Devleti" veya "Demokratik Hukuk Devleti" bunlardan sadece ikisi. Bu disiplindeki bu ve benzeri kavramların yararsızlığından söz etmiyorum. Sadece mevcut standart söylemlerin dışına çıkarak, zorunlu ve olması gereken olarak, etik devlet anlayışını gündeme taşımak istiyorum.

Bilindiği gibi, Sokrates'ten, Platon'dan, Fârâbî'den G. W. F. Hegel'e kadar birçok düşünür siyaset anlayışlarında etiğe yer vermişlerdir. Avrupa düşünce geleneğini etkileyen ana şahsiyetlerden biri olan Hegel, günümüzde bile etik devlet anlayışının öncülerinden kabul edilmektedir.<sup>(1)</sup> Beni, etik devlet anlayışına sevk eden nedenleri

(\*) Felsefe Yardımcı Doçenti, Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Fen Edebiyat Fakültesi, Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi

(1) Andrew Vincent, *Theories of the State* (Oxford: Blackwell, 1994), s.119.



belirtirsem, umarım neden böyle bir anlayışa gereksinim duyulacağı açıklığa kavuşur: "Hukuk Devleti", "Demokratik Hukuk Devleti" ifadelerinin, çoğu kez daha demokratik yönetim beklentilerinden kaynaklandığı bir gerçektir. Bunun sebepleri arasında ilke yönetimlerinin ne kadar demokratik ve hukuka bağlı olarak çalıştıkları konusunda kuşku taşımasıdır. Diğer bir ifadeyle, insan hakları ihlallerinde ve keyfi yönetim uygulamalarında hukuka uyma ve hukuk devleti ilkesi, her şeyin hukuka uygunluğunu talep eder. Kamu kurumlarının her türlü çalışmalarının bir yasalık zeminine, kılıfına sokulması gerekliliğini gösterir.<sup>(2)</sup> Ancak, bu talep, çoğu kez biçimsel (formal) hukuk devletine dönüşmektedir.

Fredeic Bastiat'ın belirttiği gibi, örneğin hukuk; her zaman soygunu cezalandırmaz. Bazen de savunur. Çünkü yasayla meşrulaştırılmış pek çok soyun çeşidinin olduğu unutulmamalıdır.<sup>(3)</sup> Biçimsel hukuk devletinin zaman zaman meşruluk krizine girmesi kaçınılmazdır. Meşruluk kavramının, var olan hukuk normu olarak hesaplanmayacağı açıktır.<sup>(4)</sup> Her halükarda hukukun, hukuksal temel norm ya da olguların dayanağının geçerliliğinin sorgulanması, etik bir (bilinç) boyutu(nu) gerektirir.<sup>(5)</sup> Biçimsel hukuk devleti, açmazları dolayısıyla yerini, zamanla içeriksel sosyal hukuk kavramına bırakmıştır.<sup>(6)</sup> Yeni içeriksel düzenlemelerle bir noktaya

kadar boşlukları doldurulabilmekle ve bir dereceye kadar gereksinimleri karşılayabilmektedir. Bunun nedeni, çıkarılan yasaların; sorunlarımızı her zaman çözümleyememesidir. İşte bu noktada, toplumları ayakta tutan, geçerliliğini ve etkinliğini yasalardan almayan, temeli toplumsal normlar olan, ahlâk alanından desteğe ihtiyaç duyulur ve yararlanabilir.

Hukukla yasalılık aynı şey olmadıklarından, Hayrettin Ökçesiz'in de belirttiği gibi, doğru hukuku aramak ve buna ulaşmak gerekir.<sup>(7)</sup> Çoğu kez yasaların; devlet gücü ve baskı aracı olarak kullanıldığı apaçıktır ve yasal kılıfı da hazırdır. Hukukta, ahlâkîlik dikkate alınmazsa, kısa bir süre içinde hukukun bir tahakküm aracına dönüşme tehlikesi içermesi kaçınılmazdır.<sup>(8)</sup> Halbuki, doğru hukuku belirleyen bilgi; her şeyden önce ahlâk sistemleridir.<sup>(9)</sup> Tarihsel olarak ahlâkın hukuku önceliği bilinir.<sup>(10)</sup> Etiğin araştırma alanı olarak ahlâk; bize hem içeriksel hem biçimsel bilgi sağlayabilir.

Etik kurallardan türetilen ya da onlara uygun düşen meşru normlar olmakla birlikte, hukuk kuralları iyi yasalar olamazlar.<sup>(11)</sup> Çünkü gerek insan haklarının, çıkarlarının güvence altına alınmasında, gerekse yasa yapımında, uygulamasında ve yargısal kararlarda etik ilkelerin gözetilmesi, bir anlamda sosyal yararın dikkate alınmasıdır. Topluma yararlı olan her şey, hukuksal olmadığı gibi,

sadece hukukî olanın yararlı olabileceği dillendirmek de kısır bir bakış açısını yansıtır. Ahlâk ile hukukun benzerlik ve farklılıklarına burada değinmeyi gereksiz bulurken, her ikisinin de eşitlenmediğini ve eşit şeyler olmadığını belirtmekle birlikte, etik ilkelerden arındırılan bir hukukun başarı sağlamasının güç olduğuna işaret edilmelidir.<sup>(12)</sup> Ahlâkîliği ve hukuksallığı birbirine zıt öğelermişçesine düşünmek yerine, hukukun etikle ilişki boyutunun görülecek; hem toplumsal gerçekliğe uyumu, hem hukukun özgürlük içinde, bulunduğu toplumun tanıdığı değer sistemleriyle çatışmayıp, uyum içinde olması makûl bir idealdir. Çünkü hukuk, bir açıdan temelde a- norm b- etik değer ve c- toplumsal olgudan oluşmaktadır.<sup>(13)</sup>

Ortaya çıkan çıplak gerçek şu ki; bireysel ve toplumsal hakların teminatı; hukukî bir yapı olduğu kadar, ahlâkî yapıyla da ilgili görünmektedir. Hukuk (haklar) kavramı, etik bir kavramdır. Devletin tüm toplum bireylerini kucaklama görevi de etikseldir.<sup>(14)</sup>

Bir taraftan etik ilkeler; genel ve soyutu temsil ederken, diğer taraftan hukuksal normlar da bu etik ilkelerle ilgili özel uygulamaları gösterir. Hem hukukta hem devlet aygıtının düzenlenmesinde, olması gerekenin gösterilmesi sorununun tamamen etik boyutun dikkate alınmasıyla ilgili buluyorum. Doğru hukuk seçimi de etikseldir. Buraya kadar anlatılanlardan çıkacak sonuç; hukukun etik temelini görmezlikten gelmenin ve sadece dışsal dayatılmış bir buyruk olarak sunumunun sağlıksız

olduğu tezidir. Çünkü, etik; a- Hukukun dayanağını oluşturma konumundadır. b- Etik bir gerçeklik olarak, hukukun oluşumu ve gelişimini belirlemektedir.<sup>(15)</sup>

Bu alandaki felsefî araştırmaların, çabaların çoğunlukla hukukun etik meşruiyetinin tespitine yönelik olduğu görülür. Adaletin, insanlık onurunun pozitif hukuk kurallarıyla korunup, korunmadığı hukuk felsefesinin alanına girer.<sup>(16)</sup> Yavuz Abadan'a göre, hukukun etikle ilişkisi gibi, hukuk felsefesinin de devlet felsefesiyle sıkı bir ilişkisi söz konusudur. Devlet felsefesinin vazifesi; ideal anlamda devlet düşüncesidir ve devletin kurumsal ve ahlâkî izahını gerektirir. En iyi devlet arayışı, bu fikri sistemin ahlâkî özelliğini aşı; devlet faaliyetlerini oluşturan hareketlerin hedefleri bakımındadır. Devlet düşüncesine ait ahlâkî sistemin kurulması da yine felsefeye aittir.<sup>(17)</sup>

İoanna Kuçuradi de etkin anlamda etik muamele ilkelerine; devlet açısından bakıldığında, insan hakları ve toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde dayanılacak normlar – hukuku oluşturmak da dikkate alınması gereken öncüller- olarak görür.<sup>(18)</sup>

Öneri olarak sunmaya çalıştığım etik devlet anlayışı, kendini kurulu düzen, statüko yerine, ideal devlet anlayışı gereksiniminde hissettirir. Yani; vatandaşların, tüm haklarında, devlet kurumlarını yanında bulduğu anlamdır. Devlet; bu anlayışta ne sadece yasa alanı ne de vatandaşların çıkarlarından bağımsızdır. O, amaçsal bir birteliktir. Her

(2) Hasan Hüseyin Çevik, "Demokrasi ve Hukukun Üstünlüğü Arasındaki Bağlantı Üzerine Bir Bakış" *Demokrasi Sorunu ve Türk Demokrasi, Der.: Davut Dursun* (İstanbul: Şehir Yayınları, 2001) içinde, s.57-58.

(3) Frederic Bastiat, *Hukuk*, Çev.: Yıldırım Arsan (Ankara: Liberte Yayınları, 2003), s.14-16.

(4) Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk* (İstanbul: Beta, 2004), s.5.

(5) A.g.e.

(6) Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İlaatsizlik* (İstanbul: Ekokitaplığı, 2001), s.90.

(7) Hayrettin Ökçesiz, "Doğru Hukukun Bilgisi" *HFSA*, S: 8, s. 120-126.

(8) Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri* (Ankara: A.Ü.H.F.Y., 1954), s. 90.

(9) Ökçesiz, a. g. m., s.122.

(10) Doğan Özler'in "Ahlâk Hukuku Önceler" başlıklı makalesine bakınız, *HFSA*, S: 4, s. 15-27.

(11) Zeynep Davran, *Etik ve Meslek Etikleri*, Yayına Hazırlayan: Harun Tepe, (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2000), s. 140- 141.

(12) Gürbüz, a. g. e., s. 27.

(13) A. g. e., s. 52.

(14) A. g. e., s. 90.

(15) A. g. e., s. 40.

(16) Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1999), s. 30-31.

(17) Abadan, a. g. e., s. 52.

(18) İoanna Kuçuradi, "Etik İlkeler ve Hukuk", *HFSA*, S: 8, s.7.

üye amaçlanan etik gayenin hizmetindedir.<sup>(19)</sup>

Devletin etiksel çerçevede değerlendirilişi, kaçınılmaz olarak şu temel noktalara dikkatimizi toplar:

1- Etik boyut, insan etkinliklerinin kaçınılmaz bir parçasıdır.

2- Devlet, etik bağlamda çok ciddi sorgulanması gereken bir kurumdur. Yasa ve yapılanmasıyla bireylerin ortak iyisini gözetir.

3- Devlet, kendiliğinden meşru olmaz. Kerameti kendinden menkûl bir şekilde doğruluk varsayamaz. Etik çerçevede ise, tepeden inme hukuk ortaya koymaz. Hukukî meşruiyetini toplumdandan alır.

4- Araçsaldır.

5- Etik bağlamda hukukla kastedilen sadece egemenin belirlediği bir çerçeve olmayıp, hakların tescilidir.

6- Devletin yeterince etik ilkelere göre yeniden örgütlenebilmesi ve bu ilkelere göre düzenlenebilirliğe açık olmasıdır.

Çok yaygın yönetim anlayışlarının “çok iyi” olduğu yargısından artık kurtulmak gerekiyor. Kanaatimce, standart pazarlanan devlet modelleri veya rejimleri yerine, bireylerin, toplumların, toplulukların hukukunu gözeterek dikkate alan ‘etik bir devlet anlayışı’ ancak uygun yapılar ortaya koyabilir. Etik; siyasal düzlemde hakların korunması ve

buna uygun politikalar olarak ele alındığında, sağlıklı bir imkân olarak ortaya çıkar.

Bu nedenle, hukuk-etik ilişkisinin güçlü kılınması ve bunun devlete taşınması gerekir ki, bu da bir zihniyet değişikliği gerektirir. Türkiye’deki etiksiz siyaset anlayışı hem hukuku hem devleti yıpratmıştır. Kurtuluşumuz; her düzeyde devletin, etiksel yapılanmayı seçmesi ve devletin de kendisini buna uyarlamasıdır.

Hukukun etiği, bir yönüyle toplumsal ayağının, gerçekliğinin gözetilmesi iken, diğer yönüyle, felsefesinin yapılması, sorgulanmasıdır. Tekrarlamak gerekirse, devleti etiksiz veya felsefesiz yürütmek olağan üstü derecede güçtür. Oysa, bir devlet türü veya biçimi olmayan “etik devlet anlayışı”, bizlere içi boşaltılamaz, değersizleştirilemez, toplumsal gerçekliği olan bir devlet kavrayışı sunar. Yozlaşmalara karşı, aklın ve toplumun devletidir.

Sonuç olarak, toplumsal, siyasal kuruluşumuzun etik devlet anlayışı üzerine oturtulmasının bir çözüm olabileceği düşüncesindeyim. Bu, ihmâle gelmez bir imkândır. Etik arayışlar, etik anlayışları ve çözümlerini güçlendirecektir.

Benimsenmesi ve uygulanması dileğiyle.

(19) Vincent, a. g. e.